

DIGITHÈQUE

Université libre de Bruxelles

Revue de l'Université de Bruxelles, 1984/1-3, Bruxelles : Université Libre de Bruxelles, 1984.

http://digistore.bib.ulb.ac.be/2011/DL2503255_1984_1_3_000.pdf

Cette œuvre littéraire est soumise à la législation belge en matière de droit d'auteur.

Elle a été publiée par l'**Université Libre de Bruxelles** et numérisée par les Archives & Bibliothèques de l'ULB.

Tout titulaire de droits sur l'œuvre ou sur une partie de l'œuvre ici reproduite qui s'opposerait à sa mise en ligne est invité à prendre contact avec la Digithèque de façon à régulariser la situation (email : [bibdir\(at\)ulb.ac.be](mailto:bibdir(at)ulb.ac.be)).

Les règles d'utilisation de la présente copie numérique de cette œuvre sont visibles sur la dernière page de ce document.

L'ensemble des documents numérisés mis à disposition par les Archives & Bibliothèques de l'ULB sont accessibles à partir du site <http://digitheque.ulb.ac.be/>



revue de l'université de bruxelles

éditions de l'université de bruxelles

3 B/5

Punir mon beau souci

Pour une raison pénale

sous la direction de Foulek Ringelheim



revue
de l'université
de bruxelles
1984/1-3

Punir mon beau souci

Pour une raison pénale

Sous la direction de Foulek Ringelheim



Chacun se trompe ici-bas.
On voit courir après l'ombre
Tant de fous, qu'on n'en sait pas
La plupart du temps le nombre.
Au Chien dont parle Ésope il faut les renvoyer.
Ce Chien, voyant sa proie en l'eau représentée,
La quitta pour l'image, et pensa se noyer ;
La rivière devint tout d'un coup agitée.
A toute peine il regagna les bords,
Et n'eut ni l'ombre ni le corps.

La Fontaine.

comité de rédaction de la revue de l'université

directeur

Jacques Sojcher

comité de rédaction

Paul Bertelson, Jean Blankoff, Jean-Pierre Boon, Gilbert Debusscher, Jacques Devooght, Jean-Christophe Geluck, Michel Hanotiau, Hervé Hasquin, Robert Pirson, Ernest-Alfred Sand, Christian Vandecasserie, Pierre Van der Vorst.

secrétaire de rédaction

Adolphe Nysenholc

rédaction

Rue du Magistrat, 10 1050 Bruxelles Belgique
Tél. 02/649.93.31

secrétariat

Avenue Paul Héger, 26, 1050 Bruxelles Belgique
Tél. 02/649.00.30 ext. 3799

Revue publiée avec l'aide du Ministère de l'Éducation Nationale

Les articles n'engagent que leurs auteurs.

© 1984 by **Éditions de l'Université de Bruxelles**. Tous droits de traduction et de reproduction réservés pour tous pays.
Imprimé en Belgique.

Série «à l'enseigne de»
dirigée par Pierre Van der Vorst

Titres parus :
A l'enseigne du droit social belge
A l'enseigne de la braconne
De la molécule au mammifère

Ont collaboré à cet ouvrage

Bernat de Celis, Jacqueline, Centre de recherches de politique criminelle, Paris.
Bosly, Henry-D., chargé de cours à l'Université Catholique de Louvain.
Cordier, Jean, psychiatre, professeur à l'Université Libre de Bruxelles.
Foucault, Michel, professeur au Collège de France.
Franchimont, Michel, professeur à l'Université de Liège.
Haarscher, Guy, professeur à l'Université Libre de Bruxelles.
Hulsman, Louk, professeur à l'Université de Rotterdam.
Kellens, Georges, professeur à l'Université de Liège.
Lallemand, Roger, avocat, sénateur, Bruxelles.
Lévy, Thierry, avocat, Paris.
Lopez-Rey, Manuel, professeur à l'Université de Cambridge, président du comité des Nations Unies pour la prévention du crime.
Messinne, Jules, chargé de cours à l'Université Libre de Bruxelles.
Parain-Vial, Jeanne, professeur à l'Université de Dijon.
Poncela, Pierrette, Université de Paris II.
Preumont, Marc, avocat, assistant à l'Université Libre de Bruxelles.
Rigaux, François, professeur à l'Université Catholique de Louvain.
Ringelheim, Foulek, magistrat, Bruxelles.
Robert, Philippe, directeur du Centre de recherches sociologiques sur le droit et les institutions pénales, (L.A. C.N.R.S. 313), Paris.
Spreutels, Jean P., assistant à l'Université Libre de Bruxelles, substitut du Procureur du Roi de Bruxelles.
Toussaint, Philippe, rédacteur en chef du Journal des procès, Bruxelles.
Tulkens, Françoise, chargée de cours à l'Université Catholique de Louvain.
van de Kerchove, Michel, professeur aux Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles.
Verhaegen, Jacques, professeur à l'Université Catholique de Louvain.
Wilmotte, Jean, chargé de cours à l'Université Libre de Bruxelles.

Sommaire

	Le droit de punir et le dialogue ambigu du pénaliste et de la conscience publique par Roger Lallemand	13
	**	
Titre I	Qu'appelle-t-on punir ? Entretien avec Michel Foucault	35
Titre II	La philosophie pénale : une inscription en marge et dans le texte par Pierrette Poncela	47
Titre III	Peut-on trouver un fondement au droit de punir ? par Jeanne Parain-Vial	61
Titre IV	La fonction de la répression pénale dans un ordre juridique par François Rigaux	74
Titre V	Kojève et le droit pénal par Guy Haarscher	84
Titre VI	Idéologie et droit pénal par Jules Messinne	97
Titre VII	Symbolique et instrumentalité. Stratégies de pénalisation et de dépenalisation dans une société pluraliste par Michel van de Kerchove	123
Titre VIII	La deuxième césure. A propos de la déclaration de culpabilité, notion complexe du jugement pénal par Jacques Verhaegen	172
Titre IX	Portrait du juge sévère par Philippe Toussaint	180
Titre X	Du droit pénal des affaires par Henri-D. Bosly	186
Titre XI	L'extradition des délinquants d'affaires par Jean P. Spreutels	208
Titre XII	Pour un nouvel ordre pénal international par Manuel Lopez-Rey	226
Titre XIII	Les dérives de la procédure par Michel Franchimont	234
Titre XIV	Réflexion sur la crise du système pénal par Philippe Robert	256
Titre XV	Fondements et enjeux de la théorie de l'abolition du système pénal par Louk Hulsman, et Jacqueline Bernat de Celis	297
Titre XVI	La longue marche des criminologues par Georges Kellens	318
Titre XVII	La criminologie peut-elle être une science ? par Jean Cordier	330
Titre XVIII	Juges et psychiatres : une rencontre aléatoire par Jean Wilmotte	347

Titre XIX	Le souci de ne pas punir par Foulek Ringelheim	355
Titre XX	La réforme du code pénal : vers quelle stratégie de changement ? par Françoise Tulkens	380
Titre XXI	Essai de bibliographie raisonnée par Marc Preumont, Françoise Tulkens et André Cusson	404
	* **	
	Le mirage de la peine juste par Thierry Lévy	439

Avant-propos

Le souci de la justice

La délinquance, la déviance, la violence, la répression, la sécurité, la justice, le droit pénal, autant de problèmes qui ne cessent de nourrir l'anxiété des populations. S'ils sont mieux élucidés, ces phénomènes ne sont pas pour autant mieux maîtrisés que jadis. Ils se dérobent toujours à une totale appréhension par les sciences qui les ont pris pour objet d'étude. Une des finalités pratiques que poursuivent certaines branches de la criminologie : la réduction de la criminalité, paraît aussi utopique que la paix universelle. Quel que soit l'intérêt, voire la fascination qu'exercent généralement sur les esprits le crime, la punition du criminel et le fonctionnement des institutions pénales, celles-ci ne laissent pas d'être mal connues. Il n'est pas jusqu'aux spécialistes des questions criminelles qui ne ressentent la difficulté de connaître les multiples aspects d'une matière qui s'est morcelée en de nombreuses disciplines particulières, donnant naissance à des écoles de pensée dont chacune se prévaut des critères les plus pertinents. Le juriste ne s'intéresse sans doute pas assez aux travaux de la criminologie ; mais ce dernier ne dédaigne-t-il pas l'étude du droit ? Le juge ne sait pas forcément ce que fait l'administrateur pénitentiaire ; le psychiatre se méfie du sociologue, si ce n'est l'inverse ; le statisticien sourit des projets de l'idéologue, tandis que le journaliste présente au public la chronique des spectacles judiciaires quotidiens. Cette fragmentation de la recherche, cet émiettement du savoir, cette juxtaposition de connaissances et de pratiques complémentaires, concurrentes, et qui souvent s'ignorent, font obstacle à une vision d'ensemble du phénomène criminel et de ses implications sociales, économiques, politiques et idéologiques.

L'intérêt d'un ouvrage collectif sur la justice pénale est de présenter une synthèse et une mise en perspective, les unes par rapport aux autres et à travers l'histoire, des différentes approches du phénomène crimi-

nel. Ce travail vise aussi à redéfinir l'objet du droit pénal et à saisir les conceptions de l'homme et de la société qui sous-tendent le système pénal en cette fin du xx^e siècle.

Le droit pénal n'est plus ce qu'il était au début du xix^e siècle. La justice était alors essentiellement une affaire de juristes. La suprématie du juridique se déployait sur tout le champ pénal. Avocats et magistrats étaient formés à l'école du rationalisme juridique classique fondé sur les postulats du libre-arbitre, de la responsabilité, du sujet de droit, du contrat social ; la punition se justifiait par son utilité sociale et l'expiation du coupable ; c'était le temps des grandes certitudes.

Le changement qui s'opère, dans le tournant du xix^e siècle, avec l'affirmation de l'école positiviste, le développement de l'anthropologie criminelle, l'étude scientifique du délinquant, va retirer au juriste le monopole du discours sur le crime et réduire considérablement la part du droit dans l'explication et le traitement de la criminalité. Les concepts de libre-arbitre et de responsabilité se dissolvent. Le juge sera bientôt doublé par le psychiatre. La sanction pénale vise autant à surveiller qu'à punir. Néanmoins, s'il est vrai que le juriste est évincé par le criminologue, le droit pénal n'en conserve pas moins ses fonctions instrumentales et symboliques. Le Code reste le lieu focal du système pénal. Pas de droit pénal sans punition. La peine à infliger au coupable demeure le principe essentiel de toute loi pénale. Mais une certaine médicalisation de la délinquance, jointe à l'inadéquation du système pénitentiaire, ont remis en question la légitimité même de la punition, qui tend à se fondre dans le traitement psychosocial.

Il y a un malaise devant la punition. Les évidences d'antan sont perdues. Punir est un problème. Ce souci que cause au juge la punition, c'est le souci de la justice, humaine, trop ou pas assez humaine. C'est aussi le nôtre.

Foulek Ringelheim.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS UTILISÉES DANS LES NOTES BIBLIOGRAPHIQUES

A.R.	Arrêté-royal.
J.C.P.	<i>Juris Classeur périodique</i> (Paris).
J.T.	<i>Journal des Tribunaux</i> (Bruxelles).
Pas.	<i>Pasicrisie</i> (Bruxelles).
Pasin.	<i>Pasionomie</i> (Bruxelles).
R.D.P. ou <i>Rev. dr. pén. cr.</i>	<i>Revue de droit pénal et de criminologie</i> (Bruxelles).
<i>Rev. dr. inter. dr. comp.</i>	<i>Revue de droit international et de droit comparé</i> (Bruxelles).
<i>Rev. dr. publ. et sc. polit.</i>	<i>Revue de droit public et de science politique</i> (Paris).
<i>Rev. int. dr. pén.</i>	<i>Revue internationale de droit pénal</i> (Paris).
R.J.P.I.C.	<i>Revue juridique et politique – Indépendance et coopération</i> (Paris).
R.P.D.B.	<i>Répertoire pratique de droit belge</i> (Bruxelles).
<i>Rev. sc. crim.</i>	<i>Revue de science criminelle</i> (Paris).

L'idée du droit pénal

Le droit de punir et le dialogue ambigu du pénaliste et de la conscience publique

par Roger Lallemand

A Robert Legros et à Foulek Ringelheim.
A deux approches différentes du droit pénal ...

A. «PUNIR, MON BEAU SOUCI»

Il n'est pas de souci plus gratifiant que la mise en accusation du système pénal.

Il semble que l'on se libère ainsi d'un devoir oppressant, d'une fatalité insupportable ou d'un rôle odieux.

«Punir, mon beau souci» : le titre de la revue engage d'emblée une double réflexion : Comment en effet contester que la répression pose le juge en homme de bien mais que ce rôle est souvent le fruit d'une composition ?

Le justicier ne porte-t-il pas un masque qui cache ses appétits de pouvoir ?

Tout un courant de pensée veut nous en prévenir sans cesse : la répression est une imposture. Personne n'a un droit authentique à punir. Toute justice déploie jusqu'à la nausée sa nature de Tartuffe ...

Mais une seconde réflexion suit aussitôt la première : Cette prise de conscience de la nature mystificatrice de l'acte pénal indique sans doute que l'on peut y parer, qu'il existe un au-delà du système pénal.

La férocité des critiques se double, on peut le penser, d'une lucidité qui permet de dépasser une pratique humainement insatisfaisante.

L'on cite souvent l'origine religieuse ou sacrée de l'action pénale. Certains théoriciens n'hésitent pas à attribuer à une conception religieuse du bien le fondement du droit de punir. On peut donc penser que les conceptions pluralistes et athées de la justice, vont conduire à l'abolition du système pénal.

Il faut bien contester de telles conclusions : Le beau souci de la critique n'est pas moins ambigu, en effet, que celui de punir.

D'abord parce que les modèles religieux qui permettent de justifier de la punition sont les mêmes qui conduisent à discréditer les juges.

«*Qui es-tu toi qui juges*» dit le Christ. L'on admire que les Saints se soient refusés à tout acte de correction sur leurs semblables. Mais la figure du saint n'est-elle pas précisément celle qui suscite en nous le plus d'appels répressifs ?

Une claire perception d'un ordre moral rigoureux conduit à fonder la faute de ceux qui le transgressent et donc la punition : Que celle-ci soit exercée par Dieu n'est guère de nature à nous rassurer. Plus le juge et le bourreau (Dieu ou le peuple) sont légitimes, plus implacable en effet est la sanction.

Le modèle impossible de la sainteté instaure en chacun de nous un justicier silencieux.

Mais ceux-là même qui clament leur refus des absolus religieux sont-ils vraiment les contempteurs d'un ordre pénal ?

Rien n'est moins certain.

Ne voit-on pas souvent que ceux qui dénoncent la pratique répressive des États dans lesquels ils vivent, en appellent à d'autres systèmes plus coercitifs encore ?

Il y a bien des surprises dans les poches des contempteurs. Et quand le souci d'une répression transcendante n'anime pas le critique, celui-ci ne cache-t-il pas une démarche morale un peu courte, le goût de se flatter le portrait en se lavant la figure ? Ponce Pilate appartient aussi à la cohorte bigarrée des ennemis du droit de punir.

L'on ne peut donc répondre aisément aux questions qui mettront en suspension le juge et son double critique. Mais l'on peut affirmer que le titre donné à ce recueil est révélateur des ambiguïtés qui brouillent la compréhension du système pénal dès que l'on tente de poser ses fondements psychologiques et moraux.

Un anarchisme de bon aloi qui discrédite radicalement les ordres existants occulte le sujet dont il traite. Mais on ne se débarasse pas du problème pénal par quelques qualificatifs.

II. Un fait domine le sujet : L'on ne supprimera la punition qu'en lui substituant un autre type de réponse à la délinquance.

L. Hulsman et J. Bernat de Celis défendent avec conviction une théorie et une pratique abolitionnistes. Par la destruction de la peine, ils prétendent réinstaurer le dialogue entre l'agresseur et la victime, devenus alors partenaires à une «situation problème».

Ils affirment la nécessité de recourir à des médiateurs, aux groupes au sein desquels l'événement a eu lieu. Il s'agit d'éviter à tout prix au citoyen *«d'entrer dans le système pénal et de subir le traitement dégradant qui s'y opère»*.

La réprobation critique ici n'atteint plus seulement le système pénitentiaire mais le système pénal lui-même dont Hulsman et Bernat de Celis affirment qu'au travers et par la bureaucratisation, il dénature les faits et les individus en les étendant sur des lits de Procuste.

Pour ces auteurs, le système pénal accable le citoyen de son mépris. Il vole aux intéressés la solution de leur problème. L'on comprend dès lors que pour Hulsman et de Bernat il s'agit de rendre civils, de *«civiliser les procès»*, c'est-à-dire d'enlever à l'État la maîtrise des solutions.

Il y a chez ces abolitionnistes une conviction, une bonne volonté qui impressionnent. Il faut donc les lire avec attention. Certaines vérités, irréfutables dans leurs analyses, tracent certainement la voie de réformes indispensables. Mais jusqu'où reculer ?

Une constatation s'impose ici.

Il faut voir que les théoriciens de l'abolition du code pénal refusent par principe la qualification pénale des faits et derrière cette qualification le jugement moral de l'acte litigieux ...

Le crime ou le délit doit être traité comme une «situation conflictuelle».

Les vocables *«délinquant»* et *«victime»* sont remplacés par l'expression *«personnes impliquées dans un problème»*. Comme l'écrivent les auteurs, *«on évite de fixer mentalement ces personnes dans un rôle préfabriqué ... On laisse ouvert un espace où les réponses autres que celles du modèle punitif peuvent être trouvées»*.

On ne peut mieux marquer le refus des abolitionnistes de qualifier les faits, de leur donner un sens moral, bref de leur donner une valeur.

La théorie abolitionniste est fondée sur la conviction que l'ordre moral qui sous-tend le système pénal est une imposture. L'on com-

prend dès lors qu'elle ne puisse accepter que l'on stigmatise un comportement, que l'on accuse officiellement une personne d'infamie.

Si tout délinquant est une victime du système social, l'on conçoit que celui-ci n'a pas qualité pour accabler ceux qu'il conduit par un subtil conditionnement à tomber dans les rets de sa justice.

Si l'ordre pénal n'a d'autres finalités que de préserver un système d'oppression sociale et économique, – et comment nier que ce rôle soit aussi imparti à la justice – comment accepter de doter l'infraction d'une charge morale absolue ?

Comment la marquer officiellement du sceau du mal ?

III. On peut lire dans la théorie abolitionniste les effets du courant libertaire qui opère à partir de deux concepts fondamentaux.

a) l'État est la source fondamentale de la répression. Les pouvoirs publics créent l'infraction pour pouvoir réprimer le corps social.

b) la suppression du droit régalien de punir conduit nécessairement, à une décrispation des rapports sociaux, à une réduction de l'oppression qui étreint les citoyens.

On peut se demander si cette conception du droit et du droit pénal ne se fonde pas sur des considérables erreurs d'appréciation et si telle Phoenix, un système coercitif, plus redoutable peut être, ne sortira pas aussitôt des cendres du droit pénal.

Que l'État soit une superstructure définissant et protégeant un ordre politique, une économie, des rapports sociaux particuliers est certes chose certaine. Mais d'une telle vérité, il ne se déduit nullement que l'État soit pour autant l'unique source de répression ni qu'il ait le monopole du droit de punition, ni que le droit pénal soit réductible aux intérêts particuliers d'une minorité dominante.

Un livre publié il y a quelques années et qui faisait remarquablement le bilan des libertés en Belgique portait le titre significatif : *«les libertés malades du pouvoir»*.

Alors se posait la question : *«Par quel pouvoir ces libertés sont-elles mises en péril ?»*.

La réponse est loin d'être claire et cela parce que la source de la volonté répressive n'est probablement pas dans l'État qui en est l'organisateur, mais dans la société civile.

En dehors de l'appareil d'État, se multiplient en effet les initiatives disciplinaires, les règlements privés, les techniques de contrôle indivi-

duelles. Des réseaux que, faute de mieux, l'on peut appeler disciplinaires, finissent par obscurcir la portée de la répression publique parce que toute répression tend à s'affubler du masque de l'État et se cacher derrière lui.

La suppression de l'appareil répressif officiel, bien loin, comme le pensent les abolitionnistes, d'éliminer les effets pervers de la répression, ne ferait sans doute qu'en accroître l'exigence.

Notre ordre pénal n'est probablement que la face visible d'un ordre plus profond, d'une exigence dont il ne fait qu'être l'interprète officiel. Nous sommes victimes d'une illusion d'optique : l'État se pose en initiateur de ce qu'il ne fait qu'organiser. Il est donc gratifié en bien ou en mal d'effets et de conséquences qui dépassent l'entendement de ses citoyens.

Jean Cocteau dans les «Mariés de la Tour Eiffel» met en scène des jeunes gens qui assistent à des prodiges incompréhensibles. L'un d'eux dit à l'autre cette phrase, qui illustre souvent la conduite du politique et théoricien : *«Puisque ces mystères nous échappent, feignons d'en être les organisateurs»* ...

Les terroristes allemands ont commis cette erreur qui consiste à placer dans l'État l'origine de l'exigence répressive.

Ulrich Meinhof a pu dire selon un auteur : *«il faut – par la provocation terroriste – rendre visible le fascisme de la police, alors les gens se tourneront vers nous»*. A quoi l'un de ses amis aurait répondu : *«Vous aiderez ainsi le peuple à le déployer»*.

Un grand littérateur sicilien, Leonardo Sciascia a pu écrire à propos de l'affaire Moro : *«Ni les brigades rouges, ni l'État italien ne méritent d'être défendus»*. Le cinéaste Francesco Rosi a pu lui répondre dans son film, «Les Trois Frères», *«pour changer l'État italien, les démocrates doivent d'abord le défendre»* ...

Je ne cite ces références – que parce qu'elles témoignent du grand malentendu qui traverse aujourd'hui les démocraties occidentales et alimente la querelle abolitionniste ...

IV. Est-il concevable de supprimer le système pénal et de faire l'économie «du beau souci» de punir ?

Si même l'État a une nature de classe et si l'ordre social n'a pas de légitimité morale, est-il certain que la nature du droit pénal en soit modifiée fondamentalement ?

François Rigaux, qui n'est certes pas convaincu de l'excellence de notre système pénal, dont il n'aperçoit les avantages démocratiques que dans «l'indolence de nos fonctionnaires» ⁽¹⁾ écrit : *«entre le contenu des dispositifs pénaux et le système des valeurs déterminant les traits distinctifs d'une société déterminée, il existe un lien étroit».*

Il ajoute : *«Ce n'est pas une coïncidence si dans une société dominée par la rationalité économique les infractions contre les biens sont les plus sévèrement réprimées».*

Mais quelle est donc la nature de ce lien ?

Est-ce une détermination essentielle comme le professeur Rigaux semble le penser ?

Peut-on, en d'autres termes, réduire l'essence du droit pénal à la nature particulière – par exemple capitaliste – d'une société déterminée ?

Ou bien faut-il croire, au contraire, que toute société, quelle que soit sa nature, génère nécessairement par elle-même un droit pénal qui dépasse les caractéristiques particulières de la société qu'il régit ?

Je pense que l'ambiguïté des questions posées à l'endroit du système pénal, vient d'un fait idéologique majeur, de ce que dans une société démocratique, l'immense majorité des citoyens croit précisément que le système pénal n'est pas réductible au système social, – dont l'État est cependant le garant, – qu'il est porteur d'une dynamique qui peut le contenir ou même le contredire.

En cette acception, le système pénal ne coïncide pas parfaitement avec les finalités économiques et sociales de l'ordre social dominant.

En d'autres termes, il existe dans toute société organisée, une tendance à dresser derrière les règles pénales d'un ordre économique déterminé, un ordre idéologique à caractère moralisateur et que le juge pénal a pour fonction première d'illustrer par sa façon de dire le droit ⁽²⁾.

On peut sans doute – mais sans pouvoir cependant en donner des preuves évidentes – critiquer cette appréciation.

On peut assurément nier que le lien social par lui-même (indépendamment de ses déterminations particulières) suscite cette exigence morale et fonde le rôle de la machine judiciaire.

⁽¹⁾ On peut se demander où se retiennent les causes d'une telle «indolence» ?

⁽²⁾ Bien évidemment cet ordre moral ne coïncide pas avec l'ordre pénal mais le dépasse largement. L'identification absolue de l'ordre moral au système pénal est le fait des idéologies totalitaires. Il y a dans tout système pénal, une tentation totalitaire.

Mais on ne peut contester le fait que la conscience publique recherche au-delà des divergences de classe ou de fonction, sa cohésion dans un tel discours moral.

Une affirmation sociale massive fait que le système pénal, bien que jouant dans la pratique un rôle direct dans le maintien d'un ordre social déterminé, le transcende néanmoins dans la conscience collective.

L'affaire Dreyfus a mis en lumière le caractère ambigu de la Justice dite bourgeoise. Jaurès avait parfaitement perçu qu'il était fondamental pour la classe ouvrière de l'époque et pour la société française que la Justice affirme l'innocence de Dreyfus.

Le fait que beaucoup d'ouvriers peuvent pressentir dans la répression des petits vols le rôle de classe d'un appareil répressif, n'enlève pas à leurs yeux toute légitimité aux condamnations qui frappent les infracteurs⁽³⁾.

La demande répressive apparaît comme un fait collectif, une exigence de masse.

En se référant au droit pénal, le public suscite sans cesse la demande du jugement répressif.

Le souci de punir est d'abord une exigence *déléguée* par une très large collectivité.

V. Le jugement pénal est en effet ce par quoi une hiérarchie de valeur peut être affirmée. L'opinion publique demande au juge d'affirmer par ses arrêts un certain ordre moral.

Il s'agit là d'une demande immédiate qui ne se fonde pas sur une analyse du rôle de l'appareil judiciaire. Lorsque cette demande ne se formule plus, lorsque l'appareil judiciaire n'apparaît plus comme l'interprète agréé par la population pour dire le droit, alors l'ordre social lui-même est en péril : une justice révolutionnaire tôt ou tard viendra rétablir l'exigence première.

Il n'existe probablement aucune société développée dans laquelle la conscience populaire n'est pas porteuse de la *revendication pénale*.

Il n'est donc pas possible de réduire la justice à une institution sociale particulière qui traiterait comme la médecine ou l'assistance publique

(3) On peut déduire de l'histoire des systèmes pénaux que la Justice et la plus exigeante n'est jamais réductible à une *justice sociale*. Dans un état démocratique, le prescrit universaliste des lois favorise et contrecarre à la fois, les exigences des minorités dirigeantes de l'économie.

des problèmes des citoyens, des situations où se constatent un manquement, une déficience, un trouble.

Une volonté irrépressible impose, en effet, que ces déficiences soient jugées comme délinquance ou infraction, c'est-à-dire en repoussoir d'un ordre du bien et du mal.

Sans doute, cet ordre moral peut-il entrer en conflit, avec le système pénal, précisément lorsque le droit organise la ségrégation sociale et défend des intérêts de classe. Qu'on songe pour prendre un exemple indiscutable à l'ancien délit de coalition ...

Mais lorsque le droit pénal est ressenti comme instrument de classe, son efficacité décroît. Le droit s'efface devant la force et l'appareil d'État transparaît derrière le juge. L'ordre des valeurs éclate et suscite une volonté politique de resaisissement et de réunification.

Au travers des conflits, le corps judiciaire s'efforce, en permanence, de former un ordre des valeurs morales au-delà des intérêts particuliers, et il n'est pas discutable que dans une marge mesure, il y fait croire.

L'idéologie dominante – celle de la plupart des pénalistes, y compris celle des abolitionnistes –, tend à refuser la réduction de l'ordre pénal à la protection des hiérarchies et des inégalités sociales : notre justice est rendue par des juges qui peuvent parfois penser, en théorie, que le droit pénal est la superstructure idéologique d'une société capitaliste, mais se refusent à en être l'instrument complaisant et docile.

Le discours public sur la justice qui est unanimiste conduit ainsi à rechercher dans la justice publique, *l'affirmation d'un ordre moral transcendant et ostentatoire* (4).

Cette exigence guide le geste sanctionnateur du juge. Celui-ci doit se sauver de l'imposture par le caractère *universel* de sa jurisprudence.

Beaucoup de pénalistes affirment que les justifications essentielles de l'incrimination de comportements déterminés, seraient au nombre de quatre : *«l'effet dissuasif de la peine, l'élimination du risque de récidive, l'utilisation de la peine comme technique de réinsertion sociale et aussi l'affirmation d'un certain ordre de rétribution ...»*.

Le professeur Rigaux rappelle que beaucoup de pénalistes assignent au droit pénal cette quadruple fonction.

Je doute que tel soit le fondement essentiel du droit de punir.

(4) Lorsque le discours judiciaire est immédiatement perçu par la collectivité comme un mensonge de classe, ou comme supercherie, l'on ne se trouve plus dans un État démocratique.

Ce n'est que subsidiairement, et dans un second temps, que le droit de punir peut produire l'un ou l'autre de ces effets proposés par la théorie pénale contemporaine.

Émile Durkheim, que maître Thierry Lévy cite dans son livre très pénétrant intitulé «le désir de punir», affirmait déjà que : *«la peine ne sert pas ou ne sert que très secondairement à corriger le coupable et à intimider ses imitateurs possibles. A ce double point de vue, son efficacité est justement douteuse et en tous cas médiocre. Sa vraie fonction est de maintenir intacte la cohésion sociale en maintenant toute sa vitalité à la conscience commune. Niée aussi catégoriquement, celle-ci perdrait nécessairement de son énergie si une réaction émotionnelle de la communauté ne venait compenser cette perte, et il en résulterait un relâchement de la solidarité sociale. Il faut donc qu'elle s'affirme avec éclat au moment où elle est contredite et le seul moyen de s'affirmer est d'exprimer l'aversion unanime que le crime continue à inspirer par un acte authentique qui ne peut consister que dans une douleur infligée à l'agent»*⁽⁵⁾.

Cet acte authentique, c'est la condamnation pénale publique.

La sanction tient sa force de son éclat public et sa nécessité de la confiscation par l'État de la vengeance privée.

Dans l'optique de Durkheim, le jugement pénal apparaît alors comme un facteur de cohésion sociale. Il sert à unifier et à tranquilliser la conscience sociale. En ce sens, il est irremplaçable.

La publicité du délit implique nécessairement la publicité de la sanction. Le jugement pénal peut sous cet angle être conçu comme une opération médiatique constitutive de l'ordre social à partir de l'examen des cas particuliers.

Le juge ne dit pas le droit pour les parties au procès mais pour ceux qui précisément n'y sont pas mêlés. Et en cela, on peut comprendre pourquoi le prévenu est toujours traité en cas exemplaire, voir en bouc émissaire. Dans une certaine mesure, il est toujours «mal traité», c'est-à-dire jugé pour une autre raison que celle que donnent les idéologues du droit pénal.

L'on peut imaginer une justice pénale «désarmée» de la prison, c'est-à-dire d'un certain type de sanction mais il est difficile de concevoir une justice dans laquelle l'appareil judiciaire ne dirait plus le droit, n'affirmerait plus, au travers de ses jugements, un ordre moral, une hiérar-

(5) Cité par Thierry LEVY dans *Le désir de punir*, Paris, Fayard, 1979, p. 231.

chie de valeurs. La suppression d'un certain ordre pénitentiaire n'est concevable, précisément, qu'à partir de l'affirmation du système pénal.

Maître Thierry Levy, qui est partisan de l'abolition de la prison, écrit cependant dans son remarquable ouvrage : «*la suppression de la prison n'implique nullement l'abandon de la prévention des crimes et délits, l'arrêt de la prévention des crimes et délits, l'arrêt des interpellations et des poursuites, non plus que la disparition des jugements de condamnation*»⁽⁶⁾

Nous ne sommes pas prêts d'en finir avec les juges si même nous pouvions imaginer – non sans optimisme – pouvoir supprimer les geoliers.

Le jugement pénal est en effet premier.

L'affirmation d'un ordre pénal précède le traitement pénitentiaire.

Le traitement pénal est déjà orienté vers la personne du délinquant alors qu'au départ le jugement pénal ne s'en préoccupe guère.

On peut sans doute réduire – et les abolitionnistes nous en ont convaincus – le nombre des cas qui doivent être traités pénalement, mais on ne peut supprimer en soi le droit de punir.

Il n'est assurément pas exact de dire qu'une société sans système pénal fonctionne déjà sous nos yeux ainsi que l'affirment Louk Hulsman et Jacqueline Bernat de Celis⁽⁷⁾. le système pénal a précisément pour fonction de sélectionner, selon des critères variables, ceux qui subiront le traitement judiciaire public.

Il est vrai que cette affirmation irrite. Nous sommes déagréablement dominés par les implications irrationnelles du système répressif et ne pouvons éviter de contester un ordre judiciaire qui prétend se présenter comme un organe humaniste, soucieux du droit et de la vérité des individus au moment même où il se conduit en sanctionnateur public.

Tout juge, comme Janus, a deux visages qui ne se font pas face, mais chaque citoyen affirme aussi à l'égard des délinquants deux exigences qui ne se rencontrent pas.

*

**

⁽⁶⁾ Thierry LEVY, «*Le désir de punir*», sur *le privilège pénal*, Paris, Fayard, 1979, p. 235.

⁽⁷⁾ Le classement sans suite d'un grand nombre de dossiers où une infraction est établie, non seulement ne fait pas preuve d'une dépenalisation du droit mais illustre plutôt le fonctionnement même du système pénal.

VI. Mais d'où vient l'exigence de la punition ?

Madame Parain Vial assigne à celle-ci des origines divines. Nietzsche avait sur la question des vues très différentes.

D'où vient, se demande-t-il, «*l'idée que tout dommage trouve quelque part son équivalent ; qu'il est susceptible d'être compensé par la douleur*» (Généalogie du droit et de la morale, p. 97).

Nietzsche voit dans le système pénal la marque de cette idée, selon lui probablement indestructible, que «*le dommage et la douleur sont des équivalents*» (p. 97).

La douleur infligée par la peine obéirait ainsi à une logique primitive qui s'est exprimée dans la loi du talion et dans les lois pénales antiques.

Selon lui, la peine paie un dommage, spiritualise ou déifie la cruauté, réjouit l'âme des citoyens. «*Le châtimement aussi a de telles allures de fête*» écrit avec l'allégresse de la conviction, le sombre auteur de «*La Généalogie de la morale*» (p. 108).

On peut diverger d'appréciation. Mais qui peut affirmer que l'idée trouble du châtimement ait fondamentalement disparu de la conscience sociale ?

Dans le moment même où nous percevons avec réprobation dans les droits anciens l'origine du nouveau, nous découvrons en effet que le droit pénal a été conçu sur le fondement idéologique d'un contrat social rétributif, comme *un droit de compensation*.

En même temps que nous répugnons – à juste titre – à admettre le droit de faire souffrir par compensation, nous apercevons que Nietzsche ne se trompe pas lorsqu'il assigne à la peine une fonction mnémotechnique.

Celle-ci, par la menace de la sanction, et par la sanction, rendrait présentes et vivantes les exigences des règles sociales.

«*La dureté des lois pénales permet d'évaluer les difficultés que l'humanité a éprouvées pour se rendre maîtresse de l'oubli et pour maintenir présentes à la mémoire des esclaves du moment, soumis aux passions et aux désirs, quelques exigences primitives de la vie sociale*»⁽⁸⁾ (c'est nous qui soulignons).

Tel paraît demeurer le souci du législateur actuel qui publie les règles et les fait suivre aussitôt de celles qui affirment la répression qui frappera les transgresseurs.

⁽⁸⁾ NIETZSCHE, F., *La généalogie de la morale*, Paris, Mercure de France, 1948, p. 98.

«Plus l'humanité a eu mauvais mémoire, plus l'aspect de ses coutumes a été épouvantable» (9).

La phrase de Nietzsche est en concordance avec la thèse de Michel Foucault exprimée dans son livre : «Surveiller et punir».

L'épuration du Code Pénal serait en effet fonction directe de l'assomption d'un système disciplinaire, d'une mémoire sociale intégrée dans chaque individu par un rigoureux effort d'éducation.

Grâce à cette autodiscipline sociale, nous pouvons ainsi faire l'économie des techniques pénales barbares en lesquelles Nietzsche voyait l'écriture primitive du bien et du mal, l'instrument privilégié de la mémoire sociale.

Des études les plus récentes sur le système pénal, nous comprenons qu'une contrainte indolore peut réduire la souffrance pénale mais qu'elle ne la supprime pas.

Ainsi, se précise la problématique du droit de punir : l'humanité se civilise en réduisant l'efficacité stigmatisante de la peine. L'adoucissement du système pénal est lié à la promotion de codes de conduite non écrits, de mœurs rigoureuses, de contrôles sociaux implicites. Mais jusqu'à présent, le réflexe pénal s'il s'est humanisé, est demeuré au centre même de la vie sociale. Il continue à dominer la politique les pouvoirs publics.

Le droit pénal est ainsi demeuré le cadre indépassable de toutes les philosophies qui se sont données, à juste titre, pour tâche primordiale de le réduire ...

**

VII. On ne doit pas partager la jubilation de Nietzsche lorsqu'il décrit la puissance du châtement, pour admettre que le système pénal n'a pas de fondement divin mais qu'il est étroitement lié à la constitution de tout ordre social.

Celui qui résiste à la tentation d'enfreindre, attend que le juge du délinquant confirme la règle du jeu.

Il ne s'agit pas là nécessairement d'une exigence religieuse. Personne du reste ne supporte de postposer jusqu'au jugement dernier la réponse à l'infraction.

Une exigence profonde nous étreint tous à mesure que l'exemple se rapproche de nous. Elle cohabite chez le croyant et l'incroyant, chez

(9) NIETZSCHE, F., *op. cit.*, p. 98.

l'homme de droite et de gauche, le conservateur et le progressiste mais avec des accents différents.

Ces demandes pénales font la trame d'un pacte social qui ne peut supporter de n'être pas réaffirmé dans le jugement de ses transgressions.

Il n'apparaît pas nécessaire de chercher le fondement du droit de punir dans une transcendance divine. La force et la certitude des valeurs sur lesquelles se fondent les pratiques répressives des États, ne se trouve pas en une croyance en Dieu, mais dans ce pacte social, à conviction et à intensité variables, et que nous réaffirmons implicitement tous les jours en chacun de nos actes publics qu'ils soient ceux du piéton ou de l'automobiliste, du consommateur ou du producteur, du touriste ou du travailleur ⁽¹⁰⁾.

Le droit pénal s'affirme au travers de valeurs et de normes posées comme absolues.

Sans doute, devons-nous à tout moment garder la conscience de leur caractère relatif. Mais l'effort de «laïcisation» – de relativisation – opère à partir de règles inconditionnelles, d'injonctions absolues qui se reforment aussitôt qu'elles sont défaites. Notre liberté, est semblable à la proue d'un navire qui sans cesse fend une eau qui se referme dans son sillage.

Peut-être un jour sera-t-il possible de renoncer à tout système pénal mais notre société aura alors changé fondamentalement de nature. En attendant, la dépenalisation demeure une tâche de sisyphé. Les critiques du système pénal ont encore un long avenir devant elles.

*
**

VIII. Mais une autre considération domine aussi notre appréciation du droit de punir. C'est que le droit pénal non seulement n'est pas incompatible avec l'ordre des libertés à partir duquel nous le jugeons, mais que, paradoxalement il en est aussi l'un des fondements.

Nous avons ce penchant aussi aimable que mondain à charger le droit pénal de tous les fantasmes répressifs. Mais nous perdons sans

⁽¹⁰⁾ Le traitement des cas varie selon le moment et selon les circonstances, selon les appels implicites ou explicites de l'opinion publique.

La nécessité de rendre la justice exemplaire et donc de refuser le classement d'une affaire alterne avec des accalmies et des périodes de relâchement. Mais la dépenalisation n'est jamais véritablement abolie.

doute de vue qu'il n'y a de droit pénal qu'à partir d'une restriction du droit de punir.

Le droit pénal est fondé sur cette idée que la punition des citoyens doit être un fait d'exception qui ne peut être justifié que dans des cas particuliers limitativement définis et qu'elle ne peut recevoir d'application qu'au terme de procédures exigeantes où les droits de la défense doivent être respectés.

En ce sens, *le droit pénal contrarie le désir de punir*. Il ne peut s'assouvir que dans des cas limités, mais dès lors, exemplaires.

Comment cette vérité, pourtant essentielle, apparaît-elle si peu ?

N'est-ce pas précisément parce que nous sommes impressionnés par l'effet déclaratif du jugement pénal, parce qu'il porte la charge de toutes les malédictions que l'on a pas dites ?

Sans doute l'effet destructeur et négatif du jugement public est-il donc fonction de la confiscation que l'appareil de justice a faite du droit de punition.

Cette considération permet de redouter que la suppression du droit pénal ne garantisse pas les citoyens contre les formes nouvelles d'oppression.

En effet, le droit de punir est fondé sur une fiction juridique essentielle et dont l'efficacité est sans doute beaucoup plus grande qu'on ne peut le concevoir.

Paul Ricœur, dans son remarquable exposé souligne à juste titre que l'infraction n'est punissable que si elle est imputable à l'auteur, que si l'infacteur est considéré comme responsable de ses actes ^(10bis).

La liberté et responsabilité des citoyens sont non seulement postulées mais *affirmées* dans toute application du droit de punir. Le droit pénal classique postule non seulement que l'homme est libre mais de surcroît qu'il est autonome, qu'il répond de ses actes mais non de sa personne.

Le législateur du XIX^e siècle, qui affirmait un droit rigoureux de punition, se refusait à connaître de la personne, à faire de la connaissance de celle-ci, la mesure de la culpabilité.

Beaucoup d'adversaires du droit pénal ont vu dans la contestation de la fiction juridique – de la liberté et de la responsabilité des personnes – dans la disculpation du délinquant supposé être le produit de son acte ou de celui de sa société, le fondement d'un traitement nouveau de

^(10bis) RICŒUR, Paul, «Le droit de punir», *Cahiers de Villemétrie*, mars-avril 1958, p. 4.

la délinquance conçue soit comme une anomalie sociale, soit comme maladie.

Nous avons assisté petit à petit au glissement du pouvoir restrictif, de punir une personne à l'instauration d'un droit de traiter socialement et médicalement le délinquant, objet privilégié d'une certaine forme de contrôle social ...

Il s'est produit un élargissement des pratiques d'internement, de collocation, du développement de la probation, des pratiques de surveillance, etc... Ce mouvement, produit d'une analyse plus fine et plus éclairée de la criminalité et d'un sentiment de solidarité sociale, a modifié petit à petit les bases du traitement pénal. Mais – et la constatation est essentielle – *à l'intérieur de celui-ci*.

Ces traitements nouveaux ne peuvent se justifier qu'à partir de l'affirmation de la culpabilité. La suppression de cette condition fondamentale conduirait à l'extension indéfinie du droit de traiter et de soigner.

Un clericalisme nouveau pourrait ainsi se saisir d'une personne et la traiter contre son gré à raison de l'anormalité de sa conduite. C'est ce glissement aussi pervers que totalitaire qui a conduit aux pratiques oppressantes de la psychiatrie soviétique.

Le droit pénal soviétique précisément s'efface petit à petit au profit des pratiques de dépénalisation. Le juge soviétique, discrédité par sa dépendance à un pouvoir totalitaire – évite d'affirmer publiquement une sanction à l'égard de ceux que le pouvoir entend atteindre au-delà du droit. La stigmatisation sociale disparaît. Le médecin armé de pouvoirs qui ne sont ni limités ni contrôlés par l'opinion publique remplace le juge pour le profit du pouvoir d'État. Dans les hôpitaux, un conformisme oppressant et silencieux se substitue à la peine publique.

Paul Ricœur a cité bien à propos le beau texte de Beccaria : *«les lois seules peuvent fixer les peines de chaque délit et ce pouvoir ne peut résider que dans la personne du législateur ...»* et il ajoute : *«la personne du législateur qui représente la société unie dans un contrat social»*.

Comme le dit l'éminent philosophe, ce texte met en évidence le fait que le législateur seul a le droit de définir le cadre de la punition et que lorsqu'il punit il ne représente pas la vengeance mais *«de lien social»*.

L'on pourrait compléter la citation de Beccaria par une autre de l'éminent jurisconsulte *«que ces lois protectrices de tous les citoyens favorisent plutôt chaque individu en particulier que les diverses classes d'hommes qui composent l'État. Qu'elles soient enfin l'objet du respect et*

de la terreur, qu'on tremble devant elles ; mais seules qu'elles fassent trembler» ⁽¹¹⁾ (Beccaria – Traité des Délits et des Peines, Chapitre XLI : des moyens de prévenir les crimes).

La publicité de la peine découle de celle de la loi. Elle garantit le lien social autant qu'elle *arrête l'arbitraire*.

L'on peut donc redouter que petit à petit le mouvement positif qui avait conduit à la laïcisation du droit pénal – en le dissociant de ses origines religieuses – ne conduise sous l'effet des sciences de comportement, et d'idéologies de solidarité, à supprimer les barrières qui empêchent l'extension des incriminations. L'on peut craindre que ce mouvement n'amène les juges ou ceux qui les remplacent, à présupposer l'irresponsabilité de chacun, à dégager le droit de traiter médicalement ou pénalement un citoyen non pas à partir de la considération de ses actes, mais de l'examen de sa personnalité.

Le professeur Jacques Verhaegen, avec la conscience qu'on lui connaît, propose des solutions procédurales intéressantes.

La division du procès pénal permettrait sans doute de mieux concilier le traitement de la personnalité perturbée d'un délinquant et la préservation d'un droit fondé sur la liberté des citoyens.

L'on peut penser – avec lui sans doute – qu'une définition rigoureuse du droit de punir et la nécessité d'une publicité du jugement pénal, demeure curieusement, une barrière plus sûre à l'oppression, que le droit de traiter hors de toute audience publique celui qui s'écarte des règles de vie dominantes et qui heurte le conformisme social.

On voit bien aujourd'hui se dessiner des inquiétudes nouvelles devant la montée des pratiques disciplinaires.

La sanction disciplinaire dont l'efficacité est redoutable agit hors du public et à partir d'un droit non écrit. Fait significatif, les démocrates qui s'opposent à l'effet de stigmatisation de la peine publique doivent aujourd'hui lutter pour la délimitation de l'action disciplinaire afin d'apporter au prévenu la garantie du système pénal et lui assurer le bénéfice de l'audience publique, la garantie d'une incrimination précise, etc.

Ainsi donc, par un étrange paradoxe, *le disciplinaire retourne vers le pénal pour garantir le citoyen contre l'inflation d'une répression sans visage public*.

⁽¹¹⁾ C'est nous qui soulignons.

IX. Ainsi sommes-nous, au terme d'une réflexion première sur le droit de punir, plongés dans un état de perplexité insurmontable. Nous ne savons pas vraiment, quel est le fondement véritable de la punition.

Hostiles par principe à l'élection des boucs émissaires, nous participons à l'exercice d'une justice pénale qui ne peut cesser d'y procéder.

Nous refusons au jugement pénal, le droit de trancher de l'essence bonne ou mauvaise d'une personne, mais une demande sociale irrépressible exige qu'au travers du jugement des cas particuliers s'affirme un ordre du bien et du mal.

Nous voulons éviter la stigmatisation du condamné mais nous redoutons que les instances extra judiciaires, rendant la justice en catimini au nom du bien, ne soient fondamentalement plus oppressantes que les pratiques qui ont cours.

A force de ne pas vouloir sanctionner publiquement un coupable, ne finirions nous pas par fonder un droit à agir sans discrimination et sans limite sur la personne de ceux qui s'écartent des normes dominantes ? Mieux vaut sans doute aujourd'hui reconnaître le caractère inéluctable du droit pénal pour mieux en maîtriser et en corriger les effets.

Nous pensons que l'exigence d'un traitement pénal rigoureusement délimité doit aller de pair avec l'affirmation d'un droit absolu de l'individu à un espace limité, à l'intérieur duquel aucune autorité n'a le droit de s'engager.

Nous estimons aussi qu'il faut réduire le nombre de cas soumis au traitement pénal et effacer au maximum les effets de la peine publique.

Ces remarques montrent que nous définissons de manière contradictoire les effets et les exigences collectives du système pénal et les solutions individuelles qu'il réclame.

Ces convictions divergentes, menacées d'incohérence, définissent sans doute le champ de la discussion sur le système pénal.

La contradiction ne peut être surmontée que par la dissociation du jugement dans le temps ou par la spécialisation des rôles sociaux.

Nous sommes successivement traversés par le besoin de dire publiquement le droit de la peine et celui de sauver ceux qui, tombant sous ses exigences, subissent à la fois, boucs émissaires et coupables, la loi de son discours, ce mensonge incontournable qui constitue l'ordre social. Nous sommes ainsi condamnés à retirer constamment de la peine ce que la société, au travers de ses contradictions, demande d'y ajouter. Disons pour conclure que nous sommes aliénés par une

exigence collective et primitive de punir, mais qui est indépassable et que nous nous humanisons par l'effort permanent de nous en dépren- dre.

B. LA PRISON

Ainsi que nous avons pu le souligner ci-avant, le fondement du droit de punir ne recouvre pas nécessairement celui du droit à emprisonner. La prison n'est qu'une peine particulière même si elle est a plus répandue. Mais une société sans prison relève sans doute de l'utopie.

Cette démarche désabusée ne dispense pas toutefois de réfléchir au phénomène pénitentiaire.

Car la nécessité qui conduit à emprisonner les délinquants est la même qui limite la liberté des citoyens sans reproche, qui restreint les champs exigus de la paix sociale, et fait peser sur chacun la présence anonyme d'une menace ⁽¹²⁾.

La prison a une longue histoire.

A l'époque où les peines étaient exemplaires, où le Roi convoquait les citoyens sur la place publique pour assister aux exécutions capitales, la répression était visible, ostensible et dans une large mesure. «exté- rieure».

C'est à cette époque, principalement au XIX^e siècle, que les prisons ont été érigées au centre des villes comme de hauts lieux sacrificiels, bardés de tours et de créneaux.

L'on croyait pouvoir alors isoler parfaitement les délinquants en les concentrant dans des lieux de force, châteaux forts retenant et isolant le mal comme la morale religieuse sépare le blé de l'ivraie. Par une opération symbolique, l'ordre moral rayonnait ainsi à partir des pri- sons.

Les temps ont changé : la répression s'est, dans une large mesure, interiorisée et généralisée. Notre droit pénal a pu s'adoucir, «s'humaniser» à partir d'une promotion des systèmes de discipline et surtout d'auto-discipline générés par un formidable réseau d'éducation et de contrôle social.

⁽¹²⁾ Le texte qui suit est la reproduction d'une note rédigée il y a deux ans. Je la livre telle quelle quitte à ce que le lecteur veuille excuser une certaine dissonance.

Dans les diverses strates de la vie sociale, les exigences de conformité à des standards de conduite, les ordres professionnels se sont multipliés. La liberté d'exprimer, de voir et de regarder s'est répandue en même temps que le citoyen installait le censeur dans sa conscience.

Bref, une répression plus diffuse, un droit moins circonscrit, des pratiques disciplinaires plus larges, ont recouvert, sans les cacher tout à fait, les exécutions publiques, les codes rigoureux et grandes mythologies du mal.

La prison a cessé d'être le centre privilégié du contrôle social. Elle est devenue un lieu imaginaire que l'on cache ou que l'on banalise.

Les prisonniers eux-mêmes, se sont modifiés. Ils tendent, eux aussi, à se normaliser. Ils recourent parfois à des exigences de type syndical, voire politique. Du reste, la frontière entre les délits politiques et les délits de droit commun s'est amenuisée. Chez certains, le malfaiteur est ressenti tantôt comme une contestataire, tantôt comme une sorte de malade social ... Dans l'un et l'autre cas, la relation morale que la société entretenait avec le délinquant, s'est modifiée.

Mais on se méprendrait gravement sur l'état de nos mœurs pénales si l'on considérait que l'évolution du système pénitentiaire a été dominée par la promotion d'un ordre nouveau fondé sur la connaissance psycho-sociale du condamné, sur une prise de conscience humaniste des responsabilités de la société à l'égard de ses délinquants.

Sans doute y a-t-il une volonté de connaître qui aujourd'hui voisine avec celle de juger. L'évolution sous cet angle est heureuse. Mais un savoir pénitentiaire nouveau ne contribue pas toujours à humaniser la prison. Devenu objet de connaissance – plus rarement de soins – le détenu est souvent demeuré un être manipulé de l'extérieur, une sorte de patient involontaire qui ruse victorieusement avec le traitement.

D'autre part, comme nous l'avons déjà souligné – l'opinion publique se refuse à comprendre le délinquant ou à lui pardonner. L'exigence de la peine, de la sanction infamante demeure profonde. L'abolition de la peine de mort par les socialistes français n'a pas été une mesure populaire, et les revendications budgétaires en faveur d'une réinsertion sociale des détenus sont toujours mal reçues.

Au plus profond de nous, le juge voisine avec l'avocat, le justicier avec le prêtre.

Ceux qui contestent la répression de certains délits, dénoncent la complaisance qu'on manifeste à l'égard de certains autres.

En temps de crise, les appels à la justice sont le plus souvent, des appels à la répression.

Quelqu'un a écrit : nous avons besoin de justice comme de pain. C'est vrai, mais ce pain là ne se partage pas avec les condamnés : juger au pénal, ce n'est pas apprécier un fait ou un acte, c'est qualifier une personne, c'est dans beaucoup de cas la marquer au fer rouge du jugement dernier ...

Ainsi donc, l'évolution des esprits demeure, pour une large part, superficielle. En vérité, nous ne sommes pas sortis de la mythologie d'une justice, qui dit le juste en même temps que le droit, qui tranche de manière absolue des mérites et des démérites et qui chatie autant qu'elle réprime. A un certain niveau de réflexion, des considérations contradictoires se combattent, ou mieux, se neutralisent.

Aussi tout débat sur le système pénitentiaire verse-t-il nécessairement dans l'équivoque : l'on décrit des mouvements de surface sans voir les remous des profondeurs. Le savoir pénitentiaire moderne, qu'il soit médical, administratif ou sociologique, cache souvent des idéologies normatives aux contours mal définis et parfois inquiétants. Il y a une pression «normative» surnoisement totalitaire qui conduit à la psychiatrie dévoyée de l'URSS mais aussi à certaines de nos pratiques inconscientes. Mais la critique radicale qui les met en évidence n'est pas toujours d'une lucidité et d'une honnêteté parfaites : après tout, après avoir lu Foucault, la société doit encore surveiller et punir, même si elle a mauvaise conscience et si elle triche avec le vocabulaire. Plusieurs considérations essentielles nous paraissent devoir définir le cadre de toute réflexion sur le système pénitentiaire.

Même s'il est vrai que la justice pénale n'est pas réductible à la justice sociale, et le droit pénal à la fonction de sanctionner les inégalités de la société, il n'empêche que l'humanisation du système pénal passe par un engagement de nature politique.

1) La délinquance demeure marquée par les inégalités et par les privilèges qui structurent les sociétés industrielles modernes (celle qui sévit dans lesdits États Socialistes n'échappe pas à ce jugement). La diminution de la délinquance a partie liée avec la lutte contre l'injustice et l'inégalité sociale : à l'Est comme à l'Ouest le combat est le même, même s'il est occulté à l'Est par le message d'une idéologie qui ment et qui nie jusqu'à l'absurde les inégalités et les oppressions.

2) Si la prison demeure une nécessité, elle ne peut être une pana-

cée ⁽¹³⁾. Il faut rechercher des mesures qui assurent mieux le reclassement social et qui font davantage appel à la responsabilité personnelle des détenus. Il faut surtout réduire le nombre de prisonniers.

3) Toute politique pénitentiaire doit être fondée sur la reconnaissance et le respect des droits fondamentaux des détenus. Plusieurs voies sont indiquées : l'amélioration des conditions matérielles ou morales, le respect d'un minimum de vie privée, un meilleur accès à la formation professionnelle, et surtout l'abandon de certains systèmes infantilisans. Des réformes profondes sont donc indispensables.

Sans doute nos prisons supportent-elles la comparaison avec beaucoup d'autres systèmes pénitentiaires. Nous aurions tort de verser dans des critiques inconsidérées aussi injustes que trompeuses. Mais l'effort à accomplir demeure énorme principalement dans la compréhension de la peine et du rôle social. Il s'agit de comprendre que tout emprisonnement coûte aux hommes libres une partie de leur liberté.

Le fils d'un gardien de prison a pu écrire que son père avait été incarcéré pendant plus de 30 ans car la contrainte sur les autres est d'abord une contrainte sur soi ...

Les prisons sont nos miroirs maudits : nous ne voyons pas que ce qui s'y accomplit est l'exagération de ce qui nous arrive.

Si dans un État on torture quotidiennement dans les cachots, avant peu, la liberté n'animerait plus les rues.

Le respect accordé à la personne du détenu est donc le fondement et la mesure de nos libertés.

Nous devons apprendre tous les jours cette vérité là. C'est à son aune que l'on comprend que la démocratie doit se fonder sur un «élargissement» permanent des citoyens.»

Ces réflexions me paraissent toujours d'actualité.

⁽¹³⁾ On prendra connaissance avec le plus vif intérêt de projets de réforme du Code pénal de M. Robert Legros, Commissaire Royal à la réforme du code pénal, et qui propose une gamme de peines substitutives à la peine de prison.

TITRE I

Qu'appelle-t-on punir ?

Entretien avec Michel Foucault ()*

Foulek Ringelheim. – Votre livre *Surveiller et Punir*, publié en 1974, est tombé comme un météorite sur le terrain des pénalistes et des criminologues.

Proposant une analyse du système pénal dans la perspective de la tactique politique et de la technologie du pouvoir, cet ouvrage bousculait les conceptions traditionnelles sur la délinquance et sur la fonction sociale de la peine. Il a troublé les juges répressifs, du moins ceux qui s'interrogent sur le sens de leur travail ; il a ébranlé nombre de criminologues qui, du reste, n'ont guère goûté que leur discours fût qualifié de bavardage. De plus en plus rares sont aujourd'hui les livres de criminologie qui ne se réfèrent à *Surveiller et Punir* comme à une œuvre proprement incoutournable. Cependant, le système pénal ne change pas et le «bavardage» criminologique se poursuit invariablement. Tout comme si l'on rendait hommage au théoricien de l'épistémologie juridico-pénale, sans pouvoir en tirer les enseignements, comme si une étanchéité totale existait entre théorie et pratique. Sans doute votre propos n'a-t-il pas été de faire œuvre de réformateur, mais ne pourrait-on pas imaginer une politique criminelle qui prendrait appui sur vos analyses et tenterait d'en tirer certaines leçons ?

Michel Foucault. – Il faudrait d'abord préciser peut-être ce que j'ai entendu faire dans ce livre. Je n'ai pas voulu faire directement œuvre de critique, si on entend par critique la dénonciation des inconvénients du système pénal actuel. Je n'ai pas voulu non plus faire œuvre d'historien

(*) Cet entretien a été enregistré en décembre 1983. Le texte ici publié est la transcription de cet entretien, entièrement revue et corrigée par Michel Foucault le 16 février 1984.

des institutions, en ce sens que je n'ai pas voulu raconter comment avait fonctionné l'institution pénale et carcérale au cours du XIX^e siècle. J'ai essayé de poser un autre problème : découvrir le système de pensée, la forme de rationalité qui, depuis la fin du XVIII^e siècle, était sous-jacente à l'idée que la prison est, en somme, le meilleur moyen, un des plus efficaces et des plus rationnels pour punir les infractions dans une société. Il est bien évident que, ce faisant, j'avais certaines préoccupations concernant ce que l'on pouvait faire maintenant. En effet, il m'est souvent apparu qu'en opposant comme on le fait de façon traditionnelle, réformisme et révolution, l'on ne se donnait pas les moyens de penser ce qui pouvait donner lieu à une réelle, profonde et radicale transformation. Il me semble que très souvent, dans les réformes du système pénal, on admettait, implicitement et parfois même explicitement, le système de rationalité qui avait été défini et mis en place il y a longtemps ; et qu'on cherchait simplement à savoir quelles seraient les institutions, et les pratiques qui permettraient d'en réaliser le projet et d'en atteindre les fins. En dégagant le système de rationalité sous-jacent aux pratiques punitives, je voulais indiquer quels étaient les postulats de pensée qu'il fallait réexaminer, si on voulait transformer le système pénal. Je ne dis pas qu'il fallait forcément s'en affranchir ; mais je crois qu'il est très important, quand on veut faire œuvre de transformation et de renouvellement, de savoir, non seulement ce que sont les institutions et quels sont leurs effets réels, mais également quel est le type de pensée qui les soutient : qu'est-ce qu'on peut encore admettre de ce système de rationalité ? quelle est la part qui, au contraire, mérite d'être mise de côté, abandonnée, transformée, etc. ? C'est la même chose que j'avais essayé de faire à propos de l'histoire des institutions psychiatriques. Et c'est vrai que j'ai été un peu surpris, et passablement déçu de voir que de tout cela ne dérivait aucune entreprise de réflexion et de pensée qui aurait pu réunir, autour du même problème, des gens très différents, magistrats, théoriciens du droit pénal, praticiens de l'institution pénitentiaire, avocats, travailleurs sociaux et des personnes ayant l'expérience de la prison. C'est vrai, de ce côté-là, pour des raisons qui sont sans doute d'ordre culturel ou social, les années 70 ont été extrêmement décevantes. Beaucoup de critiques ont été lancées un peu dans toutes les directions ; souvent ces idées ont eu une certaine diffusion, parfois elles ont exercé une certaine influence, mais il y a rarement eu cristallisation des questions posées en une entreprise collective, pour déterminer en

tout cas quelles seraient les transformations à faire. En tout cas, pour ma part et malgré mon désir, je n'ai jamais eu de possibilité d'avoir aucun contact de travail, avec aucun professeur de droit pénal, aucun magistrat, aucun parti politique bien entendu. Ainsi, le parti socialiste, fondé en 1972, qui pendant neuf ans a pu préparer son arrivée au pouvoir, qui a fait jusqu'à un certain point, écho dans ses discours à plusieurs thèmes qui ont pu être développés au cours des années 60-70, n'a jamais fait de tentative sérieuse pour définir à l'avance, quelle pourrait être sa pratique réelle lorsqu'il serait au pouvoir. Il semble que les institutions, les groupes, les partis politiques qui auraient pu permettre un travail de réflexion n'ont rien fait ...

F. R. – On a l'impression, justement, que le système conceptuel n'a pas du tout évolué. Bien que les juristes, les psychiatres reconnaissent la pertinence et la nouveauté de vos analyses, ils se heurtent, semble-t-il, à une impossibilité de les faire passer dans la pratique, dans la recherche de ce que l'on appelle d'un terme ambigu : une politique criminelle.

Michel Foucault. – Vous posez là un problème qui est en effet très important et difficile. Vous savez, j'appartiens à une génération de gens qui ont vu s'effondrer les unes après les autres, la plupart des utopies qui avaient été construites au XIX^e et au début du XX^e siècle, et qui ont vu aussi quels effets pervers, et parfois désastreux pouvaient suivre les projets les plus généreux dans leurs intentions. J'ai toujours tenu à ne pas jouer le rôle de l'intellectuel prophète, qui dit à l'avance aux gens ce qu'ils doivent faire et leur prescrit des cadres de pensée, des objectifs et des moyens qu'il a tiré de sa propre cervelle, en travaillant enfermé dans son bureau parmi ses livres. Il m'a semblé que le travail d'un intellectuel, ce que j'appelle un «intellectuel spécifique», c'est de tenter de dégager dans leur pouvoir de contrainte mais aussi dans la contingence de leur formation historique, les systèmes de pensée qui nous sont devenus maintenant familiers, qui nous paraissent évidents et qui font corps avec nos perceptions, nos attitudes, nos comportements. Ensuite, il faut travailler en commun avec des praticiens, non seulement pour modifier les institutions, et les pratiques, mais pour réélaborer les formes de pensée.

F. R. – Ce que vous avez appelé, et qui a sans doute été mal compris, le «bavardage criminologique», c'est précisément le fait de ne pas remettre en question ce système de pensée dans lequel toutes ces analyses ont été menées pendant un siècle et demi ?

Michel Foucault. – C'est cela. C'était peut-être un mot un peu désinvolte. Donc retirons-le. Mais j'ai l'impression que les difficultés et contradictions que la pratique pénale a rencontrées au cours des deux derniers siècles n'ont jamais été réexaminées à fond. Et depuis maintenant 150 ans, ce sont exactement les mêmes notions, les mêmes thèmes, les mêmes reproches, les mêmes critiques, les mêmes exigences qui sont répétées, comme si rien n'avait changé, et en un sens, en effet, rien n'a changé. A partir du moment où une institution qui présente tant d'inconvénients, qui suscite tant de critiques, ne donne lieu qu'à la répétition indéfinie des mêmes discours, le «bavardage» est un symptôme sérieux.

F. R. – Vous analysez dans *Surveiller et Punir* cette «stratégie» qui consiste à transformer certains illégalismes en délinquance, faisant de l'échec apparent de la prison une réussite. Tout se passe comme si un certain «groupe» utilisait plus ou moins consciemment ce moyen pour aboutir à des effets qui ne seraient pas proclamés. On a l'impression, peut-être fausse, qu'il y a là une ruse du pouvoir qui subvertit les projets, déjoue les discours des réformateurs humanistes. De ce point de vue, il y aurait quelque similitude entre votre analyse et le modèle d'interprétation marxiste de l'histoire (je songe aux pages dans lesquelles vous montrez qu'un certain type d'illégalisme se trouve spécialement réprimé alors que d'autres sont tolérés). Mais on ne voit pas clairement, à la différence du marxisme, quel «groupe» ou quelle «classe», quels intérêts sont à l'œuvre dans cette stratégie.

Michel Foucault. – Il faut distinguer différentes choses dans l'analyse d'une institution. Premièrement ce qu'on pourrait appeler *sa rationalité* ou *sa fin*, c'est-à-dire les objectifs qu'elle se propose et les moyens dont elle dispose pour atteindre ces objectifs ; c'est en somme le programme de l'institution tel qu'il a été défini ; par exemple les conceptions de Bentham concernant la prison. Deuxièmement, il y a la question des *effets*. Évidemment, les effets ne coïncident que très rarement avec la fin ; ainsi l'objectif de la prison-correction, de la prison comme moyen d'amendement de l'individu, n'a pas été atteint ; l'effet a été plutôt inverse, et la prison a plutôt reconduit les comportements de délinquance. Or lorsque l'effet ne coïncide pas avec la fin, il y a plusieurs possibilités : ou bien on réforme ou bien on utilise ces effets à quelque chose qui n'était pas prévu au départ mais qui peut parfaitement avoir un sens et une utilité. C'est ce qu'on pourrait appeler

l'usage : ainsi la prison, qui n'avait pas d'effet d'amendement a, plutôt servi comme un mécanisme d'élimination. Le quatrième niveau de l'analyse, c'est ce que l'on pourrait appeler, les «configurations stratégiques», c'est-à-dire que, à partir de ces usages en quelque sorte imprévus, nouveaux, mais malgré tout jusqu'à un certain point volontaires, on peut bâtir de nouvelles conduites rationnelles, différentes du programme initial, mais qui répondent aussi à leurs objectifs, et dans lesquels les jeux entre les différents groupes sociaux, peuvent trouver place.

F. R. – Des effets qui se transforment eux-mêmes en fins ...

Michel Foucault. – C'est ça : ce sont des effets qui sont repris dans différents usages, et ces usages sont rationalisés, organisés en tout cas, en fonction de nouvelles fins.

F. R. – Mais cela n'est, bien sûr, pas prémédité, il n'y a pas à la base un projet machiavélique occulte ... ?

Michel Foucault. – Pas du tout. Il n'y a pas quelqu'un ou un groupe qui soit titulaire de cette stratégie, mais à partir d'effets différents des fins premières, et de l'utilisabilité de ces effets, se bâtissent un certain nombre de stratégies.

F. R. – Stratégies dont la finalité, à leur tour, échappe en partie à ceux qui les conçoivent.

Michel Foucault. – Oui. Parfois ces stratégies sont tout à fait conscientes : on peut dire que la manière dont la police utilise la prison est à peu près consciente. Simplement, elles ne sont en général pas formulées. A la différence du programme. Le programme premier de l'institution, la finalité initiale est au contraire affichée et sert de justification, alors que les configurations stratégiques ne sont pas souvent claires aux yeux mêmes de ceux qui y occupent une place et y jouent un rôle. Mais ce jeu peut parfaitement solidifier une institution et je crois que la prison a été solidifiée, malgré toutes les critiques qu'on faisait, parce que plusieurs stratégies de différents groupes sont venues se croiser dans ce lieu particulier.

F. R. – Vous expliquez très clairement comment la peine d'emprisonnement fut, dès le début du xx^e siècle, dénoncée comme le grand échec de la justice pénale, et cela dans les mêmes termes qu'au-

jourd'hui. Il n'est pas un pénaliste qui ne soit convaincu que la prison n'atteint pas les buts qui lui sont assignés : le taux de la criminalité ne diminue pas ; loin de «resocialiser», la prison fabrique les délinquants ; elle accroît la récidive ; elle ne garantit pas la sécurité. Or les établissements pénitentiaires ne désemplissent pas, et on ne perçoit pas l'amorce d'un changement, à cet égard, sous le gouvernement socialiste en France.

Mais en même temps vous avez retourné la question. Plutôt que de rechercher les raisons d'un échec sempiternellement reconduit, vous vous demandez à quoi sert, à qui profite cet échec problématique. Vous découvrez que la prison est un instrument de gestion et de contrôle différentiels des illégalismes. En ce sens, loin de constituer un échec, la prison a, au contraire parfaitement réussi à spécifier une certaine délinquance, celle des couches populaires, à produire une catégorie déterminée de délinquants, à les circonscrire pour mieux les dissocier d'autres catégories d'infracteurs, provenant notamment de la bourgeoisie.

Enfin, vous observez que le système carcéral parvient à rendre naturel et légitime le pouvoir légal de punir, qu'il le «naturalise». Cette idée est liée à la vieille question de la légitimité et du fondement de la punition, car, l'exercice du pouvoir disciplinaire n'épuise pas le pouvoir de punir, même si c'est là, comme vous l'avez montré, sa fonction majeure.

Michel Foucault. —Écartons, si vous voulez bien, quelques malentendus. Premièrement dans ce livre sur la prison, il est évident que je n'ai pas voulu poser la question du fondement du droit de punir. Ce que j'ai voulu montrer, c'est le fait que, à partir d'une certaine conception du fondement du droit de punir qu'on peut trouver chez les pénalistes ou chez les philosophes du xviii^e siècle, différents moyens de punir étaient parfaitement concevables. En effet, dans ce mouvement de réformes de la seconde moitié du xviii^e siècle, on trouve tout un éventail de moyens de punir qui sont suggérés, et finalement il se trouve que c'est la prison qui a été en quelque sorte privilégiée. Elle n'a pas été le seul moyen de punir, mais elle est devenue tout de même l'un des principaux. Mon problème, c'était de savoir pourquoi on avait choisi ce moyen. Et comment ce moyen de punir avait infléchi non seulement la pratique judiciaire mais même un certain nombre de problèmes assez fondamentaux dans le droit pénal. Ainsi l'importance donnée aux aspects psychologiques, ou psychopathologiques de la personnalité criminelle.

qui s'affirme tout au long du ^{xix}^e siècle, a été, jusqu'à un certain point, induite par une pratique punitive qui se donnait l'amendement comme fin, et qui ne rencontrait que l'impossibilité d'amender. J'ai donc laissé de côté le problème du fondement du droit de punir pour faire apparaître un autre problème qui était, je crois, plus souvent négligée par les historiens : les moyens de punir et leur rationalité. Mais cela ne veut pas dire que la question du fondement de la punition n'est pas importante. Sur ce point je crois qu'il faut être à la fois modeste et radical, radicalement modeste, et se rappeler ce que Nietzsche disait il y a maintenant plus d'un siècle, à savoir que dans nos sociétés contemporaines on ne sait plus exactement ce qu'on fait quand on punit et ce qui peut, au fond, au principe, justifier la punition ; tout se passe comme si, nous pratiquions une punition en laissant valoir, sédimentées un peu les unes sur les autres, un certain nombre d'idées hétérogènes, qui relèvent d'histoires différentes, de moments distincts, de rationalités divergentes.

Donc, si je n'ai pas parlé de ce fondement du droit de punir ce n'est pas que je considère que ce ne soit pas important ; je pense que ce serait, à coup sûr, une des tâches les plus fondamentales que de repenser, dans l'articulation entre le droit, la morale et l'institution, le sens que l'on peut donner aujourd'hui à la punition légale.

F. R. – La problème de la définition de la punition est d'autant plus complexe que non seulement on ne sait pas au juste ce que c'est que punir, mais il semble que l'on répugne à punir. Les juges, en effet, de plus en plus se défendent de punir, ils entendent soigner, traiter, rééduquer, guérir, un peu comme s'ils cherchaient à se disculper eux-mêmes d'exercer la répression. Vous écrivez d'ailleurs dans *Surveiller et Punir* : «le discours pénal et le discours psychiatrique entremêlent leurs frontières» (p. 256). Et, «Se noue alors, avec la multiplicité des discours scientifiques, un rapport difficile et infini, que la justice pénale n'est pas prête aujourd'hui de contrôler. Le maître de justice n'est plus le maître de sa vérité» (p. 100). Aujourd'hui, le recours au psychiatre, au psychologue, à l'assistant social est un fait de routine judiciaire, tant pénale que civile. Vous avez analysé ce phénomène qui indique sans doute un changement épistémologique dans la sphère juridico-pénale. La justice pénale semble avoir changé de sens. Le juge applique de moins en moins le code pénal à l'auteur d'une infraction ; de plus en plus il traite des pathologies et des troubles de la personnalité.

Michel Foucault. – Je crois que vous avez tout à fait raison. Pourquoi la justice pénale a-t-elle noué ces rapports avec la psychiatrie, qui devraient l'embarasser très fort ? Car évidemment, entre la problématique de la psychiatrie et ce qui est exigé par la pratique même du droit pénal concernant la responsabilité, je ne dirais pas qu'il y a contradiction : il y a hétérogénéité. Ce sont deux formes de pensée qui ne sont pas sur le même plan, et on ne voit pas, par conséquent, selon quelle règle l'une pourrait utiliser l'autre. Or il est certain, et c'est une chose qui est frappante depuis le XIX^e siècle, que la justice pénale dont on aurait pu supposer qu'elle se méfierait énormément de cette pensée psychiatrique, psychologique ou médicale, semble avoir été fascinée au contraire par elle.

Bien sûr, il y a eu des résistances, bien sûr il y a eu des conflits ; il ne s'agit pas de les sous-estimer. Mais enfin, si on prend une période de temps plus longue, un siècle et demi, il semble bien que la justice pénale a été très accueillante, et de plus en plus accueillante à ces formes de pensée. Il est vraisemblable que la problématique psychiatrique a parfois gêné la pratique pénale. Il semble qu'aujourd'hui elle la facilite en permettant de laisser dans l'équivoque la question de savoir ce qu'on fait quand on punit.

F. R. – Vous observez, dans les dernières pages de *Surveiller et Punir* que la technique disciplinaire est devenue une des fonctions majeures de notre société. Pouvoir qui atteint sa plus haute intensité dans l'institution pénitentiaire. Vous dites, d'autres part, que la prison ne reste pas nécessairement indispensable à une société comme la nôtre car elle perd beaucoup de sa raison d'être, au milieu des dispositifs de normalisation de plus en plus nombreux. On pourrait donc concevoir une société sans prison ? Cette utopie commence à être prise au sérieux par certains criminologues. Par exemple, Louk Hulsman, professeur de droit pénal à l'Université de Rotterdam, expert auprès des Nations Unies, défend une théorie de l'abolition du système pénal. Le raisonnement qui fonde cette théorie rejoint certaines de vos analyses : le système pénal crée le délinquant ; il s'avère fondamentalement incapable de réaliser les finalités sociales qu'il est censé poursuivre ; toute réforme est illusoire ; la seule solution cohérente est son abolition. Louk Hulsman constate qu'une majorité de délits échappent au système pénal sans mettre la société en péril. Il propose dès lors de décriminaliser systématiquement la majeure partie des actes et des comportements que la loi érige en crimes ou délits, et de substituer au

concept du crime, celui de «situation – problème». Au lieu de punir et de stigmatiser, tenter de régler les conflits par des procédures d'arbitrage, de conciliation non judiciaires. Envisager les infractions comme des risques sociaux, l'essentiel étant l'indemnisation des victimes. L'intervention de l'appareil judiciaire serait réservée aux affaires graves ou, en dernier recours, en cas d'échec des tentatives de conciliation ou des solutions de droit civil. La théorie de Louk Hulsman est de celles qui supposent une révolution culturelle.

Que pensez-vous de cette idée abolitionniste schématiquement résumée ? Peut-on y voir des prolongements possibles de *Surveiller et Punir* ?

Michel Foucault. – Je crois qu'il y a énormément de choses intéressantes dans la thèse de Hulsman, ne serait-ce que le défi qu'il pose à la question du fondement du droit de punir, en disant qu'il n'y a plus à punir.

Je trouve aussi très intéressant, le fait qu'il pose la question du fondement de punir en tenant compte en même temps des moyens par lesquels on répond à quelque chose qui est considéré comme infraction. C'est-à-dire que la question des moyens n'est pas simplement une conséquence de ce qu'on aurait pu poser en ce qui concerne le fondement du droit de punir, mais pour lui, la réflexion sur le fondement du droit de punir et la manière de réagir à une infraction, doivent faire corps. Tout cela me paraît très stimulant, très important. Peut-être ne suis-je pas suffisamment familier avec son œuvre, mais je m'interroge sur les points suivants. Est-ce que la notion de situation-problème ne va pas amener une psychologisation et de la question et de la réaction ? Est-ce qu'une pratique comme celle-là ne risque pas, même si ce n'est pas ce qu'il souhaite, lui, d'amener une espèce de dissociation entre d'une part, les réactions sociales, collectives, institutionnelles du crime qui va être considéré comme un accident et qui devra être réglé de la même façon, et puis d'un autre côté, autour du criminel lui-même, une hyper-psychologisation qui va le constituer comme objet d'interventions psychiatriques ou médicales, avec des fins thérapeutiques ?

F. R. – Mais cette conception du crime ne conduit-elle pas, au surplus, à l'abolition des notions de responsabilité et de culpabilité ? Dans la mesure où le mal existe dans nos sociétés, la conscience de culpabilité qui, selon Ricoeur serait née chez les Grecs, ne remplit-elle

pas une fonction sociale nécessaire ? Peut-on concevoir une société qui serait exonérée de tout sentiment de culpabilité ?

Michel Foucault. – Je ne crois pas que la question soit de savoir si une société peut fonctionner sans culpabilité, mais si la société peut faire fonctionner la culpabilité comme un principe organisateur et fondateur d'un droit. Et c'est là où la question devient difficile.

Paul Ricœur a parfaitement raison de poser le problème de la conscience morale, il le pose en philosophe ou en historien de la philosophie. Il est tout à fait légitimité à dire que la culpabilité existe, qu'elle existe depuis un certain temps. On peut discuter pour savoir si le sentiment de culpabilité vient des Grecs ou a une autre origine. En tout cas cela existe et on ne voit pas comment une société comme la nôtre, encore si fortement enracinée dans une tradition qui est aussi celle des Grecs, pourrait se dispenser de la culpabilité. On a pu, pendant très longtemps considérer qu'on pouvait directement articuler un système de droit et une institution judiciaire sur une notion comme celle de la culpabilité. Pour nous, au contraire, la question est ouverte.

F. R. – Actuellement, lorsqu'un individu comparait devant l'une ou l'autre instance de la justice pénale, il doit rendre compte non seulement de l'acte interdit qu'il a commis, mais de sa vie même.

Michel Foucault. – C'est vrai. On a, par exemple, beaucoup discuté aux États-Unis des peines indéterminées. On en a, je crois, abandonné presque partout la pratique, mais elle impliquait une certaine tendance, une certaine tentation qui ne me paraît pas avoir disparu : tendance à faire porter le jugement pénal beaucoup plus sur un ensemble en quelque sorte qualitatif caractérisant une existence et une manière d'être, que sur un acte précis. Il y a aussi la mesure qui a été prise récemment en France à propos des juges de l'application des peines. On a voulu renforcer – et l'intention est bonne – le pouvoir et le contrôle de l'appareil judiciaire sur le déroulement la punition. Ce qui est bon pour diminuer l'indépendance de fait de l'institution pénitentiaire. Seulement voilà: il va y avoir maintenant un tribunal, de trois juges je crois, qui va décider si oui ou non la liberté conditionnelle peut être accordée à un détenu ; et cette décision sera prise en tenant compte d'éléments dans lesquels il y aura d'abord l'infraction première, qui sera réactualisée en quelque sorte, puisque la partie civile et les représentants de la victime seront présents et pourront intervenir. Et puis on va intégrer à cela les éléments de conduite de l'individu dans sa prison, tels qu'ils auront été

observés, appréciés, interprétés, jugés, par les gardiens, par des administrateurs, des psychologues, des médecins. C'est ce magma d'éléments hétérogènes les uns aux autres qui va donner prise à une décision de type judiciaire. Même si c'est juridiquement acceptable, il faut savoir quelles conséquences de fait cela pourra entraîner. Et en même temps, quel modèle dangereux cela risque de présenter pour la justice pénale dans son usage courant, si effectivement on prend l'habitude de former une décision pénale, en fonction d'une conduite bonne ou mauvaise.

F. R. – La médicalisation de la justice conduit peu à peu à une éviction du droit pénal des pratiques judiciaires. Le sujet de droit cède la place au névrosé ou au psychopathe, plus ou moins irresponsable, dont la conduite serait déterminée par des facteurs psycho-biologiques. En réaction contre cette conception, certains pénalistes envisagent un retour au concept de punition susceptible de mieux se concilier avec le respect de la liberté et de la dignité de l'individu. Il ne s'agit pas de revenir à un système de punition brutale et mécanique qui ferait abstraction du régime socio-économique dans lequel il fonctionne, qui ignorerait la dimension sociale et politique de la justice, mais de retrouver une cohérence conceptuelle et de bien distinguer ce qui relève du droit et ce qui relève de la médecine. On songe au mot de Hegel : «En considérant en ce sens que la peine contient son droit, on honore le criminel comme un être rationnel».

Michel Foucault. – Je crois qu'en effet le droit pénal fait partie du jeu social dans une société comme la nôtre, et qu'il n'y a pas à le masquer. Cela veut dire que les individus qui font partie de cette société ont à se reconnaître comme sujets de droit qui, en tant que tels, sont susceptibles d'être punis et châtiés s'ils enfreignent telle ou telle règle. Il n'y a à cela, je crois, rien de scandaleux. Mais c'est le devoir de la société de faire en sorte que les individus concrets puissent effectivement se reconnaître comme sujets de droit. Ce qui est difficile lorsque système pénal utilisé est archaïque, arbitraire, inadéquat aux problèmes réels qui se posent à une société. Prenez par exemple le seul domaine de la délinquance économique. Le vrai travail a priori n'est pas d'injecter de plus en plus de médecine, de psychiatrie, pour moduler ce système et le rendre plus acceptable, il faut repenser le système pénal en lui-même. Je ne veux pas dire : revenons à la sévérité du code pénal de 1810 ; je veux dire : revenons à l'idée sérieuse, d'un droit pénal qui définirait clairement ce qui dans une société comme la nôtre peut être considéré

comme devant être puni ou comme ne devant pas l'être ; revenons à la pensée même d'un système définissant les règles du jeu social. Je suis méfiant vis-à-vis de ceux qui veulent revenir au système de 1810 sous prétexte que la médecine et la psychiatrie font perdre le sens de ce qu'est la justice pénale ; mais également méfiant vis-à-vis des gens qui, au fond, acceptent ce système de 1810, simplement en l'ajustant, en l'améliorant, en l'atténuant par des modulations psychiatriques et psychologiques

TITRE II

La philosophie pénale : une inscription en marge et dans le texte

par Pierrette Poncela

Le moment est venu de s'engager dans la périlleuse entreprise qui consiste à tenter de circonscrire la philosophie pénale, dire et dessiner son lieu dans l'épistémè de ce xx^e siècle finissant. Il nous incombe donc de préciser une discipline, à la fois en tant qu'elle organise des fragments de la connaissance, et en tant qu'elle implique une règle de conduite imposée à la réflexion par rapport à son objet. Ce second aspect conditionne la cohérence du premier et doit donc être précisé dès maintenant.

Dans un domaine – celui du pénal – où l'affectif et la politique se mêlent étroitement⁽¹⁾ et commandent les positions, il convient de soutenir un effort constant de distance lucide et de tension vers la connaissance vraie. Participer à la construction de la discipline «philosophie pénale» ne va pas sans l'exercice préalable d'une ascèse noétique.

Si la philosophie a valeur instaurative, c'est parce qu'elle fait des propositions qui sont des «idées-forces», au sens où «elles exigent pour être concevables dans leur plénitude un entraînement, une sorte de dilatation progressive de l'haleine, une majoration du souffle de l'esprit» (Souriau, 1982 : 144). Une bonne acculturation philosophique ne suffit pas pour le comprendre ; il y faut aussi une conversion

⁽¹⁾ DE GREEF Étienne, *Les instincts de défense et de sympathie*, Paris, P.U.F., 1947 ; ID., *Notre destinée et nos instincts*, Paris, Plon, 1949 ; PONCELA Pierrette, «Pourquoi une justice répressive», Paris, *Déviance*, n° 1, 1974 ; ID., «Sentimiento de justicia y represion social», Medellín, *Nuevo Foro Penal*, 4, 1979.

interne. Ce n'est pas là conclusion prématurée mais mise en perspective pour introduire notre projet.

Notre réflexion sur le droit se déroule sur fond de refus et d'engagement tels qu'exprimés par Paul Ricoeur (1955 : 8), «Je refuse énergiquement de dissocier l'élucidation des concepts directeurs selon lesquels nous essayons de penser *en vérité* notre insertion dans l'histoire et le souci d'intervenir activement dans la crise de notre civilisation et d'y attester *en vérité* la pesée et l'efficacité de la réflexion». Notre ferme croyance en l'efficacité de la réflexion et de la parole est l'essentielle raison de notre choix en faveur de la philosophie du droit.

Il faudrait y ajouter une raison plus intime, plus exigeante, mais nimbée d'obsolescence : philosopher c'est primordialement aimer la sagesse, au sens moral, comme Socrate pouvait l'aimer : «la sagesse (*sophia-sapientia*) est à la fois science, connaissance de la réalité – et, résultant de cette science, aptitude à se bien conduire ; morale tirée d'une connaissance ... Au moins la fonction de la philosophie sera de fournir dans la conduite une orientation générale» (Villey, 1975 : 21). Il est clair que nous refusons de dissocier l'activité intellectuelle de la moralité vécue.

Aujourd'hui, nul n'ose encore définir la philosophie. C'est pourtant, on l'aura compris, d'une définition d'une philosophie qu'il en va tout au long de ces développements. Plus encore, peut-être s'agit-il de l'éthique du philosophe, quand il le devient par profession, chercheur, c'est sa nature même, mais sollicité d'être «utile» par des partenaires obligés.

À ces partenaires, nous proposons maintenant de bien vouloir considérer comment nous situons la philosophie par rapport au droit et quelle place nous assignons à la philosophie pénale dans l'ensemble des disciplines pénales et para-pénales.

**

À notre connaissance, et à ce jour, il n'est d'autre lieu en France où l'on se réclame de la philosophie pénale que le Centre de Philosophie du Droit de l'Université Paris 2, lequel comporte, depuis 1978 et à l'initiative de Michel Villey, une section de philosophie pénale ⁽²⁾.

⁽²⁾ Voir le tome 28 des *Archives de Philosophie du Droit* (1983) consacré à la philosophie pénale. Cette revue, publication du Centre de Philosophie du Droit, comporte, depuis 1980, une rubrique «philosophie pénale» de comptes rendus d'ouvrages.

L'expression «philosophie pénale» est un raccourci terminologique par lequel est désigné la philosophie du droit prenant pour objet le droit pénal *lato sensu*, qu'il soit référence nécessaire ou contingente de la chose étudiée. Il va sans dire qu'il peut y avoir autant de conceptions de la philosophie pénale qu'il y en a de la philosophie du droit. Cet article, comme d'ailleurs le magistère philosophique lui-même, est principalement apoptique.

En 1962, les *Archives de Philosophie du Droit* publiaient les résultats d'une enquête menée auprès d'une vingtaine de philosophes du droit, français et étrangers, se rattachant à des orientations différentes, et centrée autour de la question : qu'est-ce que la philosophie du droit ? On peut prendre la dimension, dans ce numéro des *A.P.D.*, de ce que Michel Villey nomme la Tour de Babel de la philosophie du droit. Faut-il le déplorer ?

Assurément non, car rien n'est plus bénéfique pour la philosophie que la diversité des opinions, pour autant qu'elles présentent une quelconque pertinence philosophique et qu'elles se rencontrent⁽³⁾. Il ne s'agit pourtant pas toujours de différences d'opinions sur un objet, mais sur ce qu'il faut entendre par philosophie du droit : «rencontre de l'esprit avec l'objet juridique» (G. Héraud), «partie intégrante de la philosophie» et «traité de la loi de la philosophie morale» (G. Kalinowski), «réflexion critique sur la chose juridique» (J. Dabin), «partie de la philosophie morale» (J. Darbellay), «issue d'une réflexion sur le droit, et non pas philosophie appliquée au droit» (C. Perelman), etc.

Un clivage majeur semble pouvoir être relevé : celui qui s'opère entre, d'une part les juristes pour qui l'expérience juridique est première et indispensable, et d'autre part les philosophes non-juristes qui se passent allègrement de ce préalable, non sans parfois faire «comme si», au prix d'une réduction du droit à ses caricatures – ce qui, en droit pénal, est particulièrement aisé.

Ce clivage majeur s'est manifesté par une opposition entre théorie générale du droit et philosophie du droit, donnant lieu à la création, en 1926, de la *Revue internationale de la théorie du droit*, dirigée par Léon Duguit et Hans Kelsen. Certains juristes éprouvèrent en effet le besoin

⁽³⁾ Le premier volume des travaux du Centre de Philosophie du Droit, *Rétribution et justice pénale* (1983), est à ce titre exemplaire : il rassemble des textes exprimant des opinions différentes, voire opposées, sur la peine rétributive. La chose est suffisamment rare pour être relevée.

de se démarquer de la philosophie du droit considérée comme un essai de solution spéculative au problème de la justice et cantonnée aux discussions vaines et insolubles sur le droit naturel.

Aujourd'hui, l'opposition s'est largement atténuée. Ce rapprochement était déjà sensible dans l'ouvrage de Paul Roubier, *Théorie générale du droit* (1947). Cependant, dans son avant-propos, il tenait encore à marquer sa distance par rapport aux ouvrages de droit naturel «dus aux théologiens», et par rapport aux philosophes non-juristes dont la préoccupation majeure lui semblait être le rattachement du droit à une conception systématique de l'univers. Cette «querelle» est sans doute une trace laissée par l'antécédence historique des traités de droit naturel des xvii^e et xviii^e siècles sur les études de philosophie du droit, lesquelles se sont répandues en Europe à partir du xix^e siècle.

Roberto Bobbio (1962) a bien montré tout ce qu'a de pernicieux la conception de la philosophie du droit comme *ancilla philosophiae*, ainsi que la méthode spéculative s'y rattachant, laquelle a fait fortune dans le sillage idéaliste néo-hégélien. Ainsi les classifications des théories de philosophie du droit se réfèrent le plus souvent aux seuls systèmes philosophiques ; telle la distinction itérative entre positivistes, idéalistes, néo-thomistes, néo-kantiens, etc ... De telles distinctions ont le défaut supplémentaire d'entretenir l'esprit d'école et l'intolérance. Jean-Louis Gardies (1962 : 119), que l'on ne peut guère suspecter de juridisme, a noté : «L'histoire de la philosophie du droit prouve que la philosophie du droit doit se méfier du voisinage de la philosophie». L'objet juridique doit rester le «noyau dur» et commander les distinctions ; il ne doit pas se laisser pulvériser par une problématique empruntée et constituée à partir d'autres données. Cette exigence est la condition de pertinence de toute recherche dans ce domaine.

On aimerait que trouvât quelque écho dans la réalité universitaire française, le célèbre mot de Roscoe Pound selon lequel les philosophes du droit doivent moins se considérer comme des philosophes que comme «des juristes qui font leur métier». Mais plus encore, il faudrait que s'impose en philosophie du droit une véritable interdisciplinarité, en dépit des inévitables restrictions et difficultés que sa mise en œuvre comporte (Ost, 1981). La philosophie du droit doit bien être un fragment de ce «discours externe (critique, explicatif) «respectueux» du point de vue interne des juristes» (Ost, van de Kerchove, 1982 : 2).

En premier lieu, la philosophie pénale doit donc être définie comme partie intégrante de la philosophie du droit ; plus, sa définition est celle-

même de la philosophie du droit. On doit d'ailleurs regretter le caractère trop souvent général de l'objet des études de philosophie du droit. Il y a trop peu de juristes/philosophes du droit, spécialistes d'une branche du droit, qui prennent leur spécialité pour objet d'étude. Il est vrai que s'affirmer à la fois pénaliste et philosophe du droit confronte à d'autres questions, toutes relatives aux rapports existant entre la philosophie pénale et les autres disciplines pénales ou para-pénales. Leur étude permettra, en second lieu, d'affiner la définition de la philosophie pénale.

Lorsque le philosophe du droit prend le droit pénal pour objet d'étude, il doit affronter un mur, non seulement de dogmatisme, mais aussi de scientisme.

En effet, quand l'intitulé «philosophie pénale» apparaît sur quelques rares ouvrages de la seconde moitié du XIX^e siècle, la criminologie accapare déjà l'intérêt des juristes-pénalistes, soit qu'ils s'y opposent, soit qu'ils s'en réclament. Cette discipline naissante revendique haut et fort son appartenance à la Science.

On peut alors brièvement la caractériser en trois éléments ; son objet : le délinquant, sa méthode : la différenciation, son ambition : obtenir un statut scientifique qui puisse structurer la discipline. Ce dernier point a été souligné par David Matza (1964 : 5), notamment à l'aide de sa distinction entre *soft determinism* et *hard determinism*. En effet, la pensée criminologique a été affectée par le *hard determinism* de ses fondements biologiques originaires : «la criminologie positiviste a façonné une image appropriée à une étude de la conduite délinquante basée sur le déterminisme scientifique. Elle a rejeté l'image de l'Homme exerçant sa liberté, doué de raison, et ainsi capable de choix» (*).

Liberté et déterminisme sont les deux pôles autour desquels s'est si longtemps structurée la réflexion sur le droit pénal. Peut-être cela permet-il de comprendre l'aversion que les criminologues éprouvèrent pour la théorie dite «classique» dans laquelle ils résumèrent la philosophie pénale. C'était donner une image bien indigente de la philosophie, d'autant que, bien vite, les références à cette théorie classique furent recherchées dans les seuls ouvrages juridiques. Ce qui eut pour effet de réduire la liberté et la raison au libre-arbitre juridique – ou juridicisé.

(*) Notre traduction.

Le travail du philosophe du droit sera précisément de rechercher le sens de cette opposition déterminisme/libre-arbitre, sorte de lieu commun passivement re-démontré. Et d'abord, par le recours à l'histoire, dans le sens où le philosophe du droit doit référer les concepts empruntés à leur passé réel, à leur acception dans l'ordre du philosophique ; il doit procéder à une mise en question de l'usage actuel des concepts. Le philosophe du droit interrogera les mots, fera apparaître le concept, non comme réponse mais comme faisceau de questions. Peut-être s'agit-il, comme un philosophe le disait assez abruptement pour le langage politique, «de décrasser les termes du langage politique, afin de montrer que derrière l'inculture et la bêtise se cache le mensonge» (Châtelet, 1976 : 39).

Ainsi l'opposition querelleuse entre libre-arbitre et déterminisme repose-t-elle sur un mensonge secrètement partagé. Pour le comprendre, il serait nécessaire d'étudier les différentes philosophies de la faute et de s'interroger sur l'origine pélagienne du libre-arbitre. Il faudrait aussi mettre à jour les raisons du succès dont jouit la «théorie du libre-arbitre», pourtant franchement irrationnelle et rejetée par les philosophes (Vergez, 1969), en replaçant dans le système juridique considéré ce mythe de l'avoir-pû-faire-autrement, cette formidable initiative transcendante de la créature qui serait au fondement de la faute en droit pénal.

C'est un travail semblable qui a été fait sur la notion de rétribution⁽⁵⁾ ; il ne s'agissait pas d'en donner une définition épurée, mais d'en révéler la polysémie et la dépendance de sens par rapport à des philosophies distinctes de la peine.

On comprend ainsi que la philosophie pénale soit une inscription en marge : elle réfère le vocabulaire juridique – ou sur le juridique – à des systèmes de pensée d'appartenance qui lui donnent sens et permettent d'en retracer l'histoire. Dans le texte, elle doit rechercher la philosophie implicite. Ainsi, elle rend conséquent par rapport à une conception du monde, à une finalité ou à une nature de l'Homme, ce que dit ou ce qui est dit sur le droit ; elle restaure la cohérence interne d'un discours ou d'un système. Le droit – c'est-à-dire la loi juridique, mais plus encore ce à quoi elle donne lieu – s'inscrit dans une philosophie ou se démantèle

(5) Travaux du Centre de Philosophie du Droit, *Rétribution et justice pénale*, Paris, P.U.F., 1983.

dans son absence. La philosophie du droit doit en rendre compte. Par là, elle est éminemment «utile», elle est action.

La philosophie pénale est aussi texte elle-même, texte dispersé dont les fragments se trouvent dans des contextes théoriques et disciplinaires divers.

Ce n'est guère que dans la seconde moitié du XIX^e siècle que paraissent des ouvrages qui se réfèrent *in expressis verbis* à la philosophie pénale. Ainsi le très célèbre ouvrage de Gabriel Tarde, *La philosophie pénale* (1890), mais aussi la *Philosophie du droit pénal* (1864) de Ad. Franck, ou encore *De la pénalité* (1890) de Georges Vidal. Très révélateurs aussi sont les manuels de droit pénal, lesquels, jusqu'en 1939, s'ouvriront par une partie importante consacrée à la philosophie pénale, c'est-à-dire aux fondements du droit de punir⁽⁶⁾, puisqu'en effet la philosophie pénale était alors très largement réduite à cette question.

Prenons l'exemple de l'ouvrage d'Ad. Franck, auteur, en outre, d'une *Philosophie du droit ecclésiastique* (1864) et d'une *Philosophie du droit civil* (1886). Pour cet auteur, écrire une philosophie du droit pénal revient à étudier une branche du droit naturel, c'est-à-dire «cette loi éternelle dont parle Cicéron, cette loi qui est la même à Athènes qu'à Rome, et dont le texte ne se trouve nulle part, sinon dans la raison divine et dans la conscience du genre humain» (Franck, 1864 : 1).

Pour nombre d'auteurs du XIX^e siècle, le droit est «la science de la direction des actions humaines, au point de vue du juste ou de l'injuste» (Oudot, 1846 : 11). «Le sujet de la science du droit naturel est la recherche des règles de la conduite humaine, ce qui exige d'avoir préalablement recherché la fin de l'homme». (Jouffroy, 1866 : 5).

Mais faire de la philosophie du droit pénal impose des limites à cette science du droit naturel ; elle doit alors, selon Ad. Franck, discuter de trois questions : 1) les fondements du droit de punir ; 2) le domaine d'intervention du droit de punir ; 3) les formes d'intervention du droit de punir. La première étant la plus importante, car la réponse aux deux autres en dépend.

Primordialement Ad. Franck fait donc l'exposé critique des fondements du droit de punir, ou des fonctions de la peine. En ayant isolé la

⁽⁶⁾ Sur ce point, voir notre étude, «Droit de punir et pouvoirs de punir : une problématique de l'État», Paris, *Archives de philosophie du droit*, Tome 28, 1983.

bonne fonction, il pourra ensuite disserter à volonté sur les conduites injustes qu'il y a lieu d'incriminer pénalement, et sur les formes que doivent revêtir les peines.

Le plan de l'étude d'Ad. Franck se retrouve invariablement chez les auteurs prétendant faire quelque exposé de philosophie pénale. Si Gabriel Tarde fut, à bien des égards, un auteur original et de grand talent (Casadamont, 1982), ce ne fut pas principalement en écrivant sa philosophie pénale. Néanmoins, il saura substituer à la litanie des fondements du droit de punir une discussion, qui sera une tentative de conciliation, entre responsabilité morale et déterminisme.

Ainsi se trouve circonscrit le domaine restreint assigné pendant longtemps à la philosophie pénale ; à savoir l'inlassable discussion sur, d'une part les fondements du droit de punir conçus comme fonctions de la peine, et d'autre part la responsabilité enfermée dans l'opposition libre-arbitre/déterminisme. La manière dont furent traitées ces deux questions ne se comprend qu'en référence au contexte intellectuel du moment.

La philosophie universitaire française fut dominée pendant une grande partie du XIX^e siècle, par une personnalité marquante : Victor Cousin, qui fut directeur de l'E.N.S. et Ministre de l'instruction publique dans le Cabinet Thiers. Très tôt, il se réclame expressément de l'éclectisme et défend la notion de *philosophia perennis*. « Cette prétention de ne repousser aucun système et de n'en accepter aucun entier, de négliger ceci, de prendre cela, de choisir dans tout ce qui est vrai et bon, et par conséquent durable, d'un seul mot, c'est l'éclectisme » (Cousin, 1830 : 5). D'où le plaidoyer de Victor Cousin pour l'histoire de la philosophie, laquelle « enfante l'éclectisme ». Si ce dernier voyait dans l'éclectisme un « traité de paix sur la base de concessions réciproques », d'autres y verront une « doctrine recueillant dans tous les systèmes quelques lambeaux ajustés ensuite en une sorte de mosaïque » (Chevalier, 1966 : 664).

L'un de ses critiques, et non des moindres, a justement noté ce qui a animé les fondateurs de l'éclectisme : « le besoin de subordonner la science à la morale, et le goût des mots abstraits » (Taine, 1868 : 290). Ainsi s'est imposée, sous couvert de philosophie, « une espèce de morale, exposée en orateurs, en citant le sens commun, et en racontant ce qui se passe dans le cœur d'un honnête homme. Si nous avons besoin de quelque formule rigoureuse nous irons à Koenigsberg ... » (Taine, 1868 : 150).

Les écrits de philosophie pénale sont, pour la plupart, l'exact reflet de ce type de pensée. Ce qui explique que cette philosophie soit «restée dans un coin, amie de la littérature, divorcée des sciences, au lieu d'être, comme les philosophies précédentes, la science gouvernante et rénovatrice» (Taine, p. 293).

Dans son coin donc, la philosophie pénale a été supplantée, principalement pour les raisons que nous venons d'évoquer, par la criminologie, puis par la sociologie pénale, et enfin par la politique pénale. Dès lors, faut-il considérer qu'elle a été définitivement éclipsée ou absorbée par ses héritières qui l'ont singulièrement dévoyée ? ou bien doit-elle reconquérir une place dont la spécificité irréductible est celle-même de la philosophie ?

Fondamentalement, la réponse à cette question passe par une réflexion sur le type de rationalité qui sous-tend le droit aujourd'hui. Est-il philosophique ou sociologique ? Doit-on substituer à la philosophie du droit une *philodoxie* du droit ? Nous ne pouvons ici que souligner cette interrogation qui traverse l'ensemble de la réflexion actuelle sur le droit, et rend urgent le retour à la philosophie, depuis toujours résistance à la puissance de l'opinion.

Néanmoins, la philosophie pénale doit assurément conquérir sa juste place au sein des disciplines juridiques et para-juridiques ; pour autant nous ne jetons l'anathème sur aucune autre discipline ; chacune, à sa place, remplit son rôle, et c'est bien ainsi. L'essentiel étant de ne pas se tromper de rôle, par exemple, revêtir l'habit du philosophe pour proposer une politique pénale, ou faire de la sociologie en voulant tenir lieu de philosophie. Il nous suffit donc de donner quelques précisions pour situer les disciplines dont les adeptes, trop souvent, nient ou ignorent sans superbe la philosophie pénale.

La criminologie d'abord, après quelques avatars, occupe une place bien spécifique ; à condition, nous semble-t-il, d'être primordialement clinique. L'individu-infracteur doit rester le lieu où s'étudie et se mesure l'influence ou l'interaction de variables d'ordre divers. Nous n'avons jamais rien lu de plus pertinent que ce qu'ont écrit Étienne De Greeff, Daniel Lagache ou Christian Debuyst, par exemple. En revanche, d'autres travaux à prétention criminologique, sont-ils fondés à se réclamer de la criminologie pour déclarer qu'il faudrait bâtir des immeubles plus beaux et moins hauts, planter des arbres ou occuper les inactifs ? A juste titre, l'étude de ce genre de questions a été récemment

confiée à une commission de maires ; il suffit de comparer le rapport qu'elle vient de remettre⁽⁷⁾ avec le rapport commandité par A. Peyrefitte en 1977⁽⁸⁾ pour constater le bien-fondé de notre affirmation.

Permettre une meilleure compréhension du phénomène comme de l'évènement délinquantiels, par une étude directe de l'individu et des situations, est l'objet même de la criminologie.

La recherche empirique garantit aussi tout son intérêt à la sociologie juridique. Dans sa branche pénale, elle contribue à une meilleure connaissance des institutions pénales et du rôle de leurs acteurs, professionnels ou non. Cependant, aujourd'hui, les sociologues du droit semblent très préoccupés par les usages sociaux de leur discipline et par ses rapports avec son objet même, le droit⁽⁹⁾. Nombre des problèmes théoriques ainsi balbutiés ont connu des développements non négligeables en philosophie du droit. On se prend à regretter l'époque où les sociologues étaient de formation philosophique, tels que le furent Durkheim et Gurvitch ou que le sont Bourdieu et Boudon, par exemple ... Il est sûr que la sociologie juridique comme la philosophie du droit ont tout à perdre à s'ignorer réciproquement.

La politique pénale occupe une place différente et plus complexe. Une politique pénale est, à la fois un projet politique sur la délinquance, et la résultante des diverses actions publiques relatives à la délinquance. Les théoriciens de la politique pénale doivent confronter les données fournies par les travaux criminologiques et sociologiques aux politiques pénales mises en œuvre, qu'ils soient observateurs ou constructeurs de systèmes pénaux, animés par le souci commun de réduction, ou au moins de contention, de la délinquance. Dans ce sens, la plupart des «écoles pénales», furent et sont avant tout des écoles de politique pénale, comme beaucoup d'études sur la peine considérées à tort comme des ouvrages de philosophie pénale, d'ailleurs plus proches du syncrétisme que de l'éclectisme «traditionnel». Si, en effet, on peut déceler dans ces écrits une philosophie latente, plus ou moins clairement adoptée – inscription dans le texte même que le philosophe du

(7) Commission des maires sur la sécurité, *Face à la délinquance : prévention, répression, solidarité*, Paris, la documentation française, 1983.

(8) PEYREFITTE, Alain, *Réponses à la violence*, Paris, La documentation française, 1977.

(9) Sur ce point, voir notamment le numéro spécial de la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Bruxelles, 1982.

droit devra déchiffrer ⁽¹⁰⁾ –, par contre l'objet de ces deux disciplines ne peut se confondre.

Un philosophe du droit, en tant que tel, ne saurait proposer des solutions, car elles sont pour lui source autant qu'objet de constante interrogation. La valeur de la philosophie, disait justement Georges Bataille (1944 : 186) «est toute entière dans l'absence de repos qu'elle entretient». Elle assume la mise en question infinie, et tout ceux qui s'y adonnent savent à quel point cela est difficile et douloureux ; mais ainsi est la vie même, à la différence de la mort que l'absence ou le mauvais questionnement installe au creux du droit lui-même.

Bien entendu, toute discipline procède à une certaine mise en question, mais alors elle ne dépasse jamais l'inquiétude nécessaire à l'activité. La science n'envisage pas avec sérieux des problèmes qu'elle ne peut résoudre. La philosophie le fait, car sa fin est autre : «le défaut de résultats réels en fait précisément la grandeur» (Bataille, 1944 : 186). Car en philosophie, il n'y a pas, à proprement parler, de démonstration ; les arguments avancés n'ont pas pour but de prouver une thèse, mais de l'illustrer, d'en révéler les divers aspects, les réseaux d'implication. «L'argument est un organum non de démonstration mais de progression. Il impose une révision améliorante de la thèse (Souriau, 1982 : 81). La philosophie pénale confronte plus qu'elle ne soutient des thèses dont la vérité, au demeurant, peut résider dans leur caractère inconciliable. Dans son effort d'interrogation et de confrontation, elle doit tendre vers une synthèse qui ne soit pas simple juxtaposition ou conciliation d'opinions, mais quelque chose de nouveau qui se dégage des éléments ainsi réunis et analysés et en éclaire le sens. Elle est aussi animée par la recherche de la rationalité d'un système pénal donné, à la fois par rapport à quelque fin et/ou par rapport à quelque valeur.

La philosophie pénale ainsi circonscrite peut se résumer en trois axes théoriques, lesquels forment une intersection où se mesure la portée des études s'en réclamant.

En premier lieu, la philosophie pénale est une épistémologie. Elle est l'étude critique des principes, des hypothèses et des résultats du droit pénal et des diverses sciences le prenant pour objet, afin de déterminer leur origine logique, leur valeur et leur portée.

⁽¹⁰⁾ Voir, notamment, notre étude, «Éclipses et réapparitions de la rétribution en droit pénal», *Rétribution et justice pénale*, Paris, P.U.F., 1983.

En deuxième lieu, la philosophie pénale participe de la philosophie politique, en tant que la réflexion sur le droit pénal qu'elle développe s'insère dans une philosophie de l'État, du Politique et du Pouvoir. Par là, elle met en jeu une idée de l'existence ou de la *coexistence humaine* (Lefort, 1981 : 46).

En troisième lieu, la philosophie pénale constitue une partie de l'éthique – dans le sens restrictif que donne A. Lalande à ce mot⁽¹¹⁾ – quand elle prend pour objet d'étude les jugements d'appréciation sur les actes qualifiés bons ou mauvais au regard d'une morale publique donnée, dont le respect est notamment assuré par le moyen du droit pénal. La philosophie pénale est recherche de la valeur des moyens répressifs relativement aux fins poursuivies par une formation sociale donnée. Elle est aussi science des mœurs, *i.e.* morale descriptive par opposition à la morale prescriptive.

En résumé, il s'agit de participer à cette *saisie éthico-politique des rapports humains*, telle qu'elle a été définie par Paul Ricœur, à l'endroit où ces rapports s'inscrivent dans le registre du juridique. Cette saisie doit être faite de l'intérieur, c'est-à-dire à la fois comme appréhension d'un vécu, et comme regard d'un familier d'une technique qui ensère, modèle, suscite ou créé ces rapports. En ce sens, une telle philosophie du droit ne peut être que l'œuvre d'un juriste converti à la philosophie.

L'esquisse que nous venons de faire de la philosophie pénale ne peut se parfaire que par des recherches ponctuelles, modestes contributions à cette «parole qui réfléchit efficacement et qui agit pensivement» (Ricœur, 1955). Il y faut le temps d'être juriste et le temps de comprendre et d'accepter l'exigence héroïque que Michel Serres voit habiter le philosophe. Il y faut le temps d'une sagesse partagée face à la chose juridique.

BIBLIOGRAPHIE

- BATAILLE Georges, *Le coupable*, Paris, Gallimard, (Les Essais XIV), 208 p. 1944.
- BOBBIO Noberto, «Nature et fonction de la philosophie du droit», Paris, *Archives de Philosophie du Droit*, n° 7, 1/11. 1962.

(11) «Science ayant pour objet le jugement d'appréciation en tant qu'il s'applique à la distinction du bien et du mal» (*Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, P.U.F., p. 305).

- CASADAMONT Guy, «Linéaments philosophiques, sociologiques et juridiques d'une présence de Gabriel Tarde», Paris, *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 27, 447/466. 1982.
- CHATELET François, «La question de l'histoire de la philosophie aujourd'hui», in *Politiques de la Philosophie*, Paris, Grasset, 200 p. 1976.
- CHEVALIER Jacques, *Histoire de la pensée*, Tome IV, Paris, Flammarion, 756 p. 1966.
- Commission des Maires sur la Sécurité, *Face à la délinquance : prévention, répression, solidarité*, Paris, La Documentation française, 212 p. 1983.
- COUSIN Victor, Préface du *Manuel de l'histoire de la philosophie* de Tennemann, Louvain, Librairie de l'Université, 2 tomes. 1830.
- DE GREFF Étienne, *Les instincts de défense et de sympathie*, Paris, Presses Universitaires de France, 235 p. 1947.
- ID., *Notre destinée et nos instincts*, Paris, Plon, 241 p. 1949.
- FRANCK Adolphe, *Philosophie du Droit pénal*, Paris, Germer Baillière Librairie, 239 p. 1864.
- ID., *Philosophie du droit ecclésiastique*, Paris, Germer Baillière Librairie, 192 p. 1864.
- ID., *Philosophie du droit civil*, Paris, Félix Alcan, 295 p. 1886.
- JOUFFROY Th., *Cours de droit naturel*, tome I, 4^e éd., Paris, Librairie L. Hachette et Cie, 427 p. 1866.
- LEFORT Claude, *L'invention démocratique*, Paris, Fayard, 331 p. 1981.
- MATZA David, *Delinquency and Drift*, 2^e éd. 1966, New York, John Wiley, 199 p. 1964.
- LOUDOT J., *Premiers essais de philosophie du droit et d'enseignement méthodique des lois françaises*, Paris, Joubert, 415 p. 1846.
- OST François, «Questions méthodologiques à propos de la recherche interdisciplinaire en droit», Bruxelles, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 6. 1981.
- OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, «Jalons pour une épistémologie de la recherche interdisciplinaire en droit», Bruxelles, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 8. 1982.
- PEYREFITTE Alain, *Réponses à la violence*, Paris, La Documentation française, 730 p. 1977.
- PONCELA Pierrette, «Pourquoi une justice répressive», Paris, *Déviance*, n° 1. 1974.
- ID., «Sentimiento de justicia y represion social», Medellin, *Nuevo Foro Penal*, 4. 1979.
- ID., «Éclipses et réapparitions de la rétribution en droit pénal», in *Rétribution et justice pénale*, Paris, P.U.F., 106 p. 1983.
- ID., «Droit de punir et pouvoirs de punir : une problématique de l'État», Paris, *Archives de Philosophie du Droit*, tome 28. 1983.

- RICŒUR Paul, *Histoire et vérité*, 3^e éd., 1964, Paris, Seuil, 364 p. 1955.
- ROUBIER Paul, *Théorie générale du droit*, 2^e éd., 1951, Paris, Sirey, 337 p. 1947.
- SOURIAU Étienne, *L'avenir de la philosophie*, Paris Idées/Gallimard, 318 p. 1982.
- TAINÉ Hippolyte, *Les philosophes du XIX^e siècle en France*, Genève, Ressources, Slatkine Reprints, 377 p. 1868.
- TARDE Gabriel, *La philosophie pénale*, Paris, Cujas, 1972, 578 p. 1890.
- TRAVAUX DU CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT, *Rétribution et justice pénale*, Paris, Presses Universitaires de France, 106 p. 1983.
- VERGEZ André, *Faute et liberté*, Paris, les Belles Lettres, 488 p. 1969.
- VIDAL Georges, *Principes fondamentaux de la pénalité dans les systèmes les plus modernes*, Paris, Arthur Rousseau, 410 p. 1890.
- VILLEY Michel, *Philosophie du Droit*, 1. *Définitions et fins du droit*, Paris, Dalloz, 238 p. 2^e éd. 1978. 1975.
-

TITRE III

Peut-on trouver un fondement au droit de punir ?

par Jeanne Parain-Vial

Les fonctions des juges, des policiers, des directeurs de prison, des détectives, etc., n'ont évidemment de sens que s'ils croient que la société ou, plus exactement, dans les sociétés modernes et contemporaines l'État pour qui ils travaillent, a le droit de punir. Bien plus, ce droit est implicitement admis par ceux qui actuellement contestent le droit d'appliquer la peine de mort ou le droit d'incarcération des délinquants ; sinon ils interdiraient de rechercher les criminels, de briser les manifestations, de mettre des contraventions, de contraindre les citoyens à payer leurs impôts, etc. Aux uns et aux autres les notions de droit et de peine semblent claires alors que dans les constatations que nous venons de faire le sens de ces mots est ambigu, ambiguïté qui entraîne des confusions.

La réflexion philosophique se doit donc de préciser ces notions et de s'interroger sur le fondement du droit de punir afin d'éviter les dangers qu'entraîne toute pensée confuse. Il est d'autant plus important de réfléchir sur le fondement du droit de punir que celui-ci est impliqué dans le droit qu'a le législateur d'organiser la vie sociale par des règles et des lois. La plupart ⁽¹⁾ des dispositions juridiques contenues dans les différents codes sont, en effet, assorties de sanctions et par conséquent supposent la légitimité du droit de punir.

(1) Au XIX^e siècle, toutes les lois avaient un caractère normatif et étaient assorties de sanctions, comme le fait remarquer Monsieur Atias. La suppression des sanctions ne contribue pas à clarifier la notion de loi, ni à faciliter l'application des mesures inscrites dans un code. Voir sur ce point l'excellente mise au point de : ATIAS Christian, « Normatif et non-normatif dans la Législation récente du droit privé », *Revue de la Recherche juridique, droit prospectif*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1982-2, 1982-2, p. 219 et suivantes.

Qu'est-ce donc qu'un droit ? Qu'est-ce donc qu'une peine ?

Tout droit, que l'on se place dans la perspective traditionnelle du Droit Romain ou dans celle des droits subjectifs (celle de la *Déclaration des droits de l'homme*) est d'abord un pouvoir dont l'exercice, par l'individu ou par un groupe, est reconnu comme légal. C'est évidemment chaque société ou, plus exactement, dans les sociétés occidentales d'aujourd'hui, l'autorité de l'État qui détermine cette légalité et accorde des droits à ses citoyens. Certes, cette autorité peut s'appuyer sur une autre autorité : celle d'une religion, celle d'une tradition, celle d'une idéologie, mais un pouvoir ne devient un droit véritable que s'il est reconnu comme légal, bien plus, si la société est capable d'assurer les conditions de son exercice. Cela est vrai des droits subjectifs individuels : droit de vivre, de se déplacer, de se marier ou de rester célibataire, etc., des droits exercés par le législateur, aussi bien que, dans une perspective traditionnelle, des droits accordés à quiconque remplit une fonction sociale. De tels droits, en effet, sont nécessaires pour que les individus puissent accomplir leurs devoirs : tels sont aussi bien les droits des parents sur leurs enfants, ceux des professeurs sur leurs élèves, que ceux des policiers ou des contrôleurs de chemin de fer dressant procès-verbal, des juges, etc. (2). Ce qui est donc commun à tout droit, que ce soit celui que possède le législateur, celui des gouvernants ou celui des individus, c'est qu'il est un pouvoir (c'est-à-dire une liberté) légalement reconnu.

Le droit de punir n'appartient qu'à l'État, c'est-à-dire à un groupe d'hommes gouvernant les autres (à l'exception du droit qu'ont les parents de punir leurs enfants, nous y reviendrons). Il lui assure la possibilité d'exercer ses autres pouvoirs grâce, en cas de désobéissance, à toutes sortes de peines qui vont des contraventions, des amendes, à

(2) Il faudrait insister sur la double corrélation des droits et des devoirs, tout droit correspond à un devoir pour l'individu qui l'exerce : le droit de conduire un enfant chez un médecin correspond au devoir de le soigner mais aussi à un devoir et à un droit chez celui sur qui il s'exerce : droit être soigné qu'a l'enfant et par conséquent devoir d'obéir aux parents sur ce point. Constaté cette corrélation nous dispense de discuter l'objection marxiste qui est tout à fait fondée dans la perspective des droits subjectifs, à savoir que les droits accordés par les gouvernements libéraux ne sont pas réels (du moins pas tous). Cela est vrai quand ne sont pas précisés ceux qui ont le devoir d'assurer les pouvoirs reconnus. Le droit de s'exprimer, le droit au travail, ne sont pas des droits réels. Tandis que le droit de fréquenter une école, de voter, etc., le sont.

l'emprisonnement, à la peine de mort, etc. Il le fait par l'intermédiaire de ces forces physiques armées que sont les polices, les gendarmes, les soldats, etc.

Précisons-le bien, l'État n'est pas le seul groupe d'individus à exercer des pouvoirs. Contrairement à ce que beaucoup croient spontanément, tout homme exerce des pouvoirs sur les autres. Bien plus, les hommes ne peuvent vivre que grâce aux pouvoirs qu'ils exercent les uns sur les autres, la plupart de ces pouvoirs étant heureusement bénéfiques : celui qu'exercent les parents en nourrissant, éduquant les enfants, celui du corps enseignant en les instruisant, celui des cadres et techniciens en organisant la production, etc. Ce qui est mauvais, nous le verrons mieux par la suite, ce ne sont pas les pouvoirs, mais les abus de pouvoir, c'est-à-dire le détournement d'un pouvoir légitime au seul profit de celui qui l'exerce : Si un père fait travailler ou voler son enfant pour se nourrir lui-même, si un professeur utilise son autorité pour enseigner autre chose que la vérité, etc.

Reste à savoir ce qui est légal, et aussi quelle est la différence entre ce qui est légal et ce qui est légitime. Cela est d'autant plus nécessaire aujourd'hui que personne ne s'inquiète du droit qu'à la police de me mettre une contravention pour stationnement interdit ou de vendre mes biens si je refuse de payer mes impôts, alors que la question se poserait si j'assassinais ou volais mon voisin.

La question de la légalité et de la légitimité du droit de punir qui appartient à l'État nous renvoie donc à la philosophie politique dans son ensemble. Nous ne pouvons considérer ici que deux questions essentielles : 1^o) celle de la légitimité et de la légalité du pouvoir qui exerce le droit de punir puisque la légalité est le caractère essentiel des pouvoirs que sont les droits. 2^o) Qu'est-ce que punir ? La peine est-elle le seul moyen à la disposition de l'État pour assurer le respect de ses règles ?

Nous ne ferons que quelques remarques concernant la première question sur laquelle on ne peut pas dire grand chose de neuf. En revanche, nous développerons un peu le second point car il me semble que cette question n'a jamais été abordée de front, encore que toutes sortes de courants de pensée soient aujourd'hui hostiles à la punition des coupables, rejetant sur l'injustice de la société ou sur une mauvaise éducation la responsabilité des délits ou des crimes. Mais aucune de ces théories n'a expliqué comment des hommes que l'on considère tous comme bons peuvent constituer une société injuste. Aussi, l'ignorance

de la cause du mal nous laisse-t-elle dans l'impossibilité de trouver des remèdes. Par ailleurs, l'application du marxisme en U.R.S.S. ne nous convainc guère de son efficacité pour instaurer une société d'abondance qui ferait disparaître, en même temps que l'État, les problèmes que nous posons. En ce qui concerne l'individu, nous ne constatons guère non plus l'efficacité de la psychanalyse pour réparer les méfaits d'une éducation coercitive.

Première question

Dans les systèmes étatiques contemporains, nous disions que le droit de punir apparaît comme un pouvoir légal, c'est-à-dire appartenant à un État constitué en conformité avec les institutions ou avec la constitution d'un pays. Bien évidemment, un État légal peut être nocif, donc illégitime si l'on définit la légitimité par la recherche du bien commun (donc de la justice) jointe au consensus du peuple. Inversement un État illégal peut à l'usage, si j'ose dire, devenir légitime. Nous ne pouvons évidemment dans le cadre de cet article justifier cette définition de la légitimité⁽³⁾.

Certes, on peut affirmer que c'est un faux problème car un État qui ne ferait pas respecter par des peines ses propres règles, se détruirait en tant que tel et le problème est en fait toujours résolu puisqu'aucune société ne tolère longtemps l'anarchie (voir évidemment sur ce point la philosophie de Hobbes). Mais que nos problèmes soient en fait résolus n'est pas une réponse. Pour justifier le droit de punir, il faut 1^o) qu'on puisse définir le Bien commun (la justice) et aussi que l'État exerce ce droit pour préserver, rétablir ou établir un ordre légitime, 2^o) Il faut montrer encore que c'est sinon le seul, du moins un moyen indispensable pour lui, ce qui nous ramènera à notre seconde question.

Qu'est-ce donc que le Bien commun ? Est-il facile à définir ou à constater ? Nous ne le pensons pas. On peut prétendre que lorsque l'enfant est reconnaissant à l'égard de ces parents ou à l'égard de ses maîtres, c'est précisément parce que son éducation l'a conduit à adopter leur système de valeurs ou leur conception du Bien. On ne peut donc définir le Bien commun qu'à l'intérieur d'un système de valeurs adopté

⁽³⁾ Voir SALLERON Louis, *Le Pouvoir dans l'entreprise*, Paris, C.L.C., 49, rue des Renaudes, 75017 Paris, 1980 qui se réfère lui-même à toute la tradition d'Aristote à saint-Thomas ; voir aussi le Père FESSARD, *L'autorité*.

par la totalité d'un groupe ou imposé par le pouvoir. Mais il est bien évident que l'on se trouve enfermé dans une alternative : ou il y a une pluralité de systèmes de valeurs ou il existe une vérité et un Bien universel qui fondent le droit de punir comme tout autre droit. Cette vérité nous ne la connaissons évidemment pas mais nous pouvons la rechercher si nous croyons en son existence.

Considérons le premier cas. Il faut bien le reconnaître, une philosophie pluraliste comme celle des sociologues ou celle de Sartre⁽⁴⁾, c'est-à-dire une philosophie qui nie l'universalité du Bien et du Vrai, conduit inévitablement au relativisme qui lui-même engendre presque inéluctablement le nihilisme. On ne peut établir, en effet, dans ce cas, aucune hiérarchie, ni entre les différentes cultures et leurs morales, ni entre les jugements de valeurs des individus. On peut aussi bien condamner le combat de Solidarité en Pologne et approuver les activités de la Maffia en Italie que faire le contraire, puisqu'on nie toute vérité universelle qui pourrait servir de critère et permettre de hiérarchiser les systèmes de valeurs. Or, dans tous les pays, il existe une pluralité de systèmes de valeurs, celui du délinquant ou celui de ceux qui ne paient pas leurs impôts n'est pas celui de la plupart des États. Il ne reste donc pour résoudre les conflits entre sociétés que la guerre et à l'intérieur d'une société la force tyrannique de l'État qui impose sa paix. Il exerce donc le droit de punir comme il lui plaît. Il est évident qu'on ne peut lui dénier ce droit qu'en s'appuyant sur d'autres valeurs. Ce qui est donc contradictoire pour une philosophie, c'est à la fois d'admettre le pluralisme des systèmes de valeurs et de prétendre, au nom de ses

(4) Sartre écrit en effet : «toutes les activités humaines semblent équivalentes et aboutir également à l'échec : ainsi revient-il au même de s'enivrer solitairement ou de conduire les peuples» (*L'Être et le Néant*, p. 721). Certes, Sartre dans *L'Existentialisme est-il un Humanisme* tente pour sortir de cette difficulté de faire appel à la maxime kantienne : les actions bonnes sont celles dont la maxime est universalisable. Mais peut-on prouver aux délinquants et aux tricheurs que si tout le monde tue ou si tout le monde triche, la société n'est pas viable ? Encore faudrait-il admettre qu'il est bon que les sociétés humaines existent et cette assertion pour générale et spontanée qu'elle soit n'est évidente ni pour les nihilistes ni pour les égoïstes. Inutile d'insister ici sur les difficultés que l'on rencontre à universaliser une maxime dans la philosophie kantienne : doit-on universaliser son concept en général (on aboutit dans beaucoup trop de cas à une contradiction) ou doit-on universaliser l'action dans ses conditions concrètes de réalisation ? On n'aboutit alors jamais à une contradiction. SARTRE Jean-Paul, *L'Être et le Néant*, Paris, Gallimard, 1943 ; *L'existentialisme est un humanisme*, Paris, Nagel, 1948.

propres valeurs proclamées cependant relatives, dénier à l'État le droit de punir. La notion même de «valeurs humaines» est peut-être elle-même contradictoire, si on y regarde de près, car qu'est-ce qu'une valeur, sinon la conception toute humaine que l'on se fait du Bien, c'est-à-dire de quelque chose qui transcende l'ordre réel.

Nous sommes donc renvoyés à l'autre branche de l'alternative : seule une vérité morale, c'est-à-dire l'universalité du Bien, en d'autres termes Dieu, peut donner une signification à la notion de Bien commun et par conséquent fonder le droit de punir comme tout autre droit. Reste évidemment à faire la philosophie de ce Bien commun, ce à quoi se sont efforcés tous les philosophes de la tradition platonicienne et aristotélicienne et toutes les grandes religions. Nous n'y reviendrons pas. Mais l'on comprend que l'athéisme régnant et le pluralisme qu'il engendre expliquent les inquiétudes actuelles concernant la peine de mort, bien plus encore que ne la font les doutes, hélas fréquents, concernant la liberté humaine. Si Dieu n'existe pas, tout est permis, mais si tout est permis, comment maintenir la paix dans une société autrement que par la force arbitraire et tyrannique de l'État ?

Seconde question

Reste notre seconde question. Même quand la croyance en un Bien Commun légitime le pouvoir de l'État si celui-ci s'exerce en vue de la réalisation de ce Bien, on peut encore se demander si l'État n'a pas à sa disposition des moyens autres que la peine pour assurer le respect de ses règles.

Et d'abord qu'est-ce qu'une peine ? C'est toujours une souffrance, une douleur qui, quelle qu'elle soit (coups de knout, amende, peine de mort, etc.) résulte de la privation d'une ou de plusieurs de nos libertés, c'est-à-dire des pouvoirs que nous exerçons habituellement : aller où nous voulons, dépenser notre argent comme il nous plaît, etc. Il est bien évident qu'il faut que cette privation plus encore qu'un autre droit soit justifiée, sinon il n'y aurait à l'intérieur de la société que des rapports de forces. Et nous venons de voir que le pouvoir inévitable d'un homme sur un autre homme ne peut être justifié que s'il poursuit le Bien commun⁽⁵⁾.

(5) On peut objecter que le droit de punir n'est qu'une remise à l'État du droit qu'a chacun à la vie, c'est-à-dire du droit de légitime défense que tout homme admet nous

Peut-on faire l'économie de la souffrance ? Échapper à la souffrance est évidemment l'idéal de tout homme qui ne pense pas qu'il puisse y avoir pour l'homme un bonheur autre que terrestre, ce qui est le cas du marxisme dont le but est la suppression des besoins par l'abondance. Il pourrait même, à première vue être celui de tout homme, car il n'est pas évident que le bonheur terrestre exclut la béatitude éternelle. Le problème est donc de savoir si a) comme l'espère l'hédonisme, il est possible à l'homme d'échapper à la souffrance ; b) si c'est souhaitable, c'est-à-dire si la souffrance et son apparente absurdité (surtout quand il s'agit de la souffrance physique), garde un sens. c) Même s'il est impossible d'échapper à la souffrance naturelle, il s'agit de savoir si on peut exclure toutes les souffrances provoquées artificiellement par d'autres hommes, ce qui est évidemment le cas des sanctions juridiques. Ces trois questions posent en réalité le problème de la nature de l'homme et celui du mal, problèmes philosophiques par excellence auxquels tentent de répondre toutes les grandes philosophies depuis Socrate et toutes les grandes religions. «Qui suis-je, que puis-je espérer ?» dit Kant.

Or, la première constatation que fait l'homme qui réfléchit à ces problèmes est qu'il se trouve dans le mal puisqu'il meurt et puisqu'il souffre physiquement et moralement dès sa naissance. L'enfant le plus sain a mal lorsque ses dents poussent ou lorsqu'il reçoit un choc ou une brûlure, lorsqu'il a faim, et il souffre déjà moralement lorsque sa mère s'éloigne de lui.

A la première des trois questions nous pouvons donc répondre : non, aucun hédonisme n'ayant jamais pu fournir la recette du bonheur,

dira-t-on sans avoir besoin de le fonder en Dieu. Mais en fait cette position postule 1) que la société assure vraiment la sécurité de l'individu, ce qui n'est pas toujours évident. 2) Que la vie d'un innocent vaut mieux que la vie d'un coupable et aussi que la vie d'un homme sain justifie les peines infligées aux malades contagieux et aux malades mentaux qu'on isole. Or, ce second postulat n'a de sens que si on admet un Bien universel permettant de définir l'innocent et d'exiger au nom du Bien commun un sacrifice du malade. Faire appel à l'utilité du plus grand nombre implique un système de valeurs et tout système de valeurs est contestable si on admet la pluralité des systèmes de valeurs puisque d'autres systèmes : celui de Nietzsche et a fortiori le nihilisme ou celui des émules du Marquis de Sade peuvent contester cette utilité. L'utilité n'est au reste pas une fin en soi, elle n'est justifiée que par la réalisation d'une autre fin à laquelle précisément elle est utile. Or, les fins sont multiples : puissance et extension d'un État ; richesse économique, domination d'un parti ou d'une idéologie, unité spirituelle de la société, etc.

inutile d'y insister : l'homme doit gagner son pain à la sueur de son front, il est constamment menacé par la mort et, comme dit Pascal «on ne délibère pas de passer une heure». Rien de temporel ne peut satisfaire notre soif, c'est une des leçons rappelées avec force par saint-Augustin. Et cela resterait vrai, même si une utopique société d'abondance était possible puisque les désirs de l'homme sont infinis. La psychologie humaine et animale nous apporte toutes sortes de renseignements qui corroborent ce que les philosophes et les sages savent depuis toujours. Les animaux ont à devenir adultes en s'adaptant à leur milieu naturel et aussi social (lorsqu'ils vivent en groupes). Ce milieu les nourrit, les aide à devenir eux-mêmes ; or, c'est (outre les conduites innées) le plaisir et la douleur qui les adaptent à lui. Il en est de même pour l'homme, en tant qu'il est un animal, mais les sanctions naturelles sont, contrairement à ce que pense Rousseau, insuffisantes pour l'intégrer à la société ⁽⁶⁾.

L'homme en effet, en tant qu'être libre, capable de connaître, éprouve, outre les besoins essentiels dont la satisfaction est nécessaire pour le maintien de la vie, toutes sortes de désirs souvent contradictoires et toujours sans limites. Ils vont des désirs de jouissance, de puissance, de luxe, etc., du désir d'oublier la souffrance, l'ennui et la mort dans la drogue au désir de connaître la vérité, d'aimer ses frères, d'aimer la beauté des œuvres d'art et la beauté du monde.

Il faut donc, puisqu'il lui est impossible de satisfaire tous ses désirs, que l'éducation lui apprenne à les discriminer et à les hiérarchiser, afin de l'aider à devenir vraiment homme, c'est-à-dire à donner un sens à sa vie. En d'autres termes, l'homme ne peut se contenter d'exister, il doit «devenir ce qu'il est» comme dit Nietzsche ou si l'on préfère un autre vocabulaire «faire son salut». Il faut donc qu'il cherche dans son milieu naturel ou social ce qui lui est nécessaire. Outre l'aide des autres hommes, il lui faut ce qu'Aristote appelle des biens extérieurs. Pour se cultiver, pour faire de la recherche scientifique, pour contempler le Parthénon, pour recevoir ses amis, comme pour acheter de l'alcool ou de la drogue, il faut de l'argent. On nous pardonnera d'énoncer ces banalités, car il est utile de le faire pour préciser le rôle de la souffrance

⁽⁶⁾ Il suffit de lire *L'Émile* pour comprendre 1) que l'on ne peut laisser jouer certaines sanctions naturelles sans risquer la maladie, voire la mort de l'enfant ; 2) que Rousseau lui-même pour compléter les sanctions naturelles est obligé de mentir à l'enfant en montant des comédies indignes d'un honnête homme.

dans l'éducation d'un homme. Or, le milieu naturel et social impose des souffrances à l'homme (toutes les grandes religions le savent et les philosophes devraient le savoir depuis Platon et Aristote), d'abord parce que la satisfaction de certains désirs l'oblige à renoncer à en satisfaire d'autres ou parfois suscite de nouveaux désirs, ensuite parce que tout bien est indissolublement un moyen et un obstacle. Obstacle, dans la mesure où un bien exige que nous l'acquérions, que nous nous soucions de lui, mais surtout dans la mesure où, inévitablement insuffisant, il nous rend esclave et tend même à masquer la fin au service de laquelle, il est employé. Gabriel Marcel a très bien montré que l'avoir (c'est-à-dire la relation que nous entretenons avec les choses et les hommes dont nous avons besoin) est essentiellement «affectant» pour nous. Jamais, sauf de façon tout abstraite et idéale, il ne se réduit à quelque chose dont nous pouvons disposer. «Toujours, il y a une sorte de choc en retour et nulle part ceci n'est plus clair que là où il s'agit soit de mon corps, soit d'un instrument qui le prolonge ou qui multiplie ses pouvoirs» (7). En effet, ce sur quoi porte la relation d'avoir est une chose. Or, celle-ci est soumise aux vicissitudes propres aux choses, elle peut être perdue ou détruite. Elle devient donc «ou risque de devenir le centre d'une sorte de tourbillon de craintes, d'anxiété, et par là se traduit précisément la tension qui est essentielle à l'ordre de l'avoir» (8). C'est alors que, précise Gabriel Marcel : «Nos possessions nous dévorent» : nous en devenons esclaves. Car tout attachement nous rend esclaves, même l'attachement à un bien nécessaire pour développer ce qu'il y a de plus noble en nous. La privation de ce bien est douloureuse. Il n'y a pas que l'avare qui souffre de perdre son trésor. Le grand violoniste souffre s'il perd son Stradivarius, le grand savant souffre de la destruction de son laboratoire. Nous avons tous souffert de la destruction du Mont Cassin et nous aurions tous souffert si le général allemand qui devait faire sauter Paris en 1944 avait obéi à Hitler.

L'homme ne peut donc échapper ni à la douleur, ni à la souffrance car, pour accomplir son être, il faut qu'il se détache de tous les biens, même de ceux qui ont été nécessaires à la réalisation de cet être. Épicure le savait. C'est l'erreur de Marx d'avoir espéré le bonheur terrestre de l'abondance des biens temporels. Même si celle-ci était réalisable (9),

(7) MARCEL Gabriel, *Être et Avoir*, Paris, Aubier-Montaigne, 1968, p. 238.

(8) *Ibid.*, p. 235.

(9) Dès son arrivée au pouvoir, Lénine a craint que chaque citoyen soviétique lui

ce qui n'est évidemment pas le cas, elle n'apporterait pas à l'homme le bonheur, car tout bien terrestre est éphémère et l'homme est mortel.

Il faut donc que l'homme utilise des biens pour devenir lui-même et apprenne ensuite à se détacher d'eux, c'est-à-dire pour reprendre la formule de Platon «apprenne à mourir».

Ajoutons ce que note Lorenz : l'homme, comme tout animal, a besoin de stimulants négatifs, c'est-à-dire de peines pour éprouver du plaisir et de la joie. Pourquoi avons-nous plus de joie à arriver au sommet d'une montagne, pourquoi la vue nous paraît-elle plus belle quand nous avons peiné en montant à pied que lorsque nous sommes transportés par téléphérique ? Lorenz parle de la loi des contrastes. Peut-être s'agit-il de quelque chose de plus profond qu'a vu Simone Weil : «par la joie, la beauté du monde pénètre dans notre âme. Par la douleur, elle nous entre dans le corps»⁽¹⁰⁾. La joie nous fait pressentir l'être, mais la souffrance seule nous révèle la vérité de notre existence car elle est contact avec le réel.

Quoi qu'il en soit, c'est peut-être une banalité encore de rappeler que «l'homme est un apprenti», «que la douleur est son maître», «que nul ne se connaît tant qu'il n'a pas souffert».

Ces remarques beaucoup trop rapides, mais qu'il est facile de compléter par la lecture des psychologues et des philosophes, suffisent-elles à justifier les sanctions artificielles qu'un État supposé légitime ajoute aux sanctions naturelles ?

Évidemment non si l'on imagine un État qui, sans supprimer les souffrances inévitables de l'homme, se chargerait d'éduquer les enfants par le plaisir et la joie, et obtiendrait ainsi qu'ils obéissent spontanément à ses lois une fois devenus adultes. Les sanctions artificielles devien-

demandât un piano et S. G. Stroumiline a fait à la Conférence de l'Institut de Sciences économiques (juin 1950) la déclaration suivante : «Avant de parler de la répartition suivant les besoins, les besoins dont on parle doivent être clairement définis. Les besoins des membres de la collectivité socialiste sont les besoins de gens instruits et cultivés qui n'abusent pas des possibilités qu'ils ont d'obtenir des biens de consommation. Une science de la consommation est déjà en train de se créer maintenant. Un Institut de Nutrition, qui étudie les normes rationnelles de l'alimentation, existe en U.R.S.S. Les besoins des gens sous le communisme seront extrêmement divers et individuels, mais en moyenne ils doivent graviter autour de normes fixées qui satisferaient complètement les besoins de gens socialement développés», *Voprosy Ekonomiki*, 1950, n° 10.

⁽¹⁰⁾ WEIL. Simone, *Attente de Dieu*, Paris, Seuil, 1966, p. 137.

draient inutiles pour compléter l'effet éducatif insuffisant des sanctions naturelles. L'homme pourrait ainsi faire mieux que la nature et l'on pourrait conclure que les peines sont commodes mais non indispensables pour éduquer les hommes. Les sanctions pénales, pas plus que celles des éducateurs ne seraient donc justifiées. Mais cela implique que la nature humaine soit naturellement bonne et que le besoin de châtement ne se fasse sentir que dans une société accidentellement mauvaise qui a perverti provisoirement les individus par l'éducation. Nous débouchons donc sur le problème du mal : l'homme est-il accidentellement malheureux et mauvais, doit-on postuler sa bonté avec Rousseau et avec Marx et détruire les sociétés réelles, mauvaises du fait de simples accidents historiques : la pauvreté en particulier, ou doit-on philosopher, c'est-à-dire réfléchir personnellement sur ce que nous connaissons de notre propre cœur ? On peut alors se demander si la pauvreté, le manque des richesses nécessaires pour satisfaire nos besoins est la seule cause des passions ? Si cet être mortel qu'est l'homme, inévitablement limité dans sa capacité de connaître et d'aimer, mais infini dans ses désirs peut être véritablement bon par nature, si son orgueil, sa volonté de puissance n'est pas la cause de ses malheurs plus encore que la pauvreté, si le déséquilibre même de sa grandeur et de sa misère, comme dit Pascal, n'indique pas qu'il est un être déchu ? : «Quelle chimère est-ce donc que l'homme ? Quelle nouveauté, quel monstre, quel chaos, quel sujet de contradiction, quel prodige ! Juge de toutes choses, imbécile ver de terre ; dépositaire du vrai, cloaque d'incertitude et d'erreur ; gloire et rebut de l'univers. Qui démêlera cet embrouillement ? ... Connaissez donc, superbe, quel paradoxe vous êtes à vous-même. Humiliez-vous, raison impuissante ; taisez-vous, nature imbécile : apprenez que l'homme passe infiniment l'homme, et entendez de votre maître votre condition véritable que vous ignorez. Écoutez Dieu. Car enfin, si l'homme n'avait jamais été corrompu, il jouirait dans son innocence et de la vérité et de la félicité avec assurance ; et si l'homme n'avait jamais été que corrompu, il n'aurait aucune idée ni de la vérité ni de la béatitude. Mais, malheureux que nous sommes, et plus que s'il n'y avait point de grandeur dans notre condition, nous avons une idée du bonheur, et ne pouvons y arriver ; nous sentons une image de la vérité, et ne possédons que le mensonge ; incapables d'ignorer absolument et de savoir certainement, tant il est manifeste que nous avons été dans un degré de perfection dont nous sommes malheureusement déchus !» (*Pensées de Pascal*, édition Brunsvicg, n° 434).

Nous retrouvons donc par un autre biais les réflexions sur la peine que nous avons proposées dans notre communication au séminaire de philosophie du Droit en 1982⁽¹⁾ : le droit de punir existe dans la mesure où la souffrance est nécessaire et inéluctable en tant que purification et rédemption. Si l'attachement aux biens finis engendre du fait même de cette finitude l'angoisse et la souffrance, une douleur de sens inverse est indispensable pour se détacher d'eux. Or, par rapport aux autres hommes le délinquant est celui qui, pour s'emparer des biens de ce monde, exerce une violence si j'ose dire supplémentaire. Il a donc droit, par rapport à eux à une douleur purificatrice supplémentaire elle aussi. Et il est nécessaire de la lui imposer si on ne veut pas l'exclure de la société, c'est-à-dire de tout rapport humain.

On ne peut donc objecter au droit de punir la possibilité d'utiliser d'autres moyens, puisque c'est la nature même de l'homme, sa nature déchue qui pour le détacher des biens qui le rendent esclave lui impose la souffrance. Quant au postulat de la bonté de l'homme, il est non seulement arbitraire mais dangereux, car méconnaître le mal, c'est faciliter sa propagation.

D'ailleurs, à supposer que la société ait perverti l'individu, comment ces individus pervertis pourraient-ils devenir aujourd'hui subitement des éducateurs parfaits, totalement intelligents, aimant également tous les enfants qui leur seraient confiés ? Les erreurs d'éducation reprochées aux familles ne pourraient être que multipliées, faute de cette compensation que constitue l'amour que les parents éprouvent la plupart du temps pour leurs enfants. En fait toute institution arrachant l'enfant aux familles tend à devenir un instrument de tyrannie aux mains de l'État. Quant aux tentatives d'éducation totalement libertaires, «sans obligation, ni sanction», qui sont périodiquement faites en Allemagne, en Italie, en France, etc., leurs échecs spectaculaires sont bien connus.

Tout ce que nous venons de dire ne signifie pas que partout et dans tous les cas l'éducateur doit préférer la punition au pardon. Il est des circonstances où le pardon est beaucoup plus efficace que la sanction, mais à condition que ce pardon soit rédempteur. Je veux dire par là à condition qu'il ne soit pas une marque de faiblesse mais l'effet de l'amour mutuel qui existe entre l'enfant et ses parents. Cet amour

⁽¹⁾ A paraître dans le prochain numéro des *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 28, 1983.

inspire à l'enfant une prise de conscience et un remords de sa faute (ce qui au reste est une souffrance) ; il inspire à l'éducateur un acte de confiance dans l'être à venir de celui qu'il aime.

Il est évidemment utopique de penser que toutes les situations même familiales sont de ce type. A l'échelle sociale, en tout cas, il ne peut y avoir d'amour entre l'État, c'est-à-dire les fonctionnaires des institutions qui jugent les délits ou les crimes, et l'individu délinquant. Ces institutions doivent être justes, elles ne peuvent pardonner, c'est-à-dire aimer. Les individus qui les représentent peuvent en leur for intérieur compatir, mais ils doivent rendre la justice.

Nous pouvons donc conclure que si l'on croit en une vérité morale, le droit de punir est fondé, puisqu'on ne peut trouver des moyens éducatifs sans punition qui rendraient inutiles les sanctions pénales justes.

Précisons-le bien, cette conclusion en signifie pas que les systèmes judiciaires et carcéraux soient parfaits. Mais le problème que nous traitons est : le fondement du droit de punir. Il ne s'agit pas pour nous d'inventer des formes de sanctions parfaitement efficaces et justes. La découverte de telles formes requiert un effort d'imagination et elle suppose évidemment en premier lieu que les prisons ne soient pas des lieux de perversion pour les délinquants occasionnels. Mais la justice demande seulement que le criminel ait la possibilité de trouver dans la sanction l'occasion d'une rédemption. Cette rédemption elle-même ne peut être que l'effet de sa liberté, cette liberté pouvant être évidemment soutenue par l'amour d'êtres humains concrets : amis, prêtres, non par des institutions abstraites ⁽¹²⁾.

(12) A ce propos, rappelons que Simone Weil, dans la ligne de Platon, croyait la peine de mort capable d'aider le criminel à concevoir la justice. Stendhal la considérait, dans *Le Rouge et le Noir*, comme un hommage rendu à la liberté de l'homme. Mais évidemment de telles croyances impliquent à la fois que la vie humaine ne se réduit pas à la vie terrestre et que celle-ci a un sens.

TITRE IV

La fonction de la répression pénale dans un ordre juridique

par François Rigaux

INTRODUCTION

Dans les sciences sociales et en droit tout particulièrement, autant il est aisé de définir le noyau d'un concept autant on se sent malhabile dès qu'on approche de ces lieux où le champ conceptuel laborieusement défini confine au domaine d'autres concepts. Pour déterminer la fonction remplie par la répression pénale à l'intérieur de l'ordonnement juridique global et savoir si, comme le proposent les abolitionnistes⁽¹⁾, une société sans système pénal est seulement concevable, il faut successivement : 1) analyser les fonctions de la répression ; 2) donner de la peine une définition juridique ; 3) s'interroger sur le caractère mouvant des frontières de la répression ; 4) vérifier si la répression pénale est séparable des autres formes de contrôle social.

§ 1. LA FONCTION DE LA RÉPRESSION

Dans l'histoire de la conscience humaine, et si fondamentale qu'elle nous paraisse aujourd'hui, cette première question est sans doute la plus tardive. Elle est aussi la plus difficile à correctement poser. Il faut se demander à quelles fins une société inflige une peine à l'un de ses membres.

(1) Voy. notamment : HULSMAN Louk et BERNAT DE CELIS Jacqueline, *Peines perdues, le système pénal en question*, Paris, Le Centurion, 1982 et, dans le présent volume, des mêmes auteurs, «Fondements et enjeux de l'abolition du système pénal», pp. 319 et s.

Une première difficulté a pour objet le concept même de la peine, au sens, aujourd'hui usuel, de mal. La tradition du suicide et le débat sur l'euthanasie démontrent que la mort peut, en certaines circonstances, être considérée comme un bien préférable à la vie. Quand Crainquebille crie impunément «Mort aux vaches» devant un sergent de ville moins irascible que l'agent n° 64 qui l'avait une première fois fait incarcérer, il préfère l'asile confortable et l'horaire régulier de la prison à la misère de sans abri à laquelle la société l'a «condamné». Même si l'on rapproche la peine de l'acte que celle-ci prétend réprimer, il est malaisé de tracer une frontière entre ce qui est un bien ou un mal pour l'individu dont le comportement est objet de répression. Pour une définition universelle du concept de «peine», il faut aussi faire abstraction des sujets enclins à l'auto-punition, qui trouvent une jouissance dans les maux qu'on leur fait subir.

En outre, quand la peine a une vertu curative – comme il apparaît en certaines circonstances, telle la cure de désintoxication à laquelle est contraint l'alcoolique ou le drogué, et à condition qu'il y ait accord unanime pour dévaloriser les paradis artificiels – elle cesse d'être un mal. Si elle tenait ce caractère de la seule circonstance qu'elle est imposée à l'individu contre sa volonté, toute mesure coercitive aurait un caractère pénal.

La distinction entre ce qui est un bien ou un mal pour l'individu est parfois empruntée à des croyances, à des religions ou à un ordre de rétribution dans une autre vie. Dans son livre récent sur *La conquête de l'Amérique*, Tzvetan Todorov rapporte «la célèbre controverse de Valladolid qui en 1550 oppose l'érudit et philosophe Ginès de Sepulveda à l'abbé dominicain et évêque de Chiapas, Bartholomé de Las Casas»⁽²⁾. Au cours du débat qui portait essentiellement sur l'égalité ou l'inégalité des Indiens et des Espagnols, Las Casas refuse un des postulats mis en œuvre par Sepulveda, à savoir que «comme le dit saint Augustin (épître 75), la perte d'une seule âme morte sans le baptême surpasse en gravité la mort d'innombrables victimes, fussent-elles innocentes»⁽³⁾. Cela n'empêche pas Las Casas de rapporter parmi les expressions réelles de sa sollicitude pour les victimes de ses com-

⁽²⁾ TODOROV Tzvetan, *La conquête de l'Amérique*, Paris, Éd. du Seuil, 1982, p. 157.

⁽³⁾ GINÈS DE SEPULVEDA J., *Democrates Alter*, trad. esp. : *Democrates secundo. De las Justas causas de la guerra contra los Indios*, Madrid, Instituto F. de Vitoria, 1951, p. 79, cité par Todorov, p. 161.

patriotes, qu'ayant dû, en qualité d'aumônier de la troupe de Narvaez, assister à un massacre horrible, il ne put apporter à un jeune Indien dont un coup d'épée avait arraché les intestins, d'autre secours que de le baptiser *in extremis* (4).

Dans son commentaire, Tzvetan Todorov oppose à l'idéal religieux qu'il qualifie de «bien social», le «bien personnel» que constitue la vie ou la mort de l'individu (5). Il est sans doute permis de nuancer cette analyse. Le respect de la vie appartient lui-même à la catégorie des biens sociaux mais le rapport institué entre la vie et la mort des individus varie selon le type de société qui institue un tel rapport. D'où la relativité du concept de peine. Quand un lien d'imputation unit la peine à un comportement criminel, il arrive qu'un ordre moral de rétribution confère à la «peine» perçue comme telle une valeur qui la transforme en bien. En acceptant la peine que lui impose la société civile, le condamné répare dans l'ordonnement religieux auquel il déclare aussi appartenir la faute morale avec laquelle il identifie sa transgression d'une loi de la société. D'une manière générale, dès qu'on joue sur les registres de plusieurs systèmes de valeurs et, pourquoi pas, de plusieurs systèmes juridiques, les concepts de bien et de mal risquent de s'intervertir.

Il faut donc se cantonner dans un ordre juridique sécularisé, animé par un État désacralisé, dont les juristes et les politiciens appliquent à la répression des critères inspirés de la rationalité économique. Compte tenu des objectifs à atteindre (et ici apparaît le catalogue des comportements qu'il faut prohiber ou combattre parce qu'ils sont réputés incompatibles avec le bien de la société), quelle est l'efficacité d'une politique de répression ?

Les principales justifications généralement avancées aujourd'hui en faveur de l'incrimination de comportements déterminés sont au nombre de quatre : l'effet dissuasif de la peine, l'élimination du risque de récidive propre à certaines peines, telles la peine de mort et, pour la durée de son exécution, la privation de liberté, l'utilisation de la peine comme technique de réinsertion sociale, notamment grâce au traitement auquel est soumis le condamné ou qu'il est persuadé d'accepter et, en dernier lieu, un élément de rétribution qui, s'il peut paraître moins

(4) DE LAS CASAS Bartholomé, *Historia de las Indias*, Mexico, Fondo de Cultura Economica, 1951, t. III, p. 29 ; voy. sur cette anecdote, Todorov, pp. 173-174.

(5) *La conquête de l'Amérique*, *op. cit.*, p. 101.

rationnel que les deux précédents (il rappelle des préceptes très primitifs : œil pour œil, dent pour dent), s'inscrit cependant assez bien dans une société qui se prétend méritocratique. Est juste, la société qui récompense le bien et punit le mal.

A propos de cette quadruple fonction de la peine, il convient de faire observer qu'aucun élément ne contredit les autres, presque toujours ils se renforcent mutuellement. Les trois premiers peuvent passer pour des tentatives de rationalisation du quatrième. Seul le troisième est incompatible avec la peine capitale, tandis que celle-ci est, par ses défenseurs, tenue pour la clé de voûte du système répressif, et sans doute du système social, l'expression symbolique du pouvoir de la société sur ses membres. A propos du quatrième élément, on peut remarquer qu'un moralisme diffus n'a pas cessé d'imprégner notre système pénal. Tel l'enfant qui mord sa nourrice, l'homme ou la femme qui enfreint gravement les lois de la vie en société retourne contre le corps social qui l'a engendré les forces mêmes qu'il en a reçues. Tout crime est une forme de parricide. Au moment d'affronter la mort, Socrate dialogue avec les lois de son pays, il les compare à un maître vis-à-vis duquel il se place dans une relation de subordination⁽⁶⁾. Au cours de ce dialogue qu'il imagine afin d'écarter la proposition de s'évader que lui a faite Criton, Socrate se fait tenir par les lois athéniennes ce langage : «Allons, Socrate, écoute-nous, nous qui t'avons nourri ! Ne mets, ni tes enfants, ni ta vie, ni quoi que ce soit d'autre, à plus haut prix que la justice, afin de pouvoir, une fois arrivé chez Hadès, dire tout cela, pour te défendre, à ceux qui là-bas ont l'autorité». Dûment intériorisée, la loi de la cité invite le citoyen à l'obéissance et cette soumission aux règles posées par les ancêtres reçoit un double appui mi-philosophique et mi-religieux. Le citoyen victime d'une injustice ne subit pas celle-ci «par notre faute à nous, les Lois, mais par la faute des hommes». Au contraire, le citoyen qui résiste à l'application des lois ou s'y soustrait par la fuite répond «à l'injustice par l'injustice, au mal par le mal»⁽⁷⁾.

§ 2. LA DÉFINITION JURIDIQUE DE LA PEINE

La répression pénale consiste à infliger à une personne un traitement perçu comme un mal ou une souffrance, et ce en vertu d'un mécanisme

⁽⁶⁾ PLATON, *Criton*, 50 (e), trad. de Léon ROBIN, *Œuvres complètes* (Bibl. de la Pléiade), t. I^{er}, p. 196.

⁽⁷⁾ *Ibid.*, 54 (b), p. 201.

d'imputabilité : la peine est motivée par le comportement que la société entend réprimer. Certains éléments de cette définition ne sont pas sans reproche (notamment, on l'a vu, la notion de mal), il faut à présent s'efforcer de mieux circonscrire le concept même de peine. Deux difficultés majeures apparaissent ici, ayant respectivement pour objet, la première la définition du droit, la deuxième la définition de la peine.

Sans préjudice de la qualification des peines encourues (c'est le deuxième aspect de la question, sur lequel on reviendra dans un instant), il est temps de s'apercevoir que l'État est loin d'avoir le monopole du droit de punir. En se bornant à évoquer les règlements de compte de la *camorra* ou de la *mafia* et la pratique de la *vendetta*, qui obéissent sans doute à des règles de conduite aussi précises et circonstanciées que celles d'un Code pénal classique, on doit être attentif au catalogue très complet des peines canoniques, au boycott pratiqué dans les milieux professionnels, aux amendes et aux exclusions prononcées par les multiples fédérations sportives ou par le Comité international olympique⁽⁸⁾. Il serait inexact d'évacuer ces phénomènes en leur assignant un fondement volontaire ou contractuel. Le monopole de fait exercé par une fédération sportive et l'enjeu patrimonial considérable aujourd'hui lié au sport de compétition ont pour conséquence que l'ordre sociétal ainsi constitué forme, dans le secteur considéré, une société nécessaire au même titre que l'État dans l'ensemble global de relations qui est le sien. La question est alors de savoir si nous acceptons d'élargir le concept de répression pénale à d'autres ordres juridiques que celui de l'État.

Parmi les maux qu'une société inflige à ses membres en vertu d'un mécanisme d'imputabilité, il en est dont le caractère pénal ou répressif résiste à toute discussion. La peine de mort, les privations de liberté ont assurément ce caractère. Les peines pécuniaires suscitent beaucoup plus d'hésitation. Les amendes sont qualifiées tantôt de pénales, tantôt d'administratives, tantôt même de civiles. Auxquelles faut-il reconnaître ou réserver un caractère proprement répressif ? Et pourquoi ? Au cours de l'histoire le catalogue des peines s'est restreint d'un côté et il a crû de l'autre. Les stigmates corporels et les peines d'infamie que nous

⁽⁸⁾ Voy. quelques développements sur ce point dans : RIGAUX F. et VANDER ELST R., «Relations juridiques transnationales ou Dialogue sur un autre droit», *Journal des Tribunaux*, 1982, 230-234, et notamment les textes reproduits pp. 231-232 et aux notes 6, 11 et 12.

avaient légués l'antiquité et le moyen âge ont progressivement disparu au cours du XIX^e siècle⁽⁹⁾. Moins théâtrales et moins visibles, les déchéances de natures diverses circonscrivent le rôle social du condamné. Certaines d'entre elles – telles les déchéances de la nationalité ou de la puissance paternelle – ne prennent pas la forme d'une décision prononcée par une juridiction répressive et n'ont pas toujours pour origine un fait punissable imputable au déchu. Bien qu'elles n'aient pas la solennité d'une déchéance, les mesures de garde que peut, en diverses circonstances, ordonner le tribunal de la jeunesse, ont sensiblement le même effet.

D'autres déchéances sont tantôt des peines tantôt des mesures de sûreté, mais l'ambiguïté de cette dichotomie fera l'objet de remarques plus fondamentales dans la réponse à la quatrième question. A la suppression de la peine du ban ont répondu les condamnations par coutumace qui ne laissent que le choix entre l'exil et une incarcération de longue durée. En outre, nouvelle forme d'exil, l'éloignement des étrangers est conçu comme une mesure de sûreté qui n'est souvent en fait que l'accessoire d'une condamnation pénale.

Assez curieusement, l'exil et l'enfermement ont le même effet : priver celui qui en fait l'objet de tout accès au territoire social contrôlé par l'État. De même, le boycott, l'excommunication, l'interdiction de prendre part à une compétition sportive excluent d'un jeu social celui qui en est frappé. Quand pareilles mesures ne sont pas intégrées à l'ordre juridique étatique, il y a deux raisons de s'interroger sur leur nature juridique : constituent-elles, dans le chef d'organes sociétaires non étatiques, une mesure de répression pénale ?

Seule une théorie du droit ayant réussi à dépasser l'identification de l'État et du droit dominante en Occident depuis le début du XIX^e siècle, est en mesure de tenir pour proprement juridiques les peines variées prononcées par les divers ordres sociétaires non étatiques⁽¹⁰⁾. L'effectivité de ces peines «privées» est, pour deux motifs, très supérieure à celle des peines administrées par les organes étatiques : elles sont très précisément alignées sur la nature de l'infraction (par exemple l'interdiction d'exercer une profession ou de participer à une com-

(9) Sur les supplices de la fin de l'Ancien Régime, voy. notamment : FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975, pp. 9-72.

(10) Voy. RIGAUX F., «Le droit au singulier et au pluriel», *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1982, n° 9, 1-61.

pétition sportive au titre de sanction d'une transgression commise au cours de l'activité même qui est ensuite prohibée) ; de plus, étant, le plus souvent, assez restreints, les groupes sociaux à l'intérieur desquels la répression «privée» est mise en œuvre exercent un contrôle plus étroit sur leurs membres, et les objectifs très spécialisés que s'est assignés le groupe social couvrent un champ suffisamment étroit pour être adéquatement surveillé ⁽¹¹⁾.

§ 3. LE DÉPLACEMENT DES FRONTIÈRES DE LA RÉPRESSION

C'est conscient du double handicap qui vient d'être cumulé – qu'est-ce qu'une peine, quand a-t-elle un caractère juridique ? – qu'il faut rappeler ce truisme, à savoir le caractère fluctuant des frontières de la répression. Les grandes libertés garanties au début du XIX^e siècle ont supprimé les délits les plus traditionnels. Les sociétés antiques et médiévales, comme aussi celles qu'il est convenu d'appeler primitives, ne connaissent pas d'infraction plus grave que l'atteinte aux symboles représentatifs du corps social. La liberté de la presse et la liberté des cultes ont mis fin à des incriminations qui nous paraissent aujourd'hui odieuses. On se rappellera cependant que le Code pénal italien avait accueilli à l'époque fasciste le délit de blasphème et nous ne saurions ignorer que les incriminations de caractère idéologique sont demeurées indispensables au maintien des dictatures.

La société libérale du XIX^e siècle est sans doute celle qui a été le plus radicalement dépenalisée, si on l'entend au sens strict des peines prononcées en justice en vertu d'un mécanisme d'imputabilité. Depuis, et malgré quelques exceptions voyantes – tel le combat pour la dépenalisation de l'avortement – le réseau des incriminations pénales n'a cessé de se resserrer et il a atteint une densité et une complexité technique auxquelles il n'existe sans doute pas de précédent. Telle est aussi une question fondamentale à poser : qu'il s'agisse de la protection des bébés phoques dans l'Antarctique ou de l'affichage des prix dans une épicerie de Louvain-la-Neuve, du trafic d'héroïne ou des crimes passionnels, les États n'ont, pour manifester leurs interdictions ou contraindre à certains comportements, pas découvert d'autre moyen que la menace de peines prononcées par leurs tribunaux. Même s'il n'est pas

⁽¹¹⁾ Pour un exemple de cette effectivité, voy. l'article cité à la note 8, pp. 231-232.

exercé sans partage, le droit de punir est demeuré un des attributs essentiels de l'État, les valeurs sociétales dominantes se laissant dégager du système d'incriminations pénales par lequel elles sont protégées. A ce niveau d'analyse et eu égard à la masse énorme de qualifications répressives, une définition juridique plus affinée de la répression pénale n'apporte aucun élément significatif. De même, il est moins intéressant d'observer la variabilité du champ répressif que de relever la constance des rapports qui unissent ce champ aux intérêts majeurs dans l'État.

Entre le contenu des dispositifs pénaux et le système de valeurs déterminant les traits distinctifs d'une société donnée, il existe un lien étroit. Ce n'est pas une coïncidence si, dans une société dominée par la rationalité économique, les infractions contre les biens sont le plus sévèrement réprimées. Mais il y a plus. Alors que les crimes et les délits contre les personnes (meurtres, viols, attentats à la pudeur) reçoivent aisément des explications de caractère criminologique parce que leur nature même trahit quelque «anormalité», ces explications sont beaucoup moins aisément reçues à l'égard d'infractions contre les biens. Un voleur ou un escroc est guidé par la volonté d'acquérir des biens matériels, et sur ce point il ne dévie pas des objectifs du corps social tout entier. Il est, dès lors, plus difficilement accepté que l'auteur du fait culpeux ait mis au service d'une intention aussi communément partagée une volonté défaillante ou une intelligence débile.

Quant à l'inflation pénale généralement dénoncée aujourd'hui, elle ne doit pas obscurcir le fait que les peines significatives (les peines privatives de liberté et, le cas échéant, la peine capitale) demeurent réservées aux deux principales catégories d'infractions traditionnelles, contre les personnes et contre les biens, et qu'y sont le plus souvent soumises des personnes appartenant aux classes sociales les moins favorisées. Il demeure, et ceci est important, que les multiples incriminations frappant les délits involontaires, les actes de simple négligence, la transgression des dispositions de droit économique, financier ou social, même si elles ne conduisent que très rarement les coupables en prison, sont l'expression symbolique de la réprobation du corps social. Avant de se demander si une société peut abolir toute manifestation autoritaire de ses choix fondamentaux, il reste à mesurer l'équilibre qui s'établit entre les techniques proprement répressives et les autres formes de contrôle social mises en place par l'État.

§ 4. LA RÉPRESSION PÉNALE ET LES AUTRES FORMES DE CONTRÔLE SOCIAL

Le libéralisme de la première moitié du XIX^e siècle n'était qu'apparent, ou plutôt il ne bénéficiait qu'à une fraction de la société. Michel Foucault a très bien montré comment la bourgeoisie au pouvoir avait réussi à enfermer d'autres catégories sociales dans les dépôts de mendicité, les asiles de vagabonds, les maisons d'aliénés, les refuges de prostituées, les colonies de jeunes⁽¹²⁾. Deux éléments communs à cette énumération disparate : la décision d'enfermement émanait d'une autorité administrative et non d'un tribunal, elle frappait, aux différents âges de la vie mais avec une nette prédilection pour les jeunes, les femmes et les vieillards, des personnes dénuées de ressources financières. En outre, jusqu'à la fin du XIX^e siècle et souvent même au-delà, les conditions de travail du prolétariat privèrent de la jouissance effective des libertés fondamentales la plus grande partie de la population. Pareille ampleur de formes non pénales (au sens juridique du terme) de répression porte à réfléchir.

Notre société use encore de subterfuges pour dissimuler ou dénaturer certains appareils répressifs. Qu'elles visent les aliénés simples, les délinquants anormaux ou les étrangers, les mesures, tantôt administratives tantôt judiciaires, de privation de liberté ne sont pas des peines, au sens classique du terme, puisqu'elles ne sont pas la conséquence d'une décision d'imputabilité. Elles ont cependant toutes pour effet d'évincer certains acteurs sociaux dans des conditions et selon des procédures moins respectueuses des droits individuels que les techniques pénales classiques. Sur la portée exacte de la protection de la jeunesse, et sans remonter aux travaux préparatoires de la loi de 1912, très révélateurs de l'ambiguïté des intentions exprimées à l'époque par le gouvernement, il y aurait beaucoup à dire. Le conflit de compétence qui oppose en ce moment l'État national et les Communautés met très bien en relief la fragilité du concept «protection de la jeunesse» dont le domaine est dévolu aux Communautés en vertu de l'article 5, § 1^{er}, II, 6^o, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, à l'exception toutefois «des matières relevant du droit civil, du droit pénal et du droit judiciaire». Quelle politique de protection de la jeunesse saurait-on concevoir si l'on ne peut, d'une part, organiser des mesures portant atteinte à l'exercice régulier de l'autorité parentale, et, d'autre

(12) Sur «le grand renfermement», voy. notamment : FOUCAULT Michel, *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, Gallimard, 1972, pp. 56-123.

part, à l'égard des mineurs ayant commis un fait qualifié infraction, substituer à l'imputabilité pénale des mesures appropriées à leur âge ?

L'autorité des pères et mère, celle des maîtres sur leurs élèves, le verdict d'exclusion que prononce un jury d'examen, le classement des fonctionnaires, les peines ou sanctions disciplinaires, les techniques diffuses d'exclusion ou de mise au ban d'un groupe social – rappelons ici le boycott du pauvre Crainquebille après qu'il avait purgé quinze jours de prison pour outrage à un agent de police – multiples sont les moyens de punir l'individu coupable de n'avoir point respecté les interdits posés par le groupe social.

Une définition stricte ou formelle de la répression pénale a ses avantages, mais elle se heurte à des difficultés considérables. La distinction entre une peine et une mesure de sûreté, la classification des diverses déchéances, le choix d'un critère opératoire de l'imputabilité (avec le risque de médicalisation de la responsabilité pénale), l'exacte qualification des fonctions du tribunal de la jeunesse, autant de problèmes insolubles et dont la solution serait cependant indispensable si l'on voulait circonscrire la fonction de la répression pénale dans un ordre juridique.

La réponse à ces questions ne saurait être que purement technique. Le juriste de métier est capable de formuler des définitions précises de chacun des concepts considérés. A quoi bon si, par d'autres voies, soustraites à la qualification juridique de ce qui est «pénal», le «bien collectif» parvient à s'assujettir les volontés individuelles ?

Cela conduit à tenir pour illusoirs deux postulats des théories abolitionnistes. L'un est qu'une société globale (telle la société étatique) pourrait, à l'instar d'une micro-société (une famille, une communauté d'habitants, une entreprise co-gérée), substituer à la décision autoritaire des solutions négociées, aux tribunaux un médiateur, au procès pénal ritualisé la palabre. L'autre postulat est l'espoir que les personnes seront moins écrasées par les mécanismes de cohésion sociale organisés à une échelle plus réduite («small is beautiful») que par la bureaucratie étatique. Est-il tellement sûr que les sociétés restreintes soient moins oppressives que l'État moderne ? Seul l'État totalitaire avoue la prétention de contrôler la totalité du champ social et, heureusement pour ses citoyens, il n'y parvient pas totalement. Dans les États qui affirment des ambitions plus réduites, le despotisme bureaucratique est tempéré par l'indolence des fonctionnaires, et celle-ci n'est pas la moindre parmi les garanties de la liberté des citoyens.

TITRE V

Kojève et le droit pénal

par Guy Haarscher

Sans doute ne s'attendait-on pas à ce que les Éditions Gallimard publient, aujourd'hui, un fort long manuscrit de Kojève, datant d'une bonne quarantaine d'années, et consacré au droit⁽¹⁾. On comprend certes les motivations d'une telle politique éditoriale : ces derniers temps, le droit a acquis dans la philosophie et les sciences humaines un statut qu'il ne possédait pas il y a une dizaine d'années seulement. De multiples raisons concourent à ce nouvel intérêt pour les disciplines juridiques, et en particulier le fait que le face-à-face stérile du moralisme et de la *Realpolitik* empêchait décisivement de penser l'émancipation, la démocratie, la lutte contre l'arbitraire du pouvoir. Ce n'est qu'en retrouvant les vieilles réflexions sur le *Staatsrecht*, la *rule of law*, l'«État de droit»⁽²⁾, que la philosophie pratique a pu reprendre sur de nouvelles bases l'interrogation concernant la lutte contre l'exploitation, l'oppression, le totalitarisme. C'est dire par conséquent combien l'apparition, à la surface des débats intellectuels, de l'*Esquisse d'une phénoménologie du droit*, correspond à une situation éminemment significative. Nous en percevons des indices plus loin, dans le corps même de notre analyse.

On connaissait Kojève comme cet interprète de Hegel qui, durant l'entre-deux-guerres, avait organisé des séminaires consacrés à la *Phénoménologie de l'esprit*, auxquels participèrent, à un titre ou à un autre, Queneau, Bataille, Lacan et d'autres. En fait, l'auteur de l'*Intro-*

(1) KOJÈVE A., *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Paris, Gallimard, «Bibliothèque des Idées», 1981, 588 p.

(2) Cf., sur ce point, FASSO G., *Histoire de la philosophie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1976, *passim*.

duction à la lecture de Hegel ⁽³⁾) (volume rassemblant la substance des séminaires) avait à proprement parler (avec Jean Hyppolite ⁽⁴⁾ et Alexandre Koyré ⁽⁵⁾) inauguré l'étude sérieuse en France de l'hegelianisme. Mais sa lecture de Hegel est très vite apparue comme unilatérale, son interprétation comme violente, la masse de textes qu'il ne retenait pas, pour raison d'incompatibilité avec sa lecture et sa conception de l'essence de l'hegelianisme, comme trop considérable pour ne pas éveiller le soupçon ⁽⁶⁾.

Je rappelle ces éléments parce que, pour ainsi dire, la distorsion que Kojève fait subir à l'œuvre de Hegel se retrouve au centre de son analyse du droit, et en particulier de sa conception du droit *pénal*. Dans ses séminaires des années trente, il centrait l'étude de Hegel sur la *Phénoménologie de l'esprit* ⁽⁷⁾, et, dans ce même ouvrage, privilégié, sélectionnait un chapitre (la célèbre «Lutte du maître et de l'esclave») ⁽⁸⁾, auquel il faisait jouer le rôle de pivot de toute son interprétation. Il serait évidemment hors de propos de reprendre ici toutes les critiques qui ont été adressées à cette attitude de violence interprétatrice : on a notamment montré – je pense aux remarquables analyses d'Otto Pöggeler ⁽⁹⁾ – que le statut même de la *Phénoménologie* de 1807 apparaissait comme problématique, dans la mesure où Hegel avait été «emporté» par le sujet dans le processus d'écriture même, ce qui avait eu pour conséquence une inadéquation entre le projet, décrit dans l'introduction, et le corps même du texte ; on a également souligné que l'ouvrage de 1807 ne pouvait sans dommage se trouver isolé du reste du

⁽³⁾ Paris, Gallimard, 1947.

⁽⁴⁾ HYPPOLITE J., *Genèse et structure de la Phénoménologie de l'Esprit de Hegel*, Paris, Aubier-Montaigne, 1946.

⁽⁵⁾ KOYRE A., «Hegel à Iéna», in *Études d'histoire de la pensée philosophique*, Paris, A. Colin, 1961.

⁽⁶⁾ Je me permets de renvoyer sur ce point à ma propre étude, «Prolégomènes à une lecture spéculative de la Phénoménologie de l'Esprit», *Revue internationale de Philosophie*, n^{os} 139-140, 1982, fasc. 1-2, pp. 69-93.

⁽⁷⁾ HEGEL G. W. F., *Phénoménologie de l'Esprit* (1807), Paris, Aubier-Montaigne, 1939, 2 vol. (trad. J. HYPPOLITE).

⁽⁸⁾ *Ibid.*, vol. I, pp. 155-166.

⁽⁹⁾ PÖGgeler O., *Hegels Idee einer Phänomenologie des Geistes*, Freiburg-München, Karl Alber, 1973, en partic. pp. 170-230 («Zur Deutung der Phänomenologie des Geistes») ; du même auteur également : «Die Komposition der Phänomenologie des Geistes», in *Materialien zu Hegels «Phänomenologie des Geistes»* (éd. H. F. FULDA et D. HENRICH), Frankfurt, Suhrkamp, 1973, pp. 329-390.

système (ce que Kojève, nous le verrons, tente de faire), et que la «Lutte du maître et de l'esclave» ne pouvait, sans distorsions excessives, se trouver placée au centre, ni de la *Phénoménologie*, ni *a fortiori* de l'œuvre en général ⁽¹⁰⁾. Bref, il y a, si l'on veut, un «kojévisme», dont le rapport à l'hegelianisme apparaît pour le moins problématique.

Mais est-ce là une raison suffisante pour rejeter l'œuvre de Kojève ? Après tout, la plupart des grands philosophes ont, sous couvert d'une analyse des grandes œuvres du passé, «fait passer» leurs propres conceptions : que l'on pense au fort peu orthodoxe – c'est le moins que l'on puisse dire, et Aron l'a lumineusement démontré ⁽¹¹⁾ – marxisme de Sartre dans la *Critique de la raison dialectique*, au Kant de Heidegger, aux penseurs traités dans la *Geschichte der Philosophie* de Hegel lui-même, aux présocratiques d'Aristote : chaque fois, l'interprétation de l'«Autre» apparaît comme un prétexte à l'auto-affirmation. La question importante n'est donc pas tellement celle – nécessaire au demeurant – de savoir si, oui ou non, Kojève est hegelien, mais celle consistant à se demander si, oui ou non, sa philosophie – du droit (pénal), pour ce qui nous concerne – nous aide à penser le phénomène juridique.

Esquisse d'une phénoménologie du droit : comment comprendre, à titre de mise en place théorique provisoire, ce titre ? Kojève utilise, je pense, le terme «phénoménologie» dans les deux sens majeurs qu'il a acquis à l'époque de Hegel et au vingtième siècle : husserlien et hegelien. Husserlien tout d'abord : pour cerner le phénomène juridique et tenter, dans une première démarche, tout extérieure, de le définir. Kojève a, très pragmatiquement, recours à une analyse qui rappelle la «variation éidétique» de la phénoménologie husserlienne ⁽¹²⁾ : il s'agit au demeurant de faire «varier» les prédicats d'un phénomène (les caractéristiques du phénomène «droit» en l'occurrence) pour tenter d'apercevoir les éléments essentiels de ce dernier, c'est-à-dire ce sans quoi il ne serait pas ce qu'il est : ainsi, en supprimant imaginativement des caractéristiques du droit, peut-on à un moment donné distinguer ce qui lui est essentiel d'une part, ce qui relève de traits historiques, particuliers, «accidentels», contingents d'autre part. Je ne suis pour ma part pas sûr qu'une telle méthode, quelle que soit au demeurant sa

⁽¹⁰⁾ Cf. HAARSCHER G., art. cit., pp. 87 sq.

⁽¹¹⁾ ARON R., *Histoire et dialectique de la violence*, Paris, Gallimard, 1973.

⁽¹²⁾ Cf. HUSSERL E., *Idées directrices pour une phénoménologie*, trad. frç. Paris, Gallimard, 1950.

fécondité, puisse aboutir à une définition univoque, objective et purement « descriptive » du droit. Reinhold Zippelius a bien montré⁽¹³⁾ que, quoi que l'on fasse ou veuille, le noyau ultime que l'on considérera comme la « définition » du droit (ou de tout autre phénomène humain, historique, culturel) contiendra des évaluations, des préférences, des jugements de valeur : puisqu'on ne peut évidemment considérer comme droit tout ce que l'on a *appelé* « droit » dans diverses civilisations, il nous faut un critère de distinction permettant de déterminer ce que l'on inclut et ce que l'on exclut du champ juridique ; et cela, nous ne pouvons l'obtenir qu'à partir d'une certaine idée du Droit (que l'on pense aux débats concernant ce thème entre positivistes normativistes, sociologues, phénoménologues et jusnaturalistes)⁽¹⁴⁾. Mais, cette réserve faite, tâchons de jouer le jeu et de suivre Kojève dans sa détermination du noyau essentiel (fût-il affecté de valeurs) qui caractérise le droit.

Il n'y a droit (objectif), dit Kojève, que là où un « tiers impartial » est appelé à trancher un différend entre parties et à déclarer qui possède ou ne possède pas tel ou tel droit (subjectif). Ceci pour la définition extérieure, « behavioriste », obtenue par le jeu pragmatique des variations eidétiques⁽¹⁵⁾. Mais cette définition externe – quoique problématique et discutable – apparaîtrait banale si Kojève n'y adjoignait une caractérisation *interne* : le droit est l'expression d'une Idée, la Justice. Banalité encore, nous dira-t-on, et preuve supplémentaire, s'il en était encore besoin, de ce que le philosophe (du droit ou d'autre chose) relève de la catégorie des « préposés aux choses vagues », jadis brocardés par Valéry. Or précisément, tout repose chez Kojève sur les développements concrets, c'est-à-dire sur la façon dont il applique son idée du « tiers impartial » aux différentes branches du droit, et sur sa conception propre de la justice. C'est de cette dernière que je partirai : dans la mesure où elle repose elle-même sur l'« hegelianisme » (très discutable, comme on l'a vu), c'est-à-dire sur la « Lutte du maître et de l'esclave », je

(13) ZIPPELIUS R., *Das wesen des Rechts*, München, C. H. Beck, 1969, (4^e éd. 1977), pp. 4 sq.

(14) Cf. FASSO G., *op. cit.*, *passim*.

(15) *Esquisse*, pp. 17sq. Kojève semble réduire la problématique de la règle de droit à celle des droits subjectifs garantis (les fameux « intérêts légitimes » de Jehrings). A propos de la « Querelle du droit subjectif », on consultera MARTY G. et RAYNAUD P., *Droit civil*, tome I : *Introduction générale à l'étude du droit*, Paris, Sirey, 1972, pp. 262 sq.

commencerais par un bref rappel des traits fondamentaux de ce (trop) célèbre chapitre (16).

Kojève part d'une «anthropologie» (17), c'est-à-dire d'une tentative de définition de l'homme, de ses désirs fondamentaux et de leur satisfaction possible. L'homme désire un objet extérieur qu'il s'assimile dans un processus de consommation (d'annihilation, si l'on peut dire) : or, nous dit Kojève, un tel processus est infini (nous aurons à nous demander pourquoi) (18), l'objet du désir renaissant en permanence et suscitant à nouveau le désir. Mais il existe un objet privilégié qui, à proprement parler, peut casser ce cercle vicieux, cet éternel retour du face à face désir-objet, cette activité de Sisyphe. Cet objet, c'est l'autre homme ou l'autre «conscience», dont il s'agit de désirer le désir : que l'Autre me désire, cela signifie pour moi être «reconnu» par lui. Or, nous dit Hegel – et Kojève à sa suite –, cette «reconnaissance» ne peut être obtenue que par une *lutte à mort*, par laquelle chacun des partenaires met en jeu jusqu'à sa vie pour se montrer digne de l'«attention» de l'Autre. Si l'un des deux meurt, la reconnaissance n'a pas lieu, faute de partenaire. Il faut donc que tous deux survivent, et, par conséquent, que l'un d'eux abandonne à un moment le combat en préférant la vie au risque de mort pris en vue de la reconnaissance. La fin de la lutte se solde par un *pacte* qui aura une importance majeure pour la conception kojévienne de la Justice : l'un des combattants demande l'arrêt du combat en se soumettant à l'autre. Dès lors, celui-ci devient «Maître», libre d'utiliser celui que l'on appellera désormais «Esclave» pour satisfaire ses propres besoins. Mais le Maître bénéficie-t-il dès lors de la «reconnaissance» recherchée ? Le but de sa lutte se trouve-t-il atteint ? En aucune façon : certes, l'esclave le reconnaît, mais ce dernier n'est pas «à la hauteur» de la reconnaissance qu'il prodigue ;

(16) Les références sont : HEGEL, *Phénoménologie de l'Esprit*, op. cit., I, pp. 155-166 ; KOJÈVE A., *Introduction à la lecture de Hegel*, op. cit., pp. 161-195.

(17) Cf. sur ce point mon article, cité *supra*, n. 6 et 10.

(18) En fait, il ne faut pas comprendre ceci comme si les besoins fondamentaux, nourriture, sexualité, procréation, etc., nécessitaient en permanence une «consommation» de matière extérieure (objet naturel ou autre individu en tant que pur objet du désir) : ce n'est pas cela qui est en cause, mais le fait que ce type de comportement ne peut mener à la satisfaction «spirituelle» ; le désir renaît en permanence, l'annihilation du dehors apparaît comme infinie (le «mauvais infini» de Hegel), sauf si, comme nous le verrons, surgit dans le monde un être qui s'«auto-annihile» (ce sera le cas dans la lutte du maître et de l'esclave).

c'est un être humain imparfait (ayant reculé devant le risque de mort, prisonnier de son «animalité», de son attachement à la survie) qui le reconnaît ; le miroir est en quelque sorte brouillé, le maître ayant besoin d'un individu *digne* de le reconnaître : d'où le dilemme dans lequel celui-ci, par la force des choses et l'ironie de la dialectique, se trouve enfermé : *soit* il recommence le combat avec une autre «conscience» (s'il gagne, le même processus s'enclenchera et il devra recommencer un troisième combat ; s'il meurt, il n'y a bien entendu plus personne à reconnaître ; et s'il se soumet, il sera esclave du deuxième «partenaire», méprisé, non reconnu, dominé) ; *soit* il se maintient dans sa position de domination sur le «premier» esclave et la reconnaissance s'avère inéluctablement viciée, imparfaite, piégée par le fait que le regard de l'esclave n'est aucunement l'altier acquiescement d'un *égal*. Le mot «égal» est ici d'importance, puisque nous verrons que l'*égalité* constitue la caractéristique essentielle de la justice du Maître⁽¹⁹⁾, tandis que l'*équivalence* forme le prédicat majeur de la justice de l'Esclave⁽²⁰⁾ (il échangera la survie contre la soumission, estimant les deux «intérêts» équivalents, ce à quoi un Maître – un «aristocrate» – ne se serait jamais résigné). Mais n'anticipons pas trop.

Par une «ruse de la raison», c'est en fait l'esclave qui va devenir le véritable vainqueur du combat, certes sous une forme différée. En effet, nous savons maintenant que la position du Maître débouche dans une impasse existentielle ; mais qu'en est-il, à proprement parler, de l'autre «partie» ? L'esclave, obligé de travailler pour le maître, remplit son obligation, il s'«exécute». Mais qu'est-ce que travailler, pour Hegel ? C'est certes façonner la matière extérieure pour la transformer en produit utile (au Maître), en «valeur d'usage», selon l'expression des économistes classiques ; mais c'est d'un même mouvement *se* façonner soi-même, différer son désir immédiat, le *médialiser* par une discipline ascétique qui, petit à petit, par le long labeur de l'Histoire, va donner à l'esclave cette maîtrise qui a inéluctablement échappé au Maître. Et, les années de formation ou d'apprentissage accomplies, les esclaves seront à même de renverser le pouvoir des maîtres et d'instaurer une troisième forme de Justice : celle du Citoyen, reposant sur l'«équité»⁽²¹⁾ (terme qui signifie chez Kojève – comme nous le verrons – la synthèse de

(19) Cf. *Esquisse*, pp. 274 sq.

(20) Cf. *Esquisse*, pp. 291 sq.

(21) *Esquisse*, pp. 307 sq.

l'égalité aristocratique du maître et de l'équivalence «bourgeoise» de l'esclave).

Que pouvons-nous retirer, pour notre propos, de ce résumé schématique de la problématique du Maître et de l'Esclave, que Kojève place au premier plan de son interprétation – discutable – de l'œuvre hegelienne ? Comme il s'agit dans le présent article de nous limiter au droit pénal tel que l'a bordé l'*Esquisse*, je propose d'en rester là pour l'instant en ce qui concerne cette dialectique de la domination et de la servitude, d'aborder la question qui nous occupe dans les termes de Kojève, pour revenir, en fin de parcours, à une question essentielle : en quoi la problématique spéculative rappelée ci-dessus éclaire-t-elle les grands problèmes du droit pénal ?

Kojève commence par une mise au point : le droit pénal – discipline «mixte»⁽²²⁾ – ne peut être considéré comme relevant du droit public si cette appartenance signifie que les délits pénaux au sens large dont traite cette discipline juridique sont des délits qui lèsent l'*État* : en ce cas, l'*État* serait à la fois juge et partie, le tiers impartial disparaîtrait *ipso facto*, et donc toute idée de droit suivant la définition externe («behavioriste», «éidétique») de l'*Esquisse*. L'*État* doit intervenir en guise de tiers. «Comme tout droit en général, le Droit pénal est donc un Droit privé»⁽²³⁾. La définition kojévienne du droit pénal s'articule comme suit : ce que régit le droit pénal, c'est le rapport entre l'individu et la «société civile» (et non entre différents individus) :

«... posons que le Droit pénal se rapporte aux interactions entre une Société (non politique) donnée et ses membres quels qu'ils soient, cette interaction donnant lieu à l'intervention d'un Tiers impartial et désintéressé (c'est-à-dire autre que la Société elle-même), et que l'action annulée par ce Tiers est «criminelle» par définition»⁽²⁴⁾.

Kojève développe plus précisément, dans les pages qui suivent⁽²⁵⁾, la définition de cette «Société» qui constitue la partie lésée, l'*État* intervenant «spontanément» à partir du moment où les intérêts de cette dernière se trouvent mis en cause. Rien de bien original jusqu'ici, dirait-on : mais les choses deviennent intéressantes avec la question de

⁽²²⁾ Cf. MARTY et RAYNAUD, *op. cit.*, pp. 74-80.

⁽²³⁾ *Esquisse*, p. 420.

⁽²⁴⁾ *Ibid.*, p. 423.

⁽²⁵⁾ *Ibid.*, pp. 436 sq.

l'action «criminelle» (ou délictuelle *sensu lato*) comme telle. Toute action possède, nous dit Kojève, trois prédicats : l'«intention», la «volonté d'agir» et le «but»⁽²⁶⁾. L'intention s'identifie aux motivations ; la volonté d'agir à la décision concrète de passer à l'acte ; enfin, l'acte lui-même constitue le «couronnement » – s'il a lieu – du processus. L'annulation par le Tiers impartial impliquera donc elle-même trois traits dominants suivant que l'une ou l'autre des caractéristiques de l'action se trouvera en cause. Kojève énonce alors la thèse suivante : l'annulation de l'acte ne constitue en aucune façon une «peine» : pour que celle-ci existe, il faut que ce soient l'intention, ou la volonté d'agir – ou les deux – qui fassent l'objet de l'annulation. Comment démontrer cette thèse, et quel est son impact sur l'ensemble de la problématique ? Soir un exemple⁽²⁷⁾. À supposer qu'un débiteur ne paye pas sa dette, le fait de passer à l'exécution forcée de l'obligation de paiement constitue une annulation de l'«acte» de non-paiement. Il s'agit d'un acte pour ainsi dire en sens inverse, rétablissant l'équilibre rompu par le débiteur défaillant. Problème strict de droit civil, le Tiers intervenant à propos d'une interaction entre deux membres de la «Société civile». Mais que se passera-t-il si un individu *vole* une certaine somme à un autre ? S'il s'agit uniquement de restaurer celui qui a été volé dans ses droits, bref de lui restituer la somme en cause, on en restera sur le plan du droit civil. Ce n'est que si une «peine» s'ajoute à cette restitution qu'il y aura droit pénal : or celle-ci, nous dit Kojève, ne peut concerner que l'intention et la volonté d'agir (et non l'acte). Qu'en est-il au demeurant ?

Soit tout d'abord la «volonté» : la peine ne se rapporte pas à l'acte puisque, si la même somme avait été prise par mégarde, la restitution s'imposerait, mais nulle peine, comme c'est le cas dans l'exemple du vol ; de plus, le droit pénal punit également la *tentative* de vol : ces deux raisons indiquent que c'est bien la volonté qui, en l'occurrence, est l'objet de la peine ; cette volonté lèse la «Société» dans son ensemble, à l'opposé de l'acte, qui lèse un sujet de droit particulier et relève donc du droit civil. Mais qu'en sera-t-il de l'«intention» ? Kojève utilise ici, pour sa démonstration, la notion de circonstances atténuantes ou aggravantes : dans le cas où un acte a été commis, la volonté apparaissant comme manifeste, qu'est-ce qui pourrait justifier les circonstances atténuantes ?

(26) *Ibid.*, p. 427.

(27) Développé par Kojève lui-même (*ibid.*, pp. 428 sq.).

L'absence d'intention ou d'intérêt, la «passion», la situation particulière, etc. À nouveau, on voit que la peine n'est pas concernée par l'acte, mais par une dialectique spécifique de la volonté d'agir et de l'intention.

Tout ce que nous venons de dire concerne – résumé brièvement (je renvoie au texte de Kojève pour des développements plus concrets, l'espace dont je dispose m'imposant de me limiter à certaines questions fondamentales) – l'application au domaine du droit pénal de la définition behavioriste-éidétique du phénomène juridique. Qu'en est-il alors de la définition interne-essentielle, bref de la question de la Justice ? C'est ici que le caractère paradoxal des positions prises par Kojève apparaît peut-être de la façon la plus flagrante : tout d'abord, écrit-il, et cela malgré les apparences, le droit pénal constitue un phénomène par essence plus «*tardif*» que le droit civil⁽²⁸⁾. Or le droit archaïque n'apparaissait-il pas comme essentiellement pénal ? Kojève fournit ici certains éléments qui rendent problématique une telle thèse : tel le phénomène de la vendetta⁽²⁹⁾ (auquel, récemment encore, René Girard a accordé une place centrale dans sa théorie de la violence)⁽³⁰⁾, qui, s'il est assumé par l'État en tant que tiers impartial, relève du droit, mais non du droit pénal, dans la mesure où il s'agit d'annuler l'acte en commettant ou laissant commettre un acte en sens inverse. De la même façon, le droit de *wergeld* constitue «un simple paiement de dommages-intérêts, c'est-à-dire l'annulation *civile* d'un acte illicite»⁽³¹⁾. Et le phénomène du talion⁽³²⁾, par l'identité qu'il établit entre un acte et sa sanction, relève encore, selon les termes de Kojève, du droit civil. Dès, par contre, qu'interviennent volonté d'agir et intention, l'on se préoccupe de ce qui ne peut léser un particulier (seul l'acte l'atteint), et, par conséquent, il faut dire que la Société comme telle se trouve en l'occurrence lésée. Le tiers inflige dès lors la peine spontanément et non, comme en matière civile, à l'initiative d'une partie lésée. Le droit civil est «impersonnel» et «objectif» : il s'occupe de l'acte comme tel ; le droit pénal est pour sa part «personnel» et «subjectiviste» : il n'y a pas de peine impersonnelle et objective, puisqu'elle concerne volonté et intention, constitutives de la subjectivité de l'acte délictueux.

⁽²⁸⁾ *Ibid.*, pp. 444 sq.

⁽²⁹⁾ *Ibid.*, p. 446.

⁽³⁰⁾ Cf. GIRARD R., *La violence et le sacré*, Paris, Grasset, 1973, *passim*.

⁽³¹⁾ *Ibid.*, pp. 446-447.

⁽³²⁾ *Ibid.*, p. 447.

«Quand il s'agit d'un assassinat par exemple, ce n'est pas l'*acte* de tuer qui lèse la société ... Ce qui la lèse, c'est la volonté ou l'intention meurtrières. Et c'est pourquoi la peine ne s'applique pas au meurtrier involontaire (ou éventuellement au meurtrier avec une intention «justifiable», c'est-à-dire qui ne lèse pas la société)» (33).

Il existe sur le point présent un flottement terminologique chez Kojève. Quelques pages plus haut, il nous a dit que, strictement parlant, le talion relevait du droit civil (annulation de l'acte). Or voici qu'il nous parle maintenant du droit *pénal* du talion, lié au «principe aristocratique de l'égalité» (34). Faut-il considérer que la justice aristocratique ne relève pas du droit pénal, ou au contraire qu'elle constitue une forme particulière de celui-ci ? Il semble bien que la première branche de l'alternative soit la bonne : Kojève écrit en effet que «le droit pénal est un phénomène beaucoup plus 'bourgeois' qu'aristocratique» (35), indiquant par là que dès qu'il y a peine, considération de la volonté et de l'intention, ce n'est plus de stricte égalité que l'on parle, mais, bien au contraire, d'équivalence, puisque la peine ne constitue pas un «contre-acte» égalisateur, mais un équivalent de la lésion subie par la Société. En d'autres termes, il apparaît assez clairement ici que, pour Kojève – et ceci rejoint ce qu'il disait plus haut de la relative «modernité» du droit pénal, lié qu'il serait à la justice de l'Esclave, postérieure dans l'histoire à celle des Maîtres –, le droit pénal ne naît qu'avec la morale et la philosophie de la Servitude. Nous aurons à revenir sur ce point dans un autre travail.

Je voudrais maintenant, laissant de côté les analyses concernant la pratique et le «dosage» des peines (36), aborder deux points essentiels qui, me semble-t-il, apparaissent comme les conclusions les plus provocantes que l'on puisse tirer de l'analyse kojévienne : la théorie de la peine de mort d'une part, celle de la Raison d'État et des crimes dits politiques d'autre part. La peine de mort, c'est «l'annihilation du criminel dans son corps, en tant qu'animal» (37). Or il s'agit là d'une «*erreur* théorique (ontologique)» (38). Pourquoi ?

(33) *Ibid.*, p. 449.

(34) *Ibid.*, p. 451.

(35) *Ibid.*, p. 452.

(36) *Ibid.*, pp. 459 sq.

(37) *Ibid.*, p. 466.

(38) *Ibidem.*

«Par rapport à l'individu la *totalité* du temps est ... limitée par sa naissance et sa mort. Or du moment que le Droit est un phénomène humain, relatif à l'être humain, il doit reposer sur la notion anthropologique, et non pas théologique, ... du Temps, sur la notion de temps *fini* ... Autrement dit, le Droit doit limiter l'être juridique du sujet de droit à la vie effective (c'est-à-dire active) de son support. Alors il faudra nier la survie juridique et par conséquent renoncer aussi à la peine de mort comme à un moyen *juridique* d'annuler le crime»⁽³⁹⁾.

Kojève poursuit en notant que l'évolution du Droit moderne (et de la culture moderne) s'opère dans le sens d'une reconnaissance de plus en plus affirmée par l'homme de sa *finitude*. Dès lors, l'idée d'une survie juridique s'estompe de plus en plus et par conséquent la peine de mort qui, selon Kojève, se fonde sur elle.

Soit alors le problème de la Raison d'État. Dans le cas du crime politique, l'État se défend cette fois lui-même (c'est lui qui se trouve «lésé»). Mais dès lors, et en toute rigueur «kojévienne», le dit «crime politique»

«n'est donc pas un *crime* au sens juridique du mot et la réaction de l'État n'a rien à voir avec une *peine* proprement dite ... Les rapports politiques entre l'État et le citoyen sont hors du domaine du Droit en général»⁽⁴⁰⁾.

Comment justifier une telle assertion ? Par la référence à la problématique de base du livre : à la «Lutte du maître et de l'esclave». Celui qui risque sa vie, écrit Kojève, pour agir «sur l'État en tant qu'État»⁽⁴¹⁾, agit comme citoyen ; c'est par le risque de mort qu'il se détermine donc contre l'État, en aspirant à la «reconnaissance universelle»⁽⁴²⁾ (c'est-à-dire, si l'on veut, en se référant à telle ou telle forme de droit naturel, fondement permanent des révoltes contre l'ordre positif). De ce point de vue, Kojève va jusqu'à soutenir que «le révolutionnaire a politiquement droit à être supprimé *politiquement*, et cette suppression ne peut être que la mise à mort»⁽⁴³⁾.

Je pense qu'il est intéressant de bien garder à l'esprit la dualité de la conception kojévienne en ce qui concerne la mort infligée comme

⁽³⁹⁾ *Ibid.*, pp. 466-467.

⁽⁴⁰⁾ *Ibid.*, pp. 469-470.

⁽⁴¹⁾ *Ibid.*, p. 470.

⁽⁴²⁾ *Ibid.*, p. 471.

⁽⁴³⁾ *Ibidem*.

sanction. On sait déjà que cette même mort se trouve impliquée d'une façon très déterminée dans les fondements mêmes de la culture selon Hegel (revue par Kojève), puisqu'elle se trouve à la base de la distinction maître-esclave, des deux justices corrélatives de l'égalité et de l'équivalence, et de leur synthèse citoyenne sous la forme du principe d'équité. La mort se trouve aussi en cause aux confins de l'ordre étatique, dans le risque pris par l'ancien esclave, «formé» comme nous l'avons vu par le travail dans l'Histoire, qui attaque de front l'État en réclamant la reconnaissance universelle. Mais il n'y a pas de *peine* de mort possible dans un tel système : dans la «première» lutte, celle du maître et de l'esclave «originaires», il n'y a pas encore de droit ; dans la lutte politique du révolutionnaire, l'État agit comme «partie» : il n'y a pas de droit non plus, celui-ci impliquant nécessairement l'idée de Tiers impartial. Mais quand il y a droit, donc peine possible, la mort est exclue pour les raisons ontologiques rappelées ci-dessus.

Je voudrais maintenant faire quelques remarques de fond à propos de ces analyses. J'avais dit au début de cet article que la parution de *l'Esquisse* aujourd'hui était «significative» : et effectivement, si l'on veut bien se rappeler que l'hegelianisme a engendré le marxisme, lequel a substitué à la référence au Droit le recours à l'Histoire justificatrice de la violence et de l'arbitraire «progressistes», il apparaît paradoxal qu'un disciple de Hegel revalorise de cette façon le phénomène juridique. C'est dire encore une fois combien sa fidélité à l'égard de l'auteur de la *Wissenschaft der Logik* apparaît, comme le disait Lacan de son rapport à Freud, «ombrageuse». Mais qu'en est-il du fond de la question ? Il est certain que la tripartition qui gouverne toute l'analyse de Kojève (justice du maître, de l'esclave et du citoyen) apparaît schématique, et que Hegel, dans ses périodisations historiques, respectait plus la complexité des faits ; en ce sens, Kojève en «rajoute» plutôt en matière de formalisme spéculatif⁽⁴⁴⁾. Ceci dit, c'est sans doute aux historiens du droit qu'il incombe de dire si, oui ou non, cette vue «de Sirius», dogmatique et simplificatrice, arrive malgré tout à cerner de grandes périodisations, à nous imposer de modifier notre grille d'analyse.

⁽⁴⁴⁾ On pourrait d'ailleurs aisément montrer que, par exemple dans son *Histoire de la philosophie païenne* (Paris, Gallimard, 1968 sq.), Kojève ultra-hegelianise, si l'on peut dire, l'histoire de la philosophie telle que Hegel l'avait écrite lui-même. On dirait que chaque fois que Hegel se laisse tenter par la nostalgie du fait et de la complexité du réel-empirique, Kojève le corrige, le rappelle à une exigence spéculative «supérieure».

D'autre part, les conséquences tirées par Kojève en ce qui concerne les délits politiques et la peine de mort mériteraient peut-être une attention plus soutenue. Toute sa conception repose sur une idée de la mort qui se trouve à l'origine et au bout de l'histoire humaine : combat victorieux du maître tout d'abord, de l'esclave en fin de processus, – justification, par conséquent, d'une violence politique dont on sait aujourd'hui les masques qu'elle peut prendre et la façade honorable qu'elle est habile à se donner ; et en même temps, refus de la mort – pour des raisons spéculatives liées à l'ontologie de la temporalité «finie» – à l'intérieur du système juridique. La justification de la violence politique relève de l'hegélianisme le plus pur ; la dénonciation de la peine de mort se relie à une sorte d'humanisme de la finitude. Il n'est pas sûr que les deux thématiques puissent aussi aisément se relier, sans conséquences aporétiques. Mais ceci constitue un autre problème, qui outrepassé les limites du présent article.

TITRE VI

Idéologie et droit pénal

par Jules Messinne

1. – On admet aujourd'hui⁽¹⁾ que le droit positif est la traduction, voire la consécration, de l'idéologie de la société au sein de laquelle il s'élabore. Le droit pénal est sans doute, à cet égard, avec le droit de la famille et le droit social, très caractéristique. C'est qu'il pose des questions essentielles, dont le fondement idéologique est évident à première vue : le citoyen a-t-il le droit de commettre tel acte ? la société a-t-elle le droit de le frapper d'une mesure coercitive ? et si elle a ce droit, d'où le tient-elle, comment et dans quel but peut-elle l'exercer ?

Le fondement idéologique du droit pénal, on le voit immédiatement, a un double objet : il concerne à la fois le droit de punir et le but de la peine. Nous parlerons donc, pour la facilité de l'exposé, d'une part d'idéologie des infractions, d'autre part d'idéologie de la peine. Par ailleurs, chacun s'accorde à souligner l'évolution considérable du droit pénal depuis la promulgation du code du 8 juin 1867 : nous essaierons donc de broser à larges traits, l'idéologie qui a présidé à l'élaboration du code et celle qui explique cette évolution.

I. L'IDÉOLOGIE DU CODE DE 1867

A. *Les infractions*

1) La préoccupation de l'État

2. – Il est frappant de constater que le code pénal de 1867, comme celui de 1810 dont il est l'héritier, s'ouvre sur les crimes et délits contre la

⁽¹⁾ Spécialement depuis WEBER Max, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, Cologne-Berlin, 1964 ; voy. aussi RIGAUD François, *Introduction à l'étude du droit*, Bruxelles, Éd. Vie Ouvrière, 1974, pp. 375 et s., et CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, Paris, Armand Colin, 1972, notamment pp. 259 et 260.

sûreté de l'État⁽²⁾ : l'importance accordée à ces infractions traduit une conception politique d'État fort qui, au surplus, a grand besoin d'être protégé ; c'est «la patrie en danger» de 1792, mais c'est aussi la déification napoléonienne de l'État⁽³⁾. La Révolution de 1830 et le législateur belge n'ont que peu tempéré cette doctrine, décrivant immédiatement ensuite les crimes et les délits qui portent atteinte aux droits garantis par la Constitution, et au premier chef, les délits relatifs à l'exercice des droits politiques⁽⁴⁾ : c'était encore, quoique du point de vue du citoyen, souligner l'importance de l'État.

Importance une nouvelle fois proclamée lorsqu'au titre III du livre II, le code étudie les infractions contre la foi publique en commençant par la fausse monnaie ; ce n'est pas, en effet, la sécurité individuelle que le législateur entend garantir, mais «un bien juridique collectif qu'il est nécessaire de protéger de la manière la plus énergique, notamment par la loi pénale, contre des entreprises qui sont non seulement de nature à tromper la confiance individuelle, mais qui sont également⁽⁵⁾ susceptibles d'induire en erreur le pouvoir public ou un nombre indéterminé de personnes»⁽⁶⁾.

C'est encore à la sécurité de l'État que veillent les titres IV, V et VI qui répriment les infractions contre l'ordre public, qu'elles soient commises par des fonctionnaires ou par des particuliers, et les infractions contre la sécurité publique. Ainsi le code aura-t-il consacré 246 articles⁽⁷⁾ à la protection du Royaume et de ses structures, avant de traiter des sujets qui nous paraissent certes, aujourd'hui, plus importants. Et la sévérité des peines édictées n'est pas moins remarquable : onze dispositions comminent la peine de mort à l'égard des coupables ou de certains d'entre eux⁽⁸⁾.

(2) Seuls les codes les plus récents échappent à cette classification ; ainsi par exemple, le code suédois de 1962 ne traite des infractions contre la sûreté intérieure et extérieure de l'État qu'aux chapitres XVIII et XIX et commencent au contraire par les infractions contre la vie et la santé d'autrui ; le Code suisse de 1937 n'en traite qu'au titre XIII, le titre I du livre II étant lui aussi consacré aux infractions contre la vie et l'intégrité corporelle.

(3) Voy. LEFEBVRE Georges, *La Révolution française*, Paris, P.U.F., 1951, pp. 244 et 554 notamment.

(4) Articles 137 à 141, abrogés par la loi du 18 mai 1872.

(5) Nous dirions volontiers : «surtout» ...

(6) RIGAUD et TROUSSE, *Crimes et délits du Code pénal*, t. II, pp. 282-283.

(7) Sur les 465 articles formant le livre II à l'origine.

(8) Les articles 101, 102, 113, 114, 115, 116, 118bis, 120 sexies, 121, 121bis, 122.

3. – Qu'un État fort réprime la rébellion et les outrages envers les dépositaires de l'autorité publique n'a rien de surprenant (articles 269 à 282). Qu'il considère, en revanche, comme contraires à l'ordre public certaines infractions relatives à l'industrie et au commerce est sans doute plus révélateur de l'idéologie sociale et économique du législateur de 1867.

En particulier, l'article 311 du code pénal incrimine la hausse ou la baisse frauduleuse du prix des denrées, des marchandises ou des papiers et effets publics⁽⁹⁾ ; le but poursuivi, a-t-on pu écrire, était «de réprimer tout acte illicite altérant le cours des marchandises et leur prix *naturel*»⁽¹⁰⁾, c'est-à-dire en somme, de réprimer tout acte *frauduleux* qui a pour effet de fausser les conditions *normales* de la *concurrence* dans un système de libéralisme économique.

D'autre part, l'article 310, aujourd'hui abrogé⁽¹¹⁾, punissait d'un emprisonnement de 8 jours à 3 mois et d'une amende de 26 à 1.000 francs ou d'une de ces peines seulement, «toute personne qui, dans le but de forcer la hausse ou la baisse des salaires, ou de porter atteinte au libre exercice de l'industrie ou du travail, aura commis des violences, proféré des injures ou des menaces, prononcé des défenses, des interdictions, ou toutes proscriptions quelconques, soit contre ceux qui travaillent, soit contre ceux qui font travailler», ainsi que «tous ceux qui, par des rassemblements où s'exerce le travail, ou près de la demeure de ceux qui les dirigent, auront porté atteinte à la liberté des maîtres ou des ouvriers». Hérité de la «loi Le Chapelier» de la Révolution française⁽¹²⁾ et des articles 414 à 416 du code de 1810⁽¹³⁾, ce texte en constituait

⁽⁹⁾ Dispositions tombées en désuétude depuis l'entrée en vigueur de la loi du 18 juillet 1924 sur la spéculation illicite en matière de denrées et marchandises : voy. à ce sujet RIGAUD et ROUSSE, P.E., *Crimes et délits du Code pénal*, t. IV, p. 604 ; CONSTANT, J., *Manuel de Droit pénal*, 2^e partie, n° 678 ; R.P.D.B., v° Industrie et Commerce, n° 182.

⁽¹⁰⁾ RIGAUD et TROUSSE, *ibid.*, p. 606.

⁽¹¹⁾ Par la loi du 24 mai 1921.

⁽¹²⁾ Décrets des 14-17 juin 1791 relatifs aux assemblées d'ouvriers et artisans de même état et profession, *Pasin.*, 1791, p. 22 ; ce texte déclarait «inconstitutionnelles, attentatoires à la liberté et à la déclaration des droits de l'homme et de nul effet» les conventions entre ouvriers qui tendaient à «refuser de concert ou à n'accorder qu'à un prix déterminé le secours de leur industrie ou de leurs travaux», bref les grèves. Les attroupements des grévistes étaient considérés comme «séditieux» et «perturbateurs du repos public» : la grève était donc bien une infraction contre l'*ordre public*.

⁽¹³⁾ Qui faisaient une nette distinction entre la coalition des ouvriers, punie d'un

cependant une amélioration par ce qu'il ne réprimait plus la grève comme telle, mais seulement les moyens de la rendre efficace (14).

4. – Remarquable illustration de notre propos, l'affaire des tisserands de Gand mérite d'être succinctement relatée (15). En août 1869, les ouvriers tisserands des établissements «L'Escaut» se mirent en grève pour exiger le licenciement d'un «gâte-salaire» spécialement engagé par le patron ; celui-ci retira le «gâte-salaire» des ateliers mais le plaça dans un autre service ; nouvelle grève, les tisserands exigeant non seulement qu'il quittât l'entreprise mais encore qu'aucune fabrique gantoise ne le reprît. Seuls poursuivis, les «meneurs» furent condamnés à 50 francs d'amende et à 700 francs de dommages et intérêts envers le «gâte-salaire» aux motifs que «les deux prévenus, par les faits dont ils sont reconnus coupables, ont violé *le plus saint* des droits que la *nature* attribue à chaque ouvrier dans une de ses principales manifestations» : on observera le vocabulaire. Sur appel de toutes les parties – le «gâte-salaire» estimait insuffisante la réparation qui lui était allouée – la cour de Gand confirma, par adoption des motifs, le jugement du tribunal correctionnel. Examinant le pourvoi d'un des ouvriers condamné, le ministère public conclut devant la cour suprême en ces termes :

La liberté du travail, telle que le pourvoi l'entend pour le demandeur, est évidemment pour les uns le droit d'interdire et de proscrire les autres, le droit de forcer le maître à renvoyer ses meilleurs ouvriers (16) ; c'est le droit pour les meneurs d'imposer toutes leurs exigences et de paralyser, à leur gré, l'exercice de l'industrie et du travail.

Et on lit dans l'arrêt de rejet :

Considérant que si les ouvriers ont le droit de se réunir et de s'entendre pour déterminer le prix et les conditions de leur travail, de refuser de travailler ou de ne se livrer au travail que dans les lieux, sous l'autorité ou

emprisonnement d'un mois à trois mois, voire, pour les meneurs d'un emprisonnement de deux à cinq ans, et la coalition des patrons, punie, elle, d'un emprisonnement de six jours à un mois seulement.

(14) On lira avec intérêt le cas d'application remarquable du code de 1810 qu'est l'affaire des charpentiers d'Ostende, *B.J.*, 1860, 44.

(15) Elle s'est terminée par un arrêt de la cour de cassation du 11 juillet 1870, publié, avec les conclusions du ministère public qui relatent les faits, à la *Pasicrisie* de 1870, 1^{re} partie, pp. 417 et s.

(16) C'est-à-dire les «gâte-salaires» ...

en la compagnie des personnes qu'il leur convient d'accepter, l'usage de ce droit est limité et les abus en sont réprimés par les lois qui protègent la liberté du travail ou de l'industrie de ceux qui refusent de se soumettre à leurs exigences.

En réalité, – et l'arrêt reflète bien en cela les théories et les doctrines de l'époque –, le *droit* reconnu au travailleur de refuser ou de ne se livrer au travail que dans les lieux, sous l'autorité ou en la compagnie des «personnes qu'il lui convient d'accepter» est une forme de la *liberté individuelle* proclamée en 1789 et en 1830 ; et le *droit* reconnu aux ouvriers «de se réunir et de s'entendre pour déterminer le prix et les conditions de leur travail» est la conséquence du principe économique de la liberté de l'offre et de la demande, qui suppose que l'entreprise et les travailleurs traitent de puissance à puissance, comme deux hommes normalement prudents et diligents qui traitent et concluent dans l'indépendance supposée par l'article 1134 du code civil. Abuser de ces droits, c'est, dans cette idéologie, remettre en cause et donc menacer l'ordre public et les fondements de la vie sociale et de l'État.

«Après le 9 thermidor, la bourgeoisie plus ou moins sincèrement républicaine récupéra l'intégralité du pouvoir»⁽¹⁷⁾ : elle le conserva si bien qu'aux yeux des constituants belges de 1830, «la bourgeoisie apparaissait comme l'élite du peuple»⁽¹⁸⁾. Comment la législation qu'elle élaborait, et spécialement la législation répressive, n'aurait-elle pas pu être la matérialisation de son idéologie politique, économique et sociale ?

2) L'ordre des familles et la moralité publique

5. – Alors que de nombreux codes étrangers classent parmi les infractions contre les personnes l'avortement, le délaissement d'enfants, l'enlèvement de mineurs, l'attentat à la pudeur, le viol, l'outrage aux mœurs et l'adultère, et alors même que le code français de 1810 proposait la même classification, le législateur belge a groupé ces crimes et délits en un titre particulier aux motifs qu'ils ont cette caractéristique de porter atteinte soit aux relations de famille, soit à la moralité sexuelle⁽¹⁹⁾, et qu'il y a connexité entre la nécessité de la famille et le

⁽¹⁷⁾ LEFEBVRE G., *op. cit.*, note 2, p. 553.

⁽¹⁸⁾ PIRENNE Henri, *Histoire de Belgique*, t. VI, p. 444.

⁽¹⁹⁾ Voy. RIGAUX et TROUSSE, *op. cit.*, t. V, p. 93 ; NYPELS, *Législation criminelle de la*

respect des mœurs⁽²⁰⁾. Ce bouleversement dans l'ordre du code de 1810, et l'affirmation proclamée que la classification nouvelle «n'a rien d'artificiel et qu'elle est parfaitement logique»⁽²¹⁾, entraînent une curieuse conséquence : en droit belge, l'avortement n'est pas une infraction contre la vie ni même contre les personnes.

Observons que cette attitude n'est pas isolée⁽²²⁾ : le code autrichien de 1852 et celui du Liechtenstein⁽²³⁾ traitent de l'avortement en un chapitre spécial placé entre le meurtre et l'exposition d'enfants ; le code italien de 1930 l'étudie sous le titre des «délits contre l'intégrité et la santé de la race»⁽²⁴⁾ ; le code de Saint Marin de 1865 le range parmi «les crimes qui lèsent directement la famille», sous le titre des «crimes qui suppriment ou qui mettent en danger l'existence d'un enfant». Cette comparaison souligne que notre classification n'est nullement le fruit d'une minutie excessive dans la distinction : pour le législateur belge, l'avortement constitue, non pas une atteinte à la vie, mais une menace pour ce qui était, à ses yeux, en 1867, l'ordre des familles et la moralité publique.

C'est aussi une préoccupation idéologique – encore que d'un autre ordre – qui motive l'article 353 du code, aux termes duquel les peines prononcées contre l'avorteur seront plus lourdes s'il est médecin, chirurgien, accoucheur, sage-femme, officier de santé ou pharmacien : cette «aggravation de peine (...) est déterminée par la raison que ces personnes ont par le fait de leur profession, le moyen de se procurer les substances ou les instruments propres à commettre le délit»⁽²⁵⁾. On a

Belgique, t. III, p. 7, n° 1 – exposé des motifs –, et p. 47, n° 1 – rapport Lelièvre à la Chambre des représentants.

⁽²⁰⁾ RIGAUX et TROUSSE, *op. cit.*, t. V, p. 94 ; NYPELS, *op. cit.*, t. III, p. 128, n° 1 – rapport Pirmez au Sénat.

⁽²¹⁾ NYPELS, *op. cit.*, t. III, p. 128, n° 1 – rapport Pirmez au Sénat –, cité par RIGAUX et TROUSSE, *op. cit.*, t. V, p. 94.

⁽²²⁾ Nous ne compterons pas parmi les exemples le code luxembourgeois de 1879, qui respecte scrupuleusement la classification, voire le texte, du code belge de 1867.

⁽²³⁾ Le code de Liechtenstein de 1859 est très largement conforme au code autrichien de 1852 : voy. à ce sujet ANCEL Marc et MARX Yvonne, *Les Codes pénaux européens*, Paris, t. III, pp. 1023 et 1024.

⁽²⁴⁾ Le code pénal turc de 1926 traite la matière dans le même chapitre, mais sous le titre plus général des délits contre les personnes.

⁽²⁵⁾ Intervention du député Orts à la Chambre, citée par NYPELS, *Législation criminelle*, t. IV, p. 48, n° 5.

dit par la suite, avec plus d'exactitude, qu'elle résulte d'un «abus du savoir»⁽²⁶⁾. Dans cette conception, l'homme de l'art qui avorte une femme *trahit* son savoir, et sa science constitue une circonstance aggravante⁽²⁷⁾.

6. – Également caractéristique à cet égard, l'incrimination de l'infidélité conjugale. Tout d'abord en raison de son existence même, ensuite par la distinction que faisait le code de 1867 entre l'épouse et le mari, – distinction qui n'a disparu que lors de l'entrée en vigueur de la loi du 28 octobre 1974.

Quoique l'article 390 subordonne la poursuite à la plainte de l'époux qui se prétendra offensé, l'infidélité conjugale est sanctionnée par la loi pénale «car, parallèlement à la défense des intérêts de la partie plaignante atteinte dans son affection et son honneur, la loi poursuit un but propre : la stabilité de l'union conjugale (...). Le but du législateur est d'assurer, par dessus mais non à l'encontre des intérêts privés, la sanction du scandale public résultant de l'atteinte portée à l'ordre des familles»⁽²⁸⁾. En 1951 encore, l'Union belge et luxembourgeoise de droit pénal, étudiant la question de savoir si l'incrimination devait être maintenue, conclut ses travaux par la considération que l'«on se

⁽²⁶⁾ *R.P.D.B.* Compl. I, v^o Avortement, n^o 18 ; LEGROS Robert, *Essai sur l'autonomie du droit pénal*, *Rev. Dr. Pén.*, 1956-1957, pp. 143 et s., spécialement p. 159 ; RIGAUX et TROUSSE, *Crimes et délits du Code pénal*, t. V, p. 160 ; voy. aussi *Novelles, Droit pénal*, t. III, n^o 5824.

⁽²⁷⁾ Car il s'agit bien d'une circonstance aggravante : voy. RIGAUX et TROUSSE, *eod. loc.* ; *Novelles, Droit pénal*, t. III, n^o 5823 et s. et les références ; Liège, 12 mai 1883, *Pas.*, II, 222 ; CONSTANT J., *Manuel de Droit pénal*, t. II, n^o 789 ; *R.P.D.B.*, Compl. I, v^o Avortement, n^o 29, 2^o, et les références. Certains auteurs considèrent au contraire, à tort selon nous, que l'article 353 constitue un crime spécial : NYPELS et SERVAIS, *Code pénal interprété*, t. II, p. 423, n^o 3 ; BELTIJENS, *Code pénal*, art. 353, n^o 8 ; MARCHAL et JASPAR, *Droit criminel*, Bruxelles, éd. Larcier, 1965, t. I, n^o 845 ; un arrêt de la chambre des mises en accusations de Gand, 6 mai 1953, *R.W.* 1953-1954, 703, a opiné dans ce sens, mais il nous paraît revêtu d'une autorité moindre que l'arrêt de la cour de Liège du 12 mai 1883 en raison du rejet du pourvoi formé contre celui-ci : Cass. 18 juin 1883, *Pas.* 1883. I, 281. Au surplus, les *Novelles, loc. cit.*, développent dans le détail les raisons pour lesquelles il faut considérer qu'il s'agit d'une circonstance aggravante et non d'une infraction spéciale.

⁽²⁸⁾ *Novelles, Droit pénal*, t. III, n^o 6451 ; c'est volontairement que nous empruntons à un ouvrage récent cette citation qui reflète exactement l'idéologie du législateur de 1867.

préoccupe de plus en plus de l'ordre des familles. Une sanction, même insuffisante, de l'adultère défend malgré tout une des bases de cet ordre familial : la fidélité conjugale. Cette sanction marque la réprobation sociale et doit être maintenue» (29). C'est donc une certaine conception de l'ordre familial, de l'ordre dans le mariage considéré comme la cellule sociale de base, que défendent les articles 387 à 390 du code pénal.

Au surplus, fidèle, ici encore, au Code de 1810, celui de 1867 a érigé en infraction instantanée, punie d'un emprisonnement de trois mois à deux ans, la relation adultère, même isolée, de la femme, alors que le mari n'était punissable – et moins sévèrement – que s'il entretenait – délit continu – sa concubine dans la maison conjugale (30). Cette différence se fondait sur deux considérations qui nous paraissent aujourd'hui révoltantes (31). La première est que les relations sexuelles de l'épouse en dehors du mariage mettent la famille légitime en péril par le risque de survenance d'un enfant adultérin ; on retrouve cette idée dans De Page (32), et c'est elle qui explique que le complice de la femme était puni de la même peine par l'article 388. La seconde est que l'infidélité du mari ne menace l'institution du mariage que si elle revêt un *scandale* particulier (33) : «Ce n'est pas précisément l'infidélité du mari que le législateur a voulu punir, mais le mépris qu'il manifeste à l'égard de sa femme en choisissant la maison conjugale pour s'y méconduire» (34) ; encore ce scandale est-il moins grave que celui qui résulte de la naissance d'un enfant adultérin, et c'est pourquoi la peine prononcée contre le mari est moins forte que celle prononcée contre la femme.

L'ordre social ainsi défendu est la traduction d'une idéologie bourgeoise de la famille : les infidélités passagères du mari ne constituent

(29) *Rev. Dr. Pén.*, 1950-1952, p. 842 ; voy. RIGAUD et TROUSSE, *Crimes et délits du Code pénal*, t. V, pp. 467-468, qui ajoutent que le IX^e Congrès international de droit pénal de La Haye, en 1964, a abouti à la solution inverse.

(30) Soulignons que la jurisprudence tendit rapidement à atténuer cette inégalité que la loi du 28 octobre 1974 a supprimée : voy. *infra*, note 62.

(31) RIGAUD et TROUSSE, *op. cit.*, t. V, p. 468, soulignent avec raison que cette différence est contraire au principe fondamental de l'égalité des sexes proclamé dans l'article 16 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

(32) *Traité*, éd. 1933, t. I, n° 703 et n° 857.

(33) NYPELS, *Législation criminelle*, t. III, p. 386, citant le rapport Forgeur fait au Sénat au nom de la commission de la justice.

(34) *Novelles, Droit pénal*, t. III, n° 6470, qui citent NYPELS et SERVAIS, *Code pénal interprété*, t. II, p. 205, n° 1.

pas un comportement suffisamment grave pour justifier une intervention répressive, car, peut-on dire, elles sont *normales* chez un *homme normal* ⁽³⁵⁾.

3) La protection des biens

7. – On a montré ⁽³⁶⁾ que les dispositions du code pénal relatives au vol protègent davantage la propriété conçue comme une *valeur sociale* plutôt que les biens de la victime ; la preuve en est que les articles 466 et 476 du code punissent la tentative de vol, les biens de la victime étant restés, par définition, indemnes ; d'autre part, les textes montrent le souci du législateur quant à la *violence* que suppose la soustraction frauduleuse, tant dans le chef de l'agent que dans celui de la victime ⁽³⁷⁾. L'idéologie générale du titre IX du livre II du code pénal est donc une *idéologie d'ordre* plus qu'une idéologie de protection individuelle.

L'article 464 est à cet égard très intéressant, car il révèle de quel ordre il s'agit. La peine sera plus lourde, en effet, «si le voleur est un domestique ou un homme de service à gages, *même lorsqu'il aura commis le vol envers des personnes qu'il ne servait pas, mais qui se trouvaient dans la maison du maître, soit dans celle où il l'accompagnait*, ou si c'est un ouvrier, compagnon ou apprenti, dans la maison, l'atelier, ou le magasin de son maître, ou un individu travaillant habituellement dans l'habitation où il aura volé». Les motifs de cette aggravation de la peine «sont d'un côté, la *confiance* que les maîtres sont *obligés* d'accorder à leurs domestiques, serviteurs, etc., d'un autre côté la quasi impossibilité où se trouvent les maîtres, par suite de cette confiance forcée, de prévenir ou d'empêcher les vols dont ils sont victimes ou qui sont commis dans leur maison» ⁽³⁸⁾. Par ailleurs, le code de 1867 ne fait du vol domestique qu'un délit, alors que celui de 1791 le punissait de huit années de fers, et celui de 1810 de la réclusion ⁽³⁹⁾ ; cet adoucissement est expliqué comme suit par Nypels et Servais ⁽⁴⁰⁾ : «Le

⁽³⁵⁾ «Le démon qui tenaillerait l'homme plus que la femme» dit DEKKERS, *Précis de droit civil*, t. I, n° 275 ; voy. aussi DE PAGE, *loc. cit.*

⁽³⁶⁾ LEGROS Robert, «Considérations sur le vol», *Rev. Dr. Pén.*, 1954-1955, pp. 651 et s.

⁽³⁷⁾ LEGROS Robert, *ibidem*.

⁽³⁸⁾ *R.P.D.B.*, v° Vol, n° 336.

⁽³⁹⁾ *R.P.D.B.*, eod. v°, n° 332 et 333.

⁽⁴⁰⁾ *Code pénal interprété*, art. 464, n° 3.

législateur n'a cependant pas comminé de peines criminelles parce que les ressources de ces personnes sont celles d'un travail constant qui pourra au plus, joint à une stricte économie, combinant des privations nombreuses, assurer leur vieillesse contre le besoin ; ils laissent souvent leurs proches parents dans une position voisine de l'indigence et ils sont placés, avec des tentations d'acquiescer facilement, qui doivent être vives, au milieu du luxe et de la prodigalité». Commentant ces arguments, Marchal et Jaspar⁽⁴¹⁾ les estiment bien entendu anachroniques en raison de l'apparition de la législation sociale et du «relèvement du standing de vie des domestiques» ; ils ajoutent qu'ils ne concernent que les vols commis par les serviteurs proprement dits, et non «les nombreux cas où le vol domestique est le fait d'un comptable bien rémunéré au préjudice de la société qui l'emploie».

Ce qui nous paraît important, c'est que l'aspect de la *tentation*, dans le vol domestique, n'avait pas échappé aux rédacteurs du code de 1867 : il est retenu – avec un argument qu'on qualifierait aujourd'hui d'«humanitaire» – pour justifier une diminution de la répression antérieure. En revanche, il est écarté pour le surplus, puisque la qualité de l'agent demeure une circonstance aggravante. Nous n'en apercevons qu'une explication possible, confirmée par le texte même de l'article 464 : la confiance du maître dans son domestique ou dans son employé est essentielle aux relations sociales qui s'établissent entre celui qui travaille et celui qui fait travailler ; non pas seulement dans la maison ou l'atelier du maître, mais où que celui-ci l'emmène. Ce n'est donc pas la confiance de tel maître isolé dans tel domestique que protège l'article 464 – en quoi, du reste, le fait que cet article institue une circonstance aggravante la protégerait-il davantage ? – mais une certaine forme d'*ordre social*.

8. – Car tromper la confiance d'autrui n'est un comportement jugé suffisamment dangereux pour justifier la répression que dans des cas au demeurant fort limités, du moins aux yeux du législateur de 1867. Ainsi du détournement, visé par les articles 491 à 495. Ainsi de l'escroquerie, qui mérite qu'on s'y arrête un instant.

Le lecteur de l'article 496 est frappé par les conditions qui doivent être réunies pour qu'il y ait escroquerie : l'usage de faux nom ou de fausses qualités, ou de *manœuvres frauduleuses* pour persuader l'exis-

(41) *Traité de droit criminel*, éd. 1965, t. I, n° 1369.

tence de fausses entreprises, d'un pouvoir ou d'un crédit imaginaire, pour faire naître l'espérance ou la crainte d'un succès, d'un accident ou de tout autre événement chimérique, ou pour abuser autrement de la confiance et de la crédulité. Encore faut-il que l'usage du faux nom ou des fausses qualités, ou les manœuvres frauduleuses revêtent une forme extérieure et soient déterminantes de la remise de la chose⁽⁴²⁾. Ces conditions inspirées de l'article 405 du code pénal français, ont été introduites dans la loi *afin de limiter les poursuites* ⁽⁴³⁾ : c'est que la délinquance d'astuce, comme on a pu l'appeler, inquiétait relativement peu le législateur qui l'envisageait même avec une certaine sympathie, de sorte qu'aujourd'hui, le juge se voit parfois dans l'obligation d'acquitter «alors que des impératifs moraux ou sociaux le pousseraient à condamner», comme l'a souligné le Professeur P. E. Trousse ⁽⁴⁴⁾.

La jurisprudence elle-même, à l'origine, n'a-t-elle pas confirmé cette attitude en décidant qu'il n'y a pas d'escroquerie si les manœuvres frauduleuses ne sont pas de nature à tromper la prudence ordinaire du commun des hommes ? ... ⁽⁴⁵⁾ ⁽⁴⁶⁾.

B. *La peine*

9. – Dans un arrêt inédit du 21 décembre 1971, la 13^e chambre de la cour d'appel de Bruxelles décida, pour rejeter les conclusions d'un prévenu qui plaidait en substance qu'il était pleinement conscient de la gravité des faits qu'on lui reprochait, mais qu'il offrait de prouver, par une enquête de personnalité, qu'il s'était amendé pendant sa détention préventive, et qu'il estimait «qu'il serait jugé inéquitablement si la Cour lui infligeait une peine supérieure à quatre ou même à trois années d'emprisonnement effectif» :

Attendu que la peine reste légalement et doit rester la justification première du droit pénal, parce qu'il est essentiel à l'ordre public et, par

⁽⁴²⁾ Voy. MARCHAL A. et JASPAR J. P., *Traité de Droit criminel*, éd. 1965, t. I, n° 1512 et 1513 et réf. ; CONSTANT J., *Manuel de Droit pénal*, t. II, n° 1452.

⁽⁴³⁾ ELY E., «Le délit d'escroquerie», *J.T.*, 1961, pp. 553 et s., spécialement p. 555 et les réf. citées à la note 28.

⁽⁴⁴⁾ Chronique de jurisprudence, *Rev. Dr. Pén.*, 1960-1961, p. 973.

⁽⁴⁵⁾ Voy. par. ex. Bruxelles, 26 mars 1825, *Pas.*, 1825, 361, et Gand, 7 juin 1837, *Pas.*, 1837, 126.

⁽⁴⁶⁾ Certes, la jurisprudence actuelle est moins rigoureuse : voy. *infra*, n° 14, 2.

conséquent, à la sécurité publique, que «la peine, suite logique et fatale du délit, présente le caractère désagréable que les légistes de tous les temps ont voulu lui attribuer. Il faut qu'elle soit juste et pondérée mais il faut qu'elle existe. C'est une tradition de morale dont on retrouve la trace dans les plus anciens écrits» (BRAAS, «A propos des mesures de sûreté», *J.T.*, 15 octobre 1950) ;

Qu'il est d'ailleurs évident que la méconnaissance de la portée de la peine par le prononcé de sanctions sans rapport avec la gravité des faits commis et la conduite de leur auteur dans le passé constituerait un camouflet pour ceux qui, respectueux des droits d'autrui, s'abstiennent de recourir à la délinquance pour satisfaire leurs passions, ou pour remédier à leurs difficultés matérielles ;

Qu'il se justifie ainsi que l'amendement du coupable ne fasse pas disparaître la culpabilité ni même n'en réduise le degré et que, s'il convient que le juge répressif se soucie de l'amendement du coupable, ce ne peut être que dans la mesure où sa mission légale le lui permet.

Alors que le prévenu, à l'appui de sa demande d'enquête de personnalité, citait en conclusions des auteurs contemporains éminents – Raymond Charles, Jean Constant, Jacques Matthys, Jean Graven, Robert Vouin, ... – et se référait aux travaux du Conseil de l'Europe et de différents congrès internationaux, la cour rejeta ces arguments en ces termes :

(Attendu) que ces théories, certaines inspirées par la générosité mais toutes irréalistes, sont socialement dangereuses en ce qu'elles assignent l'amendement du coupable comme but fondamental du droit pénal ; qu'elles réduisent ainsi la peine au rôle accessoire quand elles ne prônent pas son abandon pur et simple.

Rares sont les décisions aussi tranchées sur le fondement de la peine – et encore plus rares sont celles qui, aujourd'hui, lui assignent un but uniquement punitif.

10. – Cette doctrine est étonnamment conforme à celle défendue par Rossi au début du XIX^e siècle. On lit en effet chez cet auteur⁽⁴⁷⁾ : «La peine proprement dite est la souffrance que le pouvoir social inflige à l'auteur d'un délit légal (...). En conséquence, elle doit enlever ou diminuer, temporairement ou à jamais, un bien auquel l'opinion commune attache quelque importance. Les moyens de punition sont

(47) *Traité de droit pénal*, Bruxelles, 1829.

donc les biens dont l'homme jouit ou qu'il espère⁽⁴⁸⁾. Toutefois, «assigner à la peine, considérée isolément, comme un fait matériel, un but propre et final, c'est faire abstraction de la justice ; car la crainte, l'exemple, la contrainte, lorsqu'on se les propose comme but unique et final, ne repoussent point, de leur propre nature, l'emploi de moyens injustes excessifs (...). Qui l'a jamais nié ? la peine est préventive. C'est dire que le fait de la sanction pénale et celui de la punition produisent des *effets* et qu'un de ces effets, l'effet le plus important, est de prévenir un nombre plus ou moins grand de délits semblables (...). La justice humaine est sans droit lorsqu'elle ne trouve pas dans les efforts de la peine *les moyens d'atteindre son but, la protection de l'ordre social (...)*. Si, au lieu de dire, comme nous avons dit, que c'est la justice sociale qui a un but propre et final, et que le fait de la peine produit des effets aux moyens desquels la justice atteint le but que le devoir lui impose, on préfère dire : *Le but final de la justice humaine est le maintien de l'ordre, la protection des droits ; le but de la peine, en tant que moyen de justice, est la contrainte morale, l'exemple, etc.* ; on peut souscrire à cette forme d'expression. Elle est, ce nous semble, à l'abri de tout reproche»⁽⁴⁹⁾.

Le fondement de la peine, son but – son idéologie –, sont donc les mêmes que ceux de l'incrimination. Il n'y a, dans cette conception, aucune difficulté : si le législateur estime qu'un fait est suffisamment grave pour justifier une action répressive, c'est-à-dire s'il estime que ce fait met en péril une certaine forme d'ordre qu'il considère essentielle au fonctionnement harmonieux de la société, il l'érige en infraction et l'assortit d'une peine proportionnelle à sa gravité : au juge de l'appliquer avec humanité, certes, mais avec vigueur⁽⁵⁰⁾.

11. – Toutefois, ajoute Rossi, «une peine qui ne tend pas à l'amendement du coupable est une peine qu'on doit désirer ne pas employer. Celle qui tend à le démoraliser est une peine qu'il n'est pas permis d'employer»⁽⁵¹⁾. C'est l'idée avancée par Beccaria et reprise après lui par tous les pénalistes, que la peine doit être *utile*⁽⁵²⁾.

⁽⁴⁸⁾ P. 409.

⁽⁴⁹⁾ Pp. 410 à 412.

⁽⁵⁰⁾ «La mesure de la peine ne doit pas excéder la mesure du délit» écrit Rossi, *op. cit.*, p. 422.

⁽⁵¹⁾ *Op. cit.*, p. 447.

⁽⁵²⁾ Voy. par exemple : LOMBROSO César, «L'homme criminel, 2^e éd. française, Paris,

Dans le code de 1867, cette règle ne s'est traduite que dans des dispositions isolées, et, parmi elles :

– l'article 70, aux termes duquel il n'y a pas d'infraction – et par suite point de peine – lorsque le fait était ordonné par la loi ou commandé par l'autorité : dans cette hypothèse en effet, l'ordre social n'est pas troublé ;

– l'article 71, qui érige en causes de justification la démence et la force majeure : l'ordre social est troublé, mais la peine n'aurait aucune portée sur l'agent, celui-ci n'ayant agi que sous l'empire d'une force qu'il ne pouvait ni prévoir ni maîtriser ;

– les articles 72 à 75, abrogés par la loi du 15 mai 1912 sur la protection de l'enfance, qui assimilaient en quelque sorte les enfants à des déments ;

– les articles 416 et 417, qui instituent la légitime défense : celui qui est attaqué et qui, en se défendant, tue ou blesse, loin de compromettre l'ordre social, tend à le rétablir ; en revanche, si sa défense est disproportionnée à l'attaque, l'agent n'est plus justifié⁽⁵³⁾ parce qu'il répond au trouble par le trouble ;

– l'article 462, qui exclut de la répression le vol commis entre parents, parce qu'un tel vol ne perturbe point l'ordre social, mais ne constitue qu'un incident interne à la famille et que la famille pourra régler seule ;

– les articles 136, 192, 304 et 326, qui assurent l'impunité de dénonciateur qui a participé à un complot contre la sûreté de l'État, ou qui est co-auteur ou complice en matière de faux monnayage, de

Alcan, 1895, t. I, p. 34, après avoir examiné la criminalité animale : «Tout cela confirme déjà pour le monde animal ce que nous allons voir chez l'homme, *le peu d'utilité des peines* et la possibilité d'obtenir des résultats meilleurs par des moyens moins brutaux, par les succédanés de la peine» ; BENTHAM, «Théorie des peines et des récompenses», in *Œuvres de J. Bentham*, Bruxelles, 1829, t. II, chap. X, p. 21 : «On peut réduire à quatre chefs les cas où il ne faut pas infliger de peine : lorsque la peine serait mal fondée, *inefficace*, superflue, trop dispendieuse» ; PRINS Adolphe, *Science pénale et droit positif*, Bruxelles, Bruylant, 1899, n° 649 : «Dans tous les cas la prison n'est, comme toute autre peine, qu'un expédient. La science pénitentiaire s'est fait des illusions en y voyant un remède souverain contre la criminalité (...). La prison ne répond pas non plus complètement aux conditions de l'*efficacité* (...) de la peine».

⁽⁵³⁾ Voy. les réf. jurisprudentielles citées par MARCHAL et JASPAR, *Droit criminel*, Bruxelles, éd. Larcier, 1965, t. I, n° 213.

loteries non autorisées ou d'association de malfaiteurs ; on parle pudiquement, à ce propos, de politique criminelle ⁽⁵⁴⁾ : c'est ici l'absence de peine qui, aux yeux du législateur, est utile parce qu'on espère qu'elle permettra l'arrestation des autres agents.

Il paraît donc clair, à la réflexion, que la répression, en 1867, vise davantage la protection d'un ordre social déterminé que le délinquant lui-même. C'est en effet en fonction de la protection de l'ordre social, et guère en fonction de la personnalité du délinquant ⁽⁵⁵⁾, qu'on détermine l'utilité de la peine.

II. L'ÉVOLUTION POSTÉRIEURE

A. Quant au fondement de la peine ⁽⁵⁶⁾

12. – A la fin du XIX^e siècle, les positivistes italiens ont contesté que la peine puisse être utile : le criminel, disaient-ils en substance, est le produit de facteurs criminogènes biologiques ⁽⁵⁷⁾ ou sociologiques ⁽⁵⁸⁾, de sorte que le punir ne sert à rien, il faut au contraire le soigner ou agir sur les causes sociales de sa délinquance (milieu, conditions de travail et de logement, prostitution, alcoolisme, etc.). En revanche, la société doit se protéger contre la criminalité par des mesures de sûreté : internement jusqu'à la guérison, mort et bannissement lorsque la guérison est impossible ; et par des mesures préventives : lutte contre l'alcoolisme, le paupérisme, l'analphabétisme, la prostitution, etc.

L'influence de ces idées a été générale et profonde ; elle n'est d'ailleurs pas éteinte. Trois grandes lois belges s'en inspirent :

– la loi du 27 novembre 1891 pour la répression du vagabondage et de la mendicité, qui ne prévoit pas de peines, mais des mesures en vue de la réadaptation : mise à la disposition du gouvernement dans des

⁽⁵⁴⁾ MARCHAL A. et JASPAR J.P., *op. cit.*, n° 228.

⁽⁵⁵⁾ Malgré les circonstances atténuantes prévues par l'article 85 et certaines excuses atténuantes.

⁽⁵⁶⁾ On se reportera avec bonheur, pour plus de détails, au cours de Droit pénal du Professeur LEGROS, éd. 1982-1983, t. I, pp. 109 et s. et à BOUZAT P. et PINATEL J., *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. I, Paris, éd. Dalloz, 1970, pp. 94-128.

⁽⁵⁷⁾ L'ouvrage de Lombroso fut publié en Italie en 1878 ; voyez ce qu'en écrit PRINS Adolphe, *Science pénale et droit positif. op. cit.*, n° 32 et s.

⁽⁵⁸⁾ Voy. FERRI E., *Sociologie criminelle*, publié en 1884.

«établissements de correction» (appelés «dépôts de mendicité»), «des maisons de refuge et des écoles de bienfaisance». Le juge de paix fixe la durée de la mesure entre 2 et 7 ans ; le ministre de la justice peut cependant y mettre fin avant terme si la poursuite de l'internement apparaît inutile. Cette loi est toujours en vigueur.

– la loi du 15 mai 1912 sur la protection de l'enfance, qui soustrait au droit pénal et aux juridictions ordinaires, l'enfant âgé de moins de 16 ans qui commet un crime ou un délit. Le juge des enfants peut prendre à son égard «des mesures de garde, d'éducation et de préservation» : réprimande, placement chez un particulier ou dans une institution, ou mise à la disposition du gouvernement jusqu'à la majorité ou même pour un terme de 20 ans au maximum (s'il s'agit d'un crime punissable de la peine de mort ou des travaux forcés). Cette loi a été remplacée par celle du 8 avril 1965 sur la protection de la jeunesse qui a maintenu les mesures de réprimande et de placement mais qui en a prévu d'autres : le tribunal de la jeunesse peut soumettre le mineur de 18 ans à la surveillance du comité de protection de la jeunesse ou subordonner son maintien dans son milieu à certaines conditions (scolarité, orientation éducative, hygiène mentale, etc.) ; ce n'est que si ces mesures échouent qu'il peut décider une mise à la disposition du gouvernement jusqu'à la majorité.

– la loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude, qui prévoit que l'inculpé qui est «en état de démence, ou dans un état grave de déséquilibre mental ou de débilité mentale le rendant incapable du contrôle de ses actions» doit être interné dans un établissement pénitentiaire spécial, pour une durée de cinq ans, de dix ans si le fait commis est punissable des travaux forcés, ou de quinze ans si le fait commis est punissable de la peine de mort ; l'interné peut être remis en liberté avant ce terme «lorsque son état mental est suffisamment amendé pour qu'il y ait lieu de croire qu'il ne constitue plus un danger social». Cette loi a été modifiée par celle du 1^{er} juillet 1964 et la durée de l'internement est maintenant indéterminée.

L'idéologie de ces législations, et l'idéologie de la peine en général, devient donc, sous l'influence des idées développées par l'école positiviste, une idéologie de *défense sociale* : la société *se défend* en prenant une *mesure* à l'égard du délinquant ; cette mesure doit servir à mettre le délinquant en *accord* avec la société, et, par là, à le *resocialiser* : on le soigne, parce que la délinquance est un comportement jugé *anormal* ; il faut donc qu'il *redevienne* normal.

Cette doctrine s'est affinée et nuancée avec le mouvement dirigé par le pénaliste français Marc Ancel ⁽⁵⁹⁾.

13. – Aujourd'hui c'est la *contestation fondamentale* : les philosophes, les romanciers, la grande presse, le cinéma, la télévision remettent le système pénal en question. On organise des congrès, des colloques, des débats. On s'interroge sans retenue : des prisons pour quoi faire ? de quel droit les juges jugent-ils ? au nom de quelles valeurs ? comment prétendre sérieusement que maintenir quelqu'un en milieu fermé peut avoir pour effet de le resocialiser ? et n'est-ce pas la société elle-même qui est malade, voire délinquante, plutôt que celui qu'on juge ⁽⁶⁰⁾ ?

Observons que cette contestation fondamentale sur la peine est, sans doute possible, le résultat d'une hésitation, elle aussi fondamentale, sur notre système social. Dans toute société dont l'idéologie est nettement déterminée, la peine n'est pas contestée parce qu'elle a une fonction immédiate : garantir la pérennité de cette idéologie et son intangibilité. Pour prendre un exemple un peu forcé, le bûcher pour les blasphémateurs n'est guère contesté comme peine tant que la religion ne l'est pas elle-même.

B. *Quant aux infractions*

14. – L'idéologie originaire des rédacteurs du code de 1867 s'est bien entendu profondément transformée avec le temps. Cette évolution, en ce qui concerne les infractions, se traduit par deux phénomènes : l'apparition d'infractions nouvelles, d'une part, et des modifications apportées par la jurisprudence au contenu de certaines infractions anciennes, d'autre part.

1) Apparition d'infractions nouvelles dans le Code

Deux exemples : l'abandon de famille et l'omission de porter secours.

L'infraction qu'on appelle «abandon de famille» a été introduite dans le code pénal par une loi du 14 janvier 1928 ; elle consiste essentielle-

⁽⁵⁹⁾ Qui publia en 1954 un ouvrage mondialement connu : *La défense sociale nouvelle. Un mouvement de politique criminelle humaniste* ; 2^e éd. publiée en 1966. Voyez aussi GRAMMATICA F., *Principes de défense sociale*, Paris, 1963.

⁽⁶⁰⁾ Voyez à ce propos LÉAUTÉ Jacques, *Criminologie et science pénitentiaire*, Paris, 1972, pp. 757 et 759 ; SOYER J. C., *Droit pénal et procédure pénale*, Paris, 1973, n° 54 et 55.

ment dans l'abstention volontaire et persistante d'exécuter une décision judiciaire condamnant un individu à une pension alimentaire dans le cadre des obligations de famille ⁽⁶¹⁾. Son fondement, contrairement à ce qu'on pourrait penser à première vue en constatant qu'elle figure au titre VII du livre II du code n'est pas du tout le maintien de l'ordre des familles et de la moralité publique : la valeur protégée, ici, c'est la *solidarité familiale*, l'*obligation alimentaire*, qu'au XIX^e siècle on ne songeait pas à assortir d'une sanction répressive.

Chose curieuse, l'*omission de porter secours à une personne en péril* est punie de la même peine que celle prévue pour l'abandon de famille. Cette infraction a été introduite dans le code pénal par la loi du 6 janvier 1961, aux articles 422bis et 422ter, insérés à la suite du chapitre relatif à l'homicide et aux lésions corporelles involontaires. Ici encore, la valeur protégée est nouvelle : c'est la *solidarité sociale*, alors que les dispositions relatives à l'homicide et aux lésions corporelles, volontaires ou involontaires, visent davantage à réprimer la violence que l'intégrité physique.

2) La jurisprudence modifiant le contenu d'infractions anciennes

Je voudrais me borner ici à citer un seul exemple : celui de l'escroquerie ⁽⁶²⁾. Comme nous l'avons vu (*supra*, n^o 8) la jurisprudence considérait à l'origine qu'il n'y a pas escroquerie « si les manœuvres frauduleuses ne sont pas de nature à tromper la prudence ordinaire du commun des hommes » ⁽⁶³⁾ ; bref, l'escroc restait impuni si ses manœuvres étaient si grossières que seul un débile pouvait s'y laisser prendre. Cette conception ne choquait pas au XIX^e siècle, dans une idéologie sociale du libéralisme absolu fondé sur la maxime « enrichissez-vous », qu'on compléterait volontiers par : « ... aux dépens des gogos ». Il est resté de cette jurisprudence ancienne une survivance au moins formelle : l'allégation mensongère ne constitue pas, à elle seule, une manœuvre

⁽⁶¹⁾ La peine prévue est actuellement un emprisonnement de 8 jours à 6 mois et une amende de 50 à 500 francs (multipliée par 60 = 3.000 à 30.000 francs) ou l'une de ces peines seulement.

⁽⁶²⁾ Autre exemple, non moins frappant et sans doute plus connu : l'évolution de la notion d'entretien de concubine ; voy. à ce sujet mon étude au *J.T.*, 1968, pp. 643-644.

⁽⁶³⁾ Voy. Gand, 7 juin 1837, *Pas.*, 1837.II.126 et *R.P.D.B.*, v^o Escroquerie, n^o 120 et s.

frauduleuse au sens de l'article 496 du code pénal ⁽⁶⁴⁾. Un arrêt a donc décidé que celui qui avait obtenu de l'État une pension de guerre à laquelle il n'avait pas droit, au moyen d'une déclaration mensongère décrivant des circonstances imaginaires dans lesquelles il prétendait avoir été blessé en 1944, n'a pas commis une escroquerie parce qu'il n'a usé que d'allégations mensongères alors que «l'emploi des manœuvres, visé par l'article 496 du code pénal, est le recours à une machination, à des artifices ou à une mise en scène» ⁽⁶⁵⁾.

La jurisprudence récente a tendance à réduire le caractère draconien de ces conditions légales : ainsi, la cour de cassation estime aujourd'hui que le fait de se faire délivrer des marchandises en les payant au moyen d'un chèque sans provision, constitue un manœuvre frauduleuse au sens de l'article 496 du code pénal, au motif que l'agent fait croire au commerçant que le chèque remis constitue un moyen de paiement valable ⁽⁶⁶⁾. La conception qui préside à cette évolution jurisprudentielle est, ici aussi, une conception de *solidarité sociale* : même si la délinquance dite d'astuce bénéficie encore, parfois, d'une sorte de sympathie intellectuelle, la tendance est maintenant à la protection du plus faible, c'est-à-dire de celui qui se laisse facilement prendre au piège. Si l'évolution persiste dans ce sens – ce qu'on peut évidemment souhaiter – il est possible que la jurisprudence finira par considérer que la publicité mensongère est une escroquerie si elle aboutit à la vente. Des lois spéciales, en France, ont à cet égard ouvert la voie.

C. Les lois particulières

15. – Bien plus que les infractions nouvelles apparues dans le code pénal, les lois particulières sont le fruit d'une évolution dont l'observateur mesure d'autant plus difficilement l'importance qu'il est pour ainsi dire aveuglé par un nombre toujours plus élevé de textes différents : son souci de rester au fait de la loi en vigueur lui masque les mutations profondes que subit, par des modifications apparemment partielles et dispersées, l'ensemble de notre droit.

⁽⁶⁴⁾ Jurisprudence constante depuis un arrêt du 3 février 1936, *Pas.*, 1936.I.142, et encore confirmée par Cass. 5 novembre 1974, *Pas.*, 1975.I.277.

⁽⁶⁵⁾ Cass. 5 janvier 1953, *Pas.*, 1953.I.293.

⁽⁶⁶⁾ Voy. Cass. 4 novembre 1974, *J.T.*, 1975, 27 et la note de DAL. G. A.

La morale, les idées, les comportements eux-mêmes changent de façon considérable. A l'individualisme de naguère se substituent des sentiments de collectivisme, de solidarité humaine, de solidarité internationale : groupements d'États comme l'Europe, la zone de libre échange ou les « blocs », aide aux pays en voie de développement, pollution de l'atmosphère et des mers, santé dans le monde, piraterie aérienne, catastrophes telluriques ou industrielles, victimes de la route, sont des problèmes qui inquiètent davantage aujourd'hui que l'attentat contre les membres de la famille royale, l'outrage public aux mœurs, le vol domestique, voire l'abandon de famille. Et le droit, reflet des préoccupations humaines, évolue avec elles.

Cette évolution s'est faite en dehors des codes pour la plus grande part, sans doute parce que les codes demeurent des monuments que le législateur respecte même s'il les effrite. C'est ainsi que de très nombreuses lois particulières, indépendantes du code pénal, sont dotées d'un système de sanctions qui assurent leurs auteurs qu'une politique déterminée sera suivie, spécialement dans le domaine économique. Pour tenter d'en entrevoir l'importance, il apparaît utile d'en survoler l'historique.

16. – Chose curieuse, l'apogée de la théorie de la propriété privée conçue comme sacrée coïncida avec l'apparition des premiers textes qui la niaient, et, spécialement, de la loi du 21 avril 1810 ⁽⁶⁷⁾, aux termes de laquelle une mine ne peut être exploitée qu'en vertu d'un acte de concession qui règle notamment les droits du propriétaire sur le produit de l'entreprise ; et dans le même temps qu'on proclamait comme un dogme la liberté d'entreprendre, corollaire de l'égalité et de la liberté individuelle, le pouvoir politique était amené, sous la pression du blocus continental, à prendre des mesures qui la réglementaient, et, par là, la limitaient.

Vers 1830 en Angleterre, vers 1850 en France, la mise au point de nouvelles techniques – le diamant pour l'abattage du charbon, la machine à vapeur dans la métallurgie, la soufflerie de Cowper dans les hauts-fourneaux, la pression hydraulique pour le levage des charges, la

⁽⁶⁷⁾ Aujourd'hui lois coordonnées sur les mines, minières et carrières ; l'A.R. du 15 septembre 1919 coordonne en effet les lois des 21 avril 1810, 2 mai 1837, 8 juillet 1865, 24 mai 1898, 5 juin 1911, et 1^{er} septembre 1913.

presse automatique dans l'imprimerie ⁽⁶⁸⁾ – permit l'avènement du machinisme. Jusqu'alors agricole et artisanale, la société devenait industrielle. Cependant, au nom du libéralisme économique encore proclamé, le pouvoir politique laissait se faire une révolution à laquelle il restait volontairement étranger. Il fallut Charles Dickens ⁽⁶⁹⁾ en Angleterre, les Goncourt ⁽⁷⁰⁾ et Zola ⁽⁷¹⁾ en France, pour révéler une misère que la liberté voulait ignorer et dont le législateur ne se préoccupa qu'en présence de mouvements sociaux de plus en plus importants. En 1869, Frère-Orban affirmait encore au Parlement belge «que la réglementation du travail est une forme de servitude» ⁽⁷²⁾, mais l'Association internationale des travailleurs avait été créée en 1864, la deuxième édition du «Capital» paraissait en 1872, le Parti ouvrier belge était fondé en 1879, – et l'arrêté royal portant réglementation des mines fut signé le 28 avril 1884, un mois après la publication, par Émile Zola, de *La Joie de Vivre* ...

La législation protectrice du travail a pris naissance à cette époque, pour se développer plus rapidement après la guerre de 1914-1918 et atteindre une importance extraordinaire depuis une trentaine d'années. Citons, à titre d'exemples, quelques textes assortis de dispositions répressives : la loi du 13 décembre 1889 concernant le travail des femmes, des adolescents et des enfants dans les établissements industriels, la loi du 17 juillet 1905 sur le repos du dimanche dans les entreprises industrielles et commerciales, les lois des 10 août 1911 et 26 mai 1914 sur le travail des femmes et des enfants, la loi du 24 mai 1921 garantissant la liberté d'association, la loi du 14 juin 1921 instituant la journée de 8 heures et la semaine de 48 heures, la loi du 15 décembre 1937 relative à l'assurance en vue de la vieillesse et du décès prématuré ... – et parmi les textes plus récents : l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, les arrêtés du Régent des 11 février 1946 et 27 septembre 1947 portant approbation du règlement général pour la protection du travail, la loi du 10 juin 1952 concernant la sécurité et la santé des travailleurs, ainsi que la

⁽⁶⁸⁾ Voy. à ce sujet POUTHAS Charles, *Démographie et capitalisme, 1848-1860*, Paris, P.U.F., 2^e éd., 1948, pp. 197 et s.

⁽⁶⁹⁾ Il publie *Oliver Twist* en 1837 et *David Copperfield* en 1849-1850.

⁽⁷⁰⁾ *Germinie Lacerteux* paraît en 1865.

⁽⁷¹⁾ La première édition de *Thérèse Raquin* est de 1867.

⁽⁷²⁾ PIRENNE H., *Histoire de Belgique*, t. VII, p. 284.

salubrité du travail et des lieux du travail, la loi du 9 août 1963 instituant et organisant un régime d'assurance obligatoire contre la maladie et l'invalidité ⁽⁷³⁾, la loi du 30 juin 1971 relative aux amendes administratives en cas d'infraction à certaines lois sociales ⁽⁷⁴⁾.

Bref, il y a maintenant un véritable *droit pénal social*, avec ses objectifs, ses fondements, ses règles propres ⁽⁷⁵⁾, qui fait d'ailleurs l'objet d'un enseignement spécifique dans notre Faculté de droit.

17. – De même, et surtout à partir de la période hollandaise, la législation économique proprement dite, souvent assortie de sanctions répressives, prit un essor non moins important : la loi du 12 mars 1818 réglant tout ce qui est relatif à l'art de guérir, la loi du 26 août 1822 dite «loi générale sur la douane», la loi sanitaire du 18 juillet 1831 ⁽⁷⁶⁾, la loi du 31 décembre 1851 sur les loteries, la loi du 1^{re} octobre 1855 sur les poids et mesures, la loi du 4 août 1890 relative à la falsification des denrées alimentaires, la loi du 20 décembre 1897 relative à la répression de la fraude en matière d'importation, d'exportation et de transit de marchandises prohibées, la loi du 24 octobre 1902 concernant le jeu, en sont quelques exemples.

On sait qu'entre les deux guerres mondiales, cette législation se caractérisa par une remarquable abondance. L'énumération des textes, même limitée aux plus significatifs, serait fastidieuse ; rappelons simplement que la plupart de nos codes fiscaux remontent à cette époque ⁽⁷⁷⁾, et que la réglementation embrassa des domaines aussi divers que la navigation aérienne et maritime ⁽⁷⁸⁾, le commerce des médica-

⁽⁷³⁾ Voy. MESSINNE J., «Droit pénal de l'assurance maladie-invalidité», *Rev. Dr. Pén.*, 1968-1969, pp. 914 et s.

⁽⁷⁴⁾ Voyez à ce sujet LEGROS Robert, «A propos du projet de loi sur les amendes administratives», *J.T.T.*, 1971, pp. 97 et s.

⁽⁷⁵⁾ Voy. VAN DER VORST Pierre, «Les infractions à la législation sociale sont elles des délits contraventionnels ou réglementaires ? Pour une morale sociale de notre temps», *J.T.T.*, 1971, pp. 169 et s., et «Les frontières de la répression en droit pénal social», *J.T.T.*, 1972, pp. 145 et s.

⁽⁷⁶⁾ Qui punit certaines infractions de mort ou des travaux forcés.

⁽⁷⁷⁾ Lois coordonnées du 2 mars 1927 établissant le code des taxes assimilées aux timbres, A.R. n° 308 du 31 mars 1936 établissant le code des droits de succession, A.R. n° 64 du 30 novembre 1939 contenant le code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe.

⁽⁷⁸⁾ Loi du 16 novembre 1919 sur la réglementation aérienne ; loi du 25 août 1920 sur la sécurité des navires.

ments⁽⁷⁹⁾, les spéculations sur marchandises⁽⁸⁰⁾, l'affichage des prix⁽⁸¹⁾, les appellations d'origine⁽⁸²⁾, les radio-communications⁽⁸³⁾, les assurances sur la vie⁽⁸⁴⁾, la pollution⁽⁸⁵⁾, le commerce des armes⁽⁸⁶⁾, les opérations de bourse⁽⁸⁷⁾ et de banque⁽⁸⁸⁾, la réglementation du commerce de certains produits ou sous certaines formes⁽⁸⁹⁾, voire le sort des faillis⁽⁹⁰⁾.

Depuis la fin de la guerre 1940-1945, le législateur a soit repris les textes antérieurs en les modifiant ou en les étendant⁽⁹¹⁾, soit abordé des

(79) Loi du 24 février 1921 concernant le trafic des substances vénéneuses, soporifiques et stupéfiantes.

(80) Loi du 18 juillet 1924 sur la spéculation illicite en matière de denrées et marchandises, papiers et effets publics.

(81) Loi du 30 juillet 1923 concernant l'affichage des prix de vente au détail des marchandises et denrées de première nécessité.

(82) Loi du 18 avril 1927 relative à la protection des appellations d'origine des vins et eaux de vie.

(83) Loi du 14 mai 1930 sur la radio-téléphonie, la radio-télégraphie et autres radio-communications.

(84) Loi du 25 juin 1930 relative au contrôle des entreprises d'assurances sur la vie.

(85) Loi du 7 août 1931 sur la conservation des monuments et des sites ; loi du 14 août 1933 concernant la protection des eaux de boisson.

(86) Loi du 3 janvier 1933 relative à la fabrication, au commerce et au port des armes et au commerce des munitions.

(87) A.R. n° 10 du 15 octobre 1934 relatif aux marchés à terme des titres cotés en bourse.

(88) A.R. n° 185 du 9 juillet 1935 sur le contrôle des banques et le régime des émissions de titres et valeurs.

(89) A.R. n° 55 du 23 décembre 1934 protégeant les producteurs, commerçants et consommateurs contre certains procédés tendant à fausser les conditions normales et la concurrence ; A.R. n° 61 du 13 janvier 1935 limitant et réglementant la vente avec prime ; A.R. n° 62 du 13 janvier 1935 permettant l'institution d'une réglementation économique de la production et de la distribution ; A.R. n° 90 du 29 janvier 1935 organisant la protection des marques collectives ; A.R. n° 91 du 29 janvier 1935 réglant les mesures relatives à la protection des dessins et modèles industriels ; loi du 8 juillet 1935 relative aux beurres, margarines, graisses préparées et autres matières grasses comestibles ; A.R. n° 82 du 28 novembre 1939 réglementant le commerce ambulancier.

(90) A.R. n° 22 du 24 octobre 1934 portant interdiction pour certains condamnés et pour les faillis, de participer à l'administration et la surveillance des sociétés par actions.

(91) Par exemple : la loi du 20 septembre 1948 portant organisation de l'économie, la loi du 11 mars 1950 sur la protection des eaux contre la pollution, la loi du 5 septembre 1952 relative à l'expertise et au commerce des viandes, la loi du 20 juillet 1962 relative

secteurs qui avaient échappé jusque là à son attention : les changes ⁽⁹²⁾, les étrangers ⁽⁹³⁾, le camping ⁽⁹⁴⁾, les économats ⁽⁹⁵⁾, l'assurance obligatoire de la responsabilité civile en matière de véhicules automoteurs ⁽⁹⁶⁾, les ventes à tempérament ⁽⁹⁷⁾, la boxe ⁽⁹⁸⁾, l'abus de puissance économique ⁽⁹⁹⁾, l'aménagement du territoire et de l'urbanisme ⁽¹⁰⁰⁾, les agences de voyages ⁽¹⁰¹⁾, les taxis ⁽¹⁰²⁾ ... sans parler de l'Europe.

18. – Aucune branche de l'activité de la cité n'est donc plus exercée sans contrôle, voire sans organisation. Tout, à vrai dire, est réglementé : conditions de travail, qualités d'une denrée alimentaire, ressources financières de la collectivité, prix des biens de consommation, activités professionnelles, moyens de transports, santé, modes d'exploitation des entreprises, concurrence ... De plus, presque tous les textes qui se rapportent à l'économie et aux relations de travail comportent des dispositions répressives qui en assurent l'application au besoin par la force contraignante.

Enfin – et c'est sans doute le plus important –, il est clair que le droit pénal, non seulement ne se limite plus au code de 1867 et à ses lois

au commerce des produits de l'agriculture, de l'horticulture et de la pêche maritime, la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments, la loi du 20 juin 1964 sur le contrôle des denrées alimentaires, l'A.R. n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'art de guérir, la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce, la loi du 30 juillet 1971 sur la réglementation économique et les prix qui remplace l'arrête-loi du 22 janvier 1945 concernant la répression des infractions à la réglementation relative à l'approvisionnement du pays, etc.

⁽⁹²⁾ Arrêté-loi du 6 octobre 1944 créant un Institut du change, arrêté-loi du 5 décembre 1944 instituant l'Institut belgo-luxembourgeoise du change, arrêté-loi du 6 octobre 1944 relatif au contrôle des changes.

⁽⁹³⁾ Loi du 28 mars 1952 sur la police des étrangers, remplacée par celle du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers ; A.R. n° 34 du 20 juillet 1967 relatif à l'occupation de travailleurs de nationalité étrangère ; etc.

⁽⁹⁴⁾ Loi du 23 mars 1954 autorisant le Roi à réglementer la pratique du camping.

⁽⁹⁵⁾ Loi du 15 mai 1956 sur les économats.

⁽⁹⁶⁾ Loi du 1^{er} juillet 1956.

⁽⁹⁷⁾ Loi du 9 juillet 1957.

⁽⁹⁸⁾ Loi du 31 mai 1958 réglementant les combats et exhibitions de boxe.

⁽⁹⁹⁾ Loi du 27 mai 1960 sur la protection contre l'abus de puissance économique.

⁽¹⁰⁰⁾ Loi du 29 mars 1962.

⁽¹⁰¹⁾ Loi du 21 avril 1965 portant statut des agences de voyage.

⁽¹⁰²⁾ Loi du 27 décembre 1974 relative aux services de taxis.

complémentaires, mais encore, on peut l'affirmer, est surtout *extérieur* au code, ce qui amène les pénalistes à revoir, sous un jour nouveau, les règles et conceptions traditionnelles ⁽¹⁰³⁾. Or, ce droit nouveau protège des *valeurs nouvelles* : protection de l'économie nationale, de l'économie internationale ⁽¹⁰⁴⁾, de l'intérêt du consommateur, de la moralité commerciale, du travail et du travailleur. Car c'est bien de *valeurs* qu'il s'agit, et donc d'une *morale*, jugées indispensables à la survie de la société, que proclament les incriminations portées dans ces lois particulières, puisque «aucune conduite ne doit être décrite comme criminelle, sauf si elle constitue une grave menace contre la société» ⁽¹⁰⁵⁾. Et il suffit de lire la presse, de constater l'intérêt porté à ces matières nouvelles dans les travaux des juristes ⁽¹⁰⁶⁾, pour voir que la conscience sociale adhère largement à ces valeurs, approuve les incriminations, réclame des sanctions sévères à l'égard des délinquants économiques ⁽¹⁰⁷⁾. Il n'est plus question, ici – ou rarement – de dépénaliser : il est question, au contraire, d'incriminer des comportements jugés inadmissibles, de rechercher des sanctions plus efficaces et plus sévères, et même d'appliquer des peines aussi classiques que l'emprisonnement en cas de fraude.

⁽¹⁰³⁾ Voy. LEGROS Robert, «L'influence des lois particulières sur le droit pénal général», *Rev. Sc. Crim.*, 1968, pp. 233 et s. : «Morale et Droit», *Mars et Mercure*, avril 1967, pp. 7 et s. ; «La responsabilité pénale des dirigeants des sociétés et le droit pénal général», *Rev. Dr. Pén.*, 1963-1964, pp. 3 et s. ; «Imputabilité pénale et entreprise économique», *Rev. Dr. Pén.*, 1968-1969, pp. 365 et s.

⁽¹⁰⁴⁾ Les traités instituant les Communautés européennes protègent en effet l'économie d'un groupe d'États.

⁽¹⁰⁵⁾ *Rapport du Comité canadien de la réforme pénale et correctionnelle*, Ottawa, 1969, p. 12.

⁽¹⁰⁶⁾ Par exemple, le congrès tenu à Bruxelles en 1972 sur les frontières de la répression, dont les rapports ont été publiés par l'Institut de Sociologie de l'U.L.B. en 1974, *Les Frontières de la répression*, t. I ; voy. aussi les chroniques de Bouzat dans la Revue trimestrielle de droit commercial et la Revue de science criminelle ; LARGUIER P., *Droit pénal des affaires*, Paris, 1970, et DELMAS-MARTY M., *Droit pénal des affaires*, Paris, 1973.

⁽¹⁰⁷⁾ Voy. *Opinions et attitudes à l'égard de la justice*, rapport sur un sondage d'opinion rédigé par Goffin P. et Tsamadou C., Centre de Sociologie du Droit et de la Justice, Institut de Sociologie de l'U.L.B., 1971, stencillé.

CONCLUSION

19. – Le droit pénal est en crise, et cette crise est idéologique. C'est que l'idéologie actuelle du droit pénal n'est plus celle qui a présidé à l'élaboration du code de 1867, à trois points de vue.

Au point de vue de la conception de l'homme, tout d'abord : l'homme envisagé par les auteurs du code pénal était idéal, sensé libre et réfléchi, doté de libre arbitre, comme désincarné ; or, l'homme tel que nous le comprenons aujourd'hui est l'homme dans la cité, dans sa famille, au travail, voire au repos, l'homme concret.

Au point de vue des valeurs protégées, ensuite : le législateur de 1867 se fondait sur un ordre social maintenant contesté, bouleversé, peut-être même anéanti ; sa préoccupation de l'État nous paraît aujourd'hui dérisoire, sa conception de la protection des biens est remise en cause, sa vue de la moralité publique et de l'ordre des familles est abandonnée ; en revanche, une nouvelle morale et de nouvelles valeurs les remplacent.

Au point de vue du fondement de la peine, enfin : en ce qui concerne les infractions classiques, la sanction a perdu sa signification moralisatrice et exemplaire pour devenir un moyen de resocialisation et d'éducation dont certains se demandent même, à l'heure actuelle, s'il n'est pas un échec. Au contraire, chacun s'accorde à ce que l'exemple et la punition redeviennent les fondements de la répression dans les législations particulières. Il y a donc, en définitive, coïncidence entre l'idéologie de l'infraction et l'idéologie de la peine : si l'on doute du bien fondé d'une incrimination, on doutera de la fonction de la sanction. Ce double doute existe pour ce qu'on appelle encore le «Droit pénal» et qui n'est plus du droit pénal qu'une branche moribonde : le temps des nouveaux codes est venu.

TITRE VII

Symbolique et instrumentalité. Stratégies de pénalisation et de dépenalisation dans une société pluraliste (*)

par Michel van de Kerchove

CHAPITRE I

LA DOUBLE DIMENSION SYMBOLIQUE ET INSTRUMENTALE DU DROIT PÉNAL

Si l'on a pu dire, d'une façon générale, que «la pensée juridique est marquée aujourd'hui par une anesthésie progressive du symbolique» (1), ce phénomène ne paraît pas avoir épargné le droit pénal.

Les phases successives de réforme du système pénal, depuis la fin du XVIII^e siècle jusqu'à nos jours, ont, en effet, invoqué inlassablement à leur appui un souci de «rationalisation» (2) et manifesté tout à la fois un

(*) Le présent article a été rédigé dans le cadre d'une recherche plus étendue portant sur l'évolution du problème de la dépenalisation en Belgique et aux États-Unis. Ceci explique notamment le fait que les références au droit positif sont limitées, pour l'essentiel, à ces deux pays. Cette recherche a été réalisée en qualité de Research Associate auprès du Center for the Study of Law and Society de l'Université de Californie à Berkeley. Elle a été financée par une bourse de recherche délivrée par l'American Council of Learned Societies et une bourse de voyage Fulbright-Hays. Je tiens à remercier tous ceux qui ont rendu cette recherche possible, et en particulier le Professeur J. H. Skolnick, président du Center for the Study of Law and Society, le Professeur Ph. Nonet de l'Université de Berkeley, M. R. W. Downar, Director of the American Studies Program de l'American Council of Learned Societies ainsi que la Commission for educational exchange between the United States of America, Belgium and Luxembourg.

(1) LENOBLE, J. et OST, F., *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires St. Louis, 1980, p. 6.

(2) WEBER, M., *Economy and Society. An Outline of Interpretive Sociology*, ed. by G. Roth and Cl. Wittich, Berkeley-Los Angeles-Londres, t. II, 1978, p. 884.

«réaménagement du pouvoir de punir selon des modalités qui le rendent plus régulier, plus efficace, plus constant et mieux détaillé dans ses effets», bref, une «nouvelle économie politique du pouvoir de punir», selon l'expression de M. Foucault (3).

Ce souci de rationalisation est loin d'être épuisé, comme l'attestent différentes réformes en cours. Pour s'en convaincre, il suffit de citer deux exemples, empruntés respectivement à la Belgique et aux États-Unis.

En ce qui concerne la Belgique, le Rapport déposé en 1979 par la Commission pour la révision du code pénal se réfère au «souci d'efficacité dans la détermination de la sanction pénale» (4), comme étant l'un des principes de politique criminelle qui inspirent les réformes proposées. Il préconise, par ailleurs, que ce principe commande qu'«à effets égaux, la sanction doit être la plus appropriée à prévenir la récidive et à dissiper le trouble résultant de l'infraction» et qu'«elle doit ainsi être la plus économique dans ses conséquences humaines, sociales et financières» (5).

Aux États-Unis, d'autre part, le *Report of the Committee of the Judiciary*, relatif au *Criminal Code Reform Act of 1979*, destiné à constituer le premier véritable code pénal fédéral, insiste sur la nécessité de substituer à l'actuel mélange confus de dispositions contradictoires et imprécises, un code de lois pénales *rationnellement* conçues et clairement formulées (6).

Rationalité, économie et efficacité paraissent ainsi constituer les impératifs majeurs du législateur contemporain et traduire ce que nous pourrions appeler, en bref, la dimension *instrumentale* (7) et *utilitaire* du droit pénal.

(3) FOUCAULT, M., *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, p. 83.

(4) COMMISSION POUR LA REVISION DU CODE PÉNAL, *Rapport sur les principales orientations de la réforme*, Bruxelles, 1979, p. 29.

(5) *Ibidem*, p. 69.

(6) COMMITTEE ON THE JUDICIARY, *Report to accompany S. 1722, Criminal Code Reform Act of 1979*, 96th Congress, 1st session, Washington, 1980, p. 2-3.

(7) Parmi les nombreuses définitions données à ce terme, on retiendra notamment celles de WEBER, M., *op. cit.*, t. I, p. 24 : «instrumentally rational (*zweckrational*), that is, determined by expectations to the behavior of objects in the environment and of other human beings ; these expectations are used as 'conditions' or 'means' for the attainment of the actor's own rationally pursued and calculated ends» ; GUSFIELD, J. R., *Symbolic crusade. Status politics and the american temperance movement*, Urbana-

Dans une telle perspective, le droit pénal est conçu comme un moyen ou un «instrument» de réalisation d'une fin qui, selon une représentation largement dominante, consiste dans la réduction – sous la forme d'une prévention générale ou spéciale – des comportements prohibés⁽⁸⁾. Présupposant en général le caractère nécessairement dommageable de tels comportements, une telle conception peut également être qualifiée d'«utilitaire».

La dimension instrumentale de la norme pénale conduit à apprécier ses mérites en termes d'efficacité, c'est-à-dire d'aptitude à atteindre réellement la fin qui lui est assignée. Son caractère utilitaire conduit à apprécier ses mérites en termes de «coûts-bénéfices», c'est-à-dire par la prise en considération de l'importance respective des avantages découlant de l'adoption et de l'application de la norme pénale, ainsi que du coût financier, social et humain correspondant.

Quelle que soit l'importance – réelle ou apparente – de cette dimension instrumentale, il apparaît cependant qu'elle ne suffit pas à caractériser à elle seule le phénomène complexe que constitue le droit pénal.

Une autre dimension essentielle coexiste en effet avec elle ; on peut la qualifier de *symbolique*.

Si le phénomène symbolique occupe une place de plus en plus importante dans la littérature récente en sciences humaines, il convient cependant de souligner, avec P. Ricœur, que la dispersion de cette problématique dans tant de champs de recherche différents tend à obscurcir le concept même, et à le dissoudre dans sa prolifération⁽⁹⁾.

Chicago-Londres, 1963, p. 170 : «Instrumental action is ... oriented as a means to a fix end». Dans le même sens, T. Parsons parle de *relation intrinsèque* entre moyens et fin : «the intrinsic means-end schema implies ... two things : that the end involved is an empirical end – one the attainment of which is scientifically verifiable – and that the means-end relationship is intrinsic, that the means will bring about the end by processes of scientifically understandable causation» (*The structure of social action*, vol. I, New York-Londres, 1968, p. 430).

⁽⁸⁾ Cf. notamment MORRIS, N., *Impediments to penal reform*, in *University of Chicago Law Review*, vol. 33, n° 4, 1966, p. 631 : «to my knowledge, every criminal law system in the world, except one, has deterrence as its primary and essential postulate». Cf. également KELLENS, G., *La mesure de la peine*, Liège, Université de Liège, 1982, p. 173 et suiv.

⁽⁹⁾ RICŒUR, P., *Metaphor and Symbol*, in RICŒUR, P., *Interpretation Theory : Discourse and the Surplus of Meaning*, FortWorth, The Texas Christian University Press, 1976, p. 53.

Nous nous contenterons, dès lors, ici de mettre l'accent sur une distinction élémentaire, nécessaire à la délimitation de notre propos.

Le terme «symbole» désigne, dans son acception la plus générale, cette catégorie de signes conventionnels qu'on appelle signifiants (à la différence des signes dits indicatifs), auxquels se trouvent attachés des signifiés, qu'il est possible d'identifier par le biais d'une interprétation. En ce sens, le langage articulé est le phénomène symbolique par excellence et le droit, à travers le langage qui lui est partiellement spécifique, est appelé à constituer son propre «réseau symbolique»⁽¹⁰⁾.

L'importance primordiale que revêt cette construction symbolique dans le champ pénal a été mise en lumière par de nombreux auteurs. On peut rappeler, en particulier, que les théories interactionnistes⁽¹¹⁾, de même que les théories dites de la réaction sociale⁽¹²⁾, ont, à juste titre, souligné le fait fondamental qu'aucun acte n'est intrinsèquement ou «naturellement» criminel, et que le caractère criminel d'un acte dépend d'un processus de définition et d'étiquetage, réalisés en particulier par le système pénal.

D'autres auteurs ont également mis en lumière le fait qu'un tel processus, en l'absence de consensus social, impliquait souvent une véritable lutte entre des définitions virtuelles concurrentes, d'où émergeait finalement une définition en position dominante⁽¹³⁾.

Cette acception générale du terme «symbole» n'est cependant pas celle que nous retiendrons ici, bien qu'elle soit évidemment toujours implicitement présente dans la deuxième acception.

⁽¹⁰⁾ CASTORIADIS, C., *L'institution imaginaire de la société*, Paris, Le Seuil, 1975, p. 162.

⁽¹¹⁾ Cf. notamment BECKER, H. S., *Outsiders : Studies in the Sociology of Deviance*, New York, 1963, p. 9 ; A. T. TURK, *Criminology and Legal Order*, Chicago, 1969, p. 10 ; HARTJEN, Cl. A., *Crime and Criminalization*, New York, 1974, p. 5 et suiv. ; SCHUR, E. M., *Labeling deviant Behavior. Its Sociological Implications*, New York-Evanston-San Francisco-Londres, 1971, p. 7 et suiv.

⁽¹²⁾ Cf. notamment ROBERT, Ph., «La sociologie entre une criminologie de passage à l'acte et une criminologie de la réaction sociale», in *L'année sociologique*, vol. 24, 1973, p. 463 et suiv.

⁽¹³⁾ Cf. SCHUR, E. M., *The Politics of Deviance. Stigma Contests and the Uses of Power*, Englewood Cliffs, 1980, p. 133. On peut mettre cette idée en parallèle avec la «lutte des classements» et la «lutte permanente pour définir la réalité» qui occupent une place centrale dans l'ouvrage récent de BOURDIEU, P., *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Paris, 1982, p. 99 et 142.

Il est en effet possible d'attribuer à la plupart des signes signifiants deux sens différents : un sens premier, qu'on peut qualifier de *littéral* ⁽¹⁴⁾ et un sens second, qu'on peut qualifier de *symbolique*, celui-ci étant constitué «dans et par le sens littéral» ⁽¹⁵⁾ et formant, par rapport à lui, un «surplus de signification» ⁽¹⁶⁾.

Le terme «symbole» désigne ainsi, dans une acception plus restreinte, qui est la seule que nous retiendrons ici, les signes signifiants qui se caractérisent par cette «intentionnalité double» ⁽¹⁷⁾ ou cette «structure de double signification» ⁽¹⁸⁾.

Dans cette perspective, on pourra distinguer différents types de signifiants ou de «supports» symboliques, de même qu'on pourra distinguer différents types de signifiés, c'est-à-dire de «contenus» symboliques.

En ce qui concerne les *signifiants*, on ne perdra pas de vue qu'«il y a moyen de confier à toute chose, à tout acte, à tout événement une valeur symbolique, et modifier par là, sa signification et son importance» ⁽¹⁹⁾.

Dans le cadre de notre propos, on s'inspirera cependant de la structure d'une action dramatique, qui paraît particulièrement adéquate pour traduire la structure générale d'une opération symbolique ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁴⁾ RICŒUR, P., *Philosophie de la volonté. Finitude et culpabilité*, t. II, *La symbolique du mal*, Paris, Anbier Montaigne, 1960, p. 22. Certains auteurs parlent, à cet égard, de «referential symbols» (cf. SAPIR, E., *Symbolism*, in *Encyclopaedia of the Social Sciences*, vol. 14, New York, 1934, p. 493 ; EDELMAN, M., *The Symbolic Uses of Politics*, Urbana, 1964, p. 6). Nous estimons cependant, comme Ricœur l'a souligné pour la métaphore, que, si le sens littéral possède évidemment une dimension référentielle qui justifierait une telle qualification, le sens symbolique possède également une telle dimension, même si celle-ci se situe à un «second degré» (P. RICŒUR, *Metaphor and Symbol*, *op. cit.*, pp. 66-68). Le terme «referential symbols» nous paraît, dès lors, source de confusion.

⁽¹⁵⁾ RICŒUR, P., *Philosophie de la volonté*, *op. cit.*, p. 22.

⁽¹⁶⁾ RICŒUR, P., *Metaphor and Symbol*, *op. cit.*, p. 56.

⁽¹⁷⁾ RICŒUR, P., *Philosophie de la volonté*, *op. cit.*, p. 22.

⁽¹⁸⁾ RICŒUR, P., *Metaphor and Symbol*, *op. cit.*, p. 45.

⁽¹⁹⁾ PERELMAN, Ch. et L. OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Bruxelles, Éd. de l'Institut de Sociologie de l'ULB, 1970, p. 448. Cf. également SPERBER, D., *Rethinking Symbolism*, trad. de Morton, A. L., Cambridge-Londres-New York-Melbourne-Paris, 1975, p. 109 : «there is no non-symbolic utterance which is not capable, in some conditions, of becoming symbolic».

⁽²⁰⁾ Nous empruntons cette présentation, partiellement inspirée par Burke, à DUNCAN, H. D., *Communication and Social Order*, New York, 1962, pp. 433-434.

On retiendra ainsi cinq types différents de signifiants, selon qu'ils se rattachent à la scène dans laquelle se déroule une activité déterminée, à l'acteur ou à l'agent intervenant, à l'acte accompli, à la mise en scène ou aux moyens mis en œuvre, ou, enfin, au but assigné à l'activité envisagée.

En ce qui concerne les contenus symboliques, par ailleurs, nous partirons de l'idée que le symbole véhicule à la fois une certaine représentation du réel – au sens, non pas d'un simple reflet, mais d'une véritable re-création – et une attitude valorisante ou dévalorisante à l'égard de celui-ci, qui implique toujours une certaine composante affective ⁽²¹⁾.

La réalité représentée résidera, en ce qui nous concerne, dans des entités humaines plus ou moins vastes : société politique, classe, groupe d'intérêts, individu. Parmi les attitudes valorisantes que le symbole exprimera à leur égard, on peut citer notamment des attitudes de déférence, d'approbation, de consécration, d'identification, de légitimation, de communion, d'inclusion, de confiance, d'adhésion. Parmi les attitudes dévalorisantes, on citera, inversement, des attitudes de désapprobation, de dénonciation, de condamnation, de différenciation, de rejet, de méfiance, de dégradation, d'exclusion.

C'est donc à ce phénomène relativement complexe et diversifié que nous entendons nous référer dans le cadre de cet article, lorsque nous distinguons la dimension symbolique ⁽²²⁾ du droit pénal, de sa dimension instrumentale.

⁽²¹⁾ Cf. notamment CASTORIADIS, C., *L'institution imaginaire de la société*, op. cit., p. 178 : «Le symbolique comporte, presque toujours, une composante 'rationnelle-réelle' : ce qui représente le réel, ou ce qui est indispensable pour le penser ou pour l'agir. Mais cette composante est tissée inextricablement avec la composante imaginaire».

⁽²²⁾ Certain auteurs parlent indifféremment, à cet égard, de dimension «symbolique» ou de dimension «expressive». Cf. par exemple : GOFFMAN, E., *Interaction Ritual. Essays on Face-to-Face Behavior*, New York, 1967, p. 54 et 56 ; EDELMAN, M., *The Symbolic Uses of Politics*, op. cit., p. 2 et 4 ; WHEELWRIGHT, Ph., *The Burning Fountain. A Study in the Language of Symbolism*, Bloomington, 1954, p. 54 et suiv. ; FEINBERG, J., *The Expressive Function of Punishment*, in FEINBERG, J., *Doing and Deserving. Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton, 1970, p. 98 et suiv. Même si ces deux dimensions sont souvent étroitement liées dans la pratique, nous estimons, à la suite de J. R. Gusfield (*Symbolic Crusade*, op. cit., p. 179), que la fonction expressive d'un comportement consiste dans la manifestation extérieure d'émotions ou d'impulsions exclusivement irrationnelles, tandis que la fonction symbolique d'un tel comportement consiste dans la communication d'une signification seconde qui implique une certaine

Le refoulement ou l'anesthésie de la dimension symbolique du droit pénal, auxquels nous avons fait allusion au seuil de cet article, n'implique donc pas seulement, selon nous, une méconnaissance générale du rôle du langage ou d'autres signes conventionnels dans le fonctionnement du système pénal, méconnaissance qui, au demeurant, est également regrettable, bien qu'elle ait été partiellement redressée par les auteurs visés plus haut (23).

Il ne fait pas de doute, en effet, que la dimension instrumentale et utilitaire du droit pénal est indissociable d'un recours permanent au langage et que l'accroissement de son efficacité est même recherché la plupart du temps dans la rédaction de nouvelles dispositions, l'adoption de nouvelles qualifications, la réduction de certaines imprécisions ou de certaines incohérences textuelles. Ce faisant, cependant, le langage du droit pénal n'est généralement considéré que dans son sens premier et littéral, et non pas dans son sens second ou symbolique. L'aspiration à une rédaction «simple, uniforme et précise» (24), «compréhensible et transparente» (25) que véhicule toute nouvelle tentative de codification paraît d'ailleurs impliquer le recours à des expressions «techniques» dont la relative clarté tient précisément au fait que leur signification se veut limitée à leur sens premier et littéral (26), alors que l'intentionnalité

composante rationnelle. C'est en ce sens qu'il paraît possible d'affirmer que l'application d'une peine tout à la fois *exprime* un sentiment de vengeance et *symbolise* une certaine forme d'équivalence entre le mal causé et le mal infligé. A fortiori, nous ne retiendrons pas comme équivalente la notion de fonction «émotive» qu'utilisent des auteurs comme OGDEN, C. K. et RICHARDS, I. A., *The Meaning of Meaning. A Study of the Influence of Language upon Thought and the Science of Symbolism*, New York, 1956, p. 10.

(23) Cf. également, pour l'étude de certains aspects du langage pénal, VAN DE KERCHOVE, M., «Des mesures répressives aux mesures de sûreté et de protection. Réflexions sur le pouvoir mystificateur du langage», in *Rev. dr. pén. et crim.*, 1976-1977, p. 245 et suiv. ; OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M., *Bonnes mœurs, discours pénal et rationalité juridique*, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1981.

(24) COMMITTEE ON THE JUDICIARY, *Report to accompany S. 1722*, *op. cit.*, p. 6.

(25) COMMISSION POUR LA REVISION DU CODE PÉNAL, *Rapport ...*, *op. cit.*, p. 33.

(26) Cf. RICÉUR, P., *Philosophie de la volonté*, *op. cit.*, p. 22. On notera, à cet égard, une incompatibilité logique manifeste entre la réalisation d'un tel objectif et le recours au langage usuel. C'est cependant la double prétention qui apparaît dans le rapport accompagnant le nouveau projet de code pénal fédéral aux États-Unis : cf. *Report to accompany S. 1722*, *op. cit.*, p. 6 : «Every effort has been made to draft offenses simply, uniformly and precisely. Verbose or *technical* language and endless examples have been avoided. Instead, a conscious effort was made to speak in *common* English».

double d'un signe symbolique lui confère au contraire une «opacité» fondamentale (27).

Ce qui paraît, dès lors, devoir être mis en évidence, c'est qu'*au-delà* de leur signification littérale, qu'on peut associer à leur dimension instrumentale, les différents éléments du système pénal peuvent revêtir une signification symbolique qui n'est pas moins réelle que la précédente et jouit d'une efficacité qui lui est propre.

Si, au regard d'une philosophie utilitariste, une telle dimension peut sembler appartenir à la «préhistoire» (28), sa permanence n'en est pas moins incontestable et aucune théorie du droit pénal ne saurait en faire l'économie (29).

Cette permanence se trouve d'abord attestée par la place centrale que continue à occuper une multitude de signes spécifiquement symboliques (emblèmes, decorum spécifique, cérémonial vestimentaire, formules rituelles, etc.) dans le fonctionnement de la justice pénale, malgré ses prétentions de rationalisation (30).

Le paradoxe qui en résulte peut être facilement levé en rappelant que l'utilitarisme radical d'un Bentham, dont nous sommes partiellement les héritiers, ne l'avait pas seulement conduit sur les chemins rationnels de la codification ; il l'avait également amené à célébrer les mérites d'un arsenal symbolique susceptible d'agir plus sûrement sur les ressorts de la volonté et de parfaire, sur un autre registre, la fonction strictement instrumentale du droit pénal.

Ne pouvant céder à la tentation de citer ici les multiples moyens que Bentham proposait en vue de «fortifier l'impression des peines sur l'imagination» (31), on rappellera seulement qu'il ne faisait ainsi que

(27) RICŒUR, P., *Philosophie de la volonté*, op. cit., p. 22.

(28) HART, H. L. A., *Law, Liberty and Morality*, Stanford, 1963, p. 83.

(29) Pour reprendre l'expression judicieuse de LENOBLE, J., et OST, F. (op. cit., p. 9), cette dimension appelle une certaine «réhabilitation», non pour traduire une adhésion «naïve», mais pour rendre compte de son efficacité réelle et traduire ainsi une «adhésion seconde ou critique».

(30) Cf. par exemple PACKER, H. L., *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford, 1968, p. 43 : «The socializing and habitforming effects of the threat of punishment are not limited to simple, *literal* observation of threats being made and carried out. There is heavy *symbolic* significance in the operation of the criminal sanction. The ritual of the criminal trial becomes for all of us a kind of psychodrama in which we participate vicariously, a morality play in which innocence is protected, injury requisited, and the wrongdoer punished».

(31) BENTHAM, J., *Traité de législation civile et pénale*, in *Œuvres de J. Bentham*, éd. par E. Dumont, Bruxelles, Coster et Compagnie, 1829, p. 206.

«réunir sous l'étendard de l'utilité», «les diverses espèces de pouvoirs moraux, de leviers intellectuels qui constituent la mécanique du cœur humain»⁽³²⁾.

Une deuxième manifestation de la dimension symbolique du droit pénal réside dans le maintien de la fonction rétributive de la peine, aux côtés de ses fonctions préventives. P. Poncela a souligné à juste titre, dans un article récent, la dimension symbolique dans laquelle s'inscrit la rétribution⁽³³⁾, à la différence de la prévention qui relève avant tout d'une dimension instrumentale. Précédemment, E. Bittner et A. M. Platt avaient également mis en lumière le caractère symbolique de l'équivalence que le principe de rétribution établit entre l'infraction et la peine⁽³⁴⁾. Si d'un point de vue strictement utilitaire, et prise littéralement, cette équivalence peut évidemment paraître arbitraire, voire même dépourvue de sens, elle est par contre susceptible de revêtir différentes significations symboliques. Ces significations peuvent être formulées en termes moraux : dénonciation du degré d'immoralité de l'infraction, rétablissement du droit violé, attestation de la responsabilité morale de l'agent et de son «droit» à être traité comme tel, triomphe d'une certaine idée de la justice, approbation morale des actes conformes, etc.⁽³⁵⁾. On peut cependant aussi formuler ces significations en termes plus sociologiques : maintien de la cohésion sociale, guérison des «blessures» faites aux sentiments collectifs, attestation de la subsistance des sentiments collectifs, etc.

Si des philosophes comme Kant⁽³⁶⁾ et Hegel⁽³⁷⁾ ont pu adopter de la

⁽³²⁾ *Ibidem*, p. 23.

⁽³³⁾ PONCELA, P., *Par la peine, dissuader ou rétribuer*, in *Archives de philosophie du droit*, t. 26, Sirly 1981, p. 68 et 69.

⁽³⁴⁾ BITTNER, E. et PLATT, A. M., *The Meaning of Punishment*, in *Issues in criminology*, vol. 2, n° 1, 1966, p. 81. Cf. également ALLEN, F. A., *The Decline of the Rehabilitative Ideal. Penal Policy and Social Purpose*, NewHaven-Londres, 1981, p. 71 : «the notion of equivalency is little more than a metaphor».

⁽³⁵⁾ Ces différentes fonctions symboliques de la peine sont exposées de manière plus détaillée par FEINBERG, J., *The Expressive Function of Punishment*, *op. cit.*, pp. 101-105. Il utilise, quant à lui, les termes «authoritative disavowal», «symbolic non acquiescence», «vindication» et «absolution of others», pour les désigner.

⁽³⁶⁾ KANT, E., *Métaphysique des mœurs*, 1^e partie, *Doctrine du droit*, Paris, 1979, p. 214 : «La peine juridique ne peut jamais être considérée simplement comme un moyen de réaliser un autre bien, soit pour le criminel, soit pour la société civile, mais doit uniquement lui être infligée, pour la seule raison qu'il a commis un crime ... l'homme ne peut jamais être traité simplement comme un moyen pour les fins d'autrui ... c'est contre quoi il est protégé par sa personnalité innée ; car si la justice

manière la plus radicale la première de ces formulations⁽³⁸⁾, la pensée sociologique de Durkheim fournit certainement la meilleure illustration de la seconde⁽³⁹⁾.

Or, comme on le sait, la répudiation radicale de cette fonction rétributive du droit pénal n'aura été qu'une parenthèse, somme toute fort brève, ouverte par les positivistes⁽⁴⁰⁾.

Si, dans un objectif de défense sociale, la prise en considération exclusive du caractère de dangerosité – et son corollaire, la sentence à durée indéterminée – a trouvé chez ces auteurs ses partisans les plus zélés et s'est traduite inégalement dans différents systèmes pénaux, il ne fait pas de doute que l'idée d'une adéquation symbolique entre la peine et la culpabilité connaît, depuis une dizaine d'années au moins, un regain d'intérêt manifeste et se trouve réinsérée aux côtés de ses fonctions instrumentales de prévention⁽⁴¹⁾. *Le Criminal code reform*

disparaît, c'est chose sans valeur que le fait que des hommes vivent sur la terre». (p. 216) «Même si la société civile devait se dissoudre avec le consentement de tous ses membres ... le dernier meurtrier se trouvant en prison devrait préalablement être exécuté, afin que chacun éprouve la valeur de ses actes».

⁽³⁷⁾ HEGEL, F., *Principes de la philosophie du droit*, Paris, Gallimard, 1940, p. 135 : «le crime envisagé, non pas comme production d'un dommage, mais comme violation du droit en tant que tel, est à supprimer ... L'affliction qu'on impose au criminel n'est pas seulement juste en soi ; en tant que juste elle est aussi l'être en soi de sa volonté, une manière d'exister de sa liberté, son droit».

⁽³⁸⁾ Concernant la fonction rétributive de la peine chez Kant et Hegel, cf. notamment PINCOFFS, P., *Classical Retributivism*, in FEINBERG, J. et GROSS, H. (ed.), *Punishment*, Encino-Belmont, 1975, p. 17 et suiv.

⁽³⁹⁾ DURKHEIM, E., *La division du travail social*, Paris, P.U.F., 1967, p. 76 : «La peine ... ne sert pas ou ne sert que très secondairement à corriger le coupable ou à intimider ses imitateurs possibles ; à ce double point de vue, son efficacité est justement douteuse et, en tout cas, médiocre. Sa vraie fonction est de maintenir intacte la cohésion sociale en maintenant toute sa vitalité à la conscience commune» ... (p. 77). «C'est le signe qui atteste que les sentiments collectifs sont toujours collectifs, que la communion des esprits dans la même foi reste toute entière, et, par là, elle répare le mal que le crime a fait à la société». Comme l'ont fait remarquer BITTNER, E. et PLATT, A. M., (*op. cit.*, p. 89) à propos de Durkheim, «functional analysis of deviance and social control has tended to support the claims of the proponents of retributive justice».

⁽⁴⁰⁾ En ce sens, cf. notamment VILLEY, M., «Préface», in BLONDIEAU, F., CHANTEUR, J., e.a., *Rétribution et justice pénale*, Paris, PUF, 1983, p. 8 ; PONCELA, P., *Éclipses et réapparitions de la rétribution en droit pénal*, *ibidem*, p. 11.

⁽⁴¹⁾ Cf. notamment MORRIS, N., *The future of imprisonment*, Chicago-London, 1974, p. 58 : «In my view, penal purposes are properly retributive and deterrent».

act de 1979 l'illustre clairement en citant expressément l'objectif de punition juste (*just punishment*) aux côtés des buts de neutralisation du délinquant, de dissuasion et de correction ou de réhabilitation (§101), en affirmant vouloir évaluer chaque infraction selon sa gravité relative ⁽⁴²⁾ et en réintroduisant un système de sentences à durée déterminée ⁽⁴³⁾.

En Belgique, la Commission pour la revision du code pénal n'a pas consacré cette tendance avec la même netteté, mais on peut rappeler que les efforts de conciliation entre ces différentes fonctions ont toujours été plus présents ici qu'aux États-Unis. Cette tendance conciliatrice subsiste dans le Rapport de la Commission lorsqu'il est précisé que «le caractère plus ou moins dangereux de l'auteur doit sur le plan pénal être pris davantage en considération que la plus ou moins grande gravité de son acte», mais que «celui-ci conserve cependant de l'importance ... La peine sera toujours influencée par la gravité de l'infraction» ⁽⁴⁴⁾.

Il apparaît, dès lors, que, loin d'être antinomiques en soi, les fonctions rétributive et préventive de la peine sont susceptibles de se conforter l'une l'autre, dans une relation véritablement dialectique ⁽⁴⁵⁾. Ph. Robert a bien montré que «dans la perspective de ce néo-utilitarisme, la rétribution est le moyen», tandis que «dissuasion et incapacitation son les buts» ⁽⁴⁶⁾. Nous verrons cependant que les relations qui s'instaurent en fait entre ces deux fonctions sont plus diverses et plus complexes que ce mouvement ne le suggère. On relèvera également que la dimension

⁽⁴²⁾ COMMITTEE ON THE JUDICIARY, *Report ...*, *op. cit.*, p. 9.

⁽⁴³⁾ *Ibidem*, p. 10.

⁽⁴⁴⁾ COMMISSION POUR LA REVISION DU CODE PÉNAL, *Rapport ...*, *op. cit.*, p. 86.

⁽⁴⁵⁾ Nous avons tenté de montrer, ailleurs, comment cette relation paraît unir historiquement les concepts de culpabilité et de dangerosité sur lesquels s'appuient ces fonctions. Cf. VAN DE KERCHOVE, M., *Culpabilité et dangerosité. Réflexion sur la clôture des théories relatives à la criminalité*, in *Dangerosité et justice pénale. Ambiguïté d'une pratique*, sous la direction de Debuyst, C. en collaboration avec Tulkens, F., Paris-Genève, 1981, p. 285 et suiv.

⁽⁴⁶⁾ ROBERT, Ph., «Utilitarisme, économistes et délinquance», in *Archives de philosophie du droit*, t. 26, 1981, p. 220. Cf. également HULSMAN, L. H. C., «Le choix de la sanction pénale», in *Rev. sc. crim.*, 1970, p. 513 : «La rétribution n'est pas un objectif, comme la prévention, mais une façon d'agir, qui pourrait être un moyen à la prévention». Cette conception est également visée, mais avec certaines réserves, par ANDENAES, J., «The General Preventive Effects of Punishment», in *Univ. of Pennsylvania Law Review*, vol. 114, n° 7, 1966, p. 971, note 42.

symbolique caractéristique de la rétribution est susceptible de fournir à la prévention pure les éléments de légitimation sociale⁽⁴⁷⁾ qui lui font défaut, en se mouvant, comme les signes symboliques dont nous avons déjà parlé, sur un registre complémentaire, mais différent du registre purement utilitaire de la prévention.

Une dernière manifestation de la dimension symbolique du droit pénal est purement latente, mais non moins importante. Elle réside essentiellement dans l'efficacité symbolique des normes pénales elles-mêmes, qui peut se révéler tant au niveau de leur adoption qu'au niveau de leur application et de leur abrogation.

Si l'efficacité instrumentale d'une norme réside dans son aptitude à prévenir la réalisation de certains comportements, et cela au moindre coût possible, l'efficacité symbolique de la norme réside dans son aptitude à produire un certain nombre de représentations individuelles ou collectives, valorisantes ou dévalorisantes.

Une conception utilitariste du droit pénal, nous l'avons vu, ne consiste pas nécessairement à nier la coexistence de ces deux types d'efficacité, mais à concevoir, dans ce cas, la nécessaire *subordination* de l'efficacité symbolique de la norme à son efficacité instrumentale. Dans cette perspective, l'efficacité symbolique de la norme ne saurait l'emporter sur son efficacité instrumentale. A fortiori, elle ne saurait se concevoir sous une forme autonome, indépendamment de celle-ci.

Si une telle conception peut se défendre sur un plan *normatif* et traduire une certaine image *idéale* du fonctionnement du droit pénal, nous verrons cependant qu'elle est loin de toujours fournir une représentation adéquate du fonctionnement *réel* de celui-ci.

La réalité, en effet, nous présente des situations très différentes les unes des autres⁽⁴⁸⁾.

Dans certains cas, comme la répression pénale de la criminalité violente à l'égard des personnes, par exemple, il paraît exact d'admettre que les effets instrumentaux et symboliques de la norme, non seulement coexistent les uns avec les autres, mais encore se renforcent mu-

(47) Cette explication du regain d'intérêt pour les doctrines qualifiées de «just punishment» ou de «just deserts» est développée par ALLEN, F. A., *The Decline of the Rehabilitative Ideal*, *op. cit.*, p. 66 et suiv.

(48) FEINBERG, J., *The Expressive Function of Punishment*, *op. cit.*, p. 101 : «The relation of the expressive function of punishment to its various central purposes is not always easy to trace. Symbolic public condemnation may help or hinder deterrence, reform, and rehabilitation».

tuellement. L'effet instrumental de la norme, qui est d'assurer ou tout ou moins d'accroître la protection de la vie et de l'intégrité physique de victimes potentielles, coexiste avec les effets symboliques de «consécration» de la valeur fondamentale de la vie et de la liberté individuelle, de «resserrement» des liens sociaux autour de ces valeurs, de «dénonciation morale» de toute atteinte à celles-ci et d'«exclusion sociale» de l'individu qui y porterait atteinte. L'effet préventif de la norme, comme son application effective en cas de transgression, sont incontestablement confortés par ses différents effets symboliques⁽⁴⁹⁾, mais réciproquement, il est également vrai que l'application effective de la norme pénale, en cas de transgression, tendra à raviver ses effets symboliques.

Il est assez clair que cette convergence d'effets trouve son explication dans le très large consensus dont paraît jouir la norme pénale dans ce cas.

Dans d'autres cas cependant, il apparaît que ces deux types d'efficacité sont susceptibles d'entrer en conflit⁽⁵⁰⁾ et, à la limite, de se dissocier, au moins partiellement.

C'est notamment le cas où, à la différence de la situation précédente, l'incrimination d'un comportement, tel l'avortement en Belgique aujourd'hui, par exemple, fait l'objet d'un large dissensus ou que certains intérêts, certaines valeurs ou certaines formes de légitimation symbolisés par cette incrimination présentent un caractère conflictuel plus ou moins accentué.

Dans ce cas, il ne paraît pas faire de doute que les effets instrumentaux et symboliques de la norme s'affaiblissent mutuellement. La dénonciation morale de l'atteinte à la vie, qu'opère la norme pénale, est susceptible, cette fois, d'être perçue comme un symbole de valorisation

⁽⁴⁹⁾ Cf. notamment PACKER, H. L., *The Limits of the Criminal Sanction*, op. cit., p. 44 : «It is not simply the threat of punishment or its actual imposition that contributes to the total deterrent effect but the entire criminal process standing as a paradigm of good and evil».

⁽⁵⁰⁾ Cf. notamment CARSON, W. G., «Symbolic and Instrumental Dimensions of Early Factory Legislation : a case study in the social origins of criminal law», in HOOD, R. (éd.), *Crime, Criminology and Public Policy. Essays in Honor of Sir Leon Radzwinowicz*, Londres, 1974, p. 112 : «there is no necessary congruence between a group's disposition towards the symbolic character of projected norms, and its stance in relation to their instrumental potential» ; (p. 136) : «There is no a priori reason to assume that attitudes towards the instrumental and symbolic ramifications of projected legislation will always run in the same direction».

d'une partie seulement de la population, adhérant à une éthique, voire à une religion, déterminée. Elle risque également d'être perçue comme un symbole de dévalorisation, (de méfiance, voire de sujétion), de la population féminine dans son ensemble et de sa partie socialement la plus défavorisée, en particulier. Devenant de plus en plus un symbole de division sociale, plutôt que de cohésion, la norme pénale ne peut que se trouver affectée dans son efficacité instrumentale, aussi bien dans son aptitude à susciter spontanément des comportements conformes qu'à réprimer les infractions commises⁽⁵¹⁾.

Inversement, toute forme de réactivation de son efficacité instrumentale, se traduisant par une augmentation des poursuites ou un accroissement de la sévérité des peines, est sans doute susceptible de produire certains effets symboliques, mais risque d'en compromettre définitivement d'autres. Pour reprendre la terminologie de Goffman, on peut dire qu'elle devient de plus en plus un symbole de «statut» et de moins en moins un symbole «collectif»⁽⁵²⁾. Ses effets symboliques de division risquent, dès lors, de l'emporter sur ses effets de cohésion.

Cet antagonisme permet de comprendre la multiplicité des compromis que révèle la pratique pénale. Certains d'entre eux consistent à dissocier, au moins partiellement, les deux types d'efficacité évoqués. Tantôt, cette dissociation se réalisera par l'accentuation de la dimension instrumentale du problème abordé et le refoulement de sa dimension symbolique. Plus exactement, cette dimension symbolique sera ramenée à ses composantes les moins conflictuelles et, à la limite, sera réduite aux significations symboliques propres à l'instrumentalité elle-même : symbole d'objectivité, d'impartialité, d'humanité et d'unanimité⁽⁵³⁾.

⁽⁵¹⁾ Cf. DUMON, F., «De l'État de droit», in *J. T.*, 1979, p. 476, qui constate à ce propos, en le déplorant, que lorsque le pouvoir judiciaire «accomplit la mission que celle-ci (la loi) lui impose, on descend dans la rue, on manifeste et on *paralyse son action* avec l'appui agissant de certains milieux même scientifiques».

⁽⁵²⁾ GOFFMAN, E., «Symbols of class status», in *The British Journal of Sociology*, vol. II, n° 4, 1951, p. 294 : «Status symbols visibly divide the social world into categories of persons, thereby helping to maintain solidarity within a category and hostility between different categories. Status symbols must be distinguished from collective symbols which serve to deny the difference between categories in order that numbers of all categories may be drawn together in affirmation of a single moral community».

⁽⁵³⁾ C'est à travers ce pouvoir symbolique de «dépolitisation», semble-t-il, que la technique et la science fonctionnent actuellement comme «idéologies». Cf. HABERMAS, J., *La technique et la science comme idéologie*, trad. par Ladmiral, J. R., Paris, Denaël-

Tantôt, au contraire, cette dissociation partielle se traduira par la disparition, ou tout au moins l'affaiblissement, de l'efficacité instrumentale de la norme, dont on ne laissera subsister ou dominer que l'efficacité symbolique. Nous y reviendrons dans le chapitre III.

CHAPITRE II

LA PLACE DU DROIT PÉNAL DANS UNE SOCIÉTÉ PLURALISTE

Après avoir tenté de cerner plus précisément les dimensions symbolique et instrumentale du droit pénal, et évoqué leurs principales formes d'interaction, nous voudrions montrer maintenant comment ce phénomène prend un relief particulier dans une société comme la nôtre.

Bien que le terme soit extrêmement équivoque et sa pertinence très discutée⁽¹⁾, nous nous risquons à qualifier ici notre société de «pluraliste». Tout en étant parfaitement conscient de l'usage très largement «rhétorique» et persuasif qu'une théorie pluraliste de la société fait inmanquablement d'un tel terme⁽²⁾, illustrant ainsi les «effets de théorie»⁽³⁾ ou les manifestations d'une «self-fulfilling prophecy»⁽⁴⁾ qu'implique toute science sociale, nous croyons pouvoir justifier cet usage pour plusieurs raisons.

Ce terme n'est pas seulement utilisé par un nombre croissant de sociologues et de politologues pour qualifier l'état de développement actuel de la plupart de nos sociétés occidentales⁽⁵⁾. Il fait également

Gonthier, 1973, p. 57 ; BURDEAU, G., *La politique au pays des merveilles*, Paris, PUF, 1979, p. 194.

(1) (2) Cf. notamment DOUGLAS, J. D., *American Social Order. Social Rules in a Pluralistic Society*, New York-Londres, 1971, p. 248, qui note, à propos de l'inadéquation inévitable de ce terme : «This verbal inadequacy should not be surprising, at least, not once we understand the largely rhetorical purposes of common-sensical vocabularies and theories of social phenomena».

(3) Cf. BOURDIEU, P., *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Paris, Fayard, 1982, p. 158 : «La description scientifique la plus strictement constative est toujours exposée à fonctionner comme prescription capable de contribuer à sa propre vérification en exerçant un effet de théorie propre à favoriser l'avènement de ce qu'elle annonce».

(4) Cf. DOUGLAS, J., *op. cit.*, p. 250 : «The rhetorical use of one name to help construct social order was, at least partially, an intentional, self-fulfilling prophecy».

(5) Cf. notamment, en ce qui concerne les États-Unis, DOUGLAS, J. D., *op. cit.* :

l'objet, en particulier en Belgique, d'une traduction juridique de plus en plus explicite⁽⁶⁾, que ce soit sous la forme d'un pluralisme «idéologique» ou d'un pluralisme «institutionnel»⁽⁷⁾, censés élargir – mais susceptibles en réalité de renforcer⁽⁸⁾ – le pluralisme «segmenté» ou «système des piliers», caractéristique de nombreux petits pays européens, et notamment de la Belgique⁽⁹⁾. On rappellera également, dans le cadre de notre propos, que la référence au pluralisme occupe, dans nos sociétés occidentales contemporaines, une place centrale dans la problématique de la dépénalisation de certains comportements impliquant notamment une connotation morale importante. Cette référence apparaît aussi bien dans la littérature criminologique⁽¹⁰⁾ que dans les travaux parlementaires⁽¹¹⁾. Elle paraît généralement admise aussi bien

DAHL, R. A., *Le pluralisme revisité*, in *La démocratie pluraliste*, Paris, 1981, pp. 65-80 ; KELSO, W. A., *American Democratic Theory. Pluralism and its Critics*, Westfort-Londres, 1978. En ce qui concerne la Belgique, cf. LORWIN, R., «Segmented pluralism. Ideological cleavages and political cohesion in the smaller european democracies», in *Comparative Politics*, 1971, pp. 141-175 ; «Van België naar Vlaanderen. Integratie en segregatie in een plurale samenleving», *Tijdschrift voor sociologie*, n° 3-4, 1981 ; REMY, J., VOYE, L. et SERVAIS, E., *Produire ou reproduire ?*, t. I, Bruxelles, 1978, p. 107 et suiv.

⁽⁶⁾ Cf. à cet égard DUMONT, H., *Aide à la presse, liberté d'expression et principe du pluralisme*, intervention présentée au colloque «150 ans d'interprétation constitutionnelle» organisé à Louvain-la-Neuve le 26 septembre 1980 (ronéo), p. 5 ; DEMEYER, J., «Levensbeschouwelijk en politiek pluralisme in openbare diensten», in *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch*, t. III, Bruxelles, 1972, pp. 79-94.

⁽⁷⁾ Sur la portée de cette distinction, cf. notamment DUMONT, H., *op. cit.*, p. 1 et 2, qui définit, à la suite du Professeur DeMeyer, le pluralisme «institutionnel» comme étant celui qui «est censé assurer le respect de la diversité des courants de pensée par une diversité plus ou moins correspondante d'institutions» et le pluralisme «idéologique» comme étant celui qui est censé assurer le respect de cette diversité à l'intérieur d'une seule institution.

⁽⁸⁾ Cf. DUMONT, H., *op. cit.*, p. 6.

⁽⁹⁾ Cf. LORWIN, V. R., *op. cit.*, p. 143 et 144.

⁽¹⁰⁾ Cf. notamment PACKER, H. L., *The Limits of the Criminal Sanction*, *op. cit.*, p. 265 ; SCHUR, E. M. et BEDAU, H. A., *Victimless Crimes, Two Sides of a Controversy*, Englewood Cliffs, 1974, p. 38 ; CAMPBELL, J. S., SAHID, J. R. et STANG, D. P., *Law and Order Reconsidered. Report of the task force on law enforcement to the National Commission on the Causes and Prevention of Violence*, New York-Washington-Londres, 1970, p. 617.

⁽¹¹⁾ On citera en particulier, en matière d'homosexualité, la proposition de loi abrogeant les art. 372bis et 377, §3 du code pénal, déposée le 24 novembre 1977 par M. Glinne (*Doc. parl.*, Chambre, 1977-1978, n° 177/1). Les développements invoquent notamment l'argument selon lequel «au xx^e siècle ..., dans les sociétés

par les partisans d'une telle dépénalisation que par ses adversaires, même lorsque ceux-ci n'admettent pas la pertinence d'un tel argument ⁽¹²⁾.

pluralistes, on reconnaît de moins en moins à l'État le droit de s'immiscer dans la vie intime des individus et, particulièrement, dans leur comportement sexuel» (*ibid.*, p. 3). On citera également la proposition de loi modifiant le chapitre VII du titre VII du code pénal intitulé «*Des outrages publics aux mœurs*», déposée successivement par M. Pierson et consorts (*Doc. parl.*, Sénat, 1976-1977, n° 1025) et M. Lallemand et consorts (*Doc. parl.*, Sénat, S.E. 1979, n° 134), qu'appuie l'argument que «dans une société *pluraliste*, une partie de la population ne doit pas vouloir imposer à l'autre ses opinions par des mesures de coercition» (*ibidem*, p. 1). On citera enfin, en matière d'avortement, une proposition de loi sur l'interruption de grossesse, comme celle déposée par Mme N. Dinant le 21 février 1973 (*Doc. parl.*, Chambre, 1972-1973, n° 483) qui invoque, à son appui, le fait qu'«il est intolérable qu'aujourd'hui, dans une société dont le *pluralisme* éclate avec sans cesse plus de clarté, une partie de la population soit contrainte de vivre selon les interdits des éléments les plus conservateurs d'une autre fraction de celle-ci, qui prétend imposer à tous ses règles personnelles de morale» (*ibid.*, p. 1 et 2). Dans le même esprit, la proposition de loi sur l'interruption de la grossesse, déposée le 18 janvier 1978 par Mme L. Detiège (*Doc. parl.*, Chambre, 1977-1978, n° 240) s'appuie sur l'idée que «le principe même de la répression ne trouve plus son fondement inéluctable dans la conscience publique. En effet, une partie importante de la population ne considère pas l'interruption de grossesse comme un acte socialement ou moralement répréhensible» (*ibid.*, p. 3). Le même argument est invoqué à l'appui de la proposition déposée par M. Pierson et consorts le 7 juillet 1977 (*Doc. parl.*, Sénat, S.E. 1977, n° 123) : «Notre législation pénale en matière d'avortement est inspirée par le droit canonique ... Cette législation cependant est celle d'une société *pluraliste* et démocratique où chacun a le droit d'avoir ses convictions ... Ce que l'opinion socialiste et agnostique dénonce, c'est qu'une législation civile soit fondée sur une éthique directement inspirée de la morale catholique» (*ibid.*, p. 2 et 3). Il apparaît également dans la proposition déposée le 11 octobre 1977 par MM. Payfa et Bertrand (*Doc. parl.*, Sénat, 1977-1978, n° 159) : «Examinant l'éthique de l'avortement dans une optique *pluraliste*, il nous a paru qu'il n'appartient pas au législateur de légiférer en établissant une hiérarchie de valeurs considérées par lui comme essentielles».

⁽¹²⁾ Une illustration de cette situation nous paraît fournie par le *Rapport de minorité* de douze membres de la Commission nationale pour les problèmes éthiques, relatif à la réforme de la législation en matière d'avortement (*Doc. parl.*, 1976-1977, n° 954), lorsque, sans nier la *réalité* du pluralisme invoqué en cette matière par les partisans de la dépénalisation, il se contente de combattre la *pertinence* de cet argument, en affirmant que «l'argument du pluralisme utilisé lorsqu'il s'agit de *faire une loi* qui, par définition, doit être la même pour tous et protéger la vie de chacun, pose un *problème insoluble*, car il postule que l'on réduise le contenu de la loi au minimum sur lequel tout le monde peut se mettre d'accord, au risque de supprimer la défense de valeurs essentielles». (*ibid.*, p. 253). En réalité, le Rapport va même plus loin et utilise l'argument du pluralisme en quelque sorte à rebours, lorsqu'il affirme qu'«à l'heure actuelle, il est loin d'être démontré que la population belge est *unanime* à rejeter le

Enfin, les études empiriques les plus récentes fournies par la sociologie pénale paraissent conforter l'idée que nos sociétés ne se fondent ni sur une représentation homogène de l'importance respective des différentes incriminations pénales, ni sur une représentation totalement hétérogène de celle-ci. Elles révèlent à la fois de larges «zones» de dissensus et certaines «zones» de consensus⁽¹³⁾.

Ces diverses raisons nous amènent à retenir la notion de pluralisme pour caractériser la structure actuelle de notre société, tout en étant parfaitement conscient de ce que le pluralisme est devenu une «puissante idéologie»⁽¹⁴⁾ et que, comme toute idéologie, «elle est plus qu'un reflet, dans la mesure où elle est aussi justification et projet»⁽¹⁵⁾. Comme toute idéologie, également, elle n'est pas sans occulter certaines distorsions et en particulier certains effets de domination, d'exclusion et de conservatisme dont il convient d'être conscient⁽¹⁶⁾.

Ceci dit, notre objectif n'étant pas ici d'effectuer une théorie du pluralisme, nous nous contenterons d'en dégager certains traits principaux, susceptibles d'éclairer l'évolution actuelle du droit pénal.

principe de la protection légale de la vie individuelle avant la naissance et à souhaiter une loi permissive. Elle est traversée, au contraire, par des *courants contraires profonds*». Prudent, le Rapport ajoute cependant encore : «De plus, la conscience collective a cessé d'être un indice fiable depuis qu'elle est livrée à la toute-puissance des media» (*ibid.*, p. 282).

⁽¹³⁾ Cf. pour la France, FAUGERON, Cl. et ROBERT, Ph., *Les forces cachées de la justice, La crise de la justice pénale*, Paris, Le Centurion, 1980, p. 179 et suiv.

⁽¹⁴⁾ LOWI, Th. S., «La fin du libéralisme», in *La démocratie pluraliste*, Paris, 1981, p. 207.

⁽¹⁵⁾ RICŒUR, P., «Science et idéologie», in *Revue philosophique de Louvain*, t. 72, 1974, p. 332.

⁽¹⁶⁾ *Ibid.*, p. 334 et 337. Ces distorsions ont fait l'objet de nombreuses analyses. On évoquera notamment, pour les États-Unis, WOLFF, R. P., «A critique of pluralism : 'Beyond tolerance'», in LIVINGSTONE, J. et THOMPSON, R. G., *The Dissent of the Governed. Readings on the Democratic Process*, New York, 1972, pp. 84-89, qui cite trois distorsions principales engendrées par le pluralisme : le fait qu'il favorise toujours les groupes existants, aux dépens des groupes en formation (effet conservateur), le fait qu'il perpétue l'inégalité en l'ignorant (effet de domination), le fait, enfin, que certains intérêts collectifs ne sont pas représentés par la somme des intérêts des groupes particuliers (effet d'exclusion). Pour la Belgique, on citera des critiques analogues formulées notamment par DUMONT, H., dans un excellent rapport inédit présenté au Centre interuniversitaire de droit public le 14 janvier 1981, intitulé *Quelques aspects du principe de pluralisme dans le droit public belge (À propos du pacte culturel et de l'aide à la presse)*. Cf. également DAUBIE, Ch., «Le pacte culturel de sa genèse à son application», in *Res publica*, t. XVII, 1975, p. 183 et 187.

Le modèle pluraliste auquel nous nous référons ici s'efforce de surmonter la simplification excessive que paraissent impliquer les modèles «consensualiste» et «conflictualiste», lorsqu'il s'agit de rendre compte du fonctionnement actuel de notre société. Loin de nier l'existence de zones de conflits ou de consensus, ce modèle s'efforce de rendre compte de la *diversité* de ces situations dans une société caractérisée *à la fois* par l'ordre *et* le désordre, le consensus *et* le dissensus⁽¹⁷⁾. Cette situation n'implique donc évidemment pas une diversité généralisée d'opinions et d'attitudes⁽¹⁸⁾. Elle suppose notamment un fonctionnement à deux niveaux⁽¹⁹⁾ : elle implique un accord sur certaines valeurs centrales⁽²⁰⁾ et certaines «règles du jeu»⁽²¹⁾, des compromis sur certaines normes, et une pluralité d'attitudes au niveau des autres normes, des valeurs plus accessoires et des systèmes de légitimation ; elle peut également impliquer à la fois une relative conformité «publique» et un pluralisme «privé»⁽²²⁾. Sans exclure la

(17) C'est en ce sens que ce modèle se trouve notamment utilisé par DOUGLAS, J. D., *American Social Order. Social Rules in a Pluralistic Society*, New York-Londres, 1971, p. 246-247.

(18) Cf. RICŒUR, P., *Science et idéologie*, *op. cit.*, p. 334 : «Peut-être aucune société radicalement pluraliste, radicalement permissive, n'est-elle possible. Il y a quelque part de l'intolérable».

(19) Nous empruntons cette expression à REMY, J., VOYE, L. et SERVAIS, E., *Produire ou reproduire ?*, *op. cit.*, p. 108.

(20) *Ibidem* ; DOUGLAS, J. D., *op. cit.*, p. 289.

(21) Cf. SEURIN, J. L., «Pour une analyse conflictuelle du rapport majorité opposition en démocratie pluraliste», in *La démocratie pluraliste*, Paris, 1981, p. 122 : «La caractéristique des démocraties pluralistes existantes, c'est le respect d'une certaine règle du jeu. Ceci implique toujours un entier accord des adversaires sur le fonctionnement des institutions» ; cf. également VACHET, A., «La démocratie bloquée : les ambiguïtés du pluralisme politique», in *Le pluralisme*, Montréal, 1974, p. 193 : «À l'intérieur du consensus à un système de valeurs et de croyances, les conflits entre les groupes sont formalisés par la soumission aux règles du jeu qui permettent aux désaccords spontanés de s'amenuiser dans des solutions de compromis qui ne doivent jamais être trop offensifs pour aucun des participants». Une bonne illustration de cette soumission nécessaire aux «règles du jeu» nous est fournie par l'article 21 de la loi du 16 juillet 1973 garantissant la protection des tendances idéologiques et philosophiques. La loi n'accorde en effet sa protection que pour autant que les utilisateurs et les tendances idéologiques et philosophiques acceptent les principes et règles de la démocratie et s'y conforment. À cet égard, cf. DAUBIE, Ch., *Le pacte culturel ...*, *op. cit.*, p. 181.

(22) Cf. DAVIS, Ch., «The philosophical foundations of pluralism», in *Le pluralisme*, Montréal, 1974, p. 243.

possibilité de conflits violents ou l'intervention autoritaire occasionnelle de l'État, ce modèle réserve cependant une place prépondérante aux procédures de négociation entre différents groupes sociaux et aux solutions de compromis⁽²³⁾. Il suppose également que les contradictions sociales ne se manifestent pas exclusivement en fonction d'intérêts strictement socio-économiques et selon une appartenance de classes⁽²⁴⁾, mais également, pour une large part, en fonction de critères culturels et éthiques et selon une appartenance linguistique, éthique, religieuse, régionale ou «statutaire» particulière⁽²⁴⁾. Ce modèle suppose enfin, à la différence d'un modèle conflictualiste qui suppose l'existence d'une véritable «polarisation» des groupes en conflit en deux blocs, découlant d'une «superposition» des appartenances et des identifications des individus aux différents groupes et rendant les compromis difficiles, qu'on assiste le plus souvent à des «chevauchements» (*overlappings*) partiels à ce niveau, susceptibles de réduire l'extension des conflits et de favoriser les compromis⁽²⁵⁾.

Il semble que l'évolution de la Belgique, où les lignes de clivage éthico-religieux, socio-économique, linguistico-culturel et régional ont successivement contribué à structurer la vie sociale et politique et continuent à se recouper actuellement, sans se recouvrir l'une l'autre⁽²⁶⁾, trouve, dans un tel modèle, une représentation adéquate.

⁽²³⁾ Cf. notamment KELSO, W. A., *op. cit.*, p. 13 ; SEURIN, J. L., *op. cit.*, p. 117 ; REMY, J., VOYE, L. et SERVAIS, E., *op. cit.*, p. 108 ; LOWI, Th. J., *The End of Liberalism. The Second Republic of the United States*, 2^e éd., New York-Londres, 1979, p. 35 ; GUSFIELD, J. R., *Symbolic Crusade*, *op. cit.*, p. 178.

⁽²⁴⁾ Cf. notamment DAHL, R. A., «Le pluralisme revisité», in *La démocratie pluraliste*, Paris, Economica, 1981, p. 67 et 68 ; GUSFIELD, J. R., «On legislating morals : the symbolic process of designating deviance», in *California Law Review*, n° 56, 1968, p. 61 ; DAHRENDORF, R., *Class and Class Conflict in Industrial Society*, Stanford, 1959, p. 202.

⁽²⁵⁾ Cf. notamment DOUGLAS, J. D., *op. cit.*, p. 301 ; EDELMAN, M., *The Symbolic Uses of Politics*, Urbana, 1964, p. 175 ; GUSFIELD, J. R., *Symbolic Crusade*, *op. cit.*, pp. 98-99. Cf. également REMY, J., VOYE, L. et SERVAIS, E., *op. cit.*, p. 107, qui parlent, dans le même sens, de «solidarités partielles».

⁽²⁶⁾ Cf. LORWIN, V. R., *op. cit.*, p. 146, qui parle, à propos de la Belgique notamment, d'un phénomène d'«overlapping between religious and social alignments during the era of universal equal manhood suffrage after world War I» et relève (p. 171) que le pluralisme «segmenté» qui en est résulté a subi, à son tour, les secousses de la question linguistique. Cf. également VOYE, L. et REMY, J., *Perdurance de clivages traditionnels et différence d'enjeux prioritaires*. Rapport présenté à la C.I.S.R.-Venise.

Par rapport aux présupposés qui dominant très largement la pensée juridique, en matière pénale, il ne semble pas faire de doute que la référence à un modèle «pluraliste» de société est susceptible de susciter des interrogations fondamentales. La doctrine pénale paraît en effet s'appuyer, de façon générale, sur un modèle «consensualiste» supposant, sinon un accord unanime, tout au moins un large consensus social sur les valeurs que le droit pénal est censé traduire en normes. L'expression théorique la plus achevée de ce modèle a sans doute été fournie par Durkheim, lorsqu'il a conçu la norme pénale comme étant celle qui définit les actes qui offensent «les états forts et définis de la conscience collective»⁽²⁷⁾. Si la pensée de Durkheim paraît ainsi fournir une certaine caution scientifique aux présupposés «consensualistes» de nombreux pénalistes, il convient cependant de ne pas oublier que cette thèse contient les germes de sa propre destruction. Durkheim affirme, en effet, clairement que, selon lui, «il ne faut pas dire qu'un acte froisse la conscience commune parce qu'il est criminel, mais qu'il est criminel parce qu'il froisse la conscience commune»⁽²⁸⁾. Or, cette conscience collective, selon Durkheim, n'est pas seulement susceptible d'évoluer dans son contenu⁽²⁹⁾ ; elle est appelée, dans le mouvement historique auquel il assiste, à perdre progressivement l'*intensité* initiale qu'elle possédait dans les sociétés archaïques⁽³⁰⁾ : «l'intensité moyenne et le degré moyen de détermination des états collectifs vont toujours en diminuant»⁽³¹⁾. Attribuant notamment ce phénomène à la division de plus en plus poussée du travail dans nos sociétés industrialisées, on sait que Durkheim estimait, dès lors, inévitable que le droit pénal cède progressivement la place à un droit «coopératif»⁽³²⁾ (civil et admi-

le 30 août 1979, p. 3, qui relèvent à la fois la perdurance des solidarités formées au sein des trois «piliers» et le fait que ces solidarités sont entrecroisées par les oppositions droite-gauche.

⁽²⁷⁾ DURKHEIM, E., *op. cit.*, p. 47.

⁽²⁸⁾ *Ibid.*, p. 48.

⁽²⁹⁾ Tout en posant le principe général de la relative «fixité du droit pénal» (*ibid.*, p. 44), Durkheim reconnaît très explicitement qu'une règle pénale «n'a de raison d'être que si ce dernier (le «sentiment collectif») est *encore* vivant et énergique». «S'il a disparu, dit-il, rien n'est vain et même rien n'est mauvais comme d'essayer de la maintenir artificiellement et de force» (*ibid.*, p. 76, note 1).

⁽³⁰⁾ *Ibid.*, p. 125.

⁽³¹⁾ *Ibid.*, p. 141.

⁽³²⁾ *Ibid.*, p. 102 et 120.

nistratif, principalement) susceptible d'exprimer une solidarité sociale de type organique, et non plus mécanique⁽³³⁾.

Même si l'hypothèse d'un rétrécissement progressif du droit pénal peut paraître singulièrement contredite d'un point de vue *empirique*, elle n'en demeure pas moins intéressante d'un point de vue *normatif* et elle peut, à la lumière de son fondement, conserver une certaine valeur explicative en ce qui concerne la crise qui secoue, depuis une vingtaine d'années, au moins certains secteurs du droit pénal.

Ce fondement, en ce qu'il réside dans l'affaiblissement de la conscience collective, et «laisse la place libre à une multitude croissante de dissidences»⁽³⁴⁾, rejoint en effet une des hypothèses centrales du modèle pluraliste. La seule différence est que Durkheim vise exclusivement par là des dissidences *individuelles*⁽³⁴⁾, alors que le modèle pluraliste souligne également l'existence de divergences *collectives*, entre divers groupes d'intérêts. La menace que le rétrécissement de la conscience collective fait peser sur le droit pénal est cependant la même : dans la mesure où c'est son fondement même qui vacille, sa disparition devrait logiquement s'ensuivre.

On comprend, dès lors, que la dépénalisation d'une infraction soit souvent justifiée, comme nous l'avons vu, par l'invocation du caractère pluraliste de notre société actuelle et que cet argument soit jugé de moins en moins pertinent par ceux qui entendent préserver l'intégrité du système pénal.

CHAPITRE III

STRATÉGIES DE DISSOCIATION ET DE RÉCONCILIATION DES DIMENSIONS SYMBOLIQUE ET INSTRUMENTALE DU DROIT PÉNAL DANS UNE SOCIÉTÉ PLURALISTE

En fonction de ce que nous venons de rappeler, on peut comprendre comment, à la différence d'une société monolithique dans laquelle les effets instrumentaux et symboliques des normes pénales convergent la plupart du temps, une société pluraliste se trouve souvent confrontée à des effets antinomiques qui l'amènent à développer, selon des processus sans doute largement inconscients, différentes stratégies de «dissocia-

⁽³³⁾ *Ibid.*, p. 149.

⁽³⁴⁾ *Ibid.*, p. 147.

tion» ou de «réconciliation». C'est à l'examen de certaines de ces stratégies que nous voudrions consacrer les lignes qui suivent.

Pour la présentation, nous nous proposons d'adopter conventionnellement le schéma évoqué plus haut, emprunté à la structure de l'action dramatique, en admettant par là que ces stratégies peuvent se centrer – alternativement ou cumulativement – sur la scène, l'agent, l'acte, les moyens ou les buts.

1. *Stratégies relatives au choix de la «scène»*

A. Quelles que soient les normes adoptées en vue de faire face à un problème, celles-ci se fondent nécessairement, de manière explicite ou implicite, sur un système de légitimation. Ce système nous paraît constituer le premier élément essentiel de la «scène» sur laquelle «se joue» la solution du problème envisagé. A la différence des normes, qui sont censées relever d'un registre «pratique»⁽¹⁾ et instrumental, il est certain qu'un système de légitimation relève essentiellement d'un registre «symbolique»⁽¹⁾. A cet égard, on peut se rallier à l'hypothèse que dans une société pluraliste «des zones d'opposition très fortes sont tolérées et même promues au plan des légitimations»⁽²⁾ et que des «personnes en accord sur un certain nombre de normes sociales peuvent se référer à des systèmes de légitimation différents»⁽³⁾, sans qu'il soit «nécessaire d'arriver à un accord à court terme»⁽⁴⁾. Sur base d'une telle hypothèse, on peut comprendre à la fois que le législateur contemporain – de même que le juge d'ailleurs – ne se contente pas seulement de recourir autant que possible à des formes de légitimation – scientifique en particulier – susceptibles de bénéficier de l'adhésion collective la plus large, mais encore de recourir simultanément à des systèmes de légitimation *différents* qui puissent élargir cette adhésion, au travers de leurs différences mêmes. Cette stratégie était déjà clairement formulée par Portalis lorsqu'il proclamait qu'«au lieu de changer les lois, il est presque toujours plus utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer»⁽⁵⁾. Elle trouve de nom-

(1) REMY, J., VOYE L. et SERVAIS E., *Produire ou reproduire ?*, op. cit., p. 77.

(2) *Ibid.*, p. 107.

(3) *Ibid.*, p. 107.

(4) *Ibid.*, p. 108.

(5) PORTALIS, «Discours préliminaire du projet de code civil», in LOCRE G., *La*

breuses illustrations en droit pénal, où elle aboutit le plus souvent à un phénomène de surimpression et de superposition ⁽⁶⁾ des principes de légitimation. La multiplication et l'accumulation des codes sémantiques, à l'aide desquels certains comportements délictueux se trouvent désignés et qualifiés ⁽⁷⁾, relèvent fondamentalement du même phénomène.

Si telle est, en termes positifs, la stratégie que paraît susciter une société pluraliste au niveau des systèmes de légitimation, il semble évident, a contrario, qu'une telle stratégie implique que l'on parvienne à dissocier la norme envisagée par rapport à un système de légitimation unique, religieux par exemple, surtout lorsque ce système de légitimation, autrefois dominant, a perdu une part considérable de son pouvoir d'adhésion.

C'est dans cette ligne d'idées qu'il faut comprendre les efforts tentés par les partisans du maintien d'une norme pénale contestée, pour lui assigner de nouveaux systèmes de légitimation, tout en n'excluant pas pour autant l'ancien. On citera ainsi, par exemple, en matière d'avortement, le recours à une éthique humanitaire de protection des droits de l'homme, susceptible de ménager l'adhésion aussi bien des non croyants que de ceux qui «croient que la dignité humaine dérive de la création de l'homme par Dieu», à l'idée d'une protection pénale de la vie humaine avant la naissance ⁽⁸⁾. De même, le recours à un «consen-

législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des codes français, t. I, Paris, 1827, p. 255.

⁽⁶⁾ Nous avons essayé de l'illustrer notamment en ce qui concerne la justification de la peine de mort et la répression du vagabondage, in VAN DE KERCHOVE M., «Le problème des fondements éthique de la norme juridique et la crise du principe de légalité», in *La loi dans l'éthique chrétienne*, Bruxelles, 1981, p. 56 et suiv.

⁽⁷⁾ Nous avons essayé de mettre ce phénomène en lumière, en ce qui concerne l'incrimination de l'outrage aux mœurs in OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M., *Bonnes mœurs, discours pénal et rationalité juridique. Essai d'analyse critique*, Bruxelles, 1981, pp. 38-39.

⁽⁸⁾ Cette position a été réaffirmée, il y a quelques années, aux États-Unis par la Conférence nationale des évêques catholiques, dans le cadre des débats et des auditions suscités par le dépôt de nombreuses propositions d'amendements constitutionnels tendant à reconnaître l'embryon comme une personne humaine et à en assurer la protection. Cf. «Statement of United States Catholic Conference», in *Proposed Constitutional Rights of the Committee on the Judiciary. House of Representatives*, 94th congress, 2nd session, serial n° 46, part. 1, 1976, Washington, 1978, p. 298. Elle fut également adoptée plus récemment, dans le cadre d'auditions suscitées par le dépôt de

sus scientifique considérable» est invoqué pour répondre à l'objection selon laquelle la détermination du commencement de la vie humaine serait associée à quelque conviction religieuse⁽⁹⁾.

Pour qu'une telle stratégie puisse réussir, il est évidemment nécessaire que le système de légitimation invoqué conforte de manière suffisamment univoque la norme contestée. Telle est, sans aucun doute, la faiblesse comparative de l'idéologie des droits de l'homme par rapport aux systèmes religieux, dans la mesure où les droits fondamentaux de la personne sont précisément invoqués la plupart du temps à l'appui de la norme inverse, reconnaissant, éventuellement à certaines conditions, le «droit» à l'avortement.

D'autre part, il semble qu'une telle stratégie soit davantage susceptible d'assurer la conservation, au moins provisoire, d'une norme existante que de susciter l'innovation et l'adoption de normes nouvelles⁽¹⁰⁾. Dans une société pluraliste, elle semble donc davantage comporter un aspect «défensif» qu'«offensif», un aspect «conservateur» plutôt qu'«innovateur».

B. Le choix de la «scène» implique également le choix de la *nature* des normes aptes à résoudre le problème envisagé. A ce niveau également, différentes stratégies peuvent être évoquées en fonction des effets à la fois instrumentaux et symboliques liés à un tel choix.

Dans une société pluraliste, le choix de la norme juridique, et celui de la norme pénale en particulier, pour faire face à certaines situations problématiques, peut, selon le degré de consensus dont jouissent les

nouvelles propositions par l'Archevêque J. R. Roach et le Cardinal T. Cooke. Cf. «Prepared statement of Archbishop John R. Roach and Cardinal Terence Cooke», in *Constitutional Amendments Relating to Abortion*, Hearings before the subcommittee on the constitution of the committee on the judiciary, United States Senate, 97th congress, 1st session, on S. J. Res. 17, S. J. Res. 18, S. J. Res. 19 and S. J. Res. 110, 1981, vol. 1, Washington, 1983, p. 436 : «Having stated our conviction that the protection of the unborn child is a demand which our common humanity makes upon us, we also wish to emphasize that this conviction is in complete harmony with our commitment as American citizens to the defense of fundamental human rights ...» (p. 454) «the abortion issue reaches beyond the bounds of any particular religion's moral teaching».

⁽⁹⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰⁾ REMY, J., VOYE, L. et SERVAIS, E., *op. cit.*, p. 77 : «L'innovation posera des problèmes d'autant plus délicats au plan de l'identité qu'elle portera sur le couple valeurs-légitimation».

valeurs protégées, apparaît, d'un point de vue symbolique, comme la consécration la plus solennelle de ce consensus même, ou au contraire, comme le signe le plus tangible d'une «politisation de la déviance»⁽¹¹⁾ et de la domination politique d'un groupe culturel ou d'une classe sociale par rapport aux autres⁽¹²⁾.

Dans le deuxième cas, qui est le seul que nous examinerons ici, l'antagonisme qui en découle entre les effets instrumentaux et symboliques de la norme a pu être partiellement et temporairement résolu par le recours à d'autres systèmes de contrôle social que le droit pénal. C'est dans cette perspective que s'inscrivent certaines formes de dépenalisation qui consistent, non pas dans la légalisation du comportement dépenalisé, c'est-à-dire dans la reconnaissance d'un droit à l'accomplissement de celui-ci, mais dans le remplacement total ou partiel des peines par des mesures contraignantes d'une autre nature. Cette stratégie, comme nous avons essayé de le montrer ailleurs⁽¹³⁾, a emprunté deux voies principales qui, tout en obéissant à une logique réelle totalement asymétrique, impliquent l'une et l'autre une certaine «instrumentalisation» des problèmes abordés, et ont pu être justifiées au nom d'un même souci à la fois d'efficacité et d'humanité. La première voie consiste dans la «médicalisation» de certaines formes de comportement (vagabondage, certaines infractions en matière sexuelle, usage de drogue, alcoolisme) ou de certaines catégories de délinquants (mineurs, anormaux). L'efficacité symbolique du recours à un modèle médical plutôt que pénal, semble être d'avoir «déplacé l'impact directement *politique* du problème pour lequel elle (la psychiatrie) proposait une solution en en faisant une question purement technique»⁽¹⁴⁾. Sur un registre symbolique, la médicalisation de certaines formes de déviance apparaît donc d'abord comme une stratégie de «dépolitisation» de

(11) SCHUR, E. M. et BEDAU, H. A., *Victimless Crimes. Two Sides of a Controversy*, Prentice Hall, 1974, p. 38.

(12) GUSFIELD, J. R., *On Legislating Morals : the Symbolic Process of Designating Deviance*, *op. cit.*, p. 57 : «In a pluralistic society, these defining and designating acts can become political issues because they support or reject one or another of the competing and conflicting cultural groups in the society».

(13) Cf. VAN DE KERCHOVE, M., «'Médicalisation' et 'fiscalisation' du droit pénal : deux versions asymétriques de la dépenalisation», in *Déviance et société*, vol. 5, n° 1, 1981, p. 1 et suiv.

(14) CASTEL, R., *L'ordre psychiatrique. L'âge d'or de l'aliénisme*, Paris, Éd. de Minuit, 1976, p. 20.

celles-ci : en même temps qu'elle fait disparaître de l'horizon du débat les valeurs et les intérêts qui sont directement liés à l'application d'une intervention coercitive, elle tend à supprimer toute perception des conflits et des formes de domination sociale qui lui sont sous-jacents.

S'appuyant sur un savoir qui s'exerce au nom de l'intérêt du sujet lui-même, le traitement apparaît comme un symbole d'«humanité». Revêtu d'une scientificité, au moins apparente, le traitement paraît être en même temps un gage d'efficacité accrue.

Cette tentative de réconciliation des effets instrumentaux et symboliques de la norme juridique se manifeste également dans cette forme de dépenalisation différente que constitue la «fiscalisation» d'autres types d'infractions, essentiellement en matière sociale et économique. Comme c'était le cas pour les différents comportements déviants cités plus haut, il ne fait pas de doute que l'on se trouve ici en présence d'incriminations qui ne font pas l'objet d'une condamnation unanime⁽¹⁵⁾. A la différence des précédentes, cependant, elles symbolisent cette fois certaines conquêtes sociales ou, à tout le moins, certaines concessions faites par les groupes d'intérêts économiques dominants. Ici encore, dès lors, la dimension politique de l'incrimination est visible et ses effets symboliques généralement mal acceptés par ses destinataires. Le dissensus qui en résulte est d'ailleurs souvent cité comme l'une des causes de l'inefficacité des normes pénales en cette matière⁽¹⁶⁾. La substitution, au moins facultative, de sanctions purement pécuniaires, administratives et non pénales, a constitué, dès lors, une autre forme de stratégie, destinée à supprimer les effets symboliques «dégradants» de la sanction pénale, tout en cherchant à accroître l'efficacité instrumentale de la norme juridique.

Si ces deux stratégies présentent certaines similitudes du point de vue qui nous occupe ici, en ce qu'elles s'efforcent de réconcilier les effets instrumentaux et symboliques de la norme juridique par la dépenalisation de certains comportements, il est certain cependant que le parallélisme s'arrête là.

⁽¹⁵⁾ Cf. ALLEN, F. A., *The Borderland of Criminal Justice. Essays in Law and Criminology*, Chicago-Londres, 1974, p. 130 : «Typically this legislation seeks to punish behavior which is not by any means condemned unanimously by the community».

⁽¹⁶⁾ *Ibidem* : «For this and other reasons enforcement of this legislation is often extraordinarily difficult».

La dernière décennie a, en effet, progressivement manifesté l'asymétrie qui pouvait exister entre ces deux stratégies. La médicalisation de certains comportements implique un processus d'individualisation renforcée, en même temps que l'extension fréquente de mesures restrictives de liberté. Mis à part les effets afflictifs concrets qui peuvent en résulter, il est clair, sur un plan symbolique, qu'un tel processus ne fait qu'accroître le caractère stigmatisant de la réaction sociale ainsi que ses effets de dégradation et d'exclusion. Inversement, il ne fait pas de doute que la «fiscalisation» de certains comportements implique un processus de «dés-individualisation», en même temps que la suppression de toute mesure privative de liberté. Il en résulte non seulement que les effets afflictifs concrets sont incomparablement moindres, mais encore qu'elles ne comportent, sur un plan symbolique, aucun effet stigmatisant et préservent l'inclusion sociale du contrevenant.

La démystification progressive des effets symboliques attachés à ce double processus de dépénalisation ne pouvait qu'être perçue par certains comme un nouveau symbole d'une division sociale qu'on s'était précisément efforcé d'occulter. D'autre part, ceux qui s'étaient laissé mystifier par cette stratégie ont pu, à leur tour, y voir un symbole à la fois d'injustice rétributive⁽¹⁷⁾ et d'affaiblissement des valeurs communes⁽¹⁸⁾. A ces deux premières formes d'échec, sur le plan symbolique, s'ajoute encore une double désillusion quant aux effets instrumentaux recherchés.

⁽¹⁷⁾ Cf. notamment : Commission chargée d'étudier la révision de la loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude, *Rapport sur la révision des dispositions relatives aux déments et aux anormaux*, in *R.D.P.C.*, 1940, p. 219 : «Comme, de cette déclaration d'incapacité découle la consigne que le délinquant, sans être puni, sera soumis à un 'régime curatif scientifiquement organisé', et que l'opinion publique, *trompée* encore une fois par les mots, *croit* ce régime purement médical, des murmures s'élèvent contre une décision de justice qui paraît entachée d'*arbitraire*». Cf. également, pour les États-Unis, STONE, A., «The insanity defense on trial», in *Harvard Law School Bulletin*, vol. 33, n° 1, 1982, p. 18 : «Such institutions where even more awful than prisons. Unfortunately, the public was not aware of this reality. They believed that a successful plea of insanity meant that the defendant had escaped punishment».

⁽¹⁸⁾ STONE, A., *op. cit.*, p. 18 : «There is the argument that the insanity defense undermines the common man's faith in the criminal justice system and his own sense of moral delegation and responsibility to control his conduct».

La médicalisation de nombreuses mesures, qui n'ont d'ailleurs parfois de médicales que le nom⁽¹⁹⁾, ne paraît pas avoir démontré une efficacité accrue par rapport aux peines proprement dites du point de vue de la prévention spéciale⁽²⁰⁾ et, à en croire certains, serait susceptible de réduire leur efficacité du point de vue de la prévention générale⁽²¹⁾. D'autre part, on peut se demander si la fiscalisation des autres mesures a pu manifester l'efficacité accrue qu'on prétendait pouvoir lui associer : même si les amendes administratives se multiplient, cette multiplication ne paraît pas constituer un signe probant de leur fonction de dissuasion et semble conserver une portée plus symbolique qu'instrumentale.

Il semble, par conséquent, que cette stratégie particulière de réconciliation des effets instrumentaux et symboliques de la norme juridique ait actuellement rencontré une impasse, même si elle n'a pas encore épuisé toutes ses virtualités.

C. Le choix de la scène implique enfin la détermination du *cadre spatio-temporel* dans lequel une solution est envisagée.

On peut rapidement évoquer certaines stratégies susceptibles d'intervenir sur ce plan spécifique.

Une première solution consiste à exploiter l'indétermination d'une norme dont le langage est relativement flexible, en vue de suggérer à la fois l'existence d'une solution uniforme, susceptible de symboliser le consensus social, et, simultanément, diversifier son application, afin de ménager les variations d'opinion dans le temps et dans l'espace. Même en présence d'une norme relativement précise, il convient d'apercevoir que le pouvoir largement discrétionnaire qui appartient au ministère public au niveau de la poursuite des infractions permet d'aboutir à un résultat analogue.

C'est, dans une certaine mesure, la solution qui affecte la répression de l'outrage public aux bonnes mœurs. La réussite de ce type de

⁽¹⁹⁾ Cf. ALLEN, F. A., *The Borderland of Criminal Justice*, *op. cit.*, p. 33 : «the language of therapy is frequently employed, wittingly or unwittingly, to disguise the true state of affairs that prevails in our custodial institutions and at other points in the correctional process. Certain measures, like the several psychopath laws, have been advanced and supported as therapeutic in nature when, in fact, such a characterization seems highly dubious».

⁽²⁰⁾ Cf. KELLENS, G., *La mesure de la peine*, *op. cit.*, p. 180.

⁽²¹⁾ STONE, A., *op. cit.*, p. 18.

stratégie est cependant liée, nous semble-t-il, à plusieurs conditions. Elle suppose tout d'abord un consensus suffisant sur le principe même de la répression de certains types de comportements, condition qui paraît faire défaut, par exemple, pour la répression de la distribution de certaines publications ou la projection de certains films dans des lieux accessibles exclusivement à des adultes consentants, indépendamment du fait de savoir quelles sont les images susceptibles de porter atteinte aux bonnes mœurs. Elle suppose, pour le surplus, soit une relative homogénéité de l'opinion publique à chaque phase de son évolution, soit une distribution relativement homogène des différences d'opinion quant à leur répartition géographique. Si la première de ces conditions n'est certainement pas remplie, la seconde ne l'est que partiellement. Même si l'on ne peut pas nier l'existence d'une certaine spécificité régionale ou même cantonale⁽²²⁾ au niveau des mentalités collectives, il va cependant de soi que les découpages territoriaux ne coïncident que partiellement avec les clivages d'opinions et qu'une différenciation territoriale dans les poursuites et les condamnations est susceptible d'exacerber, de part et d'autre, un sentiment d'inégalité et d'injustice dans le cadre d'une société dont le droit pénal est censé avoir un caractère strictement unitaire et fonctionne globalement, sur base d'un tel principe, dans la plupart des domaines.

Dans un arrêt récent rendu en matière d'avortement, la Cour d'Appel de Bruxelles a d'ailleurs solennellement reconnu, en retenant l'erreur invincible dans le chef des prévenus, qu'une telle «situation inéquitable» n'était pas compatible avec le fait que «le principe constitutionnel de l'égalité de tous devant cette loi n'est ignoré de personne et que chacun y est profondément attaché»⁽²³⁾.

Cette dernière remarque évoque spontanément une deuxième stratégie possible qui consiste à diversifier les normes pénales elles-mêmes, plutôt que leur seule application, sur une base territoriale. Telle est évidemment la solution *fédéraliste*, dans laquelle les différents États peuvent se voir reconnaître une autonomie législative en matière pénale et adopter ainsi des solutions s'adaptant, au moins partiellement, à la diversité des mentalités. Il n'est pas étonnant, dès lors, que la structure

⁽²²⁾ On citera notamment la référence faite, en matière d'outrage public aux bonnes mœurs, à la mentalité spécifique de la population gaumaise et des cantons de l'Est, pour apprécier la licéité des faits incriminés. Cf. Corr. Bruxelles, 29 juin 1970, *R.D.P.C.*, 1970-1971, pp. 270-271.

⁽²³⁾ Bruxelles, 30 juin 1983, *Journal des procès*, Bruxelles, n° 24, 1983, p. 17.

fédérale des États-Unis ait été intimement associée au modèle du pluralisme (24).

Cette stratégie paraît d'ailleurs présente dans le débat qui continue à diviser actuellement l'opinion publique, la classe politique et la littérature juridique aux États-Unis, en matière d'avortement.

Comme on le sait, les arrêts rendus, en 1973, par la Cour suprême dans les affaires *Roe v. Wade* (25) et *Doec v. Bolton* (26), par lesquels elle proclamait l'inconstitutionnalité de lois étatiques (respectivement du Texas et de Géorgie) réprimant l'avortement, sont loin d'avoir constitué l'expression symbolique d'un consensus sur cette question.

Or, parmi les nombreuses objections dont ces décisions ont fait l'objet, figure notamment le grief d'avoir déplacé la solution du problème du niveau étatique au niveau fédéral (27), imposant ainsi à l'ensemble des États-Unis une solution uniforme, là où la diversité territoriale des opinions majoritaires aurait pu conduire à des solutions divergentes. On constate, dès lors, assez logiquement, que, parallèlement aux propositions d'amendements visant à interdire radicalement l'avortement en étendant la protection constitutionnelle de la vie humaine, prévue par le 5^e Amendement, à l'embryon dès sa conception, d'autres propositions, reconnaissant l'absence d'un consensus national suffisant à cet égard, prévoient, à titre de compromis, un amendement constitutionnel en vue de restituer aux différents États le pouvoir de légiférer en cette matière (28). La diversification territoriale des normes, dans des matières aussi controversées, constitue donc bien

(24) Cf. notamment WOLFF, R. P., *A Critique of Pluralism ...*, *op. cit.*, p. 80. L'auteur, il est vrai, cite davantage le système fédéraliste comme une cause du pluralisme, plutôt que l'inverse. L'interaction entre est deux nous paraît cependant certaine.

(25) 410 U.S. 113 (1973).

(26) 410 U.S. 179 (1973).

(27) Cf. notamment l'intervention du député Kindness, in *Proposed Constitutional Amendments on Abortion*, *op. cit.*, p. 4 : «This seems to be a matter which has become more of an issue since it has been arrogated from the State to the federal level by the Supreme Court decision».

(28) Il en est notamment ainsi de S. J. Res. 110, to amend the Constitution to establish legislative authorities in Congress and the States with respect to abortion, déposée par le Sénateur Hatch (*Constitutional Amendment relating to Abortion*, *op. cit.*, p. 12 et 13). Pour être tout à fait précis, il convient cependant d'apercevoir que cette proposition tend à consacrer le pouvoir «concurrent» du Congrès *et* des législateurs des États membres de légiférer en cette matière. L'amendement proposé tend donc surtout à «déconstitutionnaliser» la question de l'avortement (*ibid.*, p. 18).

l'une des stratégies auxquelles il est possible de recourir. Si un tel compromis présente certainement moins de risques que le précédent d'en-courir un grief d'inégalité de traitement, il ne résout évidemment pas les problèmes suscités par la diversité d'opinions susceptibles de coexister dans les limites territoriales d'un même État.

Bien qu'une telle solution ne soit pas praticable, *de lege lata*, en Belgique, on pourrait parfaitement imaginer l'adoption d'une telle stratégie, *de lege ferenda* ⁽²⁹⁾.

2. Stratégies relatives au choix de l'agent

Dans le cadre d'une société pluraliste, certains conflits peuvent également apparaître entre les effets instrumentaux et symboliques engendrés par le choix de l'organe appelé à exercer un rôle dominant dans le fonctionnement du système pénal. Comme on le sait, les démocraties libérales ont, à cet égard, clairement manifesté, au début du XIX^e siècle, leur confiance dans le pouvoir législatif, comme l'atteste notamment le principe de la légalité des incriminations et des peines. Dans la mesure où le droit, et le droit pénal en particulier, était censé exprimer un ordre idéal homogène, fondé sur la nature et dégagé par la raison, le choix du pouvoir législatif, en tant que corps élu au sein d'une élite sociale relativement homogène, pouvait facilement apparaître à la fois comme le plus justifié d'un point de vue instrumental et le plus adéquat d'un point de vue symbolique.

Cependant, la diversification progressive des classes et des groupes d'intérêts effectivement représentés au Parlement ont fait apparaître de

⁽²⁹⁾ On rappellera, à cet égard, que des amendements à l'art 59bis, § 2bis de la Constitution, furent déposés par certains parlementaires, en vue de «communautariser» les lois relatives aux crimes et délits commis en temps de guerre contre la sûreté de l'État (*Doc. parl.*, Chambre, S.E., 1979, n° 5, 3^o, p. 2), en vertu du fait que «les attitudes différentes adoptées par les communautés à l'égard de cette question constituent une raison objective de la faire relever de la compétence des communautés» (*Ibidem*, n° 5/4^o, p. 18). Des raisons identiques pourraient être invoquées en faveur de la communautarisation du problème de l'avortement. Cf. en ce sens JACOBS, V., *L'avortement aujourd'hui*, Bruxelles, 1983, p. 49 : «De plus en plus de voix se font entendre pour que la Communauté française se saisisse du problème de l'avortement ... Certes le droit pénal reste national mais est-il inconcevable d'envisager d'en retirer l'interruption volontaire de grossesse et d'en faire une «matière personnalisable» au même titre que les soins de santé ? ... Quoi qu'il en soit, l'idée de communautariser l'interruption volontaire de grossesse est une idée qui fait son chemin».

plus en plus clairement la loi comme l'expression d'une volonté politique et le pouvoir législatif comme le symbole de l'affrontement d'intérêts et de valeurs contradictoires. Dans cette perspective, le pouvoir législatif, à défaut de symboliser l'existence d'un consensus social spontané, comme par le passé, continue sans aucun doute à exercer une fonction symbolique essentielle. Il symbolise simultanément la représentation des différents groupes d'intérêts présents dans une société pluraliste et la possibilité de négocier des compromis entre eux. Par contre, il semble évident que cette efficacité symbolique n'a pu se maintenir qu'en sacrifiant très largement son efficacité instrumentale. Dans la mesure où le droit est appelé à répondre à des besoins de plus en plus diversifiés, l'absence de spécialisation du pouvoir législatif peut constituer un obstacle à la satisfaction techniquement la plus adéquate de ces besoins. D'autre part, la multiplication des compromis nécessaires à l'adoption des lois aboutit inévitablement soit à un ralentissement considérable de l'intervention envisagée, soit à un blocage complet de celle-ci, dans le cadre d'une négociation sans issue prévisible. Cette distorsion a favorisé, comme on le sait, l'extension des pouvoirs exécutif et judiciaire⁽³⁰⁾, le premier, en raison à la fois de sa souplesse et de sa spécialisation technique plus grandes ; le second, en raison aussi bien de sa souplesse que de l'absence de connotation politique de ses interventions⁽³¹⁾.

Nous ne citerons ici qu'un seul exemple d'une stratégie visant à débloquer l'impasse politique à laquelle le pouvoir législatif a pu être confronté, c'est le problème de l'avortement.

Aux États-Unis, comme on le sait, la Cour suprême n'a pas hésité à surmonter ouvertement la difficulté en condamnant certains États dont le législateur n'était pas parvenu à modifier ses dispositions pénales relatives à l'avortement. Le mythe du caractère non politique de la Cour suprême⁽³¹⁾, le prestige particulier dont elle jouit aux États-Unis,

⁽³⁰⁾ Ce déclin du principe de légalité a été analysé par de nombreux auteurs. Nous croyons superflu d'y consacrer ici une étude plus approfondie. Cf. notamment, à cet égard VAN DE KERCHOVE, M., «Le problème des fondements éthiques de la norme juridique et la crise du principe de légalité», in *La loi dans l'éthique chrétienne*, Bruxelles, 1981, sp. p. 72 et suiv. et références citées.

⁽³¹⁾ Cf. PRITCHETT, *The Roosevelt Court*, New York, 1845, p. 4 : «The belief that the United States Supreme Court is a non political body is the most patent myth in American political life». Cette remarque paraît pouvoir s'appliquer, dans une très large mesure, au pouvoir judiciaire en général dans un pays comme la Belgique.

de même que la réussite de plusieurs «coups de force» antérieurs, l'avaient sans doute encouragée dans cette voie. Si son intervention fut, au moins provisoirement, une réussite sur un plan instrumental, au sens où elle parvint effectivement à imposer une solution, dont les effets tangibles sont indiscutables, elle constitua cependant un échec retentissant sur le plan symbolique. Sur ce plan, en effet, son intervention a pu apparaître, aux yeux de beaucoup, comme la suprématie d'une vision élitiste sur un processus démocratique⁽³²⁾, rompant l'aura mythique dont la Cour se trouvait enveloppée et révélant celle-ci dans sa nudité comme un corps de «sept personnes» décidant, contre les traditions d'une nation entière, qu'un embryon n'est pas une personne humaine⁽³³⁾.

Ce danger, en Belgique, semble avoir été clairement perçu par le pouvoir judiciaire lui-même, lorsqu'une partie de l'opinion publique, désespérée d'aboutir à une modification de la législation en matière d'avortement par les Chambres législatives elles-mêmes, et constatant que le gouvernement n'entendait pas compromettre son propre avenir sur une question aussi délicate, rejeta, en désespoir de cause, sa confiance sur le pouvoir judiciaire, en espérant que «les tribunaux acquittent ceux qui ont commis des faits que la loi pénale ... réprime ou que les parquets s'abstiennent systématiquement de poursuivre»⁽³⁴⁾.

Si les moyens préconisés sont évidemment différents de ceux qui furent empruntés aux États-Unis – en raison des pouvoirs différents reconnus au pouvoir judiciaire dans les deux pays –, la stratégie envisagée comporte de nombreuses analogies et ses dangers sont comparables.

Le Procureur général Dumon l'a clairement exprimé lorsque, après avoir souligné les divisions régnant en cette matière et l'enjeu nécessairement politique de tout choix éventuel, il s'empressa de préciser que «le Pouvoir judiciaire n'a pas le choix, comme il ne l'a d'ailleurs jamais : il représente et sert la Nation toute entière et non certaines de ses fractions et il ne peut donc que conformer son attitude à ce que la

⁽³²⁾ Cf. notamment NOONAN, J. T., *Why a Constitutional Amendment*, *op. cit.*, p. 73.

⁽³³⁾ *Ibid.*, p. 80. Cf. également l'intervention du Sénateur Hatch, à l'appui de S. J. Res. 110, *op. cit.*, p. 17 : «the abortion decisions involved a small group of seven individuals who totally ignored the passionately held views of a large number of the American people».

⁽³⁴⁾ Cf. DUMON, F., «De l'État de droit», in *J.T.*, 1979, p. 476.

Nation prescrit dans ses lois et qu'il appartient à elle seule de modifier ou d'adapter à une évolution»⁽³⁵⁾. Une telle attitude fournit dès lors l'occasion, pour le pouvoir judiciaire, non seulement d'éviter de contredire, de manière profonde, sur une question aussi délicate, la connotation non politique qui s'attache symboliquement à ses interventions, mais encore de réactiver, au moins dans l'esprit de certains, une telle représentation.

Si l'on peut évidemment objecter à une telle attitude que toute décision judiciaire comporte en réalité une dimension éthique et politique au sens large⁽³⁶⁾, celle-ci, de toute évidence, atteint rarement l'ampleur et la publicité qu'elle possède actuellement en matière d'avortement et ne suffit généralement pas à ébranler la signification symbolique qui reste très largement attachée à ses interventions. Si cette stratégie peut se révéler efficace en d'autres matières⁽³⁷⁾, il semble, par conséquent, qu'elle soit plus délicate, au moins à long terme, dans le cas présent.

Aux stratégies qui consistent ainsi à rechercher l'intervention de pouvoirs constitutionnels différents en fonction des effets à la fois instrumentaux et symboliques qui en découlent, s'ajoute évidemment aussi le recours éventuel à des instances «techniciennes». Un tel choix est en effet susceptible, a priori, à la fois d'accroître l'efficacité instrumentale des solutions envisagées, en raison du savoir détenu par une telle instance, et de produire, au nom de ce même savoir, l'effet

⁽³⁵⁾ *Ibidem*. Ce principe a été clairement réaffirmé dans de récentes décisions judiciaires rendues en matière d'avortement. Cf. corr. Bruxelles, 10 janvier 1983, *Le journal des procès*, n° 24, 1983, p. 12 : «Attendu qu'il n'appartient pas au juge pénal de faire les lois, de les modifier, de les abroger, mais d'appliquer aux infractions qu'il déclare établies les sanctions prévues par ces lois». Cf. également Bruxelles, 30 juin 1983, *ibid.*, p. 15 où la Cour, bien qu'ayant acquitté les prévenus sur base de l'erreur invincible, s'approprie l'opinion du Procureur général Dumon qu'elle cite intégralement.

⁽³⁶⁾ Cf. notamment VAN GERVEN, W., *Het beleid van de rechter*, Anvers-Zwolle, 1973.

⁽³⁷⁾ C'est ce que relève très justement PERELMAN, Ch., «La réforme de l'enseignement du droit et 'la nouvelle rhétorique'», in *Archives de philosophie du droit*, t. 20, 1975, p. 166 : «La loi belge accorde aux procureurs généraux la faculté de ne pas poursuivre des délits et on a usé de cette faculté pour trouver une solution qui opposait, au début de ce siècle, les partisans d'une interdiction totale des jeux de hasard aux dirigeants des centres balnéaires et des villes d'eaux qui ne voulaient pas priver leur localité d'un attrait touristique certain».

symbolique de «dépolitisation» du problème abordé, qu'il n'est pas toujours possible d'atteindre, nous l'avons vu, par le seul recours au pouvoir judiciaire.

En réalité, on peut cependant constater que le transfert pur et simple de responsabilités du pouvoir judiciaire dans les mains d'un «technicien» (médecin, psychologue ou travailleur social) est exceptionnel. Ceci doit se comprendre, en fonction du fait qu'un tel transfert n'est socialement acceptable que dans la mesure où – et aussi longtemps que – le problème abordé apparaît comme étant de nature «technique» et n'impliquant pas des choix entre des intérêts et des valeurs contradictoires. Si cette représentation a pu, à certains moments, dominer le problème de l'hospitalisation des malades mentaux «ordinaires»⁽³⁸⁾, qui n'ont jamais relevé du droit pénal comme tel – même s'ils étaient souvent enfermés avec des criminels –, il paraît, par contre, plus difficile de faire accepter l'idée que des comportements, précédemment incriminés, ne suscitent plus, à un certain moment, que des problèmes purement techniques. Toute intervention contraignante en ces matières maintient généralement présents à l'esprit les problèmes de sécurité et de liberté qu'ils soulevaient dans le passé et qu'ils continuent à soulever objectivement.

C'est sans doute la raison pour laquelle les solutions intermédiaires prolifèrent davantage en cette matière que les solutions radicales. On aura ainsi recours tantôt à des juges «spécialisés», tels que les juges de la jeunesse censés être à la fois «experts» et juges, tantôt à des «experts» dont les conseils techniques seront censés accroître l'efficacité technique des interventions du juge pénal classique, ou de la juridiction spécialisée, tout en préservant son pouvoir de décision⁽³⁹⁾.

L'expérience montre cependant qu'ici encore, les compromis sont difficiles et risquent toujours d'altérer soit l'efficacité instrumentale recherchée, soit certains effets symboliques poursuivis, soit les deux simultanément. Lorsque le pôle judiciaire l'emporte, la contradiction se trouve logiquement réintroduite dans les débats, manifestant au grand

⁽³⁸⁾ Cf. notamment VAN DE KERCHOVE, M., «Le juge et le psychiatre. Évolution de leurs pouvoirs respectifs», in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, publié sous la direction de Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, Bruxelles, Publ. des Facultés Universitaires St.-Louis, 1983, p. 371 et suiv.

⁽³⁹⁾ A ce sujet, cf. notamment OST, F., «Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur», in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire, op. cit.*, p. 36 et suiv.

jour les conflits de valeurs et d'intérêts que l'on croyait avoir pu éliminer et donnant l'impression, à la limite, que le recours à l'expert ne fournit qu'un habillement technique aux choix éthico-politiques posés par le juge. Lorsque, inversement, le pôle technique l'emporte, la relative univocité des solutions adoptées risque d'accréditer l'idée que l'intervention du juge ne fournit qu'une légitimation à une décision prise, en réalité, par l'expert lui-même. Dans le premier cas, l'efficacité instrumentale accrue que l'on attendait paraît compromise ; dans le deuxième cas, ce sont ses effets symboliques qui paraissent rendus précaires.

Ajoutons à cela que l'échec est encore plus évident lorsque le juge, tel le juge de la jeunesse, semble conserver une très large maîtrise sur le contenu des décisions, et agit «comme» un médecin ou un psychologue⁽⁴⁰⁾, c'est-à-dire en l'absence de nombreuses garanties entourant l'exercice habituel de la fonction juridictionnelle, tout en ne possédant pas de telles qualités techniques. Dans ce dernier cas, ce sont les deux formes d'efficacité de la solution adoptée qui risquent d'être gravement compromises⁽⁴¹⁾.

3. *Stratégies relatives au choix de l'acte*

Dans une perspective utilitariste, l'adoption d'une loi pénale n'a de raison d'être qu'en fonction de son applicabilité effective, et cela à un coût acceptable, c'est-à-dire en ne produisant pas un mal supérieur au bien recherché.

C'est à partir d'un tel présupposé que de nombreux pénalistes et criminologues américains⁽⁴²⁾ ont pu, entre les années 1960 et 1970, critiquer le phénomène de «surcriminalisation» (*overcriminalization*) ou

⁽⁴⁰⁾ Cf. *Pasinomie*, 1912, p. 272.

⁽⁴¹⁾ Cf., pour plus de détails, VAN DE KERCHOVE, M., «L'évolution du droit des mineurs et les fonctions d'un tribunal de la jeunesse», in *Fonction sociale du tribunal de la jeunesse*, Bruxelles, 1979, sp. pp. 29-31.

⁽⁴²⁾ On citera notamment ALLEN, F. A., *Essays in Law and Criminology*, Chicago-Londres, 1964 ; PACKER, H. L., *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford, 1968 ; KADISH, S. H., «The crisis of overcriminalization», in *The Annals of the American Academy*, 1967, pp. 157-170 ; SKOLNICK, J. H., «Coercion to virtue : the enforcement of morals», in *S. Cal. L. Rev.*, vol. 41, 1968, p. 588 et suiv. ; SCHUR, E. M., *Crimes without victims*, Englewood Cliffs, 1965 ; MORRIS, N. et HAWKINS, G., *The Honest Politician's Guide to Crime Control*, Chicago, 1970.

d'extension excessive (*overreach*) du droit pénal et préconiser, en conséquence, la dépénalisation d'un certain nombre d'infractions, particulièrement en matière «morale» (*private morality offenses*) et «économique» (*public welfare offenses*). Dans ces domaines, en effet, l'intervention du droit pénal leur paraissait, selon les termes de N. Morris et G. Hawkins, à la fois coûteuse, inefficace et criminogène (43).

Indépendamment des mérites et des faiblesses inhérents à ce mouvement – sur lesquels nous reviendrons plus loin –, on peut retenir ici ce que cette critique révèle en creux, à savoir que, dans ces domaines à tout le moins, les effets instrumentaux de la norme pénale sont faibles. Si les auteurs cités ont pu en conclure, *de lege ferenda*, à la nécessité d'abroger les normes en question, on peut tout autant en conclure, *de lege lata*, que si l'efficacité de ces normes ne se situe pas à un niveau instrumental (44), elle se situe sans doute à un niveau différent, en l'occurrence symbolique.

Il est donc possible d'envisager ici une nouvelle forme de dissociation entre les effets instrumentaux et symboliques de la norme pénale, qui coïncide cette fois avec une dissociation entre deux *actes* juridiques différents : l'*adoption* de la norme, d'une part, et son *application*, d'autre part.

Étant d'une application malaisée, coûteuse, voire impossible, la norme pénale voit en effet l'essentiel de sa raison d'être dans la fonction symbolique remplie par son adoption même.

Ce phénomène, en réalité, déborde largement les matières que nous avons évoquées. Il a notamment été mis en lumière récemment par G. Burdeau à propos du phénomène politique, lorsque, constatant que «nombre de règles sont aujourd'hui édictées par le Pouvoir alors qu'il ne dispose ni des moyens matériels pour les rendre effectives ni de

(43) MORRIS, N. et HAWKINS, G., *op. cit.*, p. 2 : «When the criminal law invades the spheres of private morality and social welfare it exceeds its proper limits at the cost of neglecting its primary tasks. This unwarranted extension is expensive, ineffective and criminogenic».

(44) Signalons au passage que M. Foucault a cru pouvoir déceler dans l'échec de la fonction préventive du droit pénal l'accomplissement d'autres fonctions qu'il qualifie de «gestion différentielle des illégalismes» (*op. cit.*, p. 277). Tout en reconnaissant la pertinence de cette hypothèse, nous croyons que ses aspects instrumentaux – l'«utilisation» possible de la délinquance (pp. 283-287) – ne rendent pas compte à eux seuls de l'ensemble du phénomène, qui se situe également à un niveau largement symbolique.

l'autorité nécessaire à leur application», il en conclut que, dans de nombreux cas, il est moins exact de dire que la politique «aurait échoué dans ses intentions» que de reconnaître qu'«elle ne visait pas à leur aboutissement»⁽⁴⁵⁾. Cette dimension «spectaculaire», «rituelle» ou «magique» de l'édition de la norme juridique se manifesterait également, selon M. Edelman, dans le fait que le degré de publicité qui entoure l'adoption des lois est généralement inversement proportionnel à leur efficacité instrumentale et, en particulier, à leur impact réel sur l'allocation des ressources⁽⁴⁶⁾.

Si l'on peut en dégager l'hypothèse générale que l'adoption de nombreuses règles remplit par elle-même la fonction symbolique de «donner à croire»⁽⁴⁷⁾ et de produire l'impression que les revendications ou les besoins sociaux visés par les règles ont été satisfaits⁽⁴⁸⁾, indépendamment de ses possibilités réelles d'application⁽⁴⁹⁾, cette hypothèse peut être facilement transposée dans le domaine du droit pénal.

Comme l'a fait remarquer L. H. C. Hulsman, «la criminalisation peut être utilisée par le législateur comme solution *apparente*. Souvent le législateur est pressé par l'opinion publique ou par certains groupes d'agir contre un phénomène indésirable sans qu'il dispose des moyens efficaces pour le faire ou sans qu'il soit prêt à payer le prix de cette action. Dans ces conditions, il peut criminaliser pour apaiser l'opinion»⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁵⁾ BURDEAU, G., *La politique au pays des merveilles*, Paris, P.U.F., 1979, p. 50.

⁽⁴⁶⁾ EDELMAN, M., *The Symbolic Uses of Politics*, Urbana, 1964, p. 26 : «In the legislative history of particular regulatory statutes the provisions least significant for resource allocations are most widely publicized and the most significant provisions are least widely publicized».

⁽⁴⁷⁾ BURDEAU, G., *op. cit.*, p. 50.

⁽⁴⁸⁾ HENRY, J. P., «Vers la fin de l'État de droit ?», in *Revue de droit public et de science politique en France et à l'étranger*, t. XCIII, 1977, n° 6, p. 1227.

⁽⁴⁹⁾ *Ibid.*, p. 1224.

⁽⁵⁰⁾ HULSMAN, H. L. C., «Défense sociale et critères de décriminalisation», in *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, t. II, Paris, 1975, p. 25. Dans le même sens, cf. *Rapport sur la décriminalisation*, Strasbourg, 1979, p. 44. Cf. également HEINZ, A. M., *Governmental Responses to crime : the changing content of criminal law*, Washington, U.S. Department of Justice, 1982, p. 11 : «Enactments may ... be a symbolic statement of public concern with a problem. These intents are probably quite different from the problem-solving response and represent instead some benefits to the legislators».

Cet «apaisement de l'opinion» ne paraît cependant pas nécessairement tributaire de l'*illusion* d'une intervention efficace sur le plan instrumental. Dans de nombreux cas, il semble que l'opinion visée puisse se contenter de voir la norme pénale remplir, *en toute clarté*, une fonction essentiellement, voire exclusivement, symbolique de condamnation publique du comportement prohibé⁽⁵¹⁾.

Dans son ouvrage bien connu consacré au mouvement de la tempérance aux États-Unis, J. R. Gusfield a ainsi montré que l'adoption de la législation prohibitionniste avait suffi, en elle-même, à satisfaire ses partisans, sans que ceux-ci aient manifesté un grand empressement à la faire appliquer⁽⁵²⁾.

Plus proche de nous, le Rapport de minorité émanant de douze membres de la Commission nationale pour les problèmes éthiques, relatif à la réforme de la législation en matière d'avortement, tout en constatant qu'entre la loi actuelle sur l'avortement et la pratique, il y a un monde⁽⁵³⁾, a estimé qu'il ne s'agit pas là d'un argument pertinent en faveur de son abrogation. Le Rapport relève, en effet, de manière significative que «dans cette matière, l'affirmation du droit est plus importante que la sanction. La sanction n'a pas principalement pour but la répression. Elle contient avant tout l'affirmation du droit»⁽⁵⁴⁾. Ce faisant, les auteurs du rapport paraissent conscients de ce que, au-delà de la «portée *concrète*» qu'une telle loi peut revêtir «pour la vie des citoyens et l'avenir du pays», elle possède aussi [et surtout, serions-nous tenté d'ajouter, dans la ligne d'une telle logique] «une portée *symbolique* profonde pour toute la collectivité»⁽⁵⁵⁾, en tant qu'«elle implique *le choix officiel d'une hiérarchie de valeurs*»⁽⁵⁵⁾.

Même si elle peut apparaître irrationnelle d'un point de vue utilitariste, nous assistons donc ici à une nouvelle stratégie de dissociation des effets instrumentaux et symboliques de la norme pénale qui prend

⁽⁵¹⁾ Cf. par exemple DENNING, L., *Report of the Royal Commission on Capital Punishment*, p. 53, cité par HART, H. L. A., *Law, Liberty and Morality*, *op. cit.*, p. 65 : «It is a mistake to consider the object of punishment as being deterrent or reformatory or preventive and nothing else. The ultimate justification of any punishment is not that it is a deterrent but that it is the *emphatic denunciation* by the community of a crime».

⁽⁵²⁾ GUSFIELD, J. R., *Symbolic Crusade*, *op. cit.*, p. 119.

⁽⁵³⁾ *Doc. parl.*, Sénat, 1976-1977, n° 954, p. 281.

⁽⁵⁴⁾ *Ibidem.*, p. 263.

⁽⁵⁵⁾ *Ibidem.*, p. 144.

appui, en l'occurrence, sur le choix d'un acte spécifique – l'édiction de la norme –, aux dépens d'un autre – l'application effective de celle-ci.

Or, comme plusieurs auteurs l'ont souligné, le caractère pluraliste d'une société est incontestablement un facteur susceptible de susciter ce type de stratégie, qu'on a pu qualifier de «violation institutionnalisée des normes» (*patterned evasion of norms*)⁽⁵⁶⁾.

L'on a souligné, en effet, qu'une telle stratégie pouvait avoir un caractère fonctionnel dans le cadre d'une société relativement hétérogène, où de nombreuses normes pénales ne reçoivent l'adhésion que de certaines fractions de la population.

Si l'affirmation publique de la norme, confortée éventuellement par quelques sanctions sporadiques et «rituelles», est susceptible de donner satisfaction aux uns, l'acceptation tacite d'une large violation de celle-ci est susceptible de satisfaire les autres, ou tout au moins, de ne pas exacerber leur mécontentement⁽⁵⁷⁾. Il s'agit, dès lors, d'une forme de compromis entre, d'une part, la répression effective des comportements prohibés, qui risquerait aussi bien de révéler et d'accroître l'étendue de l'opposition à la norme, que de menacer l'existence même de celle-ci⁽⁵⁸⁾ et, d'autre part, l'abrogation pure et simple de la norme qui serait ressentie par ceux qui y adhèrent comme un désaveu officiel des valeurs auxquelles ils s'identifient⁽⁵⁹⁾.

Cette situation, qui aboutit, à la limite, à ce qu'on appelle souvent une «décriminalisation de fait»⁽⁶⁰⁾, n'est évidemment pas exempte d'inconvénients. Outre le fait qu'elle s'expose à des reproches d'irrationalité, d'hypocrisie et d'ébranlement de l'autorité des lois en général, il n'est pas difficile d'apercevoir qu'elle risque de n'apporter

⁽⁵⁶⁾ WILLIAMS, R. M., *American Society. A Sociological Interpretation*, 3^e éd., New York, 1970, p. 420.

⁽⁵⁷⁾ *Ibid.*, p. 421 et 431. Cf. également GUSFIELD, J. R., *Symbolic Crusade*, *op. cit.*, p. 115. Cf. également PERELMAN, Ch., *La réforme de l'enseignement du droit et «la nouvelle rhétorique»*, *op. cit.*, p. 166, qui résume cette stratégie dans les termes suivants : «Aux uns on donne satisfaction en votant un texte sévère, aux autres en accordant une sorte d'immunité contre les poursuites légalement prévues».

⁽⁵⁸⁾ GUSFIELD, J. R., *Symbolic Crusade*, *op. cit.*, pp. 121-122 ; WILLIAMS, *op. cit.*, pp. 430-431.

⁽⁵⁹⁾ Cf. HILLS, S. L., *Demystifying Social Deviance*, New York, 1980, p. 37 : «To explain the persistence of such widely violated and often enforceable laws, it is important to emphasize the symbolic functions, in contrast to the more instrumental social-control functions, of these criminal statutes».

⁽⁶⁰⁾ Cf. *Rapport sur la décriminalisation*, Strasbourg, 1979, p. 6.

qu'une satisfaction très provisoire à chacun des groupes en présence. L'efficacité symbolique de la norme ne peut survivre, à long terme, que si elle est, au moins ponctuellement, réactivée par son application effective. Or, une telle application ponctuelle de la norme sera d'autant plus difficilement acceptée par ses adversaires qu'elle se doublera, dans ce cas, d'un caractère arbitraire évident. Telle est, semble-t-il, l'impasse dans laquelle se trouve placée actuellement la «décriminalisation de fait» de l'avortement en Belgique ⁽⁶¹⁾.

Il convient encore d'ajouter, nous semble-t-il, que, dans une mesure moins radicale mais plus diffuse, l'«inflation pénale» ⁽⁶²⁾ qui caractérise notre société actuelle, tout à la fois procède de cette stratégie et l'entretient à son tour, dans un mouvement circulaire.

Le recours instinctif et quasi automatique du législateur à la sanction pénale pour appuyer chacune de ses interventions ⁽⁶³⁾ ne s'explique-t-il pas, en effet, par le fait que la plupart des groupes favorables à cette intervention – qu'ils soient progressistes ou conservateurs – attachent à la présence d'une telle sanction une valeur symbolique sans égale ⁽⁶⁴⁾,

⁽⁶¹⁾ On remarquera que l'initiative parlementaire originale qui tendait à suspendre temporairement l'application des articles du Code pénal relatifs à l'avortement (*Doc. parl.*, S.E. 1979, n° 38/1 et *Doc. parl.*, 1981-1982, n° 195/1) suscitait les difficultés comparables, mais inverses. En effet, si cette solution pouvait satisfaire davantage les partisans de la dépénalisation en raison de la suspension de toute efficacité instrumentale de la loi, elle risquait aussi d'affaiblir considérablement son efficacité symbolique.

⁽⁶²⁾ PINATEL, J., *La société criminogène*, Paris, Calman-Lévy, 1971, p. 242.

⁽⁶³⁾ *Ibidem*, p. 243. Cf. également ALLEN, F. A., *The Borderland of Criminal Justice*, *op. cit.*, p. 4 : «We should not assume that this striking expansion of criminal liability has proceeded in a rational and orderly fashion. The precise contrary is very nearly true. Thus, it is more than poetic metaphor to suggest that the system of criminal justice may be viewed as a weary Atlas upon whose shoulders we have heaped a crushing burden of responsibilities relating to public policy in its various aspects. This we have done thoughtlessly without inquiring whether the burden can be effectively borne» ... (p. 129) «Often penal provisions have been added to regulatory statutes almost as afterthoughts» ; MORRIS, N. et HAWKINS, G., *The Honest Politician's Guide to Crime Control*, *op. cit.*, p. 27 : «Our present criminal law is a product of a series of historical accidents, emotional overreactions, and the comforting political habit of adding a punishment to every legislative proposition».

⁽⁶⁴⁾ Cf. notamment FAUGERON, Cl., «Postface», in HULSMAN, L. C., et BERNAT DE CELIS, *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, Le Centurion, 1982, p. 180 : «la scène pénale peut dans certains cas apparaître comme privilégiée, dans la mesure où elle est moins ordinaire et semble plus contraignante que la scène civile. Elle est

indépendamment de son efficacité sur un plan instrumental ? Dans cette perspective, légiférer sans «criminaliser» risque d'être perçu comme la manifestation d'un manque de considération pour le comportement prohibé. Décriminaliser risque, a fortiori, de témoigner une approbation publique du comportement autrefois interdit ⁽⁶⁵⁾.

Inversement, cependant, cette inflation pénale, qui témoigne davantage de la diversité croissante des intérêts protégés que d'une extension du consensus social, est de nature à rendre son application de plus en plus malaisée et à accroître corrélativement sa fonction symbolique.

En paraphrasant Th. W. Arnold, on pourrait conclure que la plupart des lois pénales inappliquées – ou peu appliquées – survivent en vue de satisfaire des objections morales à des comportements établis. Elles ne sont pas appliquées parce que certaines fractions de la population

plus scandaleuse aussi, donc apporte davantage de publicité, frappe l'opinion». Ce principe s'applique non seulement à la criminalisation d'un comportement, mais encore à la sévérité de la sanction pénale prévue. Cf. à cet égard, ANDENAES, J., «General prevention-illusion or reality ?», in *J. Crim. L. C. and P. S.*, vol. 43, 1952, p. 192 : «Punishment is an expression of society's disapproval of the act, and the degree of disapproval is expressed by the magnitude of punishment». Cf. également President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, *Crime and its Impact. An Assessment*, Washington, 1967, p. 105 : «The imposition of jail sentences may be the only way adequately to symbolize society's condemnation of the behavior in question».

⁽⁶⁵⁾ Cette signification symbolique propre à l'abrogation d'une loi pénale à été mise en lumière par de nombreux auteurs. Cf. notamment CROSS, R., «Unmaking criminal laws», in *Melbourne University Law Review*, 1961-1962, vol. 3, p. 416 ; HULSMAN, L. H. C., *Défense sociale et critères de décriminalisation*, op. cit., p. 26 ; DEVLIN, P., *The Enforcement of Morals*, Londres-Oxford-New York, 1968, p. 18 ; JOHNSON, G. et NEWMAYER, J., «Pleasure, punishment and moral indignation», in *Sociology and Social Research*, vol. 59, n° 2, 1975, p. 92 ; EDELMAN, M., *The Symbolic Uses of Politics*, op. cit., p. 32 ; NEWMAN, D. J., *Introduction to Criminal Justice*, Philadelphia-New York-Toronto, 1975, p. 64 ; BERKOWITZ, L. et WALKER, N., «Laws and moral judgements», in *Sociometry*, n° 30, 1967, p. 411 ; COHEN, M., «Moral aspects of the criminal law», in *Yale Law Journal*, vol. 49, 1940, p. 1017 ; OAKS, «The popular myth of the victimless crime», in ZIMRING, F. E. et FRASE, R. S., *The Criminal Justice System. Materials on the Administration and Reform of the Criminal Law*, Boston-Toronto, 1980, p. 109. Cf. également *Report of the Committee on Homosexual Offences and Prostitution*, Londres, 1957, pp. 23-24. Le résultat de ce processus a été décrit dans des termes très suggestifs par ARNOLD, Th. W., *The Symbols of Government*, New York-Burlingame, 2^e éd., 1962, p. 159 : «It seems to be a permanent characteristic of criminal codes that they are palimpsests, with one thing written over another, with few things ever repealed ...».

entendent maintenir leur conduite, et elles ne sont pas abrogées parce que d'autres fractions entendent préserver leurs valeurs morales ⁽⁶⁶⁾.

4. *Stratégies relatives au choix des moyens*

Il paraît également caractéristique d'une société pluraliste de susciter des stratégies mettant davantage l'accent sur la forme du processus de décision que sur le contenu de celle-ci, sur les moyens plutôt que sur les fins. A défaut de pouvoir se fonder sur un consensus étendu au niveau des valeurs et des systèmes de légitimation, l'intégration sociale possède, dans ce cas, un caractère essentiellement «procédural», en ce sens qu'elle se base très largement sur «un accord portant sur les *procédures* susceptibles de résoudre tensions et conflits» ⁽⁶⁷⁾. L'adhésion qui en découle se fonde, dès lors, davantage sur la conviction que les formes prescrites ont été observées que sur la reconnaissance du bien-fondé de la solution dégagée ⁽⁶⁸⁾. Elle repose davantage sur sa validité formelle que sur sa pertinence ⁽⁶⁹⁾.

On peut constater facilement qu'une telle stratégie est susceptible de revêtir des formes différentes et d'intervenir à des niveaux différents du processus pénal.

Les règles de fonctionnement des assemblées législatives et les règles de procédure classiques régissant le procès pénal fournissent les exemples les plus évidents de processus de décision assurant, au moins

⁽⁶⁶⁾ En ce qui concerne la citation authentique, cf. ARNOLD, Th. W., *op. cit.*, p. 160 : «Most unenforced criminal laws survive in order to satisfy moral objections to established modes of conduct. They are unenforced because we want to continue our conduct, and not repealed because we want to preserve our morals».

⁽⁶⁷⁾ REMY, J., VOYE, L. et SERVAIS, E., *op. cit.*, p. 137. Cette caractéristique se trouve mise en évidence par la plupart des études consacrées au pluralisme. Cf. notamment DOUGLAS, J. D., *op. cit.*, p. 290, qui insiste sur le rôle des «procedural rules» dans la construction de l'ordre social ; SEURIN, J. L., *op. cit.*, p. 122, qui insiste sur le «respect d'une certaine règle du jeu» ; VACHET, A., *op. cit.*, p. 193, qui souligne le fait que «les conflits entre les groupes soient formalisés par la soumission aux règles du jeu».

⁽⁶⁸⁾ Cf. EDELMAN, M., *The Symbolic Uses of Politics*, *op. cit.*, p. 12 : «Men may dislike a winning candidate, law, or judge's decisions, yet be reassured by the forms of the election, legislature or court».

⁽⁶⁹⁾ Cf. COHEN, A., *La déviance*, trad. de Van Roy, J. P., Gembloux, Ed. Duculot, 1971, p. 45 : «le fait qu'une règle a été établie selon certaines *procédures* reconnues lui confère une validité et une certaine autorité morale, tout à fait distinctes de celles qui lui seraient conférées par notre reconnaissance de sa pertinence».

théoriquement, l'expression la plus large d'opinions et d'intérêts contraires et le sentiment d'une participation maximale des citoyens à la prise de décision. Ce type de procédure, comme on l'a déjà rappelé, n'est cependant pas sans inconvénient, tant sur un plan instrumental que symbolique. On ne doit pas perdre de vue, dès lors, le recours possible et de plus en plus fréquent à de nouvelles procédures qui tendent à «instrumentaliser» davantage encore le débat et à dépouiller celui-ci de ses effets symboliques les plus conflictuels.

Pour reprendre l'exemple de l'avortement en Belgique, on rappellera ainsi que le gouvernement choisit, en 1974, de recourir à une commission «d'experts» chargée «d'émettre sur des bases *scientifiques* un avis relatif aux contraceptifs, au problème de l'avortement, à la législation le concernant, à la question de l'anonymat de la mère et à celle de l'enfant né dans l'anonymat»⁽⁷⁰⁾.

À la procédure législative classique, où la contradiction trop marquée des positions éthiques et politiques en présence rendait tout compromis difficile, sinon impossible, le recours à une procédure censée plus unilatérale, mais non moins objective, en raison des bases scientifiques sur lesquelles elle était conçue, constituait une stratégie dont le gouvernement pouvait attendre certains effets concrets, sans doute, mais, avant tout, des effets symboliques évidents : celui de résoudre, au moins provisoirement, une question aussi délicate sans compromettre son existence, et cela indépendamment du fait de savoir si cette procédure déboucherait effectivement sur une proposition concrète (la solution du problème risquait donc de n'être que symbolique) et celui de déguiser un choix politique en «une simple décision neutre et objective»⁽⁷¹⁾ au cas où une telle proposition serait effectivement présentée. La présentation finale de deux rapports divergents, correspondant, à deux exceptions près, au clivage entre les membres catholiques et non catholiques de la commission⁽⁷²⁾, a cependant définitivement compromis ce dernier effet symbolique, tout en compromettant également les effets instrumentaux de la procédure choisie.

⁽⁷⁰⁾ A. R. 13 décembre 1974, art. 2.

⁽⁷¹⁾ Cf. *L'avortement. Belgique, éthique et politique*, in *La Revue Nouvelle*, t. XIV, 1976, p. 532.

⁽⁷²⁾ Cf. WILLAME, J. Cl., «Comment fonctionne une commission éthique», in *La Revue Nouvelle*, t. XIV, 1976, p. 538.

Sur le plan de l'application de la norme pénale, les propositions contenues dans les deux rapports illustrent également, selon des modalités partiellement différentes, la possibilité d'un recours à une procédure non plus contentieuse et coercitive, mais «dialogale» et «persuasive», mettant en jeu des structures d'accueil disposant d'une équipe multidisciplinaire qualifiée.

Ici encore, l'accent mis sur une *procédure* de décision, plutôt que des critères précis de décriminalisation ⁽⁷³⁾, joint au fait que la procédure préconisée est censée associer étroitement l'intéressée à la décision ⁽⁷⁴⁾, constitue, semble-t-il, une stratégie tendant à réduire l'opposition des conceptions en présence et, en particulier, l'antagonisme des effets symboliques liés aux différents contenus concevables.

Une autre illustration du même phénomène, plus diffuse que la précédente, nous paraît fournie par la constatation faite, très lucidement, entre les années 1960 et 1970, par de nombreux criminologues américains, du manque d'intérêt généralement manifesté jusque-là pour l'analyse et la réforme du droit pénal *matériel* ⁽⁷⁵⁾, et cela au profit des problèmes de *procédure*, d'application des sanctions et de traitement ⁽⁷⁶⁾.

L'optimisme affiché par F. A. Allen quant à un changement probable des mentalités durant les cinquante années à venir ⁽⁷⁷⁾ ne semble que s'être très partiellement vérifié. À la vague d'engouement manifestée durant les années 1960 pour la reconsidération du bien-fondé d'un certain nombre d'incriminations, la littérature criminologique semble s'être actuellement très largement repliée sur les problèmes liés à la sentence pénale (*sentencing*). Selon l'expression de D. Fogel, l'introduction «des règles de sentencing uniformes est un élément essentiel de la nouvelle idéologie pénale» ⁽⁷⁸⁾. Nous retrouvons pas conséquent ici

⁽⁷³⁾ Le moins qu'on puisse dire est que la notion de «santé» qui occupe une place centrale dans les deux propositions ne possède actuellement plus aucun *contenu* précis.

⁽⁷⁴⁾ Cf. *Rapport de majorité* : «La décision est prise conjointement par la femme et le médecin éclairés par l'équipe de la structure d'accueil» (*Doc. parl.*, Sénat, 1976-1977, n° 954, p. 136) ; *Rapport de minorité* : «La décision finale sera prise, sur base du dossier ainsi rassemblé, par le médecin gynécologue en concertation avec la femme» (*Ibid.*, p. 161).

⁽⁷⁵⁾ Cf. notamment ALLEN, F. A., *The Borderland of Criminal Justice*, *op. cit.*, p. 124.

⁽⁷⁶⁾ *Ibid.*, p. 126.

⁽⁷⁷⁾ *Ibid.*, p. 127.

⁽⁷⁸⁾ FOGEL, D., «Le débat américain sur la politique du sentencing : dix années de

l'accent mis traditionnellement sur des questions, essentielles sans doute, mais logiquement «dérivées»⁽⁷⁹⁾ par rapport à la question première de la détermination du *contenu* des incriminations pénales.

Si, d'un point de vue rationnel, ce glissement peut évidemment paraître heurtant⁽⁸⁰⁾, il ne semble pas faire de doute qu'il témoigne de la constance de la stratégie évoquée ici : placer les débats de politique criminelle sur le terrain plus instrumental des «moyens», où les compromis sont plus aisés que sur celui, fortement symbolique, des «fins», où les divergences sont moins facilement conciliables⁽⁸¹⁾.

5. *Stratégies relatives au choix des fins*

Ce que nous venons de dire suggère le recours fréquent à des stratégies occultant ou minimisant l'importance du choix des fins poursuivies. Si la diversité des valeurs, caractéristique d'une société pluraliste, conduit fréquemment à un tel choix, il n'en demeure pas moins qu'une telle société ne saurait subsister sans un consensus minimum sur certaines valeurs jugées fondamentales. L'exaltation de certaines valeurs formelles, comme la cohérence ou l'efficacité, dont nous avons rappelé la prédominance dans la pensée pénale contemporaine, ne constitue évidemment qu'une variante de la stratégie pré-

combat», in *Archives de politique criminelle*, 1982, p. 249. Cf. également la bibliographie annexée concernant les débats soulevés par le problème du sentencing aux États-Unis durant les dix dernières années (*ibid.*, pp. 249-251).

⁽⁷⁹⁾ Cf. ALLEN, F. A., *op. cit.*, p. 125, qui rappelle ce principe à propos de la notion de traitement : «the problems of treatment are derivative in the sense that they depend upon the determination by the law-giving agencies that certain sorts of behavior are crimes».

⁽⁸⁰⁾ On relèvera notamment à cet égard la réaction symptomatique de M. Cl. LOMBOIS à un exposé de M. Bassiouni relatif à la politique criminelle aux États-Unis : «Il y a quelque chose qui me tourmente un peu dans la définition même que M. Bassiouni a donnée de la politique criminelle comme étant une approche scientifique de *mise en application* du droit pénal. Je me demande s'il n'y a pas en amont toute une autre dimension de la politique criminelle qui est la *définition* de ce droit pénal lui-même, parce que, avant de le mettre en œuvre, il faudrait quand même savoir de quoi on parle» (cf. *Archives de politique criminelle*, 1982, p. 208).

⁽⁸¹⁾ C'est d'ailleurs sans doute à ce type de stratégie que songe M. Cl. LOMBOIS lorsqu'il ajoute (*ibidem*) : «je me demande s'il n'y a pas une hypocrisie un peu délibérée à privilégier ce second aspect de la politique criminelle, mise en application, processus d'un droit pénal qu'on prend comme une donnée première».

cédente. Ses vertus mobilisatrices, particulièrement dans une société dominée par une rationalité de type économique, ne sont cependant pas négligeables. C'est sans doute l'une des raisons pour lesquelles le mouvement en faveur de la décriminalisation d'un certain nombre d'infractions, qui s'est fait jour aux États-Unis entre 1960 et 1970, s'est très largement appuyé sur les arguments de ce type, mettant surtout en lumière les avantages instrumentaux de la décriminalisation et réduisant, de ce fait, la dimension morale et symbolique, hautement conflictuelle, des problèmes visés⁽⁸²⁾.

Comme certains l'ont fait remarquer, il apparaît cependant que de tels arguments sont non seulement insuffisants d'un point de vue critique⁽⁸³⁾, mais encore que, dans les nombreux cas où la réprobation morale et symbolique des comportements problématiques demeure élevée, ils s'avèrent incapables d'aboutir effectivement à la réforme envisagée⁽⁸⁴⁾.

⁽⁸²⁾ Cette stratégie semble avoir réussi, par exemple, pour la dépénalisation partielle de la consommation de la drogue aux Pays-Bas, en 1976. Cf. SHEERER, S., «The new dutch and german drug laws : social and political conditions for criminalization and decriminalization», in *Law and society review*, vol. 12, 1978, p. 603 : «By avoiding moral panic and preventing the issue from acquiring symbolic value, the instrumental advantages of decriminalization remained visible and dominant».

⁽⁸³⁾ Cf. notamment RICHARDS, D. A. J., *Sex, Drugs, Death and the Law. An Essay on Human Rights and Overcriminalization*, Totowa, 1982, p. 4 : «utilitarian arguments for decriminalization proselytize the (p. 5) already converted and do not seriously challenge the justifications that defenders of criminalization traditionally offer ... Certainly, if there is a good moral reason for criminalizing certain conduct, quite extraordinary enforcement costs will justly be borne» ; JUNKER, J. M., *Criminalization and Criminogenesis*, *op. cit.*, p. 714 : «the defect in the 'function' argument is that the ascription of only a narrow set of functions to the criminal law is essentially an *ipse dixit*. According to what set of principles, is it improper, as Kadish asserts, to 'use' the criminal law for verbal vindication of our morals (as well as) to protect life and property, even if only symbolic, and not instrumental, vindication of positive morality is all that is achieved by the prohibition of private offenses ?»

⁽⁸⁴⁾ Cf. RICHARDS, D. A. J., *op. cit.*, p. 4 : «efficiency-based arguments have not been very successful in reducing the scope of 'victimless crimes' whether by legislative penal code revision or by judicial invocation of the constitutional right to privacy. The wholesale or gradual decriminalization of contraception, abortion, consensual non commercial sexual relations between or among adults, and decisions by the terminally ill to decline further treatment has resulted from a shift in moral judgments ... In contrast, where existing moral judgments have remained unchallenged – as, for example, with commercial sex and many forms of drug use-movement toward decriminalization has been either negligible or haphazard».

Il semble, dès lors, que de la même manière que les stratégies de pénalisation s'appuient souvent sur des valeurs largement mobilisatrices comme l'ordre et la sécurité⁽⁸⁵⁾ et de même que différentes stratégies de prise en charge de situations problématiques par d'autres systèmes de contrôle social que le droit pénal ont pu se fonder sur des valeurs plus pragmatiques et plus intégratrices encore, comme le bien-être ou la santé de l'individu⁽⁸⁶⁾, la réussite d'une stratégie de dépenalisation radicale ou de légalisation de certains comportements exige, dans de nombreux cas, une mobilisation morale autour de valeurs autres que simplement formelles, susceptibles de bénéficier d'un consensus social suffisant.

A la suite de certains auteurs, on peut se demander si, à l'heure actuelle, le respect de l'autonomie de la personne⁽⁸⁷⁾ et la liberté individuelle⁽⁸⁸⁾ ne constituent pas les valeurs matérielles les plus aptes à remplir cette fonction, d'autant plus qu'elles paraissent être au fondement même d'une société de type pluraliste.

Une telle stratégie pourrait, dès lors à son tour, réconcilier les effets instrumentaux de l'intervention législative – en supprimant les coûts élevés et peu efficaces de la criminalisation dans certains domaines –, et ses effets symboliques, – par la réactivation solennelle de valeurs autour desquelles un consensus suffisamment large serait susceptible de s'établir.

(85) Cf. FRIEDRICH, C., «Democracy and dissent», in *Political quarterly*, 1939, n° 10, p. 571 et suiv., cité par DOUGLAS, J. D., *op. cit.*, p. 293.

(86) On songera ici, en particulier, aux différentes formes d'assistance et de traitement qu'ont engendrées successivement le «public welfare state» et le «therapeutic state». A cet égard, cf. notamment KITTRIE, N. N., *The Right to be Different. Deviance and Enforced Therapy*, Baltimore, 1971, sp. p. 41 et 360.

(87) Cf. RICHARDS, D. A. J., *op. cit.*, p. 7 et suiv.

(88) Cf. BEDAU, H. A., «The philosopher replies», in SCHUR, E. M. et BEDAU, H. A., *Victimless crimes, op. cit.*, p. 134 : «In my view, the entire case for decriminalization and all calculations of social cost and benefit are bottomed on an acknowledgement of the value of human freedom, or else they have no foundation at all».

TITRE VIII

La deuxième césure

– A propos de la déclaration de culpabilité,
notion complexe du jugement pénal –

par Jacques Verhaegen

Quiconque observe, si peu que ce soit, le déroulement d'une action pénale, peut remarquer qu'un jugement de condamnation recouvre en fait une double démarche successive. D'une part, le juge affirme la culpabilité d'une personne. D'autre part, il prononce dans les limites fixées par la loi la peine qui lui paraît la plus appropriée au cas d'espèce.

A les étudier de plus près, chacune de ces deux démarches révèle un mécanisme et une économie très spécifiques. La première relève essentiellement de l'opération appelée qualification, consistant à rapprocher d'un fait que l'on s'est efforcé de reconstruire, une ou plusieurs définitions légales, jusqu'à constatation de leur correspondance parfaite. La seconde, que caractérise l'individualisation de la peine, relève davantage des supputations du juge quant aux effets positifs et négatifs de la mesure qui va être prise à l'endroit de la personne déclarée coupable.

Démarches à ce point particulières, en vérité, que plusieurs systèmes législatifs en ont confié la charge à des organes différents. Ainsi, certains juges épuisent-ils leur juridiction dès que la culpabilité se trouve établie, d'autres se chargeant dès lors de la détermination et de l'application de la peine.

Une telle césure se retrouve *grosso modo* dans notre procédure des assises où la réponse à la question de la culpabilité, en principe réservée au jury, est suivie du choix de la peine par le collège réuni de la cour et des jurés. Aussi bien, qu'il s'agisse des assises ou d'une juridiction de droit commun, apparaît clairement l'hétérogénéité des deux démarches,

l'une plus attentive à la reconstitution du fait au regard des définitions de la loi, l'autre, davantage «criminologique», plus soucieuse d'élaborer dans les limites légales un «traitement» psychologiquement et socialement approprié.

Cette césure dans la démarche du juge pénal, très généralement admise, ne donnerait guère lieu à discussion si ne se décelait chez certains juges ou dans certains courants de doctrine, une propension à privilégier une seule de ces fonctions : à faire soit de l'une, soit de l'autre l'axe même de l'intervention pénale, n'accordant à l'autre qu'un rôle accessoire.

La *subordination* ainsi établie entre deux fonctions distinctes, relevant d'ordres différents, présente un risque certain pour l'administration même de la justice pénale, risque évoqué notamment au récent séminaire de l'ISISC à Syracuse ⁽¹⁾ consacré à la philosophie de la justice criminelle.

Là où il cède à l'idée que le problème criminel se trouve suffisamment résolu dès lors qu'un individu a pu être identifié, déclaré coupable et puni, le législateur (ou le juge) s'illusionne sur le rôle de la justice pénale dans la réalisation d'une politique générale de prévention du crime et ne voit pas qu'une telle justice n'occupe en définitive qu'un créneau très limité, très modeste, parfois même dérisoire dans l'ensemble d'une politique criminelle.

Plaçant à l'inverse la fonction essentielle, sinon exclusive de l'intervention pénale dans le «traitement» du condamné ou dans les procédures conciliatoires, il risque de même de *réduire* le phénomène criminel à un simple problème d'adaptation sociale ou de réduire l'intervention pénale à un règlement de «situations conflictuelles».

Dans la logique de cette perspective, la «formalité» que constitue la *déclaration de culpabilité* pourrait tout aussi bien se voir confiée à un expert spécialement chargé de dépister la dangerosité du sujet. A la limite, il deviendrait même possible de se passer de cette démarche, là où les barrières que constituent les définitions légales des comportements «antisociaux» sont ressenties comme autant d'entraves apportées à une politique efficace de recherche et de traitement de la déviance.

Une telle conception n'est pas seulement préoccupante par la privation de garantie qu'elle entraîne pour les justiciables, comme l'a remarqué L. Jimenez de Asua dans son rapport général au Congrès

⁽¹⁾ Cf. *Rev. Int. Dr. Pén.*, 1982, 3/4, notamment p. 687 et s.

international d'Athènes en 1957 ⁽²⁾, c'est en outre la fonction même de juger au pénal qui subira une réduction et une altération aussi dommageable que celle que nous venons d'évoquer plus haut.

En fait, la reconnaissance de culpabilité qui s'impose d'emblée à l'action du juge pénal ne s'identifie nullement à une formalité préalable ouvrant au juge, voire à l'Administration, la faculté d'imposer au déviant ainsi «reconnu», ses recettes de réinsertion sociale, ses traitements thérapeutiques ou plus simplement ses mesures de neutralisation. Et elle n'a pas davantage pour objet de mettre fin à la crise ouverte par l'accomplissement du crime en désignant publiquement et en stigmatisant «celui par qui le crime est arrivé» ...

La signification en est à la fois plus ample et plus complexe : à elle seule, elle peut déjà constituer le jugement comme l'ont prévu plusieurs projets de réforme autorisant le juge pénal à limiter son intervention à cette seule démarche chaque fois que la peine s'avère dépourvue d'utilité et donc de justification. On est tenté d'évoquer ici certains passages du «dispositif» du rapport de la Commission Kahane créée pour enquêter sur les tragiques événements de Sabra et Chatila. Ayant dûment établi la responsabilité personnelle de plusieurs dirigeants civils et chefs militaires, la Commission ne voulut en tirer pour certains que cette seule conclusion : «Il nous apparaît qu'il est suffisant d'avoir déterminé la responsabilité de X ... Nous avons estimé qu'il était suffisant que la responsabilité de Y soit établie sans qu'aucune autre recommandation soit nécessaire ...».

Encore faut-il pour qu'un tel «jugement» puisse exercer effectivement et pleinement sa fonction que la lecture n'en soit nullement ambiguë pour le justiciable comme pour le public, ce qui ne va pas nécessairement de soi, en raison précisément de la complexité de la notion de *culpabilité*.

Toute déclaration de culpabilité est en effet la résultante de deux évaluations distinctes. Elle suppose d'une part qu'un fait «indésirable» et qualifié infraction ⁽³⁾ ait été commis ; d'autre part que ce fait puisse

⁽²⁾ «Nous ne nions pas que le droit pénal d'aujourd'hui tende à mettre l'accent sur la personnalité du délinquant. (Mais) nous ne pouvons pas dire que «l'infraction elle-même» s'efface au bénéfice de la considération de son auteur. Aujourd'hui, l'acte reste de la plus haute importance ...». *Rev. Int. Dr. Pén.*, 1957, pp. 492-493.

⁽³⁾ Cf. VERHAEGEN J., *Le fait qualifié infraction (De la matérialité de l'infraction et de ses fonctions en droit pénal)*, *Mélanges R. Legros*, à paraître.

être *mis au compte* du sujet, non seulement parce que ce prévenu a contribué à le réaliser comme auteur ou participant, mais encore – et ceci est essentiel – parce qu'entre le fait et cette personne existe un lien autrement significatif : la *volonté* ou l'*acceptation* de réaliser le «fait illicite» ou bien, si elle suffit, la «*répréhensible négligence*» de sa part. Éléments proprement *subjectifs* qui seuls permettent de *demandeur compte* à un homme de son comportement indésirable, autrement dit de le lui «imputer pénalement» (4).

Démarche complexe décidément, dans la mesure où elle recouvre à la fois le jugement *d'un fait et d'un sujet*, démarche double dont ne rend qu'insuffisamment compte la formule bien connue «On juge non des infractions, mais des hommes qui ont commis des infractions» et qui semble rejeter dans l'ombre l'appréciation préalable *du fait*. Qui ne le verrait : juger un homme qui a commis un acte interdit par la loi pénale, n'est-ce pas d'abord s'interroger sur l'existence d'un fait objectivement illicite, d'un fait qu'interdit la loi pénale ?

Cette constatation en amène une autre, non moins importante : toute déclaration de *non-culpabilité* prononcée à l'endroit d'un prévenu ou d'un accusé, réserve faite de l'hypothèse du non-établissement du fait, peut revêtir au moins deux significations extrêmement différentes en droit. Ou bien l'acte analysé n'apparaît point relever de la catégorie des actes que la loi pénale *interdit* (ou qu'elle *n'autorise* ou *commande* qu'en certaines circonstances exclusivement). Ou bien l'acte incontestablement interdit et injustifiable n'est pas apparu *imputable* au sujet, parce qu'entre le fait et le sujet n'existe aucun des liens significatifs visés par la loi et rappelés plus haut : *nulla poena sine culpa*.

Ainsi, le droit pénal moderne marqué d'un incontestable affinement, héritier à cet égard d'une évolution déjà longue plongeant ses racines dans certaines législations antiques (5) renonce-t-il à «imputer» un acte, fût-il qualifié de crime et fût-il gravement dommageable, à celui qui (en fût-il l'auteur matériel ayant agi dans la plénitude de sa «capacité pénale») ne présenterait personnellement avec ledit fait aucun lien de participation «morale», aucune «*culpabilité*».

(4) Sur la définition de l'imputabilité pénale en droit pénal belge, cf. HAUS, *Principes généraux*, éd. 1879, n° 291.

(5) Par exemple : *Divus Hadrianus rescipit : in maleficiis voluntas spectatur, non exitus* (*Digeste*, XLVIII, 8 loi 14).

En France, dans la doctrine contemporaine, c'est sans doute le professeur R. Merle qui aura le mieux souligné la richesse de cette notion d'imputabilité pénale marquant «la participation du suspect à l'acte antisocial» (6), participation dont ne suffit pas à rendre compte la seule capacité pénale du sujet au moment de l'acte.

Chez nous, ce fut une chance dont les juristes belges ne semblent pas avoir toujours été conscients, que les auteurs de notre code se soient dès le départ ralliés à cette théorie affinée de la culpabilité qui, distinguant «le fait matériellement contraire à la loi pénale» (7) et son imputabilité subjective, se refuse à condamner un sujet pour cela seul qu'il aurait été l'auteur matériel du fait interdit et qu'il aurait agi en sa pleine capacité pénale : «*Bien qu'il ait joui de ses facultés intellectuelles et morales au temps de l'action, il n'est coupable que lorsqu'on peut lui reprocher une intention criminelle ou une répréhensible négligence*» (8).

*
**

Qu'un tel affinement de la responsabilité pénale témoigne d'une justice à la fois plus «mesurée», plus rationnelle et plus humaine, ne fera pas de doute. Elle n'en accroît pas moins la possibilité de graves malentendus là où le juge, nullement convaincu de la «participation morale» du sujet à l'acte, prononce l'acquiescement sans expliciter sa pensée, faisant naître le risque de voir sa décision interprétée comme reconnaissance de la parfaite *conformité du fait avec le droit* ...

Il est superflu de rappeler la confusion déplorable créée par telle réponse négative du jury à telle question de culpabilité, lorsque cette réponse vient conforter une conviction latente que le fait commis ne fait pas partie de la catégorie des actes que la loi pénale interdit.

Non moins dommageable, certes, la décision du juge qui, devant le risque précisément, de paraître conférer à l'acte un «sceau de licéité» que cet acte est loin de pouvoir revendiquer, hésite et renonce à accueillir «sinon les causes de non-imputabilité générales ou spéciales admises par la loi, en tout cas les critères plus concrets, plus individuels qui permettent de les apprécier». Et il est piquant, observions-nous en 1979, de constater que les plus fervents partisans de la formule «on juge

(6) Cf. aussi LEVASSEUR G., «L'imputabilité en droit pénal», rapport de synthèse présenté au IV^e Congrès de l'Association française de droit pénal, Nantes, 1892, *Rev. Sc. Crim.*, 1/1983, notamment p. 7 et 8.

(7) HAUS, *Principes généraux*, cité, n° 281.

(8) *Ibid.*, n° 293.

non des infractions, mais des hommes qui ont commis des infractions» sont tentés d'en oublier le précepte dès lors qu'il s'agit de stigmatiser, à *travers son auteur*, tel comportement jugé par eux hautement préjudiciable⁽⁹⁾.

Pour éviter cet effet pervers, cet effet de contamination que peuvent exercer l'une sur l'autre les deux appréciations dont résulte la déclaration de non-culpabilité, il conviendrait que chaque fois qu'une confusion risque de se glisser dans les esprits, le juge marque son jugement *d'une nouvelle césure* : qu'il se prononce clairement et de façon distincte sur la criminalité objective du fait *et* sur la responsabilité subjective de son auteur.

Là où il décide du caractère incriminé ou non du fait, et de sa justification éventuelle, le juge raisonne exclusivement en termes d'*interdiction*, d'*autorisation* ou de *commandement légal*. Ici, la «participation morale» du sujet à l'acte, sa responsabilité pénale (intentionnelle ou simplement fautive), en principe *n'intervient pas*. Comme il fut constaté au séminaire de 1981 à Syracuse, «sous peine de compromettre sa mission à ce niveau, le jugement *du fait*, la reconnaissance de son caractère *objectivement* indésirable ou non aux yeux de la loi, doit rester indépendant de l'imputabilité subjective et de l'individualisation de la peine dont il n'entend d'ailleurs pas préjuger»⁽¹⁰⁾.

Ce n'est qu'une fois portée cette évaluation qui sauvegarde la fonction capitale revenant au juge pénal de «dire le droit» à propos d'un fait humain que s'ouvre au juge la tâche tout aussi importante, mais distincte et nullement influencée par la précédente évaluation, d'examiner s'il peut être demandé compte du fait *au prévenu*, si le sujet réunit toutes les conditions d'imputabilité matérielle et morale prévues par la loi, ou s'il doit être admis à l'une des causes d'exonération subjective qu'elle prévoit. Ainsi, la double évaluation et la seconde césure qu'elle établit permettent-elles de rendre compte à la fois du rôle «éducateur»⁽¹¹⁾ de la justice pénale et de l'équité qui reste due au prévenu.

⁽⁹⁾ J. T., 1979, p. 355.

⁽¹⁰⁾ La philosophie de la justice criminelle et les systèmes d'élaboration du droit criminel, *Rev. Int. Dr. Pén.*, 1982, 3/4, p. 695.

⁽¹¹⁾ «The penal law is, like other legislation, a way to communicate values ...» (Conseil suédois pour la prévention du crime, A new Penal System. Ideas and Proposals, Stockholm, 1978, Report n° 5, pp. 22 et ss.). Aussi notre article «Trois réflexions sur l'avant-projet de code pénal français», *Rev. Dr. Pén.*, 1979, p. 13 et s.

Une chose est de déclarer par voie de justice que tel agent de l'autorité a sans aucun doute commis une illégalité en portant sur la situation un jugement erroné mais qu'il l'a fait *de bonne foi* (et qu'il échappe ainsi à l'application de l'article 257 du Code pénal), autre chose est de laisser entendre que les violences exercées par l'agent l'ont été «*pour un motif légitime*».

Une chose est d'accorder à l'auteur d'un délit le bénéfice de *la contrainte* si la situation cruciale dans laquelle il s'est trouvé a eu effectivement raison de sa capacité de résistance, autre chose est d'attribuer à son acte la justification objective de *l'état de nécessité* ⁽¹²⁾ et de déclarer que sa réaction, si dommageable soit-elle par ailleurs, fut adéquate, mesurée, équilibrant au mieux les divers intérêts concurrents et qu'elle revêt par conséquent le caractère d'un acte «licite».

On peut ainsi penser que l'introduction de cette nouvelle césure dans les questions destinées aux jurés et visées par l'article 337 du code d'instruction criminelle, éviterait le désarroi dans lequel telle déclaration de non-culpabilité peut plonger le public, s'agissant par exemple d'une prise d'otages, crime dont on sait que le législateur a voulu précisément le marquer d'une interdiction inconditionnelle et absolue ⁽¹³⁾.

C'est sans doute dans les matières où le droit doit se satisfaire de règles «floues», de directives souples, et notamment dans le domaine des pouvoirs *discrétionnaires*, que la deuxième césure témoignerait au plus haut niveau de son utilité en «fournissant au justiciable et singulièrement aux agents d'exécution» la lumière d'utiles, voire d'indispensables repères pour le règlement de conflits futurs ⁽¹⁴⁾, césure susceptible de préserver la fonction régulatrice du droit pénal sans pour autant préjuger de la responsabilité personnelle encourue par l'individu jugé.

Lors d'un récent séminaire de droit pénal militaire et de droit de la guerre, plusieurs participants ont fait observer que dans un domaine à ce point saturé de passions et d'incertitudes, où l'existence même de

⁽¹²⁾ Cf. FORIERS P., *De l'état de nécessité en droit pénal*, Paris-Bruxelles, 1951, notamment n° 507.

⁽¹³⁾ P. ex. cour d'assises du Brabant, 18 février 1982 (aff. Michel Strée). *Comparer* le sort particulier fait à la prise d'otages dans le projet de loi belge n° 486 (1977-1978) portant approbation de la Convention européenne pour la répression du terrorisme.

⁽¹⁴⁾ Cf. *Licéité en droit positif et référence légales aux valeurs*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 138 et note 1. Aussi, notre article «Notions floues en droit pénal», *J.T.*, 1981, notamment p. 392.

seuils infranchissables doit être rappelée avec plus de vigueur, la confusion permise entre justification objective et causes de non-imputabilité subjective, aurait pour effet de rendre pratiquement illusoire l'enseignement de cette «légalité de crise»⁽¹⁵⁾.

Un arrêt de la cour de cassation, rendu sur conclusions conformes du premier avocat général R. Hayoit de Termicourt en juillet 1949, conclusions souvent citées depuis lors, nous paraît de nature à illustrer de façon particulièrement heureuse cette distinction fondamentale.

Sur pourvoi introduit par l'Auditeur général contre l'acquittement prononcé à l'endroit de l'auteur d'exécutions d'otages en temps de guerre *et pour prévenir toute interprétation fâcheuse* d'une déclaration de non-culpabilité visant un fait constituant un défi aux lois de l'humanité, le premier avocat général tint immédiatement à dissiper l'équivoque et à rétablir la distinction entre le caractère injustifiable d'une pratique constituant «la contradiction même des lois de l'humanité»⁽¹⁶⁾ et d'autre part, l'irresponsabilité personnelle de l'exécutant, aux yeux duquel cette criminalité avait pu ne pas apparaître de façon flagrante.

«L'arrêt pour acquitter le défendeur de cette prévention ne se fonde point sur la considération que l'exécution d'otages est en principe *licite*, ni sur l'appréciation que la participation à pareille exécution n'est pas une violation des lois et coutumes de la guerre ... *Si le dispositif attaqué était appuyé sur semblables motifs, je proposerais à la cour d'accueillir le moyen du pourvoi ...*»⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁵⁾ *Rev. Dr. Pén. Milit.* (1983), XXI, 1-2-3-4. Rapprocher : Commission pour la révision du code pénal, Rapport, Juin 1979, p. 46. Aussi, La révision du Code pénal belge, *Rev. pén. suisse*, I/1981, p. 19. La distinction entre les deux ordres de «justification» reste fondamentale jusque dans l'*admissibilité* des exceptions. Alors que, s'agissant de justification objective, la loi peut toujours décider, en matière de droits de l'Homme par exemple, qu'aucun intérêt, fût-il l'intérêt supérieur de la nation, ne saurait *jamais justifier* une quelconque restriction ni une quelconque dérogation à telle règle impérative protectrice de la personne, en revanche, elle ne pourrait *jamais priver* un prévenu ou un accusé de la justification subjective qu'il peut *toujours* tirer de son ignorance non fautive de fait ou de droit. Sur le caractère inconditionnel de certaines interdictions, cf. l'article 15, § 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Sur l'applicabilité inconditionnelle de l'article 71 du code pénal, lié «au fondement même du droit de punir», cf. TROUSSE, *Dr. pénal, Nouvelles*, I, 1, n° 88 et 89.

⁽¹⁶⁾ Dans le même sens, cf. le § 163 de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme, 18 janvier 1978 (Rép. Eire c/ Royaume-Uni).

⁽¹⁷⁾ Cass., 4 juillet 1949 ; *Pas.*, 1949, I, 506.

TITRE IX

Portrait du juge sévère

par Philippe Toussaint

«Une âme sensible et remplie de maximes austères s'indigne à la seule vue du crime, et les noires idées qu'il lui suggère se répandent sur l'accusé ; le magistrat s'obstine d'autant plus dans ces sentiments dangereux, qu'ils flattent en secret sa vertu. Il n'y a point d'égarment plus funeste : on peut encore espérer quelque chose des remords d'un juge corrompu, mais on ne doit rien attendre d'un juge séduit par lui-même».

Joseph-Michel-Antoine Servan. Discours sur l'administration de la justice criminelle au Parlement du Dauphiné (1766).

Les crimes qui inquiètent le plus suscitent presque toujours la même réaction de ceux qui se veulent porte-paroles de l'opinion publique, mystérieuse et sans doute mythique entité : on exige une justice *prompte et sévère*.

L'indignation procède de la représentation facile d'un crime dont on se persuade qu'on pourrait être demain victime. Une solidarité se crée donc appelant une désolidarisation maximale d'avec les criminels. Expliquer deviendrait essayer de comprendre, partant croit-on de justifier – pente sur laquelle on freine des quatre fers. Les criminels ne peuvent être que des gens profondément différents de nous ; ils ne comprennent nécessairement «que ça», ce «ça» qui est le plus grand réflexe commun des hommes.

On établit par ailleurs une relation logique entre l'acte criminel et la punition. Plus on sera sévère, moins il y aura de crimes, et le laxisme serait criminogène.

La notion de rapidité est également mise en avant. La justice doit être *prompte* mais non point comme l'entendait un Servan (qui avait lu Beccaria) du fait-même que cette exigence s'énonce en même temps que celle de la sévérité. Prompte, ici, veut dire expéditive.

Vieille et presque sempiternelle question de savoir si une justice prompte et sévère aurait une heureuse influence sur les fluctuations de la criminalité. Nous sommes dans un domaine où, par excellence, on trouve ce qu'on cherche. Il n'y a presque pas de voleurs en Arabie saoudite, représenteront les uns, parce qu'on leur coupe la main à la première fois, la tête à la seconde. D'autres ripostent que pendant qu'on pendait des voleurs en place publique, au xviii^e siècle, en Angleterre, des argousins ne laissaient pas de faire les poches des spectateurs. On peut se lancer ainsi à la tête nombre d'exemples qui viendront opportunément à l'appui d'opinions arrêtées en réalité fort en-deça du raisonnement.

Inversons l'ordre des propositions. S'il devait être démontré qu'à une justice moins sévère (à la limite fermer les prisons) correspondrait une diminution sensible de la criminalité, en tirerait-on sereinement la leçon ? Ou bien cette démonstration ne fâcherait-elle pas d'aucuns ?

Quel est le but de l'entreprise et que cherchons-nous en infligeant des peines ? Qu'il se perpète le moins de crimes et de délits possible, ou y a-t-il autre chose, résidu tenace des temps où l'on passa de la vengeance privée à l'arbitrage ?

Dans un petit magasin de village, en France, j'avise des martinets. Je remarque tout haut qu'il est extraordinaire que ce soit encore dans les mœurs. «Peut-être, intervient aigrement la marchande, mais c'est efficace !». Elle estimait, je crois, qu'il était bien joli de faire des phrases, du sentiment sur la cruauté mais elle, qui n'était pas une rêveuse et savait ce qu'elle voulait, constatait que c'était efficace ! Elle eut assurément trouvé déplacé de ma part que je lui demande si ce qu'elle voulait obtenir était souhaitable et que je lui suggère que le martinet lui permettait seulement d'être obéie, quels que fussent par ailleurs les principes qui la guidaient. L'autorité se satisfait d'elle-même.

Punir procédait pour elle d'une logique immédiate – et redoutablement convaincante. Conduite psychopathique en somme, à savoir

réagir dans l'instant sans mesurer les conséquences à long ou à moyen termes.

Ainsi les juges sont-ils les premiers à savoir que les prisons sont des pourrissoirs dont on sort plus dangereux pour l'ordre public qu'on y entra, mais rien ne prévaut contre la logique immédiate de la punition (*correctionnelle* signifiant à la fois corriger et redresser) comme si, à chaque procès pénal on recommençait le monde pour le forcer à devenir ce qu'on voudrait qu'il soit.

L'argument, d'une pauvreté risible, surgit en désespoir de cause : on n'a rien trouvé d'autre que la prison jusqu'à présent ! Car les réalistes ne croient pas, ou si peu que rien, aux sanctions alternatives. Ils ne veulent pas y croire, chaque proposition de remplacer une peine par une mesure rebondissant en quelque sorte sur ce résidu coriace de l'état de nature avant celui de culture.

Les partisans de la torture devaient également objecter autrefois aux abolitionnistes qu'on n'avait rien trouvé d'autre que la question. Troublant de se dire que ces juges, ces procureurs n'étaient nullement des brutes mais, tout au contraire, des humanistes d'une haute probité intellectuelle et morale, formant un authentique élite. Faire torturer chaque jour sous leurs yeux leur apparaissait certainement une des plus pénibles obligations de leur état. Bacon parlait déjà de la pitié cruelle de ceux qui se dérobaient au devoir de punir les méchants.

Le clivage entre ceux qu'on nomme, selon des modes que les mots révèlent toujours si bien, belles âmes, rêveurs, gauchistes et réalistes, responsables, gens sérieux est proprement infantile. On le voit assez dès qu'il ne s'agit plus d'affirmer gratuitement.

Un peu comme Albert Memmi fit un jour le «Portrait du colonisateur» et, dans la foulée, celui du colonisé, essayons de peindre le portrait du juge sévère et, tel que son attitude l'implique, celui du coupable.

**

Il est banal de signaler que le juge sévère est courtois. La sérénité se lit sur son visage et sa parole en est empreinte. Le ton, l'allure, le style du magistrat sévère évoquent la tranquillité du boucher de Baudelaire. D'aucuns raffinent : c'est la mort dans l'âme, avec de douloureux hochements de tête que tel représentant du ministre public demandera la peine la plus forte. Faut-il que le coupable soit méchant et dangereux pour l'amener ainsi à faire de son sensible cœur une pierre !

Observation de peu d'importance. Le parti qu'on prend d'être sévère ou indulgent se traduit par des comportements plus subtils que cette politesse de soi à soi qu'est la courtoisie.

Tout, absolument tout, est affaire de contingences. Il s'agit de vider par avance les explications du criminel, et la mise en accusation de la société qui pourrait en découler, de toute recevabilité. Le juge sévère aura donc horreur de connaître d'une affaire où le prévenu se défend lui-même.

– Vous ne voulez pas prendre un avocat ? L'affaire est délicate à première vue ... Voulez-vous que je vous laisse le temps d'y réfléchir ?

Le discours explicite est imparable. Nul plus que ce juge, il nous le montre assez, n'est respectueux des droits de la défense. Mais le discours implicite est clair pour le prévenu : c'est à ses risques et périls qu'il s'obstinerait à se passer d'un avocat. D'où viendrait ce risque ? Toutes les affaires sont délicates ! Il y a peut-être surtout que dans n'importe quelle situation judiciaire, recouvrant n'importe quelle cause, la défense rassure irremplaçablement le juge.

– Nul plus que moi n'est respectueux des droits de la défense !

Les juges sévères le disent sincèrement. Ils condamneraient tout aussi difficilement à une lourde peine ceux qui n'ont pas été défendus par un avocat qu'on tirerait sur un homme désarmé. C'est l'alibi. Le prévenu comparaisant sans avocat n'est pourtant désarmé qu'en apparence. Le juge est forcé de le regarder, n'ayant point d'intermédiaire sur qui rapporter son attention, et s'aperçoit alors qu'il est comme le prince de Guermantes dont on sait qu'il pouvait être monstrueux de dureté et touchant de gentillesse. Bien plus que du prévenu, c'est de la désastreuse propension du juge sévère à la gentillesse que l'avocat est le rempart.

La relation désagréablement inhabituelle et mal commode qui s'installe, d'homme à homme, entre le juge (ou le procureur) et le prévenu sans avocat, vulgarise la solennité judiciaire. Il n'est plus possible de se comprendre à demi-mots, manière parfois d'évacuer le fond du problème au profit d'une technicité ronronnante.

A quoi s'ajoute que le juge ne saurait guère échapper au jeu de l'esprit qui consiste à faire du droit et à tenir compte *in petto* des objections qu'un avocat aurait formulées, des arguments qu'il aurait trouvés, objections et arguments qui le convaincront évidemment d'autant mieux qu'il seront les siens !

Garder la distance est la préoccupation suprême du juge sévère. Il sait trop, sinon, quels pièges le guettent. Rien n'est plus significatif à cet égard que ses commentaires, à chaud, de son jugement. Là apparaissent les véritables motivations de décision qui, officiellement, se satisfont du seul motif : «Attendu que la prévention est établie».

Le plus souvent, on a l'impression que le juge regrette, dans le même temps qu'il le fait, d'adresser ainsi un laïus à celui qu'il vient de condamner, en particulier – et le laïus atteint alors à des sommets de dureté – à celui qu'il vient d'acquitter au bénéfice du doute. On devine ce regret, analogue à celui qu'il nous arrive presque à tous, je crois, d'avoir lorsque nous nous emberlificottons dans une gaffe, en sorte que nous finissons par nous fâcher tout rouge sur celui ne nous demandait rien et nous écoute consterné, à la qualité de l'éloquence. Vite, le discours devient proprement intenable, se dilue en une gestuelle incertaine, en bouts de phrases incohérentes. Peu de juges sévères évitent, malgré ces expériences, de motiver, en ce qui concerne la mesure de la peine, ce qu'ils n'ont précisément pas motivé là où ils auraient pu ou dû le faire : dans le jugement.

C'est, m'a-t-il toujours semblé, la seule chose que je ne supporterais pas si je devais être condamné. Par Dieu ! que cet homme-là se taise et ne prétende pas gagner ainsi sur tous les tableaux ! Mais le juge sévère ne rêve-t-il pas que celui qu'il vient de condamner acquiesce au jugement, admette qu'on le punit pour son bien et celui de la communauté ? Si le condamné pouvait aimer être puni, souhaiter expier ! Nous y sommes : la justification du droit de punir serait dans l'expiation.

Le juge sévère est courtois, soucieux des droits de la défense et imaginatif. Relisant dernièrement des chroniques judiciaires publiées vers 1950, j'ai été frappé de retrouver un peu partout la même exclamation des juges sévères :

– Vous n'allez pas me dire que vous ne trouvez pas de travail ?

Et en effet – que les temps sont changés ! – les offres d'emploi étaient alors nombreuses et variées. La situation actuelle devrait normalement susciter un autre discours. Or pas du tout.

Le juge sévère sera enclin à dire, comme prenant à témoins toutes les personnes de bonne foi dans la salle, qu'il cherche en vain quelqu'un pour bêcher son jardin ou que tel restaurateur lui confiait hier encore ne trouver personne pour sa plonge.

Les prévenus sont tous les mêmes : la généralisation est le nerf de la répression. Le juge sévère haussera donc les épaules en soupirant que c'est toujours la même chose. Si d'aventure pourtant un élément du dossier, ou une déclaration du prévenu font sortir la cause de l'ordinaire, il n'aura de cesse qu'on revienne à la banalité.

– Au fond, reconnaissez que vous aviez bien simplement envie de vous approprier tel objet à bon compte ?

Ainsi médite le juge sévère, à la fois sur lui-même et sur les autres. Il simplifie le monde. Peut-être est-ce en effet pour lui la seule manière de s'en tirer ?

TITRE X

Du droit pénal des affaires

par Henri-D. Bosly

I. LA NOTION DE DROIT PÉNAL DES AFFAIRES

Il est devenu classique, voire inéluctable, d'entamer toute étude par une définition de son objet. La démarche apparaît indispensable à la cohérence du travail. Bien plus, elle apparaît ici requise par la nécessité de préciser le contenu du droit pénal des affaires. Car cette définition ne se trouve ni aisément, ni d'évidence. Elle nécessite une élaboration complexe et méthodique.

Bien que nécessaire, la démarche ne semble guère se révéler fructueuse ⁽¹⁾.

Certes l'on peut dire que le droit pénal des affaires est une partie du droit pénal spécial, et plus précisément des infractions contre les biens. Mais toutes les fraudes ne se rattachent pas au droit pénal des affaires, observe à juste titre M. Delmas-Marty ⁽²⁾. Ainsi le voleur occasionnel dans un grand magasin n'est pas un délinquant d'affaires.

Bien plus, la diversité des sources formelles du droit pénal des affaires – la multiplicité des textes légaux et réglementaires – semble refuser au droit des affaires, l'accession à une catégorie propre ⁽³⁾. Récemment, un auteur n'a pas hésité à écrire que la notion de droit pénal économique est vide de sens dans le cadre du droit positif actuel de notre pays ⁽⁴⁾. Il lui paraît impossible de donner une définition du

⁽¹⁾ DELMAS-MARTY M., «Introduction», *Rev. intern. dr. pén.*, 1982, pp. 21 à 28.

⁽²⁾ DELMAS-MARTY M., *Droit pénal des affaires*, Paris, P.U.F., 2^e éd., 1981, p. 23.

⁽³⁾ BOSLY H.-D. et SPREUTELS J. P., «Aspects actuels du droit pénal des affaires en Belgique», *Rev. dr. pén. crim.*, 1983, pp. 27 et 28.

⁽⁴⁾ D'HAENENS J., «Het economisch strafrecht», *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 1979, p. 861.

droit pénal économique destinée à construire un système normatif et à justifier que certaines infractions soient soumises à certaines règles juridiques spécifiques⁽⁵⁾.

Mais la définition peut n'avoir d'autre finalité que de circonscrire un domaine d'études. Car il demeure incontestable que le droit pénal des affaires constitue une forme spécifique de réaction sociale organisée à la criminalité des affaires. Dans cette perspective sa définition redevient une entreprise utile et possible⁽⁶⁾. Car cette criminalité est bien réelle même si elle présente des figures fort variées⁽⁷⁾. A vrai dire, nombreux sont aussi les auteurs qui ont tenté de définir la notion même de criminalité des affaires⁽⁸⁾, et qui ont rencontré certaines difficultés lorsqu'ils ont voulu tracer les contours précis des différentes formes de délinquance pouvant être rattachées à cette notion.

La recherche de cette définition semble aboutir à une impasse. Et si notre démarche n'était inspirée que par un souci de logique du discours, ou par le poids des traditions, nous serions amené à y renoncer, somme toute sans grand regret. Mais l'enjeu est beaucoup plus important. Car si la criminalité des affaires est un secteur relativement nouveau dans le domaine de la recherche, ce n'est certainement pas le résultat d'un hasard ou d'un fâcheux oubli⁽⁹⁾. Sutherland

⁽⁵⁾ D'HAENENS J., *op. cit.*, p. 862. Certes des lois économiques présentent dans leurs dispositions pénales certaines particularités intéressantes par rapport au droit pénal commun. Mais ces caractéristiques ne se retrouvent pas dans toutes les lois économiques, loin s'en faut.

⁽⁶⁾ Voy. la définition donnée par DELMAS-MARTY M., *op. cit.*, p. 24.

⁽⁷⁾ Pour s'en convaincre, il suffira de consulter le rapport du professeur TIEDEMANN K., «Phénoménologie des infractions économiques», *Aspects criminologiques de la délinquance d'affaires*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1977, pp. 9 à 69.

⁽⁸⁾ TIEDEMANN K., *op. cit.*, pp. 9 à 12 ; KELLENS G., «Aspects sociologiques et psychologiques», *Aspects criminologiques de la délinquance d'affaires*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1977, pp. 75-80 ; DI GENNARO G. et VETERE E., «La criminalité économique. Problèmes de définition et lignes de recherches», in *Rapport aux premières journées européennes de défense sociale sur la criminalité d'affaires*, Rome, octobre 1977, pp. 1 et ss. ; SZABO D., «La criminalité d'affaires : aspects criminologiques», *Rapport aux premières journées européennes ...*, pp. 7 et ss. ; DELMAS-MARTY M., «La criminalité d'affaires», *Rev. sc. crim. dr. pén. comp.*, 1974, pp. 46 à 48 ; COURAKIS N.-C., «Introduction à l'étude de la criminalité en col blanc», *Rev. sc. crim. dr. pén. comp.*, 1974, pp. 769-771 ; BEQUAI A., *White-Collar Crime : a 20th Century Crisis*, Lexington, Lexington Books, 1978, pp. 1-4 ; REIS G. et MEIER R., *White-Collar Crime*, Londres, Collier Macmillan, 1977.

⁽⁹⁾ KELLENS G. et LASCOURMES P., «Moralisme, juridisme et sacrilège : la criminalité des affaires», *Déviance et société*, 1977, p. 119.

nous a montré que la raison résidait dans la perception de cette délinquance ainsi que dans les obstacles à la poursuite des délinquants d'affaires ⁽¹⁰⁾.

En s'intéressant aux individus appartenant à la classe supérieure dont l'activité se déploie dans le secteur des affaires, qui sont respectables ou du moins respectés et dont l'activité illicite consiste à abuser de la confiance qui leur est faite dans le cadre de leur activité professionnelle, Sutherland définissait une catégorie de délinquants ⁽¹¹⁾. Bien plus, cette définition ... «alors qu'elle ouvrait un nouveau et très important chapitre de la criminologie, libérait cette science d'une position inconsciente de classe qui l'avait jusqu'alors portée à étudier les délits de ceux qui étaient «différents» et se trouvaient exclus du pouvoir» ⁽¹²⁾. En outre, l'ampleur de cette délinquance constitue une seconde bonne raison pour s'y intéresser.

En effet, les études de coût menées dans certains pays établissent que le profit tiré de la délinquance d'affaires serait d'environ dix fois supérieur à celui de la délinquance ordinaire ⁽¹³⁾. Certes, l'importance de certaines formes de délinquance ne se mesure pas en fonction de l'importance du préjudice pécuniaire ⁽¹⁴⁾. Mais l'on peut considérer que la délinquance d'affaires occupe la première place dans la délinquance contre les biens ⁽¹⁵⁾. De plus la criminalité d'affaires ne se limite pas à la délinquance contre les biens. Elle présente parfois d'autres aspects qui

⁽¹⁰⁾ SUTHERLAND E., *White Collar Crime*, New York, Holt, Rinehart et Winston, 2^e éd., 1961, 270 pages.

⁽¹¹⁾ Cf. la référence précédente.

⁽¹²⁾ DI GENNARD G. et VETÈRE E., *op. cit.*, p. 9. C'est précisément l'évitement des circuits pénaux ordinaires qui avait amené Sutherland à créer la notion de «crime en col blanc». Voy. KELLENS G., «Du crime en col blanc au délit de chevalier», *Ann. Fac. Dr. Lg.*, 1968, pp. 62 et ss.

⁽¹³⁾ DELMAS-MARTY M., «Rendre le droit pénal des affaires plus dissuasif», *Rev. dr. pén. crim.*, 1981, p. 299.

⁽¹⁴⁾ Les infractions contre les personnes (meurtres, coups et blessures volontaires ou involontaires, viols ...) portent atteinte à des valeurs qui ne se mesurent pas en terme d'argent.

⁽¹⁵⁾ Ainsi dans notre pays, le préjudice financier causé par la fraude fiscale et les grandes escroqueries est de loin supérieur au «butin» réalisé par les hold-ups. Voyez PETERS T. et DUPONT L., «L'image de marque du hold-up et ses implications pour une politique criminelle», *Rev. dr. pén. crim.*, 1974-1975, pp. 116 et 135. A propos de l'ampleur de la fraude fiscale, on lira : KELLENS G., «Le crime en col blanc : sa place dans une criminologie économique», *Rev. sc. crim. dr. pén. comp.*, 1974, pp. 808-809.

ne font qu'accroître sa gravité. Ainsi Jean Cosson a mis en lumière les liens existant occasionnellement entre les délinquants d'affaires et le monde du crime organisé ⁽¹⁶⁾. A l'occasion, le crime de sang est commis par des hommes de main recrutés par les délinquants d'affaires pour accomplir ou camoufler leurs fraudes. D'autre part, certaines infractions, telles que la corruption, portent atteinte à d'autres valeurs que les valeurs pécuniaires : elles mettent en cause l'exercice régulier de la démocratie institutionnelle et le fonctionnement des services publics ⁽¹⁷⁾. Ces derniers cessent alors d'être guidés par l'intérêt général.

La définition de la criminalité d'affaires ne répond pas à un but en soi. Elle se justifie parce qu'elle est nécessaire pour sortir de l'ombre une variété d'actes illicites causant un préjudice social considérable et qui ont peu retenu l'attention de l'administration de la justice pénale. Ce faisant l'on répond certes à un souci d'ordre scientifique, mais bien davantage à un souci politique qui entend sauvegarder l'idéal démocratique et les notions d'égalité et de liberté qu'il véhicule. Cette exigence est d'autant plus impérieuse que nous connaissons aujourd'hui une crise économique ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ COSSON J., *Les grands escrocs en affaires*, Paris, Le Seuil, 1979, pp. 215-225. KELLENS G., «Crise économique et criminalité économique», *Année sociologique*, 1978, pp. 196 et 197. Voy. au Québec les études de CHARBONNEAU J. P. et de PARIZEAU A. dans la revue *Criminologie*, 1977, n° 1, pp. 29-45 et pp. 69-78. Concernant le crime organisé, on lira : BEQUAI A., *Organized Crime*, Lexington, Lexington Books, 1979, 250 pages et sp. pp. 183-193 ; NEKLI H., *The business Crime*, New York, Oxford University Press, 1976, 306 pages ; *Aspects modernes du banditisme*, XV^e Congrès français de criminologie, Clermont-ferrand, 1975, 364 pages.

⁽¹⁷⁾ Concernant les aspects nationaux de la corruption, on lira en droit belge *Les Nouvelles, Droit pénal*, Les infractions, s. l. dir. de SCREVEN S. R., «Crimes et délits contre l'ordre public commis par des fonctionnaires», par MARCHAL A., pp. 155 à 194 ; RIGAUX M. et TROUSSE P. E., *Les crimes et délits du Code pénal*, t. IV, pp. 279 et ss. En droit français : DELMAS-MARTY M., *Droit pénal des affaires*, 2^e éd., pp. 149 à 157 ; COSSON J., *op. cit.*, pp. 212 à 214. En droit italien : PEDRAZZI C., «La corruption», *Rev. intern. dr. pén.*, 1982, pp. 327-337.

Concernant les aspects internationaux : DELMAS-MARTY M. et TIEDEMANN K., «La criminalité, le droit pénal et les multinationales», *Jur. Cl. Pér.*, éd. C.I., 1979, n° 12.900, pp. 4-6 ; BOLLE P.-H., «Pratiques de corruption et transactions commerciales internationales», *Rev. intern. dr. pén.*, 1982, pp. 39-365. Cons. aussi : KELLENS G., «Le crime en col blanc : sa place dans une criminologie économique», *Rev. sc. crim. dr. pén. comp.*, 1974, pp. 819 et 820.

⁽¹⁸⁾ KELLENS G., «Crise économique et criminalité économique», *L'année sociologique*, 1978, pp. 199, 200, 204-206.

L'intérêt tant social que scientifique d'une étude de la criminalité étant suffisamment démontré, la définition de l'objet d'études se justifie à cette fin. C'est dans cette perspective qu'il faut analyser les critiques formulées parfois à l'encontre de telle ou telle définition (par exemple celle de Sutherland) ⁽¹⁹⁾. Sans trop se soucier du tracé précis de l'une ou l'autre frontière, on peut considérer que le droit pénal des affaires constitue une forme spécifique de réaction sociale organisée opérant au niveau juridique à l'égard de ce phénomène fort varié de la criminalité des affaires ⁽²⁰⁾.

II. LES CHEMINS DE LA RÉPRESSION EN DROIT PÉNAL DES AFFAIRES

Empruntant le titre d'un ouvrage récent de politique criminelle ⁽²¹⁾, mon propos consiste à étudier les différentes voies utilisées par le droit pénal des affaires. La comparaison se fera par référence au droit pénal classique : elle portera sur la mesure dans laquelle les principes du droit pénal et de la procédure pénale sont applicables en droit pénal des affaires.

1. *Rôle considérable des «agences spécialisées» de contrôle de cette forme de délinquance*

Alors qu'en droit pénal commun, la recherche des infractions est essentiellement l'œuvre de la police communale, de la gendarmerie et de la police judiciaire des parquets, il en va différemment en droit pénal des affaires. Bien que les officiers de police judiciaire à compétence générale conservent leurs attributions, ils jouent en pratique un rôle moins considérable ⁽²²⁾. Le phénomène de «dépossession» du dossier

⁽¹⁹⁾ Voy les critiques de SZABO D., *op. cit.*, pp. 7-17 et l'analyse des différentes critiques par DI GENNARO G. et VETERE E., *op. cit.*, pp. 9-14. Voy. également KELLENS G. qui rappelle que la notion de crime en col blanc n'est utile que si elle attire l'attention sur des crimes qui ne retenaient pas l'attention auparavant en criminologie («Le crime en col blanc : sa place dans une criminalité économique», *Rev. sc. crim. dr. pén. comp.*, 1974, pp. 816-817).

⁽²⁰⁾ Voy. la liste des infractions d'affaires dressée par le Conseil de l'Europe en annexe à la Recommandation n° R (81) 12 du Comité des Ministres sur la criminalité des affaires.

⁽²¹⁾ DELMAS-MARTY M., *Les chemins de la répression*, Paris, P.U.F., 1980, 263 pages.

⁽²²⁾ BOSLY H.-D., «La criminalité des affaires et le droit public en Belgique», in *Rapport présenté aux journées lilloises de criminologie*, octobre 1973.

pénal que l'on retrouve également au niveau du Parquet et du tribunal correctionnel⁽²³⁾ existe au niveau de la recherche des infractions. Le contrôle de cette délinquance et même l'alimentation du système pénal dans ce domaine sont surtout l'œuvre des agences spécialisées. Ainsi, faut-il souligner le rôle considérable joué par l'Administration des Finances⁽²⁴⁾, par le Comité supérieur de contrôle⁽²⁵⁾, par la Commission bancaire⁽²⁶⁾, par l'Inspection générale économique⁽²⁷⁾, ou enfin par les sections financières de la Police judiciaire là où elles existent⁽²⁸⁾⁽²⁹⁾, etc.

2. *Le développement considérable de la transaction et de l'amende administrative*

A. La transaction

Alors que le droit commun de notre procédure pénale n'admet que timidement la transaction⁽³⁰⁾, le droit pénal des affaires permet de

⁽²³⁾ Voy. sur cette question : MESSINNE J., «Le rôle du juge pénal en présence des problèmes économiques», *J.T.*, 1970, pp. 425 et ss.

⁽²⁴⁾ Voy. TROISFONTAINES P., «L'administration de l'Inspection spéciale des impôts», in *Réflexions offertes à Paul Sibille*, Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 915 et ss. ; LAMBEAU P., «La fraude fiscale : pratique judiciaire», *Ann. Dr. Lv.*, 1981, pp. 359-376.

⁽²⁵⁾ DELRÉE G., *Le Comité supérieur de contrôle*, discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la cour d'appel de Liège le 1^{er} septembre 1977, 47 pages ; CHARLES R., «Le Comité supérieur de contrôle», in *En hommage au professeur R. Legros*, Bruxelles, 1983 ; SAUWEN H., «Het Hoog comité van toezicht», *Administratief Lexicon*, 1972, 28 pages.

⁽²⁶⁾ *La Commission bancaire*, Bruxelles, Bruylant, 1960, 261 pages ; LE BRUN J., *La protection de l'épargne publique et la Commission bancaire*, Bruxelles, Bruylant, 1979, 462 pages ; LE BRUN J., *Dictionnaire des services publics*, Louvain-la-Neuve, Cabay, 1982. Plus généralement concernant les appels publics à l'épargne : WITTERWULGHE R., «La loi du 10 juillet 1969 sur la sollicitation de l'épargne publique notamment en matière de valeurs mobilières», *J.T.*, 1970, pp. 291 à 293 ; *Mécanismes particuliers*, Fiscalité, droit et déontologie, Association belge des banques, Aspects et documents n° 14, 15 et 16, 156 pages.

⁽²⁷⁾ *Vers une nouvelle position juridique du consommateur : les propositions de Test-Achats*, Bruxelles, 1981, pp. 79 et 80.

⁽²⁸⁾ MARCHANDISE T., «La diversification des sanctions au travers de la pratique d'un parquet financier», *Ann. Dr. Lv.*, 1983, p. 131.

⁽²⁹⁾ Citons aussi l'Office de contrôle des assurances, la Commission de la Bourse, la Cour des comptes ...

⁽³⁰⁾ Voir les art. 166 et 180 du C.I.Cr.

recourir davantage à cette solution. Plusieurs lois économiques accordent soit au ministère public, soit à certains fonctionnaires le pouvoir de proposer au contrevenant le paiement d'une somme d'argent ayant pour effet d'éteindre l'action publique.

1) La loi du 22 janvier 1945 sur la réglementation économique et les prix (art. 11 et 11 bis) accorde au procureur du Roi ainsi qu'aux agents spécialement commissionnés à cet effet par le Ministre des affaires économiques le pouvoir de proposer au contrevenant une «transaction»⁽³¹⁾.

2) L'arrêté-loi du 6 octobre 1944 relatif au contrôle des changes modifié par l'arrêté-loi du 4 juin 1946 autorise l'Institut belgo-luxembourgeois du change à transiger avec le contrevenant (art. 6).

3) L'article 57 bis, § 2-3^o du Code pénal militaire autorise le ministre de la défense nationale ou le chef du Service belge de liaison à transiger avec l'auteur d'une infraction en matière douanière, de change ou d'importation ou d'exportation commise à l'étranger⁽³²⁾.

Les conditions dans lesquelles cette «transaction» peut être proposée sont plus larges que celles fixées actuellement par le Code d'instruction criminelle⁽³³⁾.

B. L'amende administrative

Les lois instaurant des amendes administratives adoptent trois systèmes différents : soit l'amende administrative a la priorité sur la sanction pénale proprement dite, soit elle est subsidiaire par rapport à cette sanction, soit enfin les deux régimes de sanctions coexistent et peuvent se cumuler à l'égard de l'auteur d'une infraction.

⁽³¹⁾ Toutefois pour que les fonctionnaires du ministère des affaires économiques puissent exercer ces pouvoirs, il est nécessaire qu'un arrêté royal fixe les tarifs et les modalités de paiement et de perception de ces sommes d'argent. Or cet arrêté royal n'a, à ma connaissance, pas encore été pris.

⁽³²⁾ BOSLY H. et RINGOET G., «Les délits militaires en droit belge», *Les délits militaires*, Strasbourg, 1969, pp. 191, 201 et 202.

⁽³³⁾ Voy. à propos des articles 166-169 et 180-180 ter du C.I.Cr. : DE CANT P., «La procédure transactionnelle en droit belge», *Rev. intern. dr. pén.*, 1962, pp. 423-447. Un projet de loi actuellement en discussion devant les Chambres législatives étend considérablement les catégories d'infractions pour lesquelles l'action publique pourra être éteinte moyennant le paiement d'une somme d'argent (*Doc. Parl., Sénat*, 1982-1983, n^o 381-1).

1) La loi du 24 janvier 1977 relative à la protection de la santé des consommateurs en ce qui concerne les denrées alimentaires (article 19-3^o) autorise les fonctionnaires et agents du ministère de la santé publique désignés par arrêté royal à proposer au contrevenant le paiement d'une amende administrative qui aura pour effet d'éteindre l'action publique. En cas de refus de la part du contrevenant, le procès-verbal est alors transmis au procureur du Roi ⁽³⁴⁾. Pour les infractions énumérées par cette disposition légale (art. 19-3^o), la priorité est laissée à la répression administrative ⁽³⁵⁾.

2) La loi du 30 juin 1971 relative aux amendes administratives en cas d'infraction à certaines lois sociales permet au directeur général du service d'études du ministère de l'emploi et du travail d'infliger à l'employeur une amende administrative ⁽³⁶⁾. Toutefois cette décision ne peut être prise que pour autant que l'auditeur du travail ait classé l'affaire sans suite parce que l'infraction était de peu de gravité ou parce que ce magistrat avait omis de faire part de sa décision de poursuivre au fonctionnaire compétent dans le délai d'un mois (art. 5 et 7 de la loi précitée). La répression administrative apparaît comme subsidiaire à la répression pénale proprement dite.

Ce système semble donner satisfaction puisqu'il a été transposé dans deux autres lois récentes ⁽³⁷⁾. Il s'agit de la loi du 22 avril 1982 portant modification de la loi du 15 avril 1965 concernant l'expertise et le commerce du poisson, des volailles, des lapins et du gibier et modifiant la loi du 5 septembre 1952 relative à l'expertise et au commerce des viandes ⁽³⁸⁾ et de la loi du 21 juin 1983 modifiant la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments ⁽³⁹⁾. Si le procureur du Roi classe l'affaire sans suite parce qu'il estime que l'infraction est de peu de gravité ou omet de

⁽³⁴⁾ LECLERCQ J., «Variations sur le thème pénalisation-dépénalisation», *Rev. dr. pén. crim.*, 1978, p. 832.

⁽³⁵⁾ Les fonctionnaires chargés de proposer l'amende administrative sont nommés par le Roi dans les conditions et suivant les modalités fixées par A.R. Cet arrêté n'a pas encore été pris.

⁽³⁶⁾ Pour une analyse détaillée de cette loi, on lira : BOSLY H.-D., *Les sanctions en droit pénal social belge*, Gand, Story-Scientia, 1979, pp. 282-312.

⁽³⁷⁾ Voy. pour une critique de cette loi : GOSSERIES P., «L'expérience des amendes administratives et les aspects fondamentaux du droit pénal social», in *A l'enseigne du droit social*, Bruxelles, Éd. Université, 3^e éd., 1982, pp. 208-229.

⁽³⁸⁾ *Mon. b.*, 22 juin 1982.

⁽³⁹⁾ *Mon. b.*, 15 juillet 1983.

notifier sa décision dans le délai fixé au fonctionnaire compétent, ce dernier décide, après avoir mis le contrevenant en mesure de présenter ses moyens de défense, s'il y a lieu d'infliger une amende administrative. Les travaux préparatoires de ces différentes lois évoquent l'intérêt de sanctionner d'une manière mineure certaines infractions de peu de gravité tout en débarassant les parquets et les juges correctionnels de ces affaires.

3) La répression administrative et la répression pénale s'exercent concurremment et peuvent être cumulées. C'est la solution du droit fiscal ⁽⁴⁰⁾.

Le droit fiscal connaît deux catégories de sanctions administratives : l'accroissement d'impôt et les amendes administratives ⁽⁴¹⁾. Elles sont l'une comme l'autre prononcées par l'administration des finances et non par le pouvoir judiciaire. L'accroissement d'impôts peut faire l'objet d'un recours auprès du directeur des contributions et ensuite auprès de la cour d'appel. De plus, l'article 335 du Code des impôts sur les revenus attribue au fonctionnaire délégué par le directeur régional des contributions le pouvoir d'infliger une amende administrative en cas d'inobservation de la loi fiscale. Cette décision administrative peut faire l'objet d'un recours auprès du directeur régional et ensuite auprès de la cour d'appel (articles 267 et 268 du Code des impôts sur les revenus). Le Code de la T.V.A. permet au chef de l'office de contrôle de la T.V.A. d'infliger des amendes en cas de non respect de la législation ⁽⁴²⁾. Après avoir reçu signification de la décision, le contribuable peut former opposition en portant son action devant le tribunal de première instance. Le jugement de ce tribunal est susceptible d'appel auprès de la cour d'appel.

Depuis la loi du 10 février 1981 de redressement en matière de répression pénale de la fraude fiscale, le rôle du droit pénal *stricto sensu* a été davantage précisé ⁽⁴³⁾.

⁽⁴⁰⁾ BOSLY H.-D. et SPREUTELS J. P., «Aspects actuels du droit pénal des affaires en Belgique», *Rev. dr. pén. crim.*, 1983, pp. 49-50.

⁽⁴¹⁾ MESSINNE J., «Infractions fiscales», in SPREUTELS J. P. et MESSINNE, J., *Questions spéciales de droit pénal, L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau, 1981, pp. 379 et ss.

⁽⁴²⁾ MESSINNE J., *op. cit.*, pp. 390-391.

⁽⁴³⁾ Pour un commentaire de la législation actuelle, voir : MESSINNE J., *op. cit.*, pp. 391-403 ; BOSLY H.-D. et DRUETZ-DE WISPELAERE A. M., «Répression pénale de la fraude fiscale», *Rev. gén. fisc.*, 1981, pp. 195-207 ; SPREUTELS J. P., «Les conseils

En résumé, il n'y a infraction pénale que si l'auteur a agi dans une intention frauduleuse. Par contre les sanctions administratives sont applicables aussi bien à l'égard du contribuable négligent qu'à l'égard de celui qui a agi frauduleusement. Dans ce dernier cas le cumul de sanction (pénale et administrative) est possible d'autant plus que le ministère public a retrouvé le pouvoir d'intenter les poursuites dans cette matière.

4) Lorsqu'une entreprise d'assurances manque aux obligations qui lui sont légalement imposées dans le cadre de son activité, elle est passible, à défaut de régularisation dans le délai fixé, d'une amende de 500 F par jour depuis l'expiration dudit délai jusqu'à la régularisation (article 52 de la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances)⁽⁴⁴⁾. Cette amende est perçue au profit de l'Office de contrôle des assurances. Elle peut être recouvrée par voie de contrainte à la diligence de l'Administration de l'enregistrement et des domaines. Comme ces infractions peuvent aussi donner lieu à sanction pénale dans le chef des dirigeants de l'entreprise (art. 55 alinéa 2 de la loi précitée), il peut y avoir cumul de sanctions pour une même infraction.

3. Une décision juridictionnelle de nature non pénale précède la répression pénale

A. L'abus de puissance économique⁽⁴⁵⁾

La loi du 27 mai 1960 sur la protection contre l'abus de puissance économique confie au Conseil du contentieux économique – qui est une juridiction administrative – le soin de dire s'il y a abus. Ce Conseil rend un avis motivé qui est transmis au Ministre compétent. Ce dernier

fiscaux et la répression pénale de la fraude fiscale», *Journ. dr. fisc.*, 1981, pp. 321-341 ; DIERICK W., «Het fiscale strafrecht in een nieuw kleed», in *R.W.*, 1981-1982, col. 1793 à 1815 ; DELATTE P., «Chronique de législation», *Rev. dr. pén. crim.*, 1982, pp. 525 à 533 ; HUYBRECHTS L., «Het hernieuwde fiscale strafrecht en enkele actuele problemen», *Fiskofoon*, 1983, pp. 31 à 40 ; AFSCHRIFT T., «La question préjudicielle en cas de poursuites pénales pour fraude fiscale», *Journ. dr. fisc.*, 1983, pp. 5 à 19 ; DETRY J., «La fraude fiscale : législation récente, pratique administrative», *Ann. Dr. Lv.*, 1981, pp. 345-358 ; LAMBEAU P., «La fraude fiscale : pratique judiciaire», *Ann. Dr. Lv.*, 1981, pp. 359-376 ; VANDEPLAS A., «L'application du droit transitoire au droit pénal fiscal, *Fiscalité européenne*, 1982, n° 3, pp. 3-11.

⁽⁴⁴⁾ La comparaison avec l'astreinte s'impose de toute évidence.

⁽⁴⁵⁾ BOSLY H.-D. et SPREUTELS J. P., *op. cit.*, p. 47.

peut alors adresser aux parties en cause une sommation qui, en cas d'inobservation, sera suivie d'une notification par lettre recommandée à la poste. Ensuite, en cas d'inexécution, un arrêté royal motivé peut ordonner la cessation de l'abus. Seule la violation de cet arrêté royal constituera une infraction punissable pénalement.

La lutte contre l'abus de puissance économique se déroule plus efficacement au niveau européen ⁽⁴⁶⁾. L'article 15, § 2, du Règlement n° 17 pris en vertu du Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne permet à la Commission d'infliger des amendes aux entreprises qui ne respectent pas les règles consacrées par les articles 85 et 86 du Traité de Rome. L'article 15, § 4 du même Règlement précise que cette amende n'a pas un caractère pénal ⁽⁴⁷⁾. Toute personne physique ou morale concernée par la décision de la Commission peut introduire un recours auprès de la Cour de justice des communautés européennes qui a compétence de pleine juridiction.

Le droit européen de la concurrence connaît également l'astreinte (art. 87 – 2. du Traité C.E.E.).

B. Les pratiques du commerce ⁽⁴⁸⁾

La loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce prévoit un ensemble de mesures qui s'inscrivent dans le mouvement de la dépenalisation ⁽⁴⁹⁾. En effet, d'une part tous les manquements ne font plus l'objet d'une sanction pénale immédiate, et d'autre part, une procédure d'injonction est étendue à d'autres cas. Ainsi seuls les actes incontestablement contraires à l'honnêteté ou difficilement couverts par la bonne foi du contrevenant continuent à faire l'objet d'une sanction

⁽⁴⁶⁾ Voy. TIEDEMANN K., «Phénoménologie des infractions économiques», *Aspects criminologiques de la délinquance d'affaires*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1977, pp. 16-18.

⁽⁴⁷⁾ Cette qualification a été vivement critiquée par plusieurs auteurs. Voy. *infra*.

⁽⁴⁸⁾ DE CALUWE A., DELCORDE A. C., LEURQUIN X., *Les pratiques du commerce*, Bruxelles, Larcier, 1973, pp. 869-878.

⁽⁴⁹⁾ BOSLY H.-D., «Les frontières de la répression pénale en droit économique belge», in *Les frontières de la répression*, Bruxelles, Éd. Université de Bruxelles, 1974, pp. 390-391. Concernant cette notion, voir : *Rapport sur la décriminalisation*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, C.E.P.C., 1980, pp. 13-17 ; LEVASSEUR G., «Le problème de la dépenalisation», *Archives de politique criminelle*, n° 6, 1983, pp. 56 et ss.

pénale immédiate⁽⁵⁰⁾. Dans les autres cas, l'action en cessation précédera la répression pénale. En effet le président du tribunal de commerce est rendu compétent pour constater les manquements aux usages honnêtes en matière commerciale et ordonner la cessation d'un acte même pénalement répréhensible (art. 55 et 57 de la loi). La règle «le criminel tient le civil en état» ne s'applique pas. Bien plus le juge pénal doit attendre que le président du tribunal de commerce ait statué⁽⁵¹⁾. La violation de l'ordonnance présidentielle est punie pénalement⁽⁵²⁾.

C. Interdictions s'appliquant aux faillis

Depuis la loi du 4 août 1978, le tribunal de commerce peut interdire au failli ou aux personnes assimilées au failli toute activité commerciale ou certaines activités quand ces personnes ont commis un faute grave et caractérisée ayant contribué à la faillite⁽⁵³⁾. Le non-respect de cette interdiction est punissable pénalement (art. 4 de l'A.R. n° 22 du 24 octobre 1934).

4. Fermeture provisoire de l'établissement

La loi du 22 janvier 1945 sur la réglementation économique et les prix accorde aux autorités judiciaires et au Ministre des affaires économiques le pouvoir d'ordonner la fermeture provisoire de l'établissement en cas d'infraction⁽⁵⁴⁾. Le procureur du Roi ou, si une instruction est ouverte, le juge d'instruction peut ordonner la fermeture provisoire de l'établissement jusqu'à la date de la décision judiciaire au plus tard (article 11, § 2, de la loi précitée)⁽⁵⁵⁾. La loi du 30 juillet 1971

⁽⁵⁰⁾ BOSLY H.-D. et SPREUTELS J. P., *op. cit.*, p. 48.

⁽⁵¹⁾ Article 59 alinéa 3 et 61 alinéa 2 de la loi.

⁽⁵²⁾ Article 62-1 de la loi. Par contre le non-respect des décisions juridictionnelles prises en vertu des articles 54bis et 57bis (dispositions insérées dans la loi du 14 juillet 1971 par la loi du 4 août 1978) n'est pas punissable pénalement. Cette différence ne s'explique guère. Concernant l'application des sanctions pénales, on lira : STUYCK J., «Enkele beschouwingen over de respectieve rol van strafrecht en privaatrecht bij de handhaving van het levensmiddelenrecht», *Panopticon*, 1982, pp. 194 et ss.

⁽⁵³⁾ Art. 3 bis de l'A.R. n° 22 du 24 octobre 1934 modifié par la loi du 4 août 1978.

⁽⁵⁴⁾ SCREVEN R., *L'interdiction professionnelle en droit pénal*, Bruxelles, 1957, pp. 317-318 ; ANDERSEN R., *La réglementation des prix en droit belge*, Bruxelles, Larcier, 1977, pp. 302-309 ; BOSLY H.-D. et SPREUTELS J. P., *op. cit.*, pp. 50 et 51.

⁽⁵⁵⁾ L'application de cette mesure a suscité des critiques de la part de la Cour européenne des droits de l'homme : voir *infra*.

a étendu ce pouvoir au Ministre des affaires économiques en cas de dépassement de prix maxima imposés par secteur ou par entreprise. L'objectif poursuivi par le législateur était de renforcer l'efficacité de la loi car «l'application que font les cours et tribunaux des possibilités de sanctions prévues ... ne répond pas toujours très exactement aux objectifs de politique économique préventive qui devraient prévaloir»⁽⁵⁶⁾. La procédure est la suivante : le Ministre fait parvenir au contrevenant une mise en demeure par lettre recommandée. Si ce dernier ne s'exécute pas, le Ministre peut ordonner la fermeture provisoire de l'établissement pour une durée de cinq jours au plus. Le contrevenant dispose d'un recours suspensif auprès de la chambre du conseil du tribunal de première instance qui statuera dans les huit jours après avoir entendu le rapport du fonctionnaire délégué, les moyens de défense du contrevenant et l'avis du ministère public.

5. *Mesures administratives diverses*

Dans les professions dont l'exercice est soumis à une autorisation administrative, le retrait de cette agrégation oblige l'exploitant à cesser son activité faute de quoi il devient punissable pénalement. Il en va ainsi dans l'activité bancaire. Lorsque la Commission bancaire constate qu'une banque ne respecte pas l'article 25, § 1^{er}, de l'A.R. n° 185 du 9 juillet 1935 sur le contrôle des banques, elle fixe un délai au terme duquel il doit être remédié aux manquements constatés⁽⁵⁷⁾. En cas d'inexécution, la Commission bancaire peut nommer soit un commissaire spécial, soit suspendre la poursuite des activités de la banque ou, si l'irrégularité n'affecte qu'un secteur d'activités, la poursuite de ces dernières, soit révoquer l'inscription. Dans ces deux derniers cas la poursuite de l'activité est pénalement punissable (article 42 de l'A.R. n° 185 précité).

On trouve des dispositions s'inspirant de la même préoccupation dans la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances et dans la loi du 9 juillet 1957 réglant les ventes à tempérament et leur financement.

⁽⁵⁶⁾ Exposé des motifs du projet de loi, *Doc. Parl.*, Ch., 1970-1971, n° 966-1, p. 4.

⁽⁵⁷⁾ LE BRUN J., *R.P.D.B.*, *Complément V*, V° Épargne publique, pp. 576 et 577.

III. SIGNIFICATION DE POLITIQUE CRIMINELLE

La brève description des chemins empruntés par la répression en droit pénal des affaires a convaincu tant de la diversité de ceux-ci que de l'originalité des solutions retenues. Il importe à présent de tenter de dégager leurs significations en termes de politique criminelle. La réflexion se développera autour de deux idées centrales : pénalisation-dépénalisation et fiscalisation du droit pénal.

A. Pénalisation – dépénalisation

1) Le paradoxe actuel

La première observation consiste à relever le paradoxe actuel où l'on multiplie d'un côté les déclarations en faveur d'une simplification de la réglementation et de la décriminalisation ou, à tout le moins, de la dépénalisation⁽⁵⁸⁾, et le phénomène législatif moderne caractérisé par une inflation législative qui est bien souvent également une «inflation pénale».

La réalité contemporaine consiste dans un mouvement presque continu de criminalisation⁽⁵⁹⁾. Les lois nouvelles sont presque systématiquement assorties de sanctions pénales. Observant ce phénomène, un auteur écrit : «C'est pour vouloir négliger cette vue d'ensemble, cette étude fondamentale des préalables de l'incrimination et de la sanction, que le législateur a laissé se développer un droit pénal anarchique et inconsistant, dont on a peine à retrouver les principes, et qui permet toutes les applications possibles. Fort heureux que les parquets fassent généralement de cet énorme magma un usage mesuré : il y a dans notre potentiel pénal d'incriminations, de peines et de mesures, tout ce qui suffit à un régime fort»⁽⁶⁰⁾.

Le droit positif actuel est donc bien éloigné du vœu du professeur Levasseur selon lequel «Toute société doit s'efforcer de réduire le

⁽⁵⁸⁾ Voy. notamment les travaux concernant «les aspects particuliers de la réforme du droit pénal» publiés dans *Ann. Dr. Lv.*, 1983, n^{os} 1-2, 161 pages.

⁽⁵⁹⁾ Voy. LECLERCQ J., «Variations sur le thème pénalisation-dépénalisation», *Rev. dr. pén. crim.*, 1978, pp. 815-816 ; VAN DE KERCHOVE M., «Médicalisation et fiscalisation du droit pénal : deux versions asymétriques de la dépénalisation», *Déviance et société*, 1981, p. 1 ; TULKENS F., «La place et la perception de la criminalité d'affaires dans la réforme du Code pénal», *Ann. Dr. Lv.*, 1983, pp. 18 et 19.

⁽⁶⁰⁾ KELLENS G., «Diversification des sanctions», *Ann. Dr. Lv.*, 1983, p. 121.

champ ouvert à sa justice répressive»⁽⁶¹⁾. Il faut donc abandonner le réflexe du recours au pénal⁽⁶²⁾.

De plus, ces textes sont souvent d'une qualité légistique douteuse⁽⁶³⁾. La multiplicité des textes se transforme petit à petit en incohérence du système.

Toutefois si l'analyse se déplace des textes vers leur application concrète, le résultat diffèrera. Dès que l'on s'interroge en effet sur «l'effectivité» du droit pénal des affaires⁽⁶⁴⁾, on constate que le mouvement continu de criminalisation observé au niveau législatif, ne se traduit pas par un accroissement parallèle des poursuites pénales dans ces matières. Ainsi, par exemple, les statistiques judiciaires nous apprennent qu'en 1975, les tribunaux correctionnels de l'ensemble du pays n'ont condamné que soixante prévenus pour infraction aux lois coordonnées sur les sociétés commerciales⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶¹⁾ «Droit social et droit pénal», in *Études de droit du travail offertes à A. Brun*, Paris, Librairie sociale et économique, 1974, p. 324.

⁽⁶²⁾ «Diversification des sanctions», *Ann. Dr. Lv.*, 1983, p. 121.

⁽⁶³⁾ SACRE R., «La responsabilité pénale des dirigeants d'entreprise», *Ann. Dr. Lv.*, 1983, pp. 33 à 35.

⁽⁶⁴⁾ C'est-à-dire sur la mesure dans laquelle une norme est appliquée (Voy. KEILLENS G., *op. cit.*, p. 120).

⁽⁶⁵⁾ Voy. BOSLY H.-D. et SPREUTELS J. P., *op. cit.*, p. 52. Certes ce chiffre ne reprend pas toutes les affaires jugées dans lesquelles des infractions à la législation sur les sociétés commerciales ont été relevées. En effet, les statistiques judiciaires ne mentionnent que l'infraction susceptible d'entraîner la peine la plus lourde lorsqu'un prévenu est condamné pour plusieurs infractions. Or les praticiens du droit de la faillite savent que de nombreux banqueroutiers sont également poursuivis pour infraction aux lois sur les sociétés commerciales. Mais ces dernières n'apparaissent alors pas à la statistique pour la raison qui vient d'être énoncée. Dans tous ces cas, non seulement les dispositions pénales en matière de sociétés commerciales apparaissent comme accessoires, mais encore elles ne jouent aucun effet préventif puisqu'elles s'appliquent à des sociétés en faillite. Il est dès lors essentiel de connaître le nombre de prévenus jugés exclusivement ou au moins principalement pour infraction à cette législation. Le chiffre cité plus haut conservé donc tout son intérêt. Pour être complet, on ajoutera toutefois à ce chiffre celui des «transactions». Car pour ce genre d'infractions, le parquet propose souvent l'extinction de l'action publique moyennant le paiement d'une somme d'argent. Concernant cette législation, on lira : BOSLY H.-D., «Le droit pénal des sociétés», *Rev. prat. soc.*, 1974, pp. 83-126. DUPLAT J. L., «Aspects nouveaux du droit de la banqueroute, du droit pénal comptable et du droit pénal des sociétés commerciales», in *L'évolution récente du droit commercial et économique*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau, 1978, pp. 382 et ss.

Les associations de consommateurs souhaitent une application plus constante des dispositions pénales contenues dans les lois qui ont pour objet la protection des consommateurs ⁽⁶⁶⁾.

En France, M^{me} Delmas-Marty écrit que «si l'on se réfère aux chiffres la délinquance d'affaires serait le domaine privilégié des silences du droit pénal» ⁽⁶⁷⁾. Elle précise également que cette délinquance atteint à peine 2,5 % de la criminalité apparente en 1979 ⁽⁶⁸⁾.

Plusieurs explications ont été fournies à propos de ce phénomène :

La première tient au peu d'empressement qui est mis à surveiller l'application effective de ces différentes législations. «La prolifération des normes ainsi que les distorsions, de plus en plus fréquentes, entre leur prescrit et la possibilité réelle de leur mise en œuvre entraînant la multiplication des phénomènes de tolérance à la transgression (en matière de respect de l'environnement ou de sécurité du travail, par exemple), ou encore le contournement de la justice étatique sous forme de «circuits de dérivation» (en matière de règlement conventionnel de responsabilité entre compagnies d'assurance, par exemple)» ⁽⁶⁹⁾.

La seconde tient à la mauvaise rédaction des textes ou simplement à leur rédaction complexe (ou les deux à la fois). Citons à titre d'exemple l'application concurrente de la loi sur la protection des consommateurs de 1977 et la loi sur les pratiques du commerce de 1971 ⁽⁷⁰⁾. Un auteur se plaint de l'abondance de textes non coordonnés, d'une qualité légistique souvent defectueuse et dont la mise en application se fait au travers d'arrêtés royaux eux-mêmes explicités par des arrêtés ministériels ⁽⁷¹⁾.

⁽⁶⁶⁾ SCREVEN R., «Aspects pénaux de la protection du consommateur», *Rev. dr. pén. crim.*, 1973-1974, p. 653 ; FONTAINE M. et BOURGOIGNIE T., *Le droit de la consommation en Belgique*, New York et Londres, Van Nostrand Reinhold, 1981, p. 11 ; *Vers une nouvelle position juridique du consommateur : les propositions de Test-Achats*, Bruxelles, 1981, p. 78.

⁽⁶⁷⁾ «Rendre le droit pénal des affaires plus dissuasif», *Rev. dr. pén. crim.*, 1981, p. 299.

⁽⁶⁸⁾ *Ibid.*

⁽⁶⁹⁾ OST F., «Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice», in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, Publications des Facultés St. Louis, 1983, pp. 24-25.

⁽⁷⁰⁾ VOY. la démonstration de STUYCK J., «Enkele beschouwingen over de respectieve rol van strafrecht en privaatrecht bij de handhaving van het levensmiddelenrecht», *Panopticon*, 1982, pp. 193 et ss.

⁽⁷¹⁾ SACRE R., «La responsabilité pénale des dirigeants d'entreprise», *Ann. Dr. Lv.*, 1983, pp. 33 et 34.

2) Perspectives nouvelles

Plusieurs propositions s'avèrent indispensables afin de sortir de ce maquis :

a) Une harmonisation de la législation s'avère indispensable afin de la rendre plus claire, et plus compréhensible et d'en permettre ainsi une meilleure application ⁽⁷²⁾.

b) Une impulsion nouvelle doit être donnée à la dépenalisation et à la décriminalisation. «L'opportunité d'une incrimination pénale devrait s'apprécier non seulement en fonction du prix qu'exige le contrôle social d'un comportement, mais surtout en fonction de l'importance des valeurs que l'on entend protéger» ⁽⁷³⁾. Il importe de recréer cette différence entre le principal et l'accessoire et de renoncer au droit pénal là où ce recours n'est pas indispensable.

La solution préconisée par la loi du 14 juillet 1971 sur les pratiques du commerce paraît pouvoir être préférée. Mais certaines réformes s'imposent néanmoins. Ainsi, sont concernés les articles 54 bis et 55 bis insérés par la loi du 4 août 1978 sur les pratiques du commerce. L'article 54 bis énumère divers actes qui peuvent notamment être considérés comme contraires aux usages honnêtes en matière commerciale. Les points 7 à 10 concernent le respect de certaines obligations prévues par la législation sociale. Il en résulte que des infractions à la législation sociale peuvent donner lieu à trois procédures judiciaires différentes ⁽⁷⁴⁾ : soit l'action civile portée devant le tribunal du travail (art. 578 et ss. du Code judiciaire), soit l'action pénale mue à l'initiative de l'auditeur du travail ou de la partie civile devant le tribunal correctionnel, soit l'action en cessation portée devant le président du tribunal de commerce à la requête du Ministre de l'emploi et du travail ou du Ministre de la prévoyance sociale ⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷²⁾ MATTHIJS J., «Een dwingende noodzaak : het systematiseren en het opbouwen van een zelfstandig gestructureerd economisch strafrecht en strafprocesrecht», *R.W.*, 1975-1976, col. 321-348 et 385-414.

⁽⁷³⁾ PIRET J. M., «La rencontre du citoyen et de la justice pénale», *Rev. dr. pén. crim.*, 1974-1975, p. 680.

⁽⁷⁴⁾ Sans oublier le pouvoir des inspecteurs du travail d'adresser un avertissement au contrevenant. Lire à ce sujet BOSLY H.-D., *Les sanctions en droit pénal social belge*, Gand, Story-Scientia, 1979, pp. 130-136.

⁽⁷⁵⁾ *Voy. supra*, pp. 14 et 15.

B. *Le rôle du droit pénal dans le domaine des affaires* ⁽⁷⁶⁾

Le point de départ de pareille réflexion réside dans la conjonction de l'observation de Sutherland et de l'analyse de la législation actuelle. Si l'existence de «circuits de dérivation» a permis aux délinquants d'affaires d'échapper jusqu'ici à un contrôle social efficace, on plaidera en faveur d'une intervention du droit pénal pour réprimer les comportements les plus graves.

Ainsi, la prise en compte de cette opinion constitue sans doute l'une des raisons de l'affirmation récente du droit pénal fiscal. Le ministère public est compétent pour poursuivre, et les incriminations et les sanctions ont été revues et précisées ⁽⁷⁷⁾. Mais la mise en œuvre de cette nouvelle législation ne manque pas de susciter des difficultés pratiques. Car si les administrations fiscales se voient tenues désormais de dénoncer toutes les infractions fiscales, les parquets ne manqueront pas d'être débordés. Il seront amenés vraisemblablement à classer sans suite ou à «transiger» quand la loi leur permet de le faire. Mais alors, cette double «répression» pénale et administrative se justifie-t-elle si la justice pénale ne dispose pas des moyens suffisants pour traiter cette délinquance ? Ne vaut-il pas mieux réserver la sanction pénale pour les fraudes fiscales les plus graves ⁽⁷⁸⁾ ? Une nouvelle frontière de la répression s'imposerait donc.

Chacun convient de réserver à la sanction pénale le rôle ultime lorsque d'autres modes de contrôle social ont échoué ou sont impraticables. La répression emprunte alors des voies nouvelles : conciliation, diversion ⁽⁷⁹⁾, sanctions administratives. Ces solutions apparaissent comme séduisantes. Mais encore faut-il examiner les objectifs poursuivis et le contour des formules utilisées. Car si la dépénalisation permet de renoncer aux garanties fondamentales du droit pénal, elle ne peut être acceptée. L'attention vient d'être attirée par l'affaire

⁽⁷⁶⁾ Voy. par exemple : *Le rôle du droit pénal dans la protection des consommateurs*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1983, 26 pages.

⁽⁷⁷⁾ Voir les lois du 8 août 1980 et du 10 février 1981.

⁽⁷⁸⁾ Voy. les réflexions de DETRY J., «La fraude fiscale : législation récente, pratique administrative», *Ann. Dr. Lv.*, 1981, pp. 357-358 et LAMBEAU P., «La fraude fiscale : pratique judiciaire», *Ann. Dr. Lv.*, 1981, pp. 366-367.

⁽⁷⁹⁾ Voy. sur ces notions : DELMAS-MARTY M., *Les chemins de la répression*, Paris, P.U.F., pp. 200-204.

Deweer⁽⁸⁰⁾. En l'espèce le procureur du Roi de Louvain avait ordonné la fermeture provisoire de la boucherie du contrevenant qui n'avait pas respecté la réglementation en matière de prix. Le parquet avait précisé que cette fermeture prendrait fin le lendemain du versement d'une somme de 10.000 frs b. à titre transactionnel. Le contrevenant s'était empressé de payer cette somme. Dans son arrêt du 27 février 1980, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que la renonciation du contrevenant à un procès équitable, entouré de l'ensemble des garanties que la Convention exige en la matière, se trouvait entachée de contrainte. En conséquence la Cour a décidé que l'État belge avait en l'espèce méconnu le droit au procès équitable du prévenu⁽⁸¹⁾. Depuis lors un projet de loi a été déposé afin de mettre le droit interne en conformité avec la Convention en supprimant la possibilité d'utiliser conjointement la procédure de règlement transactionnel et la fermeture provisoire⁽⁸²⁾.

C'est dans le même souci que plusieurs auteurs ont réfuté la qualification d'«administrative» conférée à certaines sanctions : ainsi les amendes infligées par la Commission des Communautés européennes en cas d'infraction aux règles de la concurrence⁽⁸³⁾ et les amendes prévues par la législation fiscale⁽⁸⁴⁾. Il s'agit de véritables sanctions pénales auxquelles s'appliquent les principes généraux du droit pénal. Mais l'enjeu de ce débat relatif à la qualification de la sanction se situe ailleurs. Il détermine le choix des institutions chargées de poursuivre et de décider de l'application de la sanction. En qualifiant la sanction d'administrative, on enlève au ministère public le pouvoir de poursuivre et au juge répressif celui de juger dans cette matière. Ce chan-

⁽⁸⁰⁾ *Publications de la Cour européenne des droits de l'homme*, série A, n° 35.

⁽⁸¹⁾ Voir référence précédente.

⁽⁸²⁾ Projet de loi modifiant la loi du 22 janvier 1945 sur la réglementation économique et les prix, *Doc. Parl., Sénat*, 1982-1983, n° 459-1.

⁽⁸³⁾ LEGROS R., «Note sous les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes du 15 juillet 1970», *J.T.*, 1971, pp. 147 à 149 et l'arrêt B.M.W. et le droit pénal européen, *Cahiers de droit européen*, 1980, pp. 220-239. Qualifier cette amende d'administrative est une fiction considérée comme nécessaire pour permettre à une institution, qui n'est pas un juge national, d'infliger des amendes pouvant au besoin s'appliquer directement à des personnes morales (entreprises).

⁽⁸⁴⁾ MESSINNE J., «Infractions fiscales», in SPREUTELS J. P. et MESSINNE J., *Questions spéciales de droit pénal, L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau, 1981, pp. 385, 389 et 391.

gement n'est pas indifférent pour le justiciable. N'a-t-on pas vu en effet les chambres syndicales des médecins exiger, à l'issue de la grève, que les délits commis par les médecins en matière d'assurance-maladie-invalidité soient jugés par les tribunaux de police et non pas par les tribunaux correctionnels (article 103 de la loi sur l'assurance maladie-invalidité obligatoire modifié par la loi du 8 avril 1965). Ce qui vaut entre les différentes juridictions prend encore plus de valeur si l'on choisit des juridictions non pénales. A l'inverse, il faut éviter que les procédures nouvelles ne constituent de véritables «circuits de dérivation» permettant à certains «délinquants» de poursuivre leurs activités en toute quiétude. Des procédures trop longues ou trop complexes aboutissent dans la pratique à l'impunité de l'auteur du fait dommageable. Notre loi du 27 mai 1960 sur la protection contre l'abus de puissance économique a multiplié à l'excès les obstacles à l'aboutissement des procédures. Or les recherches relatives à la criminalité des affaires ont mis en valeur la nécessité, tant du point de vue de la santé de la démocratie que de l'efficacité de la loi, de recourir à des procédures susceptibles de faire cesser effectivement des abus qui causent un préjudice social considérable⁽⁸⁵⁾.

Dans la même perspective, on ne peut qu'éprouver quelques réserves à l'égard d'un mouvement de «fiscalisation» du droit pénal. Dans une étude récente, le professeur M. van de Kerchove s'interrogeait sur la «médicalisation» et la «fiscalisation» du droit pénal⁽⁸⁶⁾. Observant les modifications législatives récentes en droit pénal des affaires (loi du 30 juin 1971, loi du 24 janvier 1977 ...) l'auteur constate que la réaction sociale prend une forme exclusivement pécuniaire de sorte que ces amendes sont ressenties comme de simples taxes⁽⁸⁷⁾. Le contrevenant, craint-il, perd le sentiment que la règle pénale entend se voir considérée sérieusement comme un modèle de comportement⁽⁸⁸⁾. Il observe ensuite que la fiscalisation des infractions économiques et sociales révèle une tendance très nette à la «désindividualisation»⁽⁸⁹⁾. Il en

⁽⁸⁵⁾ BOSLY H.-D., «Contribution du droit pénal social et économique à la rénovation de la politique criminelle», in *Dangerosité et justice pénale*, Genève, 1981, p. 315.

⁽⁸⁶⁾ «'Médicalisation' et 'fiscalisation' du droit pénal : deux versions asymétriques de la dépenalisation», in *Déviante et société*, 1981, pp. 1 à 23.

⁽⁸⁷⁾ Ajoutons depuis lors les lois du 22 avril 1982 (*Mon.*, 22 juin) et du 21 juin 1983 (*Mon.*, 15 juillet).

⁽⁸⁸⁾ *Op. cit.*, p. 7.

⁽⁸⁹⁾ *Op. cit.*, p. 9.

conclut que cette délinquance est perçue comme une délinquance d'adaptation à la rationalité économique dominante alors que la délinquance de droit commun est au contraire le signe d'une inadaptation⁽⁹⁰⁾.

Cette analyse conduit tout naturellement à des rapprochements, d'abord avec les conclusions tirées par Sutherland⁽⁹¹⁾, ensuite avec le problème de la responsabilité pénale des personnes morales qui permet la consécration d'une forme de responsabilité collective⁽⁹²⁾.

Ces réflexions n'ont pas pour but de semer le doute quant au bien fondé du mouvement de dépenalisation. Elles ne doivent permettre que d'en découvrir les errements occasionnels.

Ainsi, par exemple, le droit de la consommation pourrait renoncer aux sanctions pénales dans une certaine mesure pour autant que le droit d'action en justice des groupements soit admis plus largement dans notre droit⁽⁹³⁾. Cette solution permet de compenser l'inégalité économique du consommateur isolé par rapport aux fournisseurs. Dans le même ordre d'idées le dépistage des faillites est fort utile⁽⁹⁴⁾.

CONCLUSIONS

L'étude du droit pénal des affaires nous a amené à poser des questions fondamentales sur la fonction du droit pénal dans le monde

⁽⁹⁰⁾ *Op. cit.*, pp. 15-16.

⁽⁹¹⁾ Voir *supra*, p. 4.

⁽⁹²⁾ Voy. D'HAENENS J., «Sanctions pénales et personnes morales», *Rev. dr. pén. crim.*, 1975-1976, pp. 731 à 759 ; TROUSSE P. E., «Sanctions pénales et personnes morales», *Rev. dr. pén. crim.*, 1975-1976, pp. 720 à 730 ; LEGROS R., «Observations sur le rapport de juin 1978 de la commission pour la révision du Code pénal», *J.T.*, 1980, pp. 23-25 ; COLAËS J., «De onderneming : een uitdaging voor het recht», *R.W.*, 1979-1980, col. 2295 à 2322 ; DELATTE P., «La question de la responsabilité pénale des personnes morales en droit belge», *Rev. dr. pén. crim.*, 1980, pp. 191-223.

⁽⁹³⁾ Voy. *Le rôle du droit pénal dans la protection des consommateurs*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1983, 26 pages ; BOSLY H.-D. et SPREUTELS J. P., «Aspects actuels du droit pénal des affaires en Belgique», *Rev. dr. pén. crim.*, 1983, pp. 31 à 33 ; DELATTE P., «Chronique de législation pénale», *Rev. dr. pén. crim.*, 1982, pp. 541 et 542 ; DU JARDIN J., «Algemeen belang en groepsbelang», *R.W.*, 1968-1969, col. 677 et ss.

⁽⁹⁴⁾ Voy. DUPLAT, «Le rôle de prévention des mécanismes étatiques», *Rev. intern. dr. pén.*, 1982, pp. 57-71.

d'aujourd'hui. De leur réponse dépend bien plus que l'évolution d'une discipline ; l'enjeu concerne directement la démocratie politique et sociale. Car de nouvelles voies d'évitement de la sanction formelle méritent d'être explorées, mais à la condition qu'elles permettent de restituer le civisme, un temps défailant, des justiciables ⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹⁵⁾ Voy. KELLENS G., «Diversification des sanctions», *Ann. Dr. Lv.*, 1983, p. 126.

TITRE XI

L'extradition des délinquants d'affaires

par Jean P. Spreutels

LES SILENCES DE LA RÉPRESSION

1. La délinquance d'affaires est le domaine privilégié des silences du droit pénal⁽¹⁾. Certes, l'inflation législative que l'on observe, ces dernières décennies, aussi dans d'autres disciplines juridiques, atteint particulièrement le droit économique. Et il est devenu classique d'assortir les lois nouvelles de dispositions pénales. Mais ce mouvement continu de criminalisation ne se traduit nullement par un accroissement parallèle du nombre des poursuites pénales et des jugements⁽²⁾. Cette présence réduite du droit pénal est due à de nombreux facteurs, dont l'analyse dépasserait le cadre de cet article⁽³⁾.

(1) L'expression est de MARTY-DELMAS, M., «Rendre le droit pénal des affaires plus dissuasif», *Rev. dr. pén. crim.*, 1981, p. 299.

(2) Voy. BOSLY, H. D. et SPREUTELS, J. P., «Aspects actuels du droit pénal des affaires en Belgique», *Rev. dr. pén. crim.*, 1983, p. 52, n° 49.

(3) Voy. par exemple l'étude effectuée à ce propos par le Comité européen pour les problèmes criminels, *La criminalité des affaires*, Strasbourg, 1981, notamment pp. 21 et suiv. et pp. 58 et suiv. Ce qui paraît essentiel «c'est que l'existence d'une contradiction entre le développement d'un droit pénal des affaires, national ou international, et la persistance d'une criminalité apparente très faible, donc d'un chiffre noir vraisemblablement très élevé, est d'autant plus grave qu'elle sert aujourd'hui à étayer les théories «abolitionnistes» de ceux qui proposent la suppression du système pénal en démontrant son inefficacité par l'exemple du droit pénal des affaires» (DELMAS-MARTY, M., «Définition, domaine, tendances», introduction aux travaux du Séminaire international sur la criminalité d'affaires à l'Institut supérieur international de sciences criminelles de Syracuse, 24-29 novembre 1980, *Rev. intern. dr. pén.*, 1982, p. 31). Les thèses abolitionnistes ont encore été réaffirmées et combattues avec une vigueur égale lors du neuvième congrès international de criminologie qui s'est tenu à Vienne, du 25 au 30 septembre 1983. Voy. LE GENDRE, B., «Faut-il brûler le Code pénal ?», *Le Monde* du 4 octobre 1983.

A vrai dire, les lacunes les plus graves se situent dans le domaine des affaires internationales. «C'est, au fond, toujours la même idée que la faiblesse – ici, la quasi-absence – de tout risque sérieux d'être pris et condamné laisse le champ libre à ces stimulants de la criminalité d'affaires que sont le goût effréné du lucre, du pouvoir et de l'accroissement de la productivité»⁽⁴⁾. Ainsi, «cette ignorance de l'infraction devient presque totale s'agissant des véritables fraudes internationales». On le verra plus loin, l'entraide judiciaire internationale est encore très lacunaire en ce domaine, «tandis qu'un providentiel secret – secret bancaire ou secret des affaires – empêche pratiquement la divulgation des renseignements nécessaires à l'enquête. On comprend que, dans un système national et international aussi protecteur, seuls les imbéciles soient pris !»⁽⁵⁾.

LA VOLONTÉ DE PUISSANCE

2. Le danger que peuvent représenter les sociétés multinationales est à la mesure de leurs dimensions⁽⁶⁾, qui paraissent privilégier certains schémas délictueux, tels que l'abus de puissance dominante et les infractions fiscales, tout en rendant particulièrement difficiles les poursuites pénales⁽⁷⁾. Ainsi, «qu'on le veuille ou non, les pouvoirs économiques privés se sont amenagé un espace propre (... et) dictent même des comportements aux États, sans qu'aucun droit posé par ceux-ci ne procure aux agents privés un encadrement juridique qu'ils ont eux-mêmes construit à partir du pouvoir qu'ils assument aujourd'hui»⁽⁸⁾.

⁽⁴⁾ *La criminalité des affaires*, p. 37.

⁽⁵⁾ DELMAS-MARTY, M., *Les chemins de la répression, lectures du Code pénal*, Paris, PUF, 1980, p. 112, qui apporte toutefois un indispensable tempérament à une prise de position qui pourrait paraître sinon excessive : «Il est vrai qu'ici apparaît également le piège dans lequel il serait trop tentant de tomber : faire précisément de tous les hommes d'affaires les «déviants» de demain, et désigner à l'avance leur groupe social comme potentiellement délinquant. En croyant rétablir l'équilibre, on ne fait que rétablir, en l'inversant, la présomption de préculpabilité dont on frappe globalement l'autre – qui ne serait plus le pauvre, mais le riche. C'est exactement la même erreur que faisait Jean Genet à propos des terroristes et de la police». (*Ibid.*, pp. 112-113).

⁽⁶⁾ RIGAUX, M., «Sur la route du droit pénal européen», *Rev. dr. pén. crim.*, 1972-1973, p. 658.

⁽⁷⁾ DELMAS-MARTY, M. et TIEDEMANN, K., «La criminalité, le droit pénal et les multinationales», *J.C.P.*, 1979, I, 2935, n° 34.

⁽⁸⁾ RIGAUX, F., *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pedone, 1977, p. 412, n° 223.

Ce qui montre le caractère artificiel de la frontière entre le droit public et le droit privé, frontière «d'autant plus artificielle qu'à l'abri des structures formelles du droit privé s'est édifié un pouvoir économique qui aujourd'hui traite de puissance à puissance avec les gouvernements»⁽⁹⁾.

Certes, il existe une volonté d'auto-réglementation par le biais de codes de conduite⁽¹⁰⁾. Mais il ne s'agit, bien évidemment, que d'obligations purement morales⁽¹¹⁾. Face à ce véritable contre-pouvoir des transnationales, «nouvelles organisatrices de l'espace économique international, le pouvoir des États, composantes traditionnelles de l'espace politique international, ne survivra que grâce à leur coopération obligatoire»⁽¹²⁾. Et voilà le paradoxe : cette coopération, indispensable à la défense de la souveraineté des États, est encore perçue comme une atteinte à cette souveraineté ! Nous touchons là au caractère ambigu du droit pénal international.

UN DROIT SCHIZOPHRÈNE

3. Le domaine du droit pénal international, «ce sont toutes les questions pénales qui se posent à n'importe quel titre que ce soit sur le plan international, c'est-à-dire qui comportent un ou plusieurs éléments d'extranéité»⁽¹³⁾. Cette discipline juridique, qui a donc «pour objet les

⁽⁹⁾ *Ibid.*, p. 19, n° 14.

⁽¹⁰⁾ VOY. DELORD-RAYNAL, Y., «Les codes de conduite», *Rev. inter. dr. pén.*, 1982, p. 89. Signalons, en particulier, les Principes directeurs à l'intention des entreprises multinationales, annexés à la Déclaration faite le 21 juin 1976 par les gouvernements des pays membres de l'O.C.D.E., sur l'investissement international et les entreprises multinationales. Ces Principes prévoient, notamment, en matière de fiscalité, que les entreprises doivent fournir les informations requises pour déterminer les impôts à percevoir sur leurs opérations et s'abstenir d'utiliser par exemple des prix de cession interne non conformes aux prix de libre concurrence pour modifier illégalement l'assiette imposable.

⁽¹¹⁾ VAN DER MENSBRUGGHE, Y., «Les Code de conduite pour sociétés multinationales. Quelques réflexions», *Rev. dr. intern. dr. comp.*, 1982, p. 24.

⁽¹²⁾ SCHAEFFER, E., «La coopération entre les États en vue de la prévention et de la répression des pratiques restrictives de concurrence dans le commerce international», *Revue juridique et politique Indépendance et Coopération (R.J.P.I.C.)*, 1983, n° 1-2, p. 462, n° 66.

⁽¹³⁾ LEGROS, R., «Domaine et méthode du droit pénal international», *Rev. dr. pén. crim.*, 1953-1954, p. 855, n° 20.

rapports du droit de punir et de la souveraineté des États»⁽¹⁴⁾ recèle évidemment une contradiction interne, souffre d'une véritable schizophrénie⁽¹⁵⁾. Son caractère pénal l'enracine dans le territoire de l'État à la souveraineté duquel il participe. Son aspect international l'oblige à concéder des abandons de cette souveraineté, car «l'existence d'un droit qui soit, à la fois, pénal *et* international fait poser l'hypothèse d'un *ordre public international*»⁽¹⁶⁾. Le professeur Legros a mis en évidence ce qui est un des phénomènes importants du droit contemporain : la pénétration des facteurs internationaux dans le droit pénal et l'abandon du caractère *essentiellement* territorial ou, pour mieux dire, *nationaliste* de celui-ci⁽¹⁷⁾.

Mais cette transformation profonde du droit pénal est lente et parsemée d'obstacles. Et c'est particulièrement vrai à propos du droit pénal international des affaires, embryon fragile dont le développement est ralenti, à la fois par les contradictions qu'implique son internationalité et par les innombrables entraves que suscite la criminalité économique et financière !

4. Nous avons déjà eu l'occasion d'analyser les principales difficultés que rencontre cette branche naissante du droit pénal international et les remèdes qu'elle tente d'y apporter⁽¹⁸⁾. Nous voudrions examiner ici un aspect particulier de cette problématique que constitue l'extradition des délinquants d'affaires.

ÉNUMÉRATION LIMITATIVE DES INFRACTIONS OU CRITÈRE DU TAUX DE LA PEINE ?

5. On a dit que «le droit extraditionnel est encore trop empreint de l'idée de souveraineté des États»⁽¹⁹⁾. C'est particulièrement vrai en droit pénal des affaires.

⁽¹⁴⁾ LOMBOIS, Cl., *Droit pénal international*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1979, p. 14, n° 18.

⁽¹⁵⁾ LOMBOIS, Cl., «Observations sur l'avant-projet de Code pénal international et rapport final sur les débats du séminaire international de l'Institut de Syracuse sur l'avant-projet», *Rev. intern. dr. pén.*, 1981, p. 533.

⁽¹⁶⁾ LOMBOIS, Cl., *Droit pénal international*, p. 1, n° 1.

⁽¹⁷⁾ Voy. notamment son étude sur «Le principe de la territorialité du droit pénal», *Rapports belges au VIII^e Congrès international de droit comparé*, Bruxelles, 1970, p. 741, n° 9.

⁽¹⁸⁾ Voy. SPREUTELS, J. P., «Vers un droit pénal international des affaires» ?, *J.T.*, 1981, p. 181 ; *Rev. intern. dr. pén.*, 1982, p. 173.

⁽¹⁹⁾ CHAUVY, Y., *L'extradition*, Paris, P.U.F., 1981, p. 122.

Pourtant, aucune règle de droit international n'exclut explicitement les infractions économiques et fiscales du champ d'application de l'extradition⁽²⁰⁾. Toutefois, cette exclusion, partielle ou totale, sera, bien souvent, la conséquence indirecte des lois internes et des conventions internationales qui énumèrent limitativement les infractions pour lesquelles l'extradition est possible.

Si la liste établie par l'article 1^{er} de la loi du 15 mars 1874 sur les extraditions ne comprend aucune infraction fiscale, en revanche, elle inclut plusieurs infractions susceptibles de concerner le domaine des affaires. Il s'agit, essentiellement, de la banqueroute frauduleuse et des «fraudes commises dans les faillites», de l'escroquerie, de l'abus de confiance et de la tromperie, de l'association de malfaiteurs – la délinquance d'affaires internationale peut être une forme de la criminalité organisée⁽²¹⁾ – du faux, de la contrefaçon ou falsification de sceaux, timbres, poinçons et marques, de la corruption de fonctionnaires publics, ainsi que, dans une moindre mesure sans doute, du vol et du recel.

Alors que la loi cite expressément la banqueroute frauduleuse⁽²²⁾, elle ne mentionne pas, comme telle, la banqueroute simple, mais vise, par une formule assez vague, les «fraudes commises dans les faillites», c'est-à-dire les faits de banqueroute simple qui exigent un dol spécial et non les simples imprudences ou négligences⁽²³⁾.

⁽²⁰⁾ Voy. notre étude citée *supra*, note 18, n° 13 et la note 96. Dans le même sens, voy. THOMAS, F., *De Europese rechtshulpverdragen in strafzaken*, Gand, 1980, p. 220, n° 224 ; CATELANI, G. et STRIANI, D., *L'estradizione*, Milan, 1983, p. 254, n° 12. Si parfois on évoque, à ce propos, une «règle traditionnelle consacrée par la loi belge du 15 mars 1874» (CONSTANT, J., «Le traité Benelux d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale du 27 juin 1962», *J.T.*, 1962, p. 491) ou un «principe traditionnel» (LEVASSEUR, G., *Rev. intern. dr. pén.*, 1968, p. 574, n° 31), ce ne peut être que par référence à la situation de fait qui a longtemps prévalu.

⁽²¹⁾ Voy. HERMANN, D. H. J., «The nature and control of the business and corporate activities of organized crime in the United States of America», et TIEDEMANN, K., «Is economic and business crime organized crime ?», *La criminalité organisée, Quaderni*, 2^e année, vol. I, mars 1979, pp. 133 à 183 et 185 à 199.

⁽²²⁾ Il est intéressant de noter que, déjà au xvi^e siècle, cette infraction avait, dans les États allemands, un traitement particulier sur le plan international. En 1577, un règlement impérial de police décida, en effet, que les commerçants coupables de banqueroute frauduleuse seraient saisis au lieu de leur refuge et châtiés suivant les circonstances : compétence universelle. Voy. DONNEDIEU DE VABRES, H., *Introduction à l'étude du droit pénal international*, Paris, 1922, p. 346.

⁽²³⁾ Voy. nos «Considérations sur la banqueroute», in MESSINNE, J. et SPREUTELS,

6. Les traités bilatéraux qui comportent, eux aussi, une énumération des infractions pouvant servir de base à l'extradition, c'est-à-dire la grande majorité, mentionnent, selon les vicissitudes des négociations diplomatiques, soit, comme la loi de 1874, «la banqueroute frauduleuse et les fraudes commises dans les faillites»⁽²⁴⁾, soit la seule banqueroute frauduleuse⁽²⁵⁾, soit encore une autre formule, plus générale⁽²⁶⁾ ou plus précise⁽²⁷⁾.

7. Progressivement, un autre système, plus simple, est appelé à remplacer celui de la liste énumérative : la prise en compte de la gravité de la peine comme critère de l'extradition. Certains traités, parmi les plus récents, se sont timidement engagés dans cette voie, qui suppose évidemment une confiance réciproque accrue entre les États contractants.

Généralement, ces instruments prévoient qu'«aussi longtemps que les Parties contractantes n'en seront pas autrement convenues, l'extradition n'aura lieu que pour les infractions énumérées à l'annexe à la présente Convention»⁽²⁸⁾ ou que «la Partie requise n'est tenue d'ac-

J. P., «Questions spéciales de droit pénal», *L'entreprise en difficulté*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau, 1981, p. 362, n° 43 et les références citées.

⁽²⁴⁾ Autriche-Hongrie (1881), Brésil (1953), Bulgarie (1909), Espagne (1870), Esthonie (1927), Grèce (1904), Italie (1876), Lettonie (1927), Liechtenstein (1936), Lithuanie (1928), Maroc (1961), Mexique (1939), Monaco (1874), Paraguay (1929), Pologne (1931), Roumanie (1881), Saint-Marin (1903), San Salvador (1880), Suisse (1874), Tchécoslovaquie (1928), Siam (1937), Russie (1872).

⁽²⁵⁾ Argentine (1888), Bolivie (1908), Chili (1904), Colombie (1914), Costa-Rica (1903), Cuba (1905), Danemark (1876), Equateur (1889), Finlande (1928), Grande-Bretagne (1902), Guatemala (1898), Honduras (1901), Liberia (1895), Liban (1965), Nicaragua (1907), Pérou (1890), Portugal (1876), Suède et Norvège (1870), Turquie (1938), Venezuela (1885).

⁽²⁶⁾ «Actes frauduleux (commis) dans les faillites» : Algérie (1971), Tunisie (projet) et Yougoslavie (1973, annexe). «Les crimes et délits commis en violation de la loi sur les faillites» (États-Unis, Convention additionnelle, 1935).

⁽²⁷⁾ «Banqueroute frauduleuse et acte illégal dans la liquidation d'une faillite en vue de favoriser soit le failli, soit un créancier» (R.F.A., 1959). «La banqueroute frauduleuse et les fraudes dans les faillites prévues à la fois par les articles 489, §3, et 490, §§ 1^{er} à 4, du Code pénal belge, et par les articles 591, 593, n°s 1 et 2, et 597 du Code de commerce français» (France, 1875). «Banqueroute frauduleuse pour autant que la peine prévue par la loi dépasse 3 ans d'emprisonnement» (Israël, 1957).

⁽²⁸⁾ Algérie (1971) : l'annexe vise les «actes frauduleux dans les faillites». Yougoslavie (1973) : même remarque. Roumanie (1976) : la banqueroute ne figure pas dans l'annexe. Hongrie (projet).

corder l'extradition que pour les infractions pouvant donner lieu à extradition soit en vertu de sa loi nationale, soit en vertu de Conventions internationales»⁽²⁹⁾. La méfiance reprend donc le dessus et le traité n'est, sur ce point, moderne qu'en apparence !

Les nouvelles conventions avec l'Italie et la France, qui ne sont pas encore ratifiées, ne contiennent plus de telles restrictions, conséquence des liens plus étroits unissant ces pays au nôtre. C'est évidemment aussi le cas pour le Traité Benelux d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale du 27 juin 1962.

8. *De lege ferenda*, il faut mentionner le récent projet de loi modifiant l'article 1^{er} de la loi du 15 mars 1874 sur les extraditions⁽³⁰⁾, qui abandonne le système de l'énumération «au profit du système moderne qui fonde l'extradition sur la nécessité de la double incrimination des faits liée au taux de la peine comminée ou prononcée»⁽³¹⁾. Bien entendu, comme le rappelle l'exposé des motifs, «le projet, en éliminant la liste énumérative dans la loi, n'abroge nullement les traités d'extradition en vigueur qui la prévoient»⁽³²⁾.

Selon le projet, ne pourraient «donner lieu à extradition que les faits punissables, aux termes de la loi belge et de la loi étrangère, d'une peine privative de liberté dont la durée maximum atteint ou dépasse un an. Lorsque l'extradition est demandée pour l'exécution d'une peine prononcée, celle-ci doit atteindre une durée d'au moins quatre mois d'emprisonnement. Lorsqu'il s'agit de l'exécution d'une mesure de sûreté, la privation de liberté ordonnée doit être d'une durée indéterminée ou atteindre au moins quatre mois».

Le système du taux de la peine a déjà été adopté par bon nombre de pays avec lesquels la Belgique est amenée à conclure de nouvelles conventions ou à moderniser les conventions existantes, comme l'Ir-

⁽²⁹⁾ Norvège (1981). Toutefois, les Parties contractantes peuvent convenir à tout moment, par échange de lettres, de modifier ou d'abroger cette disposition (*Moniteur*, 27 août 1983, p. 10.742).

⁽³⁰⁾ *Doc. parl.*, Chambre, 1982-1983, 531, n° 1.

⁽³¹⁾ Exposé des motifs, *ibid.*, p. 2.

⁽³²⁾ «La loi constituerait uniquement un ensemble de règles prohibitives et permises, dans le cadre desquelles le Gouvernement pourrait conclure des conventions, étant entendu que les accords ne devraient pas nécessairement être calqués sur la loi. C'est ainsi que le Gouvernement pourrait dans un traité soit inclure une liste de faits, soit fixer des taux de peines supérieurs à ceux prévus par la loi» (*Ibid.*, p. 3).

lande, les Pays-Bas, le Danemark, la Roumanie, l'Italie⁽³³⁾, ainsi que la France, depuis la loi du 10 mars 1927.

Les traités bilatéraux qui abandonnent la liste des infractions doivent être soumis à la lourde procédure de l'assentiment des Chambres législatives, car ils dérogent sur un point important à la loi du 15 mars 1874⁽³⁴⁾. La modification de celle-ci dans le sens du projet supprimera évidemment cet inconvénient. Les autres avantages du système du taux de la peine, qui est d'ailleurs celui prévu par la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957, que la Belgique a signée mais n'a pas ratifiée, ont déjà été abondamment décrits par la doctrine⁽³⁵⁾. Contentons-nous de remarquer que cette réforme permet un accroissement considérable du nombre des faits qui seront susceptibles de donner lieu à extradition⁽³⁶⁾ et parmi eux figureront de nombreuses infractions économiques et fiscales⁽³⁷⁾.

ASSOUPLISSEMENT DE LA RÈGLE DE LA DOUBLE INCRIMINATION

9. Mais deux obstacles vont encore surgir : les délits économiques se heurteront à l'application du principe de la double incrimination, tandis

⁽³³⁾ *Ibid.*, p. 2.

⁽³⁴⁾ Voy. l'avis du Conseil d'État sur le projet de loi portant approbation de la Convention d'extradition entre le Royaume de Belgique et la République française, signée à Bruxelles, le 24 février 1972, *Doc. parl.*, Chambre, 1975-1976, 977, n° 1, p. 5.

⁽³⁵⁾ Voy. notamment LOMBOIS, Cl., *Droit pénal international*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1979, p. 555 ; LEVASSEUR, G., «Coup d'œil sur l'évolution de l'extradition en droit positif français depuis la seconde guerre mondiale», in *Mélanges en l'honneur du Doyen P. BOUZAT*, Paris, Pedone, 1980, p. 493, n° 3 ; JULIEN-LAFERRIÈRE, F., «L'évolution récente du droit français de l'extradition», *Rev. dr. public et sc. polit.*, 1979, p. 822 ; CHAUVY, Y., *L'extradition*, Paris, PUF, 1981, p. 57.

⁽³⁶⁾ Avis du Conseil d'État précité, p. 5. Les travaux préparatoires de la loi portant approbation de la Convention franco-belge de 1972 font «observer que cette extension doit être considérée comme un moyen positif permettant de mieux combattre le fléau croissant de la criminalité internationale» (Avis de la Commission de la Justice du Sénat, rapport fait par M. GOOSSENS, *Doc. parl.*, Sénat, 1981-1982, 223, n° 2, p. 4).

⁽³⁷⁾ Voy. l'avis du Conseil d'État sur le projet de loi modifiant l'article 1^{er} de la loi du 15 mars 1874 sur les extraditions, *Doc. parl.*, Chambre, 1982-1983, 531, n° 1, p. 6, qui souligne que ce projet «donne incontestablement au Gouvernement des pouvoirs plus étendus que ceux contenus dans les instruments précités (Traité Benelux, Convention européenne, Convention franco-belge). En effet, il est applicable sans distinction ni réserve aux infractions militaires et fiscales».

que les délits fiscaux feront l'objet de nouvelles exceptions, spécifiques et expresses cette fois.

10. En raison de leur finalité propre – la défense d'un système économique déterminé – ainsi que de la particularité des agissements qu'ils visent, les délits économiques ne répondent pas toujours à la condition de réciprocité d'incrimination⁽³⁸⁾. Ici donc, plus qu'ailleurs, comme l'écrit le professeur Screvens, de façon plus générale, «à défaut de pouvoir aboutir à une unification des droits pénaux, qui apparaît toujours utopique ne fût-ce qu'en raison de traditions et de besoins particuliers, il serait souhaitable de réduire tout au moins certaines divergences entre les législations nationales de façon à simplifier les problèmes que posent notamment le principe de la double incrimination, encore souvent applicable, et celui de l'exécution des sanctions»⁽³⁹⁾.

11. La méfiance réciproque des États est plus intense encore en matière d'infractions fiscales. Comme l'adoption du système du taux de la peine risquerait d'admettre le principe de l'extradition de leurs auteurs, on s'est résolu soit à les exclure purement et simplement⁽⁴⁰⁾,

⁽³⁸⁾ LOMBOIS, Cl., *Droit pénal international*, p. 554, n° 431. On trouvera un aperçu des difficultés auxquelles donne lieu l'application de cette condition dans les rapports d'extradition entre la Belgique et les Pays-Bas à propos du délit d'émission de chèque sans provision dans SCHUTTE, J. J. E., «Uitlevering tussen België en Nederland», in «*Uitlevering tussen België en Nederland volgens het Benelux-Verdrag aangaande de uitlevering en de wederzijdse rechtshulp in strafzaken*», Zwolle, 1977, p. 15.

⁽³⁹⁾ SCREVENS, R., «Collaboration en matière pénale et tentatives d'harmonisation du droit pénal de certains groupes d'États», *Droit pénal européen*, Bruxelles, 1970, p. 613. «La double incrimination des infractions économiques, douanières, de change, etc... supposerait que ces délits soient envisagés moins *in abstracto* qu'*in genere* : faute de quoi, il ne reste que la méthode de la nomenclature qui, en ces matières, ne prend en considération que la qualification au regard du droit de l'État requérant», précise LOMBOIS, *op. cit.*, p. 603, note 431.

⁽⁴⁰⁾ Convention belgo-hongroise (projet), article 4, C : «L'extradition n'est pas accordée (...) pour les infractions en matière de douane, d'impôts, de taxes et de change». En France également, ces infractions sont exclues par certains traités bilatéraux, et l'on a souligné que l'application qui en est faite «restreint encore le domaine de l'extradition, refusée alors même que le délit mettrait en jeu, en concours avec la qualification spéciale visée par la Convention, une qualification de droit commun, d'escroquerie par exemple». (DELMAS-MARTY, M., «Criminalisation et infractions financières, économiques et sociales», *Rev. sc. crim. dr. pén. comp.*, 1977, p. 514). Le

soit à les soumettre à des conditions particulières. C'est en général cette dernière solution qui a prévalu. L'extradition n'est, dans ce cas, accordée, en matière de taxes, d'impôts, de douane et de change ⁽⁴¹⁾, que dans la mesure où il en aura été ainsi décidé par simple échange de lettres pour les infractions ou catégories d'infractions spécialement désignées ⁽⁴²⁾.

Apparemment, il doit exister très peu de ces échanges de lettres, peut-être même aucun. Comme l'indique le professeur Levasseur «ceci laisse donc en suspens le point de savoir s'ils viseront un ensemble d'infractions, ou certaines catégories, voire des cas d'espèce déterminés» ⁽⁴³⁾. En tout cas, la souplesse et la simplicité de cette procédure devraient permettre aux États de tenir compte de l'évolution de leurs politiques économiques respectives et, par conséquent, des fluctuations corrélatives de leur réglementation.

C'est donc un retour au système de la liste énumérative, mais un retour partiel, puisqu'on pourrait ne viser que des catégories d'infractions dans ces accords bilatéraux. Mais la question délicate de la double incrimination demeure, comme à propos des infractions économiques.

projet de Convention d'extradition de Harvard (1935) permet la formulation d'une réserve en ce domaine. Voy. MUELLER, G. et WISE, E., *International Criminal Law*, Londres, 1965, p. 454. En revanche, la Convention interaméricaine d'extradition (Montevideo, 26 décembre 1933) n'exclut pas les infractions fiscales (*ibid.*, pp. 457-464).

⁽⁴¹⁾ Les infractions en matière de change sont parmi les seules infractions économiques à être mentionnées par les traités récents, sans doute parce qu'elles se heurtent moins à la règle de la double incrimination. «Le contrôle des changes est, en effet, un des points sur lesquels une politique économique commune est suivie par la plupart des pays (même si les modalités d'application sont plus ou moins souples) ; il est lié, au surplus, de façon assez étroite, au commerce extérieur et par conséquent à l'application du régime douanier» (LEVASSEUR, G., rapport précité, *Rev. int. dr. pén.*, 1968, p. 576, n° 33).

⁽⁴²⁾ C'est le système des nouvelles conventions conclues par la Belgique avec la France (1971, art. 6), l'Italie (art. 2.2), et la Norvège (1981, art. 4.3), de la Convention belgo-yougoslave (1973, art. 7.2), ainsi que des traités récents conclus par la France, depuis la Convention franco-allemande du 29 novembre 1951. (Voy. AYMOND, P., v° Extradition, in *Rép. dr. internat.*, Dalloz, t. I, 1968, n° 212 ; LEVASSEUR, G., «L'extradition en droit français», *Revue juridique et politique – Indépendance et coopération*, 1983, nos 1-2, p. 383). La République fédérale d'Allemagne a conclu des protocoles additionnels aux conventions avec le Danemark et la Turquie, rendant possible l'extradition pour les infractions fiscales. (REMMELINK, J., *Uitlevering*, 2° éd., Arnhem, 1982, p. 75).

⁽⁴³⁾ LEVASSEUR, G., rapport précité, *Rev. inter. dr. pén.*, 1968, p. 575.

12. Usant d'une formule analogue, le Traité Benelux d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale du 27 juin 1962 dispose qu'en matière de taxes, d'impôts, de douane, de change, d'importation, d'exportation et de transit, l'extradition ne sera accordée que s'il en a été décidé entre les gouvernements pour chaque infraction ou catégorie d'infractions (article 4). Cette démarche, comparée à l'attitude traditionnelle des États en cette matière, a pu, à bon droit, être qualifiée d'excellente⁽⁴⁴⁾. Il n'en reste pas moins frappant de constater que même entre des pays entretenant des relations aussi étroites, une solution plus radicale n'a pu être adoptée⁽⁴⁵⁾. Ajoutons qu'aucun accord n'a encore été conclu en exécution de cette disposition. On attend toujours l'harmonisation suffisante des législations, à laquelle l'exposé des motifs du Traité faisait allusion pour justifier l'opportunité de telles conventions spéciales⁽⁴⁶⁾.

13. L'article 5 de la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957, qui, on le sait, n'a pas été ratifiée par la Belgique, subordonne également l'extradition, en matière de taxes et impôts, de douane et de change, à la condition qu'il en ait été ainsi décidé entre les États pour chaque infraction ou catégorie d'infractions⁽⁴⁷⁾. On lit dans le rapport explicatif de cette Convention qu'«une formule plus impérative et liant les Parties n'a pu être élaborée étant donné que la discussion a révélé des différences considérables entre les législations des divers pays intéressés en ce qui concerne ces infractions»⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁴⁾ DE SCHUTTER, B., «Bij het in werking treden van het Benelux verdrag aangaande uitlevering en rechtshulp in strafzaken», *R.W.*, 1967-1968, col. 1939 : «een gunstige en tegelijk positieve oplossing». Il s'agissait réellement d'un progrès, car les premiers projets du Traité, rédigés en 1950 et en 1954, disposaient expressément que l'extradition ne pouvait avoir lieu pour infractions fiscales. Voy. CONSTANT, J., «Le traité d'extradition et d'entraide judiciaire en matière pénale du 27 juin 1962», *J.T.*, 1962, p. 491.

⁽⁴⁵⁾ Voy., à propos des difficultés rencontrées, THOMAS, F., «Het Benelux-Verdrag aangaande de uitlevering : doctrine en praktijk», in *Uitlevering tussen België en Nederland*, précité, pp. 55 à 57.

⁽⁴⁶⁾ *Doc. du Conseil interparlementaire consultatif du Benelux*, n° 27/1, p. 5.

⁽⁴⁷⁾ Voy. THOMAS, F., *De Europese rechtshulpverdragen in strafzaken*, Gand, 1980, pp. 220 à 224, n°s 224 à 230.

⁽⁴⁸⁾ *Rapport explicatif sur la Convention européenne d'extradition*, Strasbourg, 1969, p. 17. Il est intéressant de noter qu'un avant-projet de Convention, émanant de l'Assemblée consultative prévoyait que «l'extradition est accordée pour infraction aux

14. C'est principalement en raison de l'échec de ce système et des difficultés découlant de l'exigence de la double incrimination que l'article 2 du deuxième Protocole additionnel à la Convention, du 17 mars 1978, prévoit que l'extradition sera accordée, en matière de taxes et impôts, de douane et de change, «pour les faits qui correspondent, selon la loi de la partie requise, à une infraction de même nature». De plus, «l'extradition ne pourra être refusée pour le motif que la législation de la Partie requise n'impose pas le même type de taxes ou d'impôts, ou ne contient pas le même type de réglementation en matière de taxes et impôts, de douane et de change que la législation de la partie requérante». Cette disposition constitue la forme la plus achevée de collaboration pénale en matière fiscale que peut actuellement permettre le droit de l'extradition⁽⁴⁹⁾. Pour atteindre ce but, il a fallu renoncer partiellement à la règle de la double incrimination. En effet, «l'extradition sera accordée non seulement dans le cas d'un acte qui est punissable parce que constituant la même infraction fiscale pour la partie requérante et pour la partie requise, mais également dans le cas où un acte de même nature que celui donnant lieu à la demande d'extradition est puni par les lois de la partie requise»⁽⁵⁰⁾. De plus, «on ne peut invoquer, pour refuser l'extradition, le fait que la législation de la partie

lois et règlements douaniers, fiscaux, financiers, économiques et monétaires, si la peine prévue par la loi de la Haute Partie contractante requérante n'est pas inférieure à un an d'emprisonnement ou à une amende de caractère pénal équivalente à huit mille francs suisses-or (...). Voy. THOMAS, F., *op. cit.*, p. 33, note 49.

⁽⁴⁹⁾ Au 1^{er} mai 1983, le deuxième Protocole, qui est entré en vigueur le 5 juin 1983, a été signé par l'Autriche, la Grèce, l'Islande, l'Italie, le Portugal et la Suisse et ratifié par le Danemark, les Pays-Bas, et la Suède. Pour un aperçu des autres formes de collaboration pénale européenne en matière fiscale, voy. THOMAS, F., *op. cit.*, p. 223, n° 230 et pp. 297 à 300, n°s 326 à 329. Voy. également la Convention franco-allemande additionnelle à la Convention européenne d'entraide judiciaire, signée à Bonn, le 24 octobre 1974 et dont la loi française n° 80-565 du 21 juillet 1980 autorise la ratification, *Rev. sc. crim. dr. pén. comp.*, 1981, p. 131.

⁽⁵⁰⁾ *Rapport explicatif sur le deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition*, Strasbourg, 1978, p. 9, n° 17, qui donne un exemple : «une personne qui se soustrait délibérément au paiement d'une taxe ou d'un impôt dans l'État requérant en faisant figurer des informations inexactes dans un document qui sert de base à une décision concernant le montant de cette taxe ou de cet impôt peut être extradée si le même type de fraude fiscale délibérée est punissable d'après la législation de l'État requis, même si la législation de cet État ne correspond pas exactement à celle de l'État requérant».

requis n'impose pas le même type de taxe ou d'impôt que la législation de la partie requérante. Là encore, l'idée fondamentale est que les éléments constitutifs essentiels de l'infraction doivent être décisifs»⁽⁵¹⁾.

15. Le projet de Convention de coopération en matière pénale entre les États membres des Communautés européennes, qui devait créer ce qu'on a appelé «l'espace judiciaire européen»⁽⁵²⁾ avait prévu la même solution pour les délits fiscaux⁽⁵³⁾.

On sait que ce projet a peu de chances d'aboutir en raison de l'attitude négative à son égard de certains États, d'abord les Pays-Bas⁽⁵⁴⁾, ensuite la France⁽⁵⁵⁾. Toutefois, le Gouvernement français souhaite l'élaboration d'une nouvelle Convention multinationale d'extradition à dix qui se substituerait aux Conventions bilatérales actuellement applicables, «trop souvent archaïques et inadaptées aux formes modernes de délinquance et de criminalité»⁽⁵⁶⁾. De plus, le Parlement européen a demandé «instamment aux ministres responsables réunis dans le cadre de la coopération politique de mettre tout en œuvre pour conclure en temps utile les accords visant à faciliter l'arrestation, la détention, le jugement et le châtement des malfaiteurs et à favoriser une

⁽⁵¹⁾ *Ibid.*, n° 19.

⁽⁵²⁾ Pour une comparaison entre ce projet de Convention et la Convention européenne d'extradition, voy. VAN DEN WIJNGAERT, C., «L'Espace judiciaire européen : vers une fissure au sein du Conseil de l'Europe» ?, *Rev. dr. pén. crim.*, 1981, p. 511.

⁽⁵³⁾ «En matière de taxes et d'impôts, de douane et de change, l'extradition sera accordée, conformément aux dispositions de la présente Convention, pour les faits qui correspondent, selon la loi de l'État requis, à une infraction de même nature, même si la législation de l'État requis n'impose pas le même type de taxes ou d'impôts ou ne contient pas le même type de réglementation en matière de taxes et impôts, de douane et de change, que la législation de l'État requérant». C'est la Conférence des Ministres de la Justice du 23 avril 1979, à Paris, qui a pris la décision d'inclure les infractions fiscales dans le champ d'application de la Convention. Voy. BIGAY, J., «Extrader ou punir», *Rev. dr. pén. crim.*, 1980, p. 121.

⁽⁵⁴⁾ Voy. DE WARSEGGER, S., «L'espace judiciaire européen sérieusement torpillé à Rome par l'opposition des Pays-Bas», *Le Soir* du 21 juin 1980.

⁽⁵⁵⁾ Voy. MANGIN, G., «La politique française dans le domaine de la coopération pénale internationale», *R.J.P.I.C.*, 1983, n° 1-2, p. 403.

⁽⁵⁶⁾ Déclaration du garde des sceaux, M. BADINTER, à l'issue d'une réunion avec son homologue italien, M. DARIDA, à Paris, le 17 janvier 1983, *Le Monde* du 19 janvier 1983.

coopération plus étroite, régie par la loi, des forces de police dans le strict respect des droits de la défense» (57).

Il y a beaucoup à parier que les futurs projets de Convention C.E.E. d'extradition inclueront également les infractions fiscales dans leur champ d'application car ce n'est certainement pas à propos de ces délits que l'espace judiciaire européen a fait naufrage. Si l'Europe judiciaire est le résultat direct de la montée de la violence, elle l'est aussi de l'intégration européenne (58).

16. Bien entendu, dans les conventions qui facilitent l'extradition des délinquants fiscaux même en assouplissant la règle de la double incrimination, les autres conditions de ces conventions restent applicables, notamment celles qui concernent le taux de la peine (59).

À propos de l'exigence du taux de la peine, il ne faut pas perdre de vue que la poursuite des délinquants d'affaires peut être facilitée par le recours à ce qu'on appelle l'extradition «accessoire», qui permet d'inclure dans la demande d'extradition des faits qui, pris isolément, ne pourraient pas fonder une telle demande. Cette possibilité est déjà offerte par le Traité Benelux d'extradition et d'entraide judiciaire (60) et par la Convention européenne d'extradition (61). Pour ces deux instruments internationaux, toutefois, le fait doit être punissable d'une peine privative de liberté (62). C'est pourquoi le deuxième Protocole additionnel à cette Convention, fait à Strasbourg, le 17 mars 1978, précise que «cette faculté sera également applicable à des faits qui ne sont passibles que d'une sanction de nature pécuniaire» (63). N'osant pas

(57) Résolution du 9 juillet 1982, *J.O.* n° C 238, du 13.9.1982, p. 83.

(58) LEGROS, R., «1830-1890. Droit pénal et société», in *Liber amicorum Frédéric DUMON*, Anvers, 1983, t. I, p. 477.

(59) Voy. le *Rapport explicatif sur le deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition*, p. 9, n° 20.

(60) Article 2.2.

(61) Article 2.2.

(62) Voy. l'exposé des motifs du Traité Benelux, *Doc. du Conseil interparlementaire consultatif de Benelux*, n° 27-1, p. 4, cité par CONSTANT, J., *op. cit.*, *J.T.*, 1962, p. 491, et le *Rapport explicatif sur la Convention européenne d'extradition*, Strasbourg, 1969, p. 14.

(63) Article 1^{er}. Cette extension de l'extradition accessoire a été prévue en particulier pour des infractions économiques, car le rapport explicatif se réfère expressément à celles relatives à la protection de l'environnement. (*Rapport explicatif sur le deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition*, Strasbourg, 1978, p. 7).

franchir ce dernier pas, le projet de loi modifiant l'article 1^{er} de la loi du 15 mars 1874 sur les extraditions vise à introduire l'extradition accessoire dans le système belge, mais uniquement pour les faits punissables «aux termes de la loi belge et de la loi étrangère, d'une peine privative de liberté mais dont certains ne remplissent pas la condition relative aux taux de la peine» même si ces faits «ont uniquement été sanctionnés par des amendes» (64).

EXTRADER LE FRAUDEUR, LE CORRUPTEUR ET LE POLLUEUR

17. Le droit de l'extradition a donc considérablement évolué en une vingtaine d'années, vers une répression plus efficace de la délinquance d'affaires. De toutes parts des voix se sont élevées pour encourager ce développement (65).

Les États sont invités à renforcer leur collaboration, notamment en facilitant l'extradition, dans la lutte contre des infractions de droit pénal des affaires, et dont le caractère international accroît l'effet néfaste, tout en rendant la poursuite malaisée : corruption de fonctionnaires (66) et protection de l'environnement (67).

Sont visées également les infractions pénales «administratives» du droit de la R.F.A., les «Ordnungswidrigkeiten». Voy. THOMAS, F., *op. cit.*, p. 202, n° 202. Il n'est pas dérogé à la règle de la double incrimination, «toutefois, il n'est pas nécessaire que ces infractions soient passibles du même genre de sanction dans les deux États» (*ibid.*, p. 7).

(64) Texte amendé par le Gouvernement (*Doc. parl.*, Chambre, 1982-1983, 531, n° 5, p. 2).

(65) Voy. par exemple : X^e Congrès de l'A.I.D.P., Rome, 1969, conclusions de la IV^e section, V, 3, *Rev. intern. dr. pén.*, 1970, p. 12 et SCHULTZ, H., «Les problèmes actuels de l'extradition», *Rev. inter. dr. pén.*, 1974, p. 511 ; Recommandation n° R(81)12 du Comité des Ministres aux États membres du Conseil de l'Europe sur la criminalité des affaires, adoptée le 25 juin 1981, lors de la 335^e réunion des Délégués des Ministres, point V ; Colloque préparatoire de l'A.I.D.P., Fribourg-en-Brisgau, septembre 1982, point 17.

(66) L'importance de la lutte contre la corruption de fonctionnaires, principalement en droit pénal international, a été mise en lumière, dans le cadre des Nations Unies, par le projet d'accord international sur les paiements illicites, *Doc. ECOSOC, E/1979/104*, dont l'article 11 dispose notamment que cette infraction est de plein droit comprise «comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition conclu entre États contractants. Les États contractant s'engagent à comprendre l'infraction comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition à conclure entre eux». Voy. BOLLE, P.-H., «Pratiques de corruption et transactions commerciales internationales», *Rev. int. dr. pén.*, 1982,

18. Cette voie est suivie résolument par certains États. Ainsi, «dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée, il convient de souligner que le Gouvernement français porte une attention particulière à la délinquance financière et économique, et il souhaite que l'extradition soit élargie à ce domaine de la criminalité, longtemps exclu des relations extraditionnelles»⁽⁶⁸⁾.

Même la Suisse, dont on connaît pourtant les réticences en ce domaine, n'a pas échappé au courant. En effet, ce pays a signé, le 17 novembre 1981, le Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale et le deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'extradition, qui contiennent tous deux des dispositions visant à faciliter la coopération en matière d'infractions fiscales⁽⁶⁹⁾. La loi fédérale sur l'extradition aux États étrangers du 22 janvier 1892 disposait que l'extradition était refusée pour les infractions aux lois fiscales⁽⁷⁰⁾. La nouvelle loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale du 20 mars 1981, entrée en

p. 356 ; DELMAS-MARTY, M., «La corruption des négociateurs de marchés internationaux», *R.J.P.I.C.*, 1983, nos 1 et 2, p. 476. La corruption internationale des fonctionnaires publics est reprise parmi les infractions du projet de Code pénal international de BASSIOUNI, Ch., sous l'article XVIII. Voy. son ouvrage *International Criminal Law – A Draft International Criminal Code*, Alphen aan den Rijn, 1980, p. 103 et *Rev. int. dr. pén.*, 1981, p. 160. Signalons également la tendance à reconnaître l'extraterritorialité de la loi nationale aux États-Unis, dans le *Foreign Corrupt Practices Act* du 19 décembre 1977. Voy. DELMAS-MARTY, M., «Définition, domaine, tendances», introduction aux travaux du Séminaire international sur la criminalité d'affaires, tenu à l'Institut international de Sciences criminelles, à Syracuse, en novembre 1980, *Rev. int. dr. pén.*, 1982, p. 30.

⁽⁶⁷⁾ Le XII^e Congrès de l'A.I.D.P., Hambourg, 1979, section II, a recommandé la conclusion de conventions faisant «obligation aux États contractants de sanctionner pénalement les actes dangereux pour le milieu naturel et de prévoir, dans ces cas, l'entraide internationale en matière pénale, y compris l'extradition. A défaut de tels instruments, l'application extraterritoriale de la loi nationale peut offrir une solution». Cité par OTTENHOF, R., «La coopération internationale en matière de protection de l'environnement», *R.J.P.I.C.*, 1983, n° 1-2, p. 437.

⁽⁶⁸⁾ MANGIN, G., «La politique française dans le domaine de la coopération pénale internationale», *R.J.P.I.C.*, 1983, n° 1-2, p. 401.

⁽⁶⁹⁾ TIXIER, G., «L'assistance entre États en matière fiscale», *R.J.P.I.C.*, 1983, n° 1-2, p. 488, analyse un arrêt du Tribunal fédéral qui dans une affaire récente relative à une commission rogatoire d'un juge d'instruction bruxellois, a eu à apprécier la portée de la Convention européenne d'entraide judiciaire.

⁽⁷⁰⁾ Article 11.

vigueur le 1^{er} janvier 1983, abroge la précédente mais maintient l'exclusion des infractions fiscales en des termes différents en rendant la demande d'extradition «irrecevable si la procédure vise un acte qui paraît tendre à diminuer des recettes fiscales ou contrevient à des mesures de politique monétaire, commerciale ou économique»⁽⁷¹⁾. Mais cette disposition ajoute qu'il peut être donné suite à une demande d'entraide, autre que l'extradition, «si la procédure vise une escroquerie en matière fiscale»⁽⁷²⁾.

19. Au sein de la C.E.E., l'information mutuelle, la dénonciation d'infraction, l'aide entre États membres sont les conditions d'une lutte efficace contre la criminalité d'affaires communautaire⁽⁷³⁾. En ce qui concerne la répression des délits spécifiquement communautaires, un règlement ou une directive pourrait imposer aux États membres l'obligation de s'accorder l'entraide judiciaire dans les affaires pénales où des règles de droit communautaire sont applicables⁽⁷⁴⁾.

Particulièrement intéressant à ce propos, est le projet de «Protocole sur la protection pénale des intérêts financiers de la Communauté ainsi que sur la poursuite des infractions aux dispositions du traité instituant la Communauté économique européenne, aux dispositions prises par

⁽⁷¹⁾ Article 3.3. Voy. PERRIN, G., «Les traités et la loi suisse d'extradition», *R.J.P.I.C.*, 1983, n° 1-2, p. 511.

⁽⁷²⁾ Voy. la définition de l'escroquerie en matière fiscale par la loi fédérale sur le droit pénal administratif du 22 mars 1974, articles 14, 15 et 16, qui vise notamment le faux dans les titres ou l'obtention frauduleuse d'une constatation fautive ou la suppression de titres, lorsque ces actes portent atteinte aux intérêts pécuniaires de l'État. Dans de tels cas, l'entraide internationale sera accordée si elle implique l'emploi de moyens coercitifs (art. 24 de l'Ordonnance sur l'entraide internationale en matière pénale du 24 février 1982). Voy. MAIRE-DERIEDMATTEN, H., «La coopération entre les États en vue de la prévention et de la répression de la criminalité de caractère international : les solutions du droit suisse», *R.J.P.I.C.*, 1983, n° 1-2, p. 526. Cette disposition doit permettre à la Suisse de ratifier les deux Protocoles additionnels du 17 mars 1978 aux Conventions européennes (BERNASCONI, P., «Le rôle des banques dans la détection de la criminalité des affaires», *Conseil de l'Europe, C.D.P.C.*, (82), 11, p. 3).

⁽⁷³⁾ *Criminalité des affaires et Marché commun. Quelques aspects*, recherche collective présentée par ROCHE-PIRE, E., sous la direction de DELMAS-MARTY, M., Paris, 1982, p. 170.

⁽⁷⁴⁾ MULDER, «Handhaving van Europees economisch recht», in *Speculum Lange-meyer*, 1973, p. 354, cité par VAN DEN WIJNGAERT, C., «Droit pénal et communautés européennes», *Rev. dr. pén. crim.*, 1982, p. 837.

ses institutions en vertu de ce traité et aux dispositions législatives, réglementaires et administratives dans les États membres qui en assurent l'exécution»⁽⁷⁵⁾. Ce texte prévoit notamment que «l'État membre compétent en vertu de sa propre loi peut transmettre la demande de poursuite d'une infraction visée (par le Protocole) à l'État de résidence habituelle ou à l'État où le prévenu se trouve, si le premier État estime qu'il n'est pas en mesure de poursuivre lui-même le prévenu même en ayant recours à l'extradition».

Un autre projet, celui de Protocole sur la responsabilité et la protection pénale des fonctionnaires et autres employés des Communautés, met, lui, l'accent sur l'extradition⁽⁷⁶⁾.

ROMPRE LE SILENCE

20. Ainsi, l'un de principaux obstacles mis au jugement des délinquants d'affaires se lève progressivement et les délits économiques ou fiscaux perdent, peu à peu, leur spécificité en droit extraditionnel. Mais il ne faut pas se leurrer. Cette évolution, quoique certaine, ne peut être que lente. Et lorsque les États se sont mis d'accord pour élaborer un instrument international adéquat, et qu'ils y réussissent, il s'agit encore non d'un aboutissement, mais d'un point de départ. Il est, en effet, bien décevant «de devoir constater que si les États sont disposés à signer des accords internationaux qui tendent à promouvoir la coopération et à réaliser plus d'uniformité, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'ils ont la volonté bien arrêtée de traduire ces principes en actes politiques»⁽⁷⁷⁾. Ces paroles désabusées, prononcées il y a dix ans par l'un de nos procureurs généraux sont encore pleinement d'actualité, en particulier en droit pénal international des affaires.

Si le silence du droit pénal est donc finalement rompu, c'est moins par des cris que par des chuchotements ...

⁽⁷⁵⁾ Voy. VAN DEN WIJNGAERT, C., *op. cit.*, pp. 855 et 856.

⁽⁷⁶⁾ *Ibid.*, p. 857.

⁽⁷⁷⁾ VAN HONSTE, V., «Réflexions sur la lutte contre la criminalité grave», *Rev. dr. pén. crim.*, 1972-1973, p. 573.

TITRE XII

Pour un nouvel ordre international pénal (*)

par Manuel Lopez-Rey

Le besoin d'un «nouvel ordre pénal international et interne» étroitement lié à la question du développement est affirmé depuis plusieurs années par les Nations-Unies. Il est en effet nécessaire de réagir plus efficacement et plus humainement au phénomène socio-politique de la criminalité qui ne peut plus être limité, comme on le fait habituellement, à l'une ou l'autre modalité de la criminalité de droit commun.

Contrairement à ce qui a souvent été avancé devant les Nations-Unies, la criminalité affecte plus les pays en voie de développement que les pays développés. Certes, les données statistiques témoignent, dans bien des cas, d'une montée croissante des formes les plus violentes de la criminalité dans les pays développés. Mais dans les pays en développement, en dépit de l'absence de chiffres fiables, les abus du pouvoir politique sont à l'origine de crimes bien plus graves, de victimes bien plus nombreuses.

Le récent rapport que la Commission des Droits de l'Homme des NU a consacré aux exécutions sommaires et arbitraires (1983)⁽¹⁾ s'appuie sur des données vérifiées, et interprétées de manière restrictive, pour chiffrer à près de 2 millions le nombre des «personnes disparues» ces 15 dernières années. Dans bien des cas, ce nombre dépasse, en 5 ou 6 ans, celui des meurtres recensés dans le même pays sur les 30 dernières années.

(*) Titre original : The Need for a New International-national Criminal Justice Order. Traduit par Jérôme Glorie et Christophe Den Tandt.

(1) Summary and arbitrary executions (doc. E./cN. 4/1983).

L'analyse d'autres documents montre que pas moins de 60 pays sont impliqués dans cette forme très particulière de criminalité. Dans certains d'entre eux plusieurs centaines de personnes sont exécutées sommairement chaque année sans garanties légales.

Nombre de ces disparitions sont précédées de tortures, de punitions ou de traitements inhumains, cruels ou dégradants qui, même lorsqu'ils sont connus, entraînent rarement l'intervention du système pénal lequel est d'ailleurs, souvent, aux mains du régime dictatorial en place.

Dans sa résolution 1983/24, le conseil économique et social des N.U. a demandé au secrétaire général d'obtenir de la part des États membres et d'organismes informés des renseignements sur les pratiques d'exécutions sommaires en cours dans le monde.

A l'heure actuelle, la criminalité économique met en cause fréquemment des politiciens, des personnalités officielles et privées importantes, particulièrement lors de l'approbation et la mise en œuvre de plans de développement. Ces actes les mènent à l'exécution d'autres crimes, comme la persécution et la dépossession de minorités nationales par les forces armées, des troupes paramilitaires, voire par des armées privées.

A ce point de vue, la lecture de documents consacrés aux sociétés multinationales montre que les problèmes liés à leurs activités sont étudiés de manière encore trop limitée ⁽²⁾ ⁽³⁾.

Le terrorisme international, qui implique la responsabilité des gouvernements et des organisations de toutes sortes, se développe autant par le manque de coopération internationale que du fait de l'incapacité des systèmes pénaux à y faire face. De nombreux rapports ont été publiés à ce propos. Quelques-uns sont d'ailleurs beaucoup plus intéressants que bien des ouvrages de criminologie.

Les rapports du comité «ad hoc» (1979) et, plus récemment, celui que le secrétaire général y a consacré (1981) montrent que le terrorisme est simplement une sorte de crime de droit commun, qu'il est souvent soutenu internationalement par des gouvernements, et que le terrorisme gouvernemental, dont les «personnes disparues» et les exécutions extrajudiciaires sont les expressions les plus courantes, persiste en dépit des efforts des systèmes pénaux.

⁽²⁾ Transnational corporations : Material for the formulation of a Code of Conduct (E/C. 10/18, 1977).

⁽³⁾ Studies on the effects of the operations and practices of transnational corporations (E/C. 10. 1983/13).

En somme, on constate actuellement l'existence de deux terrorismes, l'un, officiel, l'autre d'opposition ; mais aucun des deux n'est justifié à revendiquer les privilèges du délit politique.

L'analyse du projet de «Code des Atteintes à la Paix et à la Sécurité de l'Humanité»⁽⁴⁾ et du premier rapport publié à ce propos montre que, quelles que soient les complications d'une terminologie pénale internationale qui date du XIX^e siècle, la majorité des crimes sont commis par des individus et non par des États. La référence à la notion de crime d'État n'est qu'une manœuvre juridique pour assurer l'impunité de nombreux crimes graves, parmi lesquels il faut bien entendu compter les agressions armées et le néocolonialisme.

L'étude des discussions à propos du projet d'«accord international sur les paiements illicites», (entendez les «commissions»)⁽⁵⁾ pratiques courantes lors de négociations de haut niveau dans les pays développés autant que dans les pays en développement, et les rapports de la commission des Nations-Unies sur les multinationales montrent avec quelle subtilité la corruption, la prévarication, les violations des droits de l'homme se glissent ouvertement, mais impunément dans ces négociations.

La production et le trafic illicites de stupéfiants s'organisent avec la complicité de hauts responsables civils et militaires, qui négligent l'adhésion de leur pays aux conventions internationales relatives aux stupéfiants.

Le rapport sur «l'abus de stupéfiants et les mesures pour réduire la demande illicite»⁽⁶⁾ ainsi que les rapports de la Division des Stupéfiants des Nations Unies, particulièrement ceux de 1982, sont très clairs : les faits et gestes de certains gouvernements et de leurs complices contredisent leurs décisions officielles. Bien peu de progrès seront réalisés dans la lutte contre l'abus des stupéfiants tant que, dans les pays producteurs, les trafiquants jouiront de la protection des autorités.

Pour ce qui concerne la torture et les traitements cruels, inhumains ou dégradants, la déclaration adoptée par l'assemblée générale en 1975 et le code de conduite des fonctionnaires chargés de l'application des lois (expression onusienne pour désigner les policiers) votés par la

(4) Draft Code of Offences against the peace and security of Mankind (A/36/535, 1981). (A/CN. 4/364, 1983).

(5) Draft of an International Agreement on illicit payments (1983).

(6) Drug abuse and measures to reduce illicit demand (E./C.N. 7/640, 1979).

même assemblée en 1979 n'ont pas empêché qu'on y ait recours dans nombre de pays signataires des pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits civils et politiques.

En 1982 furent adoptés les «principes d'éthique médicale», c'est-à-dire des normes qui régissent déjà l'exercice de la médecine dans de nombreux pays, mais qui restent complètement méconnus par certains États qui pratiquent la torture, les peines corporelles ou les soi-disant «traitements psychiatriques».

L'importance de ces problèmes, telle qu'elle apparait à la lecture du projet de convention contre la torture et les traitements similaires⁽⁷⁾, met en évidence le besoin urgent d'une juridiction internationale, qu'il ne faut pas confondre avec la cour de justice pénale internationale réclamée par les partisans d'un droit pénal international obsolète. La proposition d'une juridiction internationale avait déjà été faite en 1974 au Comité pour la prévention du crime et la justice criminelle, mais avait été rejetée au nom de la souveraineté des États.

Depuis 1950, la Division des Droits de l'Homme insiste sur les violations criminelles des droits de l'homme. Le dernier document datant de 1983 met l'accent sur le manque de protection, d'indépendance et d'impartialité des tribunaux, des jurés et des avocats dans la majorité des pays. Une des explications est sans doute que 20% à peine des 160 états indépendants ont des gouvernements démocratiques.

D'autres problèmes tels que la question des réfugiés politiques, le développement scientifique et technologique, la pollution industrielle, le racisme et l'apartheid, la privation du droit d'auto-détermination, les agressions camouflées sous des prétextes d'assistance militaire, la croissance des délits d'imprudence, y compris les infractions de roulage, l'espionnage, l'abus du statut diplomatique en vue de commettre de multiples infractions et, enfin, le travail obligatoire contribuent à l'extension du crime dans les nombreux États où existe rarement un système pénal adéquat.

Les Nations-Unies ont tenté, avec un succès fort limité, de définir l'étendue et les tendances de la criminalité conventionnelle dans le monde. Les obstacles sont nombreux, particulièrement l'absence de statistiques criminelles ou leur manque de fiabilité dans un bon nombre

(7) Report of the working group on a draft convention against torture and related treatment (E/CN.4/63, 1983).

de pays, et la répugnance de certains gouvernements, qui clament à chaque occasion la baisse constante de la criminalité, à les dévoiler.

Ainsi, les questionnaires envoyés en 1975 furent seulement remplis par 40% des États membres des N-U, et encore uniquement pour quelques infractions criminelles graves. La présentation des taux mondiaux de la criminalité constituait plus un exercice technique qu'une expression valable de l'ampleur de la criminalité de droit commun.

Le fonctionnement du système pénal dans la grande majorité des États est affecté, à différents degrés, des défauts suivants :

1. le taux d'élucidation policière décroît. En 1980, il ne dépasse pas 35% dans les pays développés ;

2. la lenteur des procédures dans de nombreux pays : 40 à 80% de la population pénitentiaire des pays en développement est en détention préventive pendant de longues périodes. Pour les pays développés, les chiffres sont plus faibles : de 20 à 50% , mais ici et là interviennent des mesures d'amnistie et de remise de peines.

3. Les prisonniers peuvent rarement travailler, et quand ils le peuvent, les rémunérations sont dérisoires.

4. Les établissements pénitentiaires sont généralement surpeuplés, tandis que les nouvelles constructions sont souvent construites pour une population de plus de 500 détenus.

5. Dans beaucoup de pays l'indemnisation des victimes dépend toujours des moyens des délinquants ; or, la majorité de ceux-ci appartiennent aux classes sociales les plus défavorisées.

6. Comparés à l'extension du crime, à son coût et à l'insécurité qu'il entraîne, les budgets affectés – même dans les pays développés – à la justice pénale, sont faibles. Un des plus importants est celui de la France qui y consacrait en 1979 3,33% de son budget.

Sans doute des réformes ont été introduites pour améliorer la situation, mais elles l'ont rarement été après une évaluation soignée de l'ensemble de l'appareil pénal et de ses possibilités. Une exception qui a valeur d'exemple, l'Espagne après 40 ans de franquisme.

Le recours à des peines non-privatives de liberté, à des travaux utiles à la communauté a été encouragé. Dans bien des cas c'est au personnel que revient le mérite d'avoir poussé le système pénal aussi loin que possible, mais la tendance générale à la réduction des budgets rend ces efforts particulièrement difficiles. En tout cas, l'augmentation sensible

des victimes de la criminalité et son coût social justifient pleinement la croissance des budgets consacrés à la justice pénale, surtout si on les compare aux budgets de la défense.

Un des traits les plus significatifs de notre époque est la politisation progressive du criminel de droit commun, mieux informé de l'existence des droits de l'homme et, conscient des difficultés d'un système pénal qui a la prétention de le soumettre à des mesures de réhabilitation et de rééducation.

Cet exposé montre qu'en dépit de réformes bien conçues et de l'utilisation dans plusieurs pays de mesures non-institutionnelles, l'appareil pénal actuel appartient structurellement et fonctionnellement à une société industrielle. Or celle-ci est déjà remplacée, du moins dans les pays développés, par une société post-industrielle. Ces sociétés ont sans doute bien des choses en commun, mais chacune a subi de grands changements.

Prenons par exemple le cas de la famille. L'argument selon lequel les valeurs et les coutumes tribales devraient être réintroduites dans le secteur de la justice criminelle n'est rien d'autre qu'une illusion sociopolitique. On peut bien sûr plaider que les systèmes pénaux des pays capitalistes et ceux des pays soi-disant socialistes diffèrent, et que l'un est meilleur que l'autre ; une étude approfondie montre cependant qu'en dépit de ces différences, l'un et l'autre sont structurellement enracinés dans le XIX^e siècle et que dans chacun d'eux, différentes formes de pouvoirs, tantôt économique, tantôt politique, jouent un rôle déterminant.

Depuis 1960, date du second congrès pour la prévention de la criminalité et le traitement des délinquants, les Nations-Unies ont tenté de faire comprendre aux gouvernements la nécessité d'associer soigneusement le développement du système pénal au développement national. Les résultats furent modestes, essentiellement à cause de différentes formes d'abus de pouvoir dans une majorité de pays.

Le résultat le plus tangible a été une augmentation du coût social de la criminalité tandis que les tentatives pour formuler de nouvelles normes et des lignes de conduite en matière de justice pénale se sont résumées à quelques recommandations d'une portée pratique extrêmement limitée, adoptées lors des derniers congrès des Nations Unies.

Heureusement grâce à l'initiative du secrétariat général, la question principale développée dans un rapport intitulé «Criminalité et abus de

pouvoir : des crimes et des criminels hors d'atteinte ?» fera l'objet d'un congrès en 1985 ⁽⁸⁾.

Depuis quelques temps, dans le contexte du développement du concept de «nouvel ordre économique international» la formulation d'un nouvel ordre international et national de justice pénale est au centre des discussions. Depuis 1983, des conclusions préparatoires ont été adoptées sur les relations entre le développement et la prévention du crime, dans le sens d'une meilleure souplesse, d'une plus grande ouverture des systèmes pénaux et de la participation de la communauté.

En conclusion, alors que les Nations-Unies ont fait de leur mieux dans le domaine de la justice pénale, il nous faut constater que les gouvernements qui ont adopté ses recommandations les appliquent rarement. Le peu d'efficacité des Règles standard minimales pour le traitement des prisonniers adoptées en 1955, en est l'exemple le plus flagrant.

Trois type d'attitudes peuvent expliquer ce phénomène :

1. la conviction dominante que la notion de crime recouvre surtout, sinon exclusivement les crimes de droit commun.
2. la croyance que l'amélioration des conditions matérielles d'existence supprime ou réduit considérablement la criminalité.
3. l'habitude de régler les formes de criminalité liées à des abus de pouvoir économique, politique ou autre, d'une manière différente et privilégiée.

Entretemps, la criminalité fait rage, et à la fin du xx^e siècle, il nous faut constater que la liberté, l'égalité la dignité et la sécurité sont bien moins protégées que par le passé.

Assez curieusement, alors que dans d'autres domaines la sociétés post-industrielle est la source de progrès considérables, la justice pénale, bien que fréquemment rajeunie ou améliorée, reste structurellement et fonctionnellement ce qu'elle était à la fin du 19^e et au début du 20^e siècle, c'est-à-dire exclusivement centrée sur le criminel. Correction, réadaptation, rééducation, et autres méthodes, répression accrue, peine de mort sont encore défendues et appliquées. Les politiques pénales et la criminologie dite «progressiste» ont échoué, principalement à cause

⁽⁸⁾ Crime and the abuse of power : offences and offenders beyond the reach of the law ? (1983).

de leur approche idéologique unilatérale. Curieusement, le 20^e siècle n'a pas été capable de produire une doctrine politique meilleure que le marxisme ou le capitalisme, et cet échec explique la permanence des systèmes pénaux désuets.

Il est un fait que la peur de la criminalité est un des traits marquants de la société contemporaine, et cet aspect s'accroîtra dans un avenir proche si un nouvel ordre international et national de justice pénale n'est pas instauré. Inutile de dire que les tentatives répétées d'introduire la participation de la communauté dans le système pénal produira des effets diffus, mais tant que la peur de la criminalité persistera, cette coopération ne donnera pas les résultats escomptés. Les mêmes remarques valent pour le concept flou de délinquance juvénile qui ne correspond plus au rôle de la jeunesse dans la société post-industrielle et à la manière dont le processus de criminalisation se déroule dans de nombreux pays.

Les concepts de développement et de justice pénale exigent une redéfinition qui est souvent contrecarrée aux niveaux international et national par des objectifs partisans, dans lesquels des pouvoirs de nature très diverse jouent un rôle prépondérant. Actuellement, la tâche principale en matière de justice pénale est de déterminer le niveau de criminalité qu'une société donnée peut supporter sans compromettre sérieusement ses valeurs de liberté, d'égalité et de sécurité. La détermination de ce niveau, en plus de ce qui a déjà été signalé, signifie l'établissement d'un ordre international et national de justice pénale que la simple modernisation des systèmes pénaux actuels ne saurait créer.

TITRE XIII

Les dérives de la procédure Réflexions sur le procès pénal

par Michel Franchimont

L'illusion serait de croire qu'en procédure pénale nous vivons toujours sous le bénéfice du code d'instruction criminelle de 1808 (c.i.c.). Des lois ultérieures et surtout la jurisprudence l'ont profondément modifié dans son esprit et dans sa lettre. Ce code était comme le code civil, un compromis entre l'ancien droit et le droit révolutionnaire. Mais, «au lieu de rechercher à harmoniser, dans l'ensemble de la procédure pénale, théories anciennes et nouvelles, les auteurs du code d'instruction criminelle consacrèrent définitivement, pour l'audience, les principes de la contradiction, de la publicité et de l'oralité, qui avaient triomphé pendant la révolution, tandis que pour l'instruction préparatoire ils revinrent délibérément à l'ordonnance criminelle de 1670, tempérée par le décret du 8 octobre 1789 c'est-à-dire à la procédure inquisitoriale, secrète et écrite»⁽¹⁾.

Dans le texte initial du c.i.c. l'instruction préparatoire était obligatoire pour les crimes, mais elle était également la norme pour les délits. Suivant les termes des art. 47, 53, 54 et 64 al. 1 du c.i.c. elle pouvait paraître obligatoire, dès lors qu'il y avait à rechercher les preuves.

L'information que nous connaissons aujourd'hui et qui est l'ensemble d'actes et de mesures destinés à rassembler les matériaux nécessaires à

⁽¹⁾ CORNIL LÉON, «De la nécessité de rendre à l'instruction préparatoire, en matière pénale, le caractère légal qu'elle a perdu», mercuriale prononcée à l'audience solennelle de rentrée de la cour d'appel de Bruxelles, le 15 septembre 1931, *R.D.P.*, 1930-1931, p. 811.

l'exercice de l'action publique ⁽²⁾ était inconnue du c.i.c. à l'exception des pouvoirs conférés au procureur du Roi et à la police judiciaire en vertu des art. 32 et suiv. en cas de flagrant délit. La légalité de l'information a été contestée notamment par Faustin Helie ⁽³⁾. Mais très rapidement la jurisprudence a admis cette enquête prétorienne ⁽⁴⁾.

D'autre part, des lois ultérieures modifiant les articles du c.i.c. visent expressément le droit d'informer des procureurs du Roi.

Le système initial du c.i.c. ne manquait pas de cohérence. Pour les contraventions et pour les délits qui ne demandaient pas d'investigations particulières le ministère public ou la partie lésée faisaient une citation directe et l'instruction de l'affaire se faisait à l'audience contradictoirement. Mais s'il y avait lieu à recherche de preuves, ces investigations étaient confiées à un juge indépendant et impartial qui menait son instruction de manière inquisitoire. La procédure au stade du jugement était accusatoire et, au cours de l'instruction d'audience, les preuves étaient présentées contradictoirement.

Or, l'information a pris au cours du temps, sous la pression des nécessités, de plus en plus d'importance. L'information s'est révélée dans la pratique une procédure indispensable. Elle permet de recueillir très rapidement et sans formalisme des renseignements à partir des faits portés à la connaissance du parquet ou de la police judiciaire et cette rapidité est la condition même de l'efficacité dans la recherche des preuves. D'autre part, l'information permet au procureur du Roi de classer sans suite, en connaissance de cause, les plaintes, dénonciations et procès-verbaux relatifs à des faits pour lesquels il estime qu'une poursuite serait inopportune ou mal fondée. Elle permet enfin d'éviter l'encombrement des cabinets d'instruction. Mais il ne faut pas méconnaître les inconvénients et même les dangers de cette procédure. En effet, l'absence de textes légaux précisant de manière explicite les pouvoirs de la police judiciaire et les droits de la personne soupçonnée, crée un vide juridique qui malgré les efforts de la jurisprudence, menace les libertés individuelles. Alors que le rôle de la police judiciaire

⁽²⁾ Hoeffler Jacques, *Traité de l'instruction préparatoire en matière pénale*, Courtrai, Uga, 1956, n° 67, p. 70.

⁽³⁾ Faustin-Hélie, *Traité de l'instruction criminelle, ou théorie du code d'instruction criminelle*, Bruxelles, Bruylant, 1865, t. 2, n° 1442.

⁽⁴⁾ Voir notamment Cass., 20 mars 1916, *Pas.*, 1915-1916-I-310 ; Cass., 24 septembre 1951, *Pas.*, 1952-I-17.

est fondamental dans la recherche des preuves et de la vérité, le c.i.c. est singulièrement muet sur les pouvoirs de cette police, sauf en matière de flagrant délit. Il n'y a aucun texte qui régit le procès-verbal initial, les interrogatoires de police et leurs modalités, les prises de photos et d'empreintes, les mesures d'arrestation lorsque, en dehors du flagrant délit, il existe des indices sérieux de culpabilité, la fouille policière, l'usage des menottes, etc ... Ce silence de la loi crée une situation dangereuse pour les droits et les libertés des citoyens mais aussi pour les policiers par les incertitudes qu'il crée. Ces inconvénients sont d'autant plus grands que les renseignements recueillis tout au début de l'information et sans garanties légales clairement précisées, auront un poids tout particulier dans le déroulement de la procédure et sur l'intime conviction du juge. Il conviendra d'examiner plus loin si les garanties données au prévenu à l'audience compensent d'une certaine manière le vide juridique de cette phase préliminaire du procès pénal qui est sans doute la plus importante. «Les libertés individuelles sont méconnues», écrivent Merle et Vitu «si, au lieu d'être menée par un magistrat impartial et sous le contrôle de l'accusation et de la défense, la recherche des preuves passe aux mains de la police, plus soucieuse de l'efficacité de ses interventions que de protéger ces libertés»⁽⁵⁾.

*

**

L'instruction préparatoire présente-t-elle plus de garantie que l'information ? La réponse est affirmative puisque l'information à l'encontre de l'information fait l'objet de nombreux textes du code d'instruction criminelle. Mais ici encore, il faut être sans illusions. D'une part, parce que le nombre des affaires confiées au juge d'instruction est minime par rapport aux affaires qui ont fait l'objet uniquement d'une information et ce, même pour des crimes correctionnalisables. Ensuite, parce que cette instruction préparatoire prévue par le code d'instruction criminelle de 1808, est un délaque de l'ordonnance de 1670 et qu'elle ne répond plus ni à notre organisation matérielle ni à nos idées. L'instruction préparatoire a cessé d'être légale et est actuellement coutumière pour une large part. C'est la raison pour laquelle Léon Cornil avait intitulé une mercuriale restée célèbre : «De la

(5) MERLE Roger et VITU André, *Traité de droit criminel*, t. 2, n° 1063, Paris, Cujas, 1981.

nécessité de rendre à l'instruction préparatoire, en matière pénale, le caractère légal qu'elle a perdu» (6).

Dès les premiers temps, les imperfections et les lacunes du code d'instruction criminelle ont été soulignées. Il s'agit d'un code mal rédigé et la procédure d'instruction telle que nous l'appliquons n'a que de lointains rapports avec les textes auxquels on fait référence, soit qu'ils ne disent pas ce qu'on leur fait dire, soit qu'ils disent le contraire. Il y a en outre des dispositions «dont nous avons perdu jusqu'au souvenir parce que leur complète inutilité les a fait tomber en désuétude» (7). Il faut ajouter que nous avons un des systèmes d'instruction le plus inquisitoire d'Europe occidentale, que le secret de l'instruction s'il est maintenu dans les textes est battu en brèche continuellement ; le caractère non contradictoire de l'instruction et particulièrement de l'expertise limite considérablement les droits de la partie civile et de l'inculpé qui n'ont aucun droit légal d'initiative ; qu'il n'y a pas d'égalité véritable des parties devant le juge d'instruction ; qu'il n'y a pas de système cohérent du contrôle des vices de l'instruction et qu'enfin le juge d'instruction, souvent surchargé, délègue une grande partie de ses prérogatives à la police judiciaire sauf évidemment la délivrance des mandats (mandats d'arrêt, perquisitions, mandat d'amener, etc.).

**

Cette analyse succincte des deux phases préparatoires du procès pénal (information et instruction) ont montré les lacunes juridiques de la procédure, mais soulignent d'autant mieux l'importance de la phase du jugement. «Le jugement, écrivait Faustin Hélie, est le plus solennel et le plus puissant de tous les actes qui peuvent émaner des pouvoirs institués par la loi. Puisqu'il est la seule sanction de tous les droits collectifs ou individuels qui constituent la société, puisqu'il est la seule garantie de tous les intérêts qui doivent trouver dans l'ordre de cette société leur sauvegarde» (8).

La *procédure de jugement* qu'on appelle aussi la procédure d'audience, est donc essentielle ; «elle a pour but la production des preuves devant la juridiction de jugement, leur discussion publique et contradictoire, elle permet au juge de délibérer sur la culpabilité du

(6) CORNIL LÉON, *op. cit.*, *R.D.P.*, 1930-1931, p. 809 et suiv.

(7) CORNIL LÉON, *op. cit.*, *R.D.P.*, p. 816.

(8) FAUSTIN-HÉLIE, *op. cit.*, T3, n° 3454.

délinquant et la mesure à prendre à son égard»⁽⁹⁾. Il n'est pas possible dans le cadre de cet article d'étudier pour la cour d'assises et pour le tribunal correctionnel l'organisation, la compétence, la saisine et la procédure de ces juridictions. Ces éléments sont bien connus et figurent dans tous les traités. Il faut s'en tenir à l'essentiel. La procédure de jugement s'articule autour de trois thèmes complémentaires ; le caractère accusatoire de la procédure, la production et l'appréciation des preuves, les garanties et les droits de la défense.

1. LE CARACTÈRE ACCUSATOIRE DE LA PROCÉDURE DE JUGEMENT

La recherche des preuves qui est faite au cours de l'information et de l'instruction d'une manière secrète et non contradictoire, sans beaucoup de garanties réelles pour l'inculpé ou la partie civile, rend indispensable un véritable débat à l'audience où chaque élément de preuve sera examiné d'une manière orale, (c'est-à-dire sans être lié par l'écrit), publique et contradictoire.

En est-il bien ainsi ? L'affirmative est certaine pour la cour d'assises mais avec des nuances importantes⁽¹⁰⁾.

Il est moins évident que la procédure soit encore accusatoire devant le tribunal correctionnel ou les autres juridictions de fond. La publicité constitue une garantie constitutionnelle et l'art. 190 du c.i.c. la prescrit à peine de nullité. Dans bien des cas, elle constitue une garantie plus formelle que réelle.

On peut, par contre, s'interroger très sérieusement sur le caractère oral et contradictoire de la procédure d'audience devant le tribunal correctionnel. Que signifie le principe d'oralité si le juge du fond fait à tout moment référence à l'information répressive, si, comme le veut la jurisprudence, il apprécie souverainement la nécessité ou l'opportunité d'une mesure d'instruction et notamment l'audition d'un témoin ou d'un expert ? La cour de cassation considère que ne viole point les droits de la défense, le juge qui rejette une demande d'audition de témoin en raison de ce que cette mesure n'est pas nécessaire pour asseoir

⁽⁹⁾ MERLE R. et VITU A., *op. cit.*, T. 2, n° 1402.

⁽¹⁰⁾ Même en cour d'assises le dossier de l'instruction et de l'information prend de plus en plus d'importance dans le procès. La référence au dossier est constante, ce qui contredit partiellement le caractère d'oralité et de contradiction de cette phase de la procédure.

sa conviction ⁽¹¹⁾. Et même l'interrogatoire du prévenu n'est pas prescrit à peine de nullité. Le juge apprécie souverainement si les explications du prévenu sont nécessaires pour élucider des points de fait dont la relevance est soumise à son appréciation souveraine ⁽¹²⁾. Le caractère contradictoire de la procédure permet, certes, aux parties de contredire et discuter les éléments recueillis au cours de la phase préliminaire du procès pénal mais nous verrons à propos de l'appréciation de la preuve par le juge du fond, que celui-ci peut fonder sa conviction sur des éléments de l'information et de l'instruction, éléments qui ont été recueillis non contradictoirement et qui ne doivent pas nécessairement être répétés oralement et contradictoirement à l'audience. Il peut mieux fonder sa conviction sur ces éléments même à l'encontre de témoignages faits sous serment à l'audience. On peut dès lors souscrire à l'analyse faite de manière rigoureuse par Messieurs Bekaert et Quarre, et dont le titre résume bien le problème : «Il faut, en matière pénale, rendre à la procédure d'audience, le caractère accusatoire qu'elle a perdu» ⁽¹³⁾.

2. LA PREUVE ⁽¹⁴⁾

Si la procédure d'audience n'est plus accusatoire, le justiciable trouvera-t-il dans les règles de la preuve en matière pénale, les

⁽¹¹⁾ Cas. 27.12.1949, *Pas.*, 1950, I, 282 ; Cas. 3.1.1955, *Pas.*, 1955, I, 433 ; Cas. 5.9.1957, *Pas.*, 1957, I, 1379 ; Cas. 11.3.1957, *Pas.*, 1957, I, 826 ; Cas. 14.3.1960, *Pas.*, 1960, I, 829, *R.D.P.*, 1959-1960, p. 982 ; Cas. 24.6.1964, *Pas.*, 1964, I, 1137, *R.D.P.*, 1964-1965, p. 1111 ; Bruxelles 6.5.1982, *J.T.*, 1982, p. 759.

⁽¹²⁾ Bruxelles, 26 juin 1975, *R.D.P.*, 1975-1976, p. 397. Aucune disposition légale ne prescrit d'interroger le prévenu renvoyé devant le tribunal correctionnel, préalablement à sa comparution devant cette juridiction, même s'il n'a pu être entendu au cours de l'instruction. Cass., 13 janvier 1964, *Pas.*, 1964, I, 511.

⁽¹³⁾ *J.T.*, 1978, pp. 445-452. Si on peut approuver sans réserve le diagnostic, il convient d'être plus nuancée sur les solutions proposées qui risquent d'alourdir considérablement la procédure à l'audience. Voir *infra* les solutions plus modestes proposées. Ceci n'enlève rien à la qualité de l'article et d'une manière plus générale de l'ensemble des publications de M. Quarre sur les divers aspects de la question.

⁽¹⁴⁾ Cons. TROUSSE P. E., *Novelles, Droit pénal*, Bruxelles, Larcier, 1956, t. II, n°s 3384-3664 ; TROUSSE P. E., «La preuve des infractions», *R.D.P.*, 1958-1959, p. 752 et suiv. ; FAUSTIN-HÉLIE, *Traité de l'Instruction Criminelle*, t. II, n° 2305 et suiv. ; Université Catholique de Louvain-Centre d'études européennes, 3^e colloque du département des droits de l'homme, *la présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles*, Bruxelles, Bruylant, 1977 ; Travaux du Centre National de recherche de logique, *La preuve en droit*, étude publiée par Ch. PERELMAN et FORIERS, Bruxelles, Bruylant, 1981.

assurances de bonne justice. Ces règles reposent sur deux principes qui sont le corrolaire l'un de l'autre. D'une part la présomption d'innocence qui implique la charge de la preuve à la partie poursuivante et d'autre part la liberté de la preuve tant dans l'administration que dans l'appréciation de celle-ci.

La présomption d'innocence

Il s'agit d'un principe essentiel de notre droit pénal encore qu'il n'était pas expressément écrit dans le c.i.c. Cette lacune est actuellement réparée par l'art. 6.2. de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, approuvée par la loi du 13 mars 1955 : «toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie».

Le prévenu n'a donc pas l'obligation de collaborer à l'administration de la preuve. Il peut se réfugier dans une attitude négative et a le droit au silence⁽¹⁵⁾. Son mensonge n'est pas punissable sauf s'il est constitutif d'une infraction. Mais ces principes comportent plusieurs atténuations fort importantes.

D'une part il est très difficile pour un prévenu de se cantonner dans un rôle purement négatif ; ce serait prendre des risques considérables. Le prévenu ne manquera pas d'invoquer des éléments qui lui sont favorables (alibis, témoignages, etc ...) sans attendre que l'accusation ait fourni contre lui les preuves de l'infraction. Comme l'infraction peut être prouvée par tous les éléments produits régulièrement au dossier ou aux débats et que d'autre part l'appréciation des preuves relève de l'intime conviction du juge, le prévenu ignore la manière dont le juge réagira aux éléments de preuve fournis par l'accusation. Il est donc de son intérêt de fournir dès que possible les éléments favorables à sa défense.

D'autre part, le juge répressif joue un rôle actif dans la formation de la preuve. Suivant l'expression de Garraud, il va au devant de la preuve, il se met d'office en enquête⁽¹⁶⁾. En ce qui concerne la cour d'assises, les articles 267 et 270 du c.i.c. relatifs aux pouvoirs du président et notamment son pouvoir discrétionnaire, sont des illustrations du principe. Devant les juridictions de fond, le rôle actif du

⁽¹⁵⁾ QUARRE Philippe, «Le droit au silence», *J.T.*, 1974, pp. 525-528.

⁽¹⁶⁾ GARRAUD R., «Traité théorique et pratique de l'instruction criminelle», Paris, Sirey, 1907, t. 1, n° 266.

juge découle des caractères spécifiques de la procédure pénale qui même à l'audience conserve un aspect inquisitoire⁽¹⁷⁾.

Enfin, on peut se demander si, *psychologiquement*, la présomption d'innocence est réelle et concrète lorsqu'un prévenu s'est vu arrêté par la police, a été déféré au parquet, lequel a saisi le juge d'instruction ; celui-ci a décerné un mandat d'arrêt et a instruit ; le procureur du Roi a pris un réquisitoire de renvoi ; la chambre du conseil a renvoyé le prévenu détenu et celui-ci comparait entre deux gendarmes, menottes aux poings devant le tribunal, les menottes lui étant retirées sous les yeux du juge. Le juge du fond ne pense-t-il pas tout naturellement qu'il doit y avoir des charges graves de culpabilité puisque tel a été l'avis de la police, du procureur du Roi, du juge d'instruction et de la chambre du conseil. Ceci n'est pas un argument juridique mais la psychologie judiciaire et la psychologie tout court, ont été des disciplines trop longtemps négligées en procédure pénale.

La liberté de la preuve

Le principe de la liberté dans l'administration et l'appréciation de la preuve résulte, pour la cour d'assises, des articles 312 et 342 du c.i.c. Dans l'instruction donnée aux jurés conformément à l'article 342, il leur est rappelé que la loi ne leur demande pas compte des moyens par lesquels ils sont convaincus, elle ne leur prescrit point des règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance de la preuve ; elle leur prescrit de s'interroger eux-mêmes, dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience quelle impression ont faite sur leur raison, les preuves rapportées contre l'accusé et les moyens de défense. L'instruction se termine par ces mots : «elle» (la loi) «ne leur fait que cette seule question qui renferme toute la mesure de leur devoir : avez-vous une intime conviction»⁽¹⁸⁾. En ce qui concerne les autres juridictions, la cour de

(17) DU JARDIN Jean, «La justice pénale et ses antinomies», *R.D.P.*, 1975-1976, p. 201. QUARRE Ph., «Des pouvoirs accusés accordés au juge répressif pour la recherche de la vérité dans le cadre d'une procédure d'audience accusatoire», in *Liber amicorum Hermann Bekaert*, Gent, Snoek-Ducaju en Zoon, 1977, pp. 309-319.

(18) Cela ne signifie pas, comme l'a très justement montré Leclercq J., Procureur général près la cour d'appel de Mons que le jury est omnipotent et qu'il peut placer sa capricieuse volonté au dessus de la vérité des faits. Voir LECLERCQ J., «Quelques réflexions à propos de la cour d'assises», *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1976-1977, pp. 374-375.

cassation a souvent répété qu'en matière répressive, lorsque la loi n'établit pas un mode spécial de preuve, le juge du fond peut asseoir sa conviction sur tous les éléments régulièrement obtenus que les parties ont pu librement contredire⁽¹⁹⁾. Il apprécie souverainement, en fait, la valeur probante des éléments sur lesquels il fonde sa conviction⁽²⁰⁾.

Le principe de la liberté des moyens de preuve n'est cependant pas absolu ; d'une part la recherche et l'utilisation des preuves sont soumises au respect des formalités légales et à la contradiction des parties ; d'autre part les moyens de preuve doivent être compatibles avec les principes généraux du droit, le respect de la personnalité humaine et les droits de la défense ce qui amène l'exclusion des éléments de preuve obtenus par des procédés déloyaux. C'est dans ce sens que Monsieur Legros a pu affirmer le principe de la preuve légale en droit pénal comme en droit civil⁽²¹⁾. Mais sous cette réserve très importante, tout élément peut servir de preuve. Le code d'instruction criminelle n'avait fait référence qu'aux procès-verbaux et aux témoignages, mais les articles 154, 189 et 211 du C.I.C. ne sont qu'énonciatifs et pas limitatifs. Peuvent constituer des éléments de preuve, outre les procès-verbaux et témoignages, l'aveu du prévenu, même s'il est rétracté à l'audience, les constatations et les indices, les présomptions de l'homme, les écrits, documents, comptabilité, une bande enregistrée, des micro-films, toutes les pièces et procès-verbaux de l'information et de l'instruction, des documents résultant d'une procédure antérieure ou d'une procédure poursuivie à charge d'un tiers, les éléments d'information recueillis par le ministère public pendant la procédure devant la juridiction de jugement, les déclarations de la victime, d'un co-prévenu ou d'un co-auteur dans la même

⁽¹⁹⁾ Cass., 3 avril 1979 ; *Pas.*, 1979-I-914 ; Cass., 27.11.1979, *R.D.P.*, 1980, 895 ; Cass., 28 février 1979, *Pas.*, 1979-I-778 ; Cass., 17 août 1978, *Pas.*, 1978-I-1259 ; Cass., 17 décembre 1980, *Pas.*, 1981-I-440 ; Cass., 19 février 1980, *Pas.*, 1981-I-726 ; Cass., 24 février 1981, *Pas.*, 1981-I-700.

⁽²⁰⁾ Voir notamment Cass., 13.2.1979 *Pas.*, 1979, I, 690 mais il s'agit d'une jurisprudence absolument constante. Voir aussi sur ces questions, SCREVENs Raymond, «La preuve pénale en droit belge», in *La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles*, *op. cit.*, pp. 55-90.

⁽²¹⁾ LEGROS Robert, «La preuve légale en droit», in *La preuve en droit, Travaux du centre national de recherche de logique*. Études publiées par Ch. Perelman et P. Foiriers, Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 149-173 ; *J.T.*, 1978, pp. 589-595.

procédure ou dans une procédure antérieure, des lettres ou missives même confidentielles, des vues cinématographiques, etc.

La preuve produite ne lie pas le juge, il n'y a pas de hiérarchie entre les moyens de preuve et le juge garde sa liberté par rapport à une appréciation antérieure des moyens de preuve, soit par une autre juridiction, soit par une juridiction de premier degré. Mais la conviction du juge n'est pas une preuve en elle-même ; pour être juridiquement suffisante, cette conviction doit être l'effet d'une preuve⁽²²⁾. Cette liberté du juge du fond face à la preuve régulièrement produite devant lui par toutes voies de droit, est sans doute un contrepois à la rigueur de la charge de la preuve, un corollaire à la liberté des moyens de preuve, mais surtout la conséquence de la fragilité des preuves et de la difficulté de juger.

De nombreuses études ont souligné l'ambiguïté de l'aveu, la fragilité des témoignages, l'incertitude des expertises, la subjectivité de l'appréciation des présomptions. Lorsqu'on les examine de près, aucune des preuves ne porte en elle-même un degré suffisant de certitude⁽²³⁾. Et pourtant avec ces matériaux douteux, le juge doit rendre une bonne justice. C'est un des paradoxes de l'art de juger. L'intime conviction du juge, reste cependant un système très largement subjectif⁽²⁴⁾. Ce système ne protège pas suffisamment le juge contre les dangers, parfois mal connus des différents modes de preuve⁽²⁵⁾. Il «altère pratiquement la portée de la présomption d'innocence, au point de laisser parfois l'interprète dans une indécision en ce qui concerne la charge de la preuve»⁽²⁶⁾.

(22) LEGROS Robert, *L'élément moral dans les infractions*, Paris, Sirey ; Liège, Desoer, 1952, n° 387. Certes, il existe toutefois des cas dans lesquels la loi établit un mode spécial de preuve par ex. pour les procès-verbaux ou pour les faits civils, art. 16, 1° de la loi du 17 avril 1878.

(23) Voir notamment outre les écrits de Trousse, Merle et Vitu, Faustin-Hélie déjà cités : GORPHE F., *L'appréciation des preuves en justice*, Paris, Sirey, 1947 ; *La critique du témoignage*, Paris, Dalloz, 1927.

(24) LEVASSEUR G., «Le droit de la preuve en droit pénal français», in *La preuve en droit*, publié par Perelman Ch. et Foriers P., Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 195 ; RINGELHEIM, F., «La procédure criminogène», in *Le Genre Humain*, Paris, Fayard, 1982, pp. 81-84.

(25) LEVASSEUR G., «La présentation de la preuve et la sauvegarde des libertés individuelles», in *3^e colloque du département des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1977, p. 47.

(26) LEVASSEUR G., *Ibid.*

Certes, il n'est pas question de revenir à un système de preuve légale, encore que très justement Monsieur J. Ph. Levy constatait qu'il serait injuste d'oublier que la torture mise à part, ce système protégeait l'accusé souvent mieux que le régime de l'intime conviction ⁽²⁷⁾.

Je souscris pleinement à cette réflexion du Doyen Foriers dans son introduction au droit de la preuve : «mais ce qu'il importerait de faire ou de refaire, c'est une théorie de l'intime conviction sous l'angle d'une logique du raisonnable, de tracer par conséquent un cadre où l'intime conviction s'inscrit. Cadre infiniment moins rigoureux que celui qui est exigé par le savant pour admettre la certitude d'un fait, mais cadre qui à mon sens existe» ⁽²⁸⁾.

3. LES GARANTIES ET LES DROITS DE LA DÉFENSE

Il faut, dès lors, espérer qu'au niveau des garanties et droits de la défense, nous trouverons les contrepoids nécessaires pour équilibrer la balance de la justice. Il en est des garanties comme des libertés. Certaines sont réelles et concrètes, d'autres sont «formelles» et sans contenu réel. Léon Cornil disait déjà : «Au pénal comme au civil, une bonne procédure est une procédure simple et claire, riche en garanties de fond, débarrassée concrètement des formalités qui n'ont de garantie que le nom» ⁽²⁹⁾.

Il n'est pas possible (dans le cadre de ces quelques modestes réflexions), de faire ici une analyse approfondie des garanties réelles et formelles du procès pénal. Tout au plus peut-on rechercher quelques signes de piste en distinguant les garanties constitutionnelles (a), les garanties légales (b), les droits de défense (a) et l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (d).

a) *Les garanties constitutionnelles.*

C'est sans doute dans la Constitution qu'on découvrira les garanties les plus réelles : la légalité des incriminations et des peines (art. 9), l'indépendance des juges, la séparation des pouvoirs et les inamovibilités (art. 25, 30, 92, 93, 94 et 100), le fait que nul ne peut être distrait

⁽²⁷⁾ LEVASSEUR G., dans «La preuve en droit», *op. cit.*, p. 48.

⁽²⁸⁾ FORIERS P., dans *La preuve en droit*, *op. cit.*, p. 24.

⁽²⁹⁾ CORNIL L., *R.D.P.*, 1930-1931, *op. cit.*, p. 823.

du juge que la loi lui assigne (art. 8 et 94), la publicité des jugements (art. 97), l'égalité juridictionnelle (art. 6 et 8), etc.

D'autres garanties constitutionnelles sont largement atténuées.

L'art. 7 al. 2 de la Constitution prévoit notamment que nul ne peut être poursuivi que dans la forme que la loi prescrit. Ce n'est pas le cas dans la mesure où notre procédure pénale au cours de l'information, de l'instruction et même partiellement à l'audience, est coutumière. Léon Cornil a pu écrire : «La liberté individuelle n'est pas en péril chez nous et c'est parce qu'elle n'est pas en péril que l'abandon de l'art. 7 de la Constitution, nul ne peut être poursuivi que dans les formes que la loi prescrit, a reçu une sorte d'adhésion tacite par indifférence». Mais cet abandon de l'art. 7, ajoute-t-il, n'est pas sans offrir de graves dangers⁽³⁰⁾.

L'alinéa 3 de l'art. 7 est lui-même battu en brèche par la jurisprudence prétorienne qui a admis que les agents de l'autorité puissent priver de leur liberté un individu pour le mettre à la disposition de la justice, et ce en dehors de l'hypothèse du flagrant délit, «s'il existe des indices sérieux de culpabilité à charge de la personne arrêtée et que l'état de détention ne se prolonge pas au delà de 24 heures avant le décernement du mandat d'arrêt par le juge d'instruction»⁽³¹⁾.

L'art. 10 prévoit que le domicile est inviolable et qu'aucune visite domiciliaire ne peut avoir lieu que dans les cas prévus par la loi et dans les formes qu'elle prescrit. Mais il convient de souligner les multiples exceptions prévues par la loi et particulièrement par les lois récentes qui autorisent les perquisitions et les visites domiciliaires par certains membres de la police judiciaire ou autres fonctionnaires, sans mandat du juge d'instruction et même parfois pendant le temps de nuit. D'autre part, la police judiciaire peut procéder à des perquisitions et visites domiciliaires moyennant le consentement de l'habitant. Suivant la cour de cassation, le consentement peut être tacite⁽³²⁾.

La publicité des audiences était historiquement une garantie primordiale et elle est encore aujourd'hui très importante ... Mais cette publi-

⁽³⁰⁾ CORNIL Léon, *R.D.P.*, 1930-1931, *op. cit.*, p. 817.

⁽³¹⁾ Cass., 21 octobre 1901, *Pas.*, 1902-I-15. Cass., 23 janvier 1934, *Pas.*, 1934-I-142. Voir BRAAS Ad., *op. cit.*, n° 517bis, p. 418 et les réserves exprimées.

⁽³²⁾ Cass., 3 février 1976, *Pas.*, 1976-I-621 ; Cass., 23 février 1983, *R.D.P.*, 1983, 589. Cette jurisprudence est regrettable et contraire à l'enseignement de Hoeffler J. *Op. cit.*, n° 246, p. 230 et suiv.

cité présente parfois autant d'inconvénients que d'avantages. Ne faudrait-il pas élargir les exceptions qui sont déjà nombreuses (huis clos, art. 96 de la Constitution, art.80 de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse ; art. 9 al. 2 de la loi du 1^{er} juillet 1964, débats relatifs à une demande d'internement ; art. 5 de la loi du 29.6.1964, suspension du prononcé en chambre du conseil de la juridiction de fond et l'art. 6,1 de la Convention européenne des droits de l'homme). Ne faudrait-il pas permettre à un prévenu le droit de solliciter le huis clos pour permettre la protection de sa vie privée conformément d'ailleurs à l'art. 6,1 de la Convention ?

La motivation du jugement (art. 97) est également une garantie importante, mais il faut reconnaître qu'à défaut de conclusions des parties, cette motivation est trop souvent symbolique ou formelle dans le style : «Attendu que la prévention est établie telle que libellée à la citation».

Le jury (art. 98) a vu son rôle s'amenuiser considérablement par le jeu de la correctionnalisation des crimes prévus à la loi du 4 octobre 1867 sur les circonstances atténuantes. Cette loi a été modifiée à différentes reprises. En vertu de la loi du 1^{er} février 1977 tous les crimes dont la peine prévue par la loi n'excède pas vingt années de travaux forcés, peuvent être et sont en réalité, renvoyés devant le tribunal correctionnel par admission des circonstances atténuantes. Seuls les crimes punissables des travaux forcés à perpétuité et de la peine de mort sont passibles de la cour d'assises c'est-à-dire, les meurtres, avec ou sans circonstances atténuantes, certaines prises d'otages en vertu de l'art. 347bis du code pénal, et certains vols commis à l'aide de violences, menaces et extorsions et ayant eu des effets très graves (art. 473, 474 et 475). Même la tentative de meurtre est généralement correctionnalisée. Or, la loi du 1^{er} février 1977 a autorisé le tribunal correctionnel à prononcer une peine de dix ans au plus s'il s'agit d'un crime punissable des travaux forcés à temps qui a été correctionnalisé. Ceci permet au tribunal correctionnel de prononcer des peines en dehors de la récidive et du concours que seule la cour d'assises aurait pu normalement prononcer avant 1977.

b) *Les garanties légales*

Parmi les garanties légales bien réelles on peut citer l'art. 779 du code judiciaire qui oblige les juges à assister à la totalité des débats. Il en est de même des textes qui prévoient le double degré de juridiction ou

l'exercice de voies de recours. Il existe beaucoup d'autres textes qui sont repris dans les droits de défense et constituent des garanties effectives. Mais à côté de ces textes, combien d'autres ne constituent que des garanties formelles :

Ainsi par exemple, l'obligation d'indiquer les textes de loi appliqués (art. 163, 195 et 371 du C.I.C.).

Tous les textes relatifs aux reproches des témoins puisque en cours d'assises les témoins peuvent être entendus à titre de renseignements en vertu du pouvoir discrétionnaire du président et devant le tribunal correctionnel l'audition de ces témoins au cours de l'information ou de l'instruction peuvent être un élément de preuve suffisant.

Les textes relatifs au serment des témoins, experts et interprètes (voir l'art. 407 al. 3 du c.i.c. modifié par la loi du 22 juin 1976).

Les règles relatives aux conditions de validité des procès-verbaux, puisque la jurisprudence décide que cette nullité n'empêche pas le ministère public d'administrer la preuve du fait par tous moyens réguliers et notamment par témoins et que l'agent verbalisant peut d'ailleurs lui-même être entendu comme témoin⁽³³⁾.

La collégialité des juges devant le tribunal correctionnel et devant la chambre du conseil, qui était avant la loi du 25 octobre 1919, considérée comme une garantie essentielle, a fait place de plus en plus souvent dans les grands tribunaux à des chambres à juge unique sauf lorsque le prévenu a demandé une chambre à trois juges au moment de l'interrogatoire d'identité à l'audience et sauf dans les cas prévus à l'art. 92 du code judiciaire.

Enfin, il serait fastidieux de citer toutes les dispositions du code d'instruction criminelle dont la jurisprudence a dit qu'il s'agissait de formalités qui n'étaient pas substantielles ou prescrites à peine de nullité.

c) *Les droits de défense*

Il n'existe pas de définition légale des droits de défense, bien que ce soit l'âme du système accusatoire⁽³⁴⁾, le corollaire nécessaire de tout acte juridictionnel⁽³⁵⁾. Un certain nombre de dispositions légales

⁽³³⁾ Cass., 4 janvier 1960, *Pas.*, 1960-I-491.

⁽³⁴⁾ CONSTANT J., *Procédure pénale, notes de cours*, Université de Liège, 1971, p. 207.

⁽³⁵⁾ Cass., 2 mai 1961, *Pas.*, 1961-I-926 et 928.

particulières prévoient telle ou telle garantie pour l'une ou pour l'autre partie au procès pénal, mais ni la Constitution, ni la loi ne les définit ou pose le principe du respect des droits de la défense. Le droit de défense est actuellement considéré comme un principe général de droit, inséparable de l'acte de juridiction. Il est le droit pour toute partie de soutenir ou de combattre librement une demande devant une juridiction. Le respect des droits de la défense s'impose de manière absolue. Il répond en effet, à une exigence impérieuse de correction juridique et de moralité. Les droits de défense constituent la garantie de la loyauté du procès.

Il n'est pas possible de citer ici tous et chacun des droits de défense relatifs au procès pénal. Ils sont principalement les règles qui visent à assurer un débat loyal et contradictoire, c'est-à-dire qui permette à chacune des parties de connaître les griefs et les arguments de ses contradicteurs et de les combattre ; les règles qui visent l'impartialité et l'indépendance des juges. Des textes constitutionnels et beaucoup de règles du code d'instruction criminelle, des lois particulières et usages sont considérés comme des droits de défense.

Mais la théorie générale des droits de défense se fait surtout par la jurisprudence puisque c'est elle qui décide en définitive les cas où il y a eu violation, de même qu'elle détermine parmi les règles du c.i.c. celles qui sont substantielles et prescrites à peine de nullité.

Il faut d'ailleurs faire une remarque importante à cet égard. Les droits de défense étant des moyens mis à la disposition des parties pour que leur cause soit entendue équitablement et conformément à l'idée que notre société se fait de la justice, ce n'est que dans la mesure où une partie a effectivement demandé le respect de ses droits, et ce sans résultat, qu'il peut y avoir violation des droits de défense. La cour de cassation ne cesse de réaffirmer ce principe sous réserve des violations d'une règle essentielle telle qu'elle entrave fondamentalement le cours de la justice. La sanction de la violation des droits de la défense est que les preuves recueillies en violation de ces droits sont écartées des débats tandis que les actes de procédure faits en violation de ces droits sont frappés de nullité, entraînant éventuellement la nullité de la procédure tout entière.

S'il ne faut pas minimiser l'importante garantie que constitue cette notion de droit de défense, de même que l'attention très réelle portée par la cour de cassation au respect de ces droits, il faut néanmoins constater le caractère jurisprudentiel plutôt que légal du système

élaboré. D'autre part, obliger une partie à demander le respect de ses droits si le juge n'y est pas personnellement attentif, peut constituer au cours du procès pénal une situation conflictuelle non pas avec la partie adverse, mais avec le juge, ce qui n'est pas sans inconvénient pour la sérénité d'une défense.

d) *La convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales.*

La convention qui protège toute une série de droits fondamentaux vise l'homme en tant que tel et non en tant que ressortissant d'un État contractant. Comme les autres dispositions, les règles consacrant les droits de la défense (l'art. 5 qui touche surtout la détention préventive et l'art. 6 qui est plus spécifique) protègent tout individu soumis à un moment donné aux juridictions belges, quelle que soit sa nationalité. Il ne sera pas question ici de l'article 5 qui dépasse notre sujet, ni même du champ d'application de chacune des dispositions de l'article 6. Celui-ci contient par contre une règle fondamentale pour notre sujet : toute personne a droit à ce que son procès soit entendu équitablement.

La notion de procès équitable (fair trial) empruntée au droit anglo-saxon, n'est pas définie par la convention elle-même. Elle comprend *notamment* les règles énoncées par la suite de l'art. 6, mais celui-ci n'est qu'exemplatif. Les droits cités dans la suite de l'art. 6 ne constituent en quelque sorte que les exigences minimales d'un procès équitable. Cette disposition a donné lieu à une abondante jurisprudence, tant des juridictions nationales que de la commission et de la Cour européennes ; ce n'est qu'à l'examen de cette jurisprudence que l'on peut essayer de saisir quelque peu ce que cache l'idée du «procès équitable».

Le caractère équitable d'un procès doit être examiné sur base de l'ensemble du procès, et non à partir d'un aspect ou d'un incident particulier. C'est donc une notion bien concrète qui ne s'apprécie qu'eu égard aux circonstances propres à chaque cause. La jurisprudence permet de préciser certains éléments essentiels du procès équitable :

Tout d'abord, la commission a estimé que le principe «non bis in idem» ne figure pas dans les droits garantis par la convention et ne découle pas, selon elle, de la notion de procès équitable. D'autre part, le droit à un procès équitable n'implique pas le droit à la révision de la condamnation de l'accusé.

Dans la notion de procès équitable, il y a lieu de retenir tout particulièrement le principe de *l'égalité des armes*, c'est-à-dire l'égalité

dans la procédure, entre l'accusé ou le prévenu et le ministère public et la partie civile.

Nous ne décrivons pas ici la sanction de la violation des droits garantis par l'article 6 de la Convention avec les recours devant la commission puis éventuellement devant la cour européenne des droits de l'homme. Il faut reconnaître qu'un recours international contre les violations des droits de l'homme et notamment des droits prévus à l'article 6 constitue un très grand progrès directement et indirectement. Directement parce que c'est une garantie supplémentaire pour chaque citoyen de pouvoir recourir à une juridiction internationale pour faire protéger ses droits essentiels, mais indirectement la jurisprudence européenne a une influence certaine sur le juge national qui est encore plus attentif à ne pas donner ouverture à un recours qui pourrait entraîner la condamnation de la Belgique. Mais ici encore, nous sommes en présence d'un droit jurisprudentiel en gestation avec la marge d'incertitude que cela implique.

*

**

Au terme de cette analyse nécessairement rapide et qui demanderait pour chaque affirmation d'importants développements, le diagnostic est sans illusion.

L'information se situe dans un vide juridique redoutable, l'instruction préparatoire relève de la coutume⁽³⁶⁾, la procédure d'audience a perdu son caractère accusatoire⁽³⁷⁾, la liberté des moyens de preuve et surtout le principe de l'intime conviction fondent un système très largement subjectif⁽³⁸⁾, les garanties sont parfois plus formelles que réelles. Les notions de droit de défense et de procès équitable se construisent et se précisent par la jurisprudence de la cour de cassation, de la commission et de la cour européennes des droits de l'homme. Cette jurisprudence porte, sans doute, notre avenir, mais le danger existe là aussi que l'argumentation formelle l'emporte sur la réalité concrète. Le procès pénal, écrivait Robert Badinter, donne l'exacte

⁽³⁶⁾ Voir CORNIL Léon, *R.D.P.*, 1930-1931, article cité.

⁽³⁷⁾ Voir BEKAERT H. et QUARRE Ph., articles cités.

⁽³⁸⁾ LEVASSEUR G., «Le droit de la preuve en droit pénal français», *op. cit.*, in *La preuve en droit*, publié par le Centre national de recherches de logique par Perelman Ch. et Foriers P., Bruxelles, Bruylant, 1981, p. 191.

mesure de la liberté individuelle ⁽³⁹⁾, ses dérives doivent donc éveiller notre particulière attention.

À ce diagnostic lucide, sinon pessimiste, on objectera sans doute que la justice pénale est généralement bien rendue en Belgique. C'est un fait certain et l'auteur de ces lignes le pense, même si, parfois (rarement), certaines pratiques, certaines décisions ou même certains comportements suscitent un sentiment de malaise. Le problème est d'ailleurs plus fondamental. Une procédure qui n'est plus légale et vraiment contradictoire, présente des dangers d'arbitraire, alors même que jusqu'à présent ils furent évités. Le propre de la démocratie est d'avoir confiance en l'homme mais de se méfier des hommes surtout lorsqu'ils détiennent une parcelle du pouvoir. Les dangers sont d'autant plus graves qu'ils s'inscrivent dans un contexte qui ne manque pas d'être préoccupant pour la justice en général et pour la justice pénale en particulier. On pourrait d'une manière schématique, souligner plus particulièrement trois motifs d'inquiétude :

1) *Les ruptures du consensus.*

Jusqu'il y a peu de temps, ceux qui participaient au procès pénal, avaient, sur l'essentiel, une conception assez semblable des exigences de la justice et de la liberté.

Il n'est pas évident qu'il en soit encore ainsi aujourd'hui. L'éclatement de la société, de ses valeurs et de ses références doit nécessairement rejaillir sur la justice. «La crise du système pénal», écrivent Philippe Robert et Claude Faugeron ⁽⁴⁰⁾, «cette crise qui affleure dans tous les aspects de sa réalité, n'est pas uniquement, ni même essentiellement, un problème de retard, ni de son organisation, ni des mentalités. L'essentiel, c'est l'absence – plus ou moins profonde – de consensus. La justice est en crise surtout parce qu'elle est entrée de façon massive dans le champ du soupçon, de la dissuasion, des clivages, bref du dissensus».

⁽³⁹⁾ Comité pour une charte des libertés animé par Robert BADINTER, *Liberté, libertés*, préface de Fr. MITTERAND, Paris, Gallimard, 1976, p. 253.

⁽⁴⁰⁾ ROBERT Ph. et FAUGERON Cl., *Les forces cachées de la justice, la crise de la justice pénale*, Paris, Le centurion, 1980, p. 194.

2) *La primauté de l'équité sur la loi.*

La tendance à privilégier l'équité par rapport au droit est un facteur d'insécurité⁽⁴¹⁾. La loi constitue une garantie d'égalité et d'objectivité. L'équité est une notion subjective qui varie suivant le temps, l'espace, ou les individus.

Mais les facteurs qui ont sans doute le plus privilégié l'équité sur la loi sont la jurisprudence et l'idéologie. Le Doyen Savatier avait déjà souligné que le juge n'était pas insensible à la libido imperandi, à l'orgueil de faire le droit à sa guise «et le pire», ajoutait-il, «c'est que sous l'influence de ce vertige, ces arrêts de principe sont trop aisément des décisions d'espèce. Le principe énoncé par une cour dont la mission devrait être régulatrice, devient alors un moyen de donner à un litige à propos duquel il est formulé, une solution estimée équitable par le juge»⁽⁴²⁾. L'idéologie est plus grave encore, surtout si elle agit comme un ressort inconscient de la décision du juge⁽⁴³⁾. L'influence de l'idéologie est la cause et la conséquence de l'absence de consensus. La décision risque de dépendre davantage du juge saisi que de l'analyse rigoureuse des termes de la loi. Ceci explique aussi certaines «modes» dans la répression, dans le choix des affaires qui sont amenées à l'audience et aussi dans la sévérité de la sanction.

3) *La tentation de l'arbitraire.*

On assiste depuis de nombreuses années à une interprétation de plus en plus extensive de notions juridiques qui est, à la limite, contraire au principe de légalité. On peut donner de multiples exemples : le faux en

⁽⁴¹⁾ Ce problème est trop vaste pour donner un début de bibliographie. Il touche à l'essentiel de l'art de juger et à la mission des cours et tribunaux. On lira à cet égard GANSHOF VAN DER MEERSCH S. W., «Réflexions sur l'art de juger et d'exercer la fonction judiciaire», *J.T.*, 1973, pp. 509-520 ; DUMON F., «La mission des cours et tribunaux, quelques réflexions», *J.T.*, 1975, pp. 541-549 et 561-570.

⁽⁴²⁾ SAVATIER R., «Observations sur les modes contemporains de formation du droit positif», in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant-Sirey, 1963, p. 305.

⁽⁴³⁾ On connaît la fameuse «Harangue à des magistrats qui débutent» : «soyez partiaux ... ayez un préjugé favorable pour la «femme contre le mari, pour le débiteur contre le créancier, pour l'ouvrier contre le patron, pour l'écrasé contre la compagnie d'assurances et l'écraseur, pour le malade contre la sécurité sociale, pour le plaideur contre la justice» cité par : ARNAUD André-Jean, *Clefs pour la justice*, Paris, Seghers, 1977, p. 168.

écritures et sa prescription, l'escroquerie, la corréité et la complicité, les tromperies et autres infractions, l'effacement de l'élément moral de l'infraction, les circonstances graves et exceptionnelles intéressant la sécurité publique en matière de détention préventive, etc. Ces extensions jurisprudentielles de notions claires et précises peuvent éventuellement se justifier par les nécessités de la répression, mais elles n'en sont pas moins le dépassement de la volonté du législateur et débouchent dès lors sur l'arbitraire.

La loi elle-même – par ses dispositions trop vagues – et la jurisprudence étendent de plus en plus le pouvoir d'appréciation du juge du fond, dont l'appréciation souveraine, en fait, de notions trop larges en droit augmente le risque de glisser vers l'arbitraire.

**

Et si le goût de la liberté venait à s'affadir ? La question, n'en doutons pas, est posée, malgré les grandes déclarations, les discours politiques, malgré la libéralisation des mœurs ou l'effacement de quelques infractions. Les menaces contre la liberté viennent de partout : de la peur, des difficultés économiques et sociales insurmontées, de l'échec des solutions répressives⁽⁴⁴⁾, du législateur mais aussi de la justice. La tentation serait le fatalisme. On a écrit récemment «Comment finissent les démocraties»⁽⁴⁵⁾ ; on pourrait écrire d'une manière plus limitée «Comment s'épuise la liberté».

Mais parce que nous sommes encore nombreux à croire que la liberté est une exigence et un combat, il convient, après cette analyse sans complaisance de rechercher quelques sentiers de liberté.

**

1) D'abord il convient de faire retour à la légalité. Il nous faut un nouveau code de procédure pénale qui donnera des bases juridiques à l'information et à l'instruction, qui définira les droits et les devoirs du parquet, de la police, du juge d'instruction, de la partie lésée et de la défense. Les actes d'information de la police judiciaire seront décrits avec autant d'exactitude que ceux du juge d'instruction.

⁽⁴⁴⁾ Voir RINGELHEIM Foulek, «La procédure criminogène», in *Le Genre Humain*, Paris, Fayard, 1982, n° 2, p. 77.

⁽⁴⁵⁾ REVEL J. F., *Comment finissent les démocraties*, Paris, Grasset, 1983.

2) Il nous faut faire retour au caractère accusatoire de la procédure et particulièrement de la procédure d'audience. Au niveau de l'information et de l'instruction il n'est, sans doute, pas souhaitable de recourir à une procédure contradictoire⁽⁴⁶⁾. Mais en 1931 déjà, Léon Cornil suggérait à la suite du conseil de législation que copie des pièces de l'information soit transmise à l'avocat dans les cinq jours de leur jonction au dossier, que l'inculpé puisse requérir tout acte d'information qu'il juge utile à sa défense, et en cas de désaccord qu'il soit statué sur sa demande par un magistrat qui n'est pas le magistrat instructeur⁽⁴⁷⁾. Par contre, au niveau de la procédure d'audience la contradiction doit être complète. Si l'une des parties demande que soit entendu un témoin, un verbalisant ou un expert, le juge ne peut pas s'y opposer. Si pour une raison quelconque le juge fonde sa conviction sur un des éléments de l'information ou de l'instruction qui est infirmé à l'audience, il doit justifier sa décision. Le juge devrait d'autre part entendre toute personne citée par la partie civile ou par la défense même si elle n'a pas été entendue lors de l'information ou de l'instruction à moins qu'il ne soit établi qu'il s'agisse de manœuvres dilatoires ce qui devrait être justifié.

3) Il faudrait une nouvelle théorie générale de la preuve en matière répressive qui serait inscrite dans les textes. On devrait promouvoir un système comparable au système anglais, c'est-à-dire un système de droit des preuves d'exclusion⁽⁴⁷⁾. Il devrait exister quelques règles qui guideraient le juge dans sa tâche difficile comme par exemple :

(46) FRANCHIMONT M., *Cours de Procédure pénale*, Liège, Presses universitaires de Liège, 1982, t. 1, p. 230-232. Toutefois l'expertise devait être contradictoire.

(47) GINOSSAR S., «Éléments du système anglais de la preuve judiciaire», in *La preuve en droit*, op. cit., p. 100 ; «le droit des preuves est avant tout en pays anglo-saxon un droit d'exclusions», «c'est-à-dire que les normes dont il se compose vise surtout à limiter l'arbitraire du Juge et à le contraindre à rejeter toute preuve légalement irrecevable. En d'autres termes, les preuves légalement recevables peuvent seules être considérées et appréciées soit par le jury soit – en l'absence de jury – par le juge même selon le degré de crédit qu'ils sont disposés à lui reconnaître». Ce système d'une précision rigoureuse qui a été élaboré au cours d'une évolution de plusieurs siècles par la jurisprudence vise non seulement les règles relatives à la présentation de la preuve (interdisant par exemple les questions tendancieuses dans l'enquête directe) mais également l'appréciation des preuves déniaut par exemple toute valeur probante à l'ouï-dire.

a) ne jamais se contenter d'une seule preuve si elle n'est pas étayée par d'autres éléments,

b) exclure radicalement les éléments qui ne reposent pas sur une preuve vérifiable (impression des verbalisants, personne digne de foi, renseignements de moralité, casier judiciaire),

c) exclure *dans les textes* les moyens déloyaux ; la partie poursuivante ayant la charge de la preuve de la légalité de la preuve présentée (lettres produites, régularité d'une perquisition), etc.

d) étendre le contrôle de la cassation au caractère probatoire de l'élément retenu par le juge.

e) enfin, comme le disait le Doyen Foriers peu de temps avant sa mort, il faut faire ou refaire une théorie de l'intime conviction sous l'angle d'une logique du raisonnable.

4) Il faudrait enfin, comme le suggérait Léon Cornil, promouvoir «une procédure simple et claire, riche en garanties de fond, débarrassée concrètement de formalités qui n'ont de garanties que le nom ; il faudrait nettoyer dès lors les textes de toutes ces dispositions qui ne sont plus appliquées ou qui ne sont ni substantielles ni prescrites à peine de nullité. Il faudrait promouvoir un système de garanties réelles au niveau de l'information, de l'instruction et du jugement⁽⁴⁸⁾. Les droits de l'homme et les droits de la défense sont trop importants pour être consacrés principalement par la jurisprudence. Dans un régime démocratique, c'est la loi qui doit assumer le respect des libertés. Encore faut-il le faire avec réalisme et de manière concrète car comme on l'a justement écrit : «la splendeur de l'abstraction juridique a toujours fait bon ménage avec la misère du réel, les majuscules des textes sacrés avec ces innombrables et minuscules détresses qui tissent et déchirent chaque jour notre vie»⁽⁴⁹⁾. Antoine de Saint-Exupéry, n'écrivait-il pas dans *Citadelle* : «La grande erreur est de ne point connaître que la loi est signification des choses, non rite plus ou moins stérile à l'occasion de ces choses»⁽⁵⁰⁾ ?

⁽⁴⁸⁾ Voir les suggestions faites à cet égard dans FRANCHIMONT M., *Cours du Procédure pénale*, Liège, P.U.Lg., 1982, notamment t. 1, pp. 202-204 et pp. 229-234.

⁽⁴⁹⁾ *Liberté, libertés*, op. cit., p. 25.

⁽⁵⁰⁾ DE SAINT-EXUPÉRY Antoine, *Œuvres*, Paris, Bibliothèque de la Pléiade, p. 712.

TITRE XIV

Réflexion sur la crise du système pénal

par Philippe Robert

Si j'ai longuement hésité, l'an dernier, avant d'accepter de contribuer à ce numéro spécial, c'était essentiellement parce que je craignais – avec raison hélas – le trop grand nombre d'engagements et le manque de temps qu'il génère.

Maintenant que me voici au pied du mur, c'est la difficulté du thème qui m'apparaît de plus en plus : l'évidence même dans laquelle il semble se mouvoir, le rend finalement très inhospitalier à une réflexion sociologique.

Ce questionnement apparemment simple et « neutre », risque en fait – par les termes qu'il emploie et la manière dont il les agence – de s'avancer secrètement beaucoup dans la présupposition des réponses qu'il autorise grâce notamment aux harmoniques que son « évidence » même éveille aux quatre horizons de l'« opinion ».

Il ne ménage spontanément guère d'espace de liberté entre les deux tentations jumelles, et complémentaires, du lieu commun et du paradoxe vide, de celui qui n'a d'autre qualité que d'être l'inverse ... sauf à consentir un préalable : à tenter de gagner cet espace en s'efforçant de briser l'œuf du questionnement, de casser son évidence.

*

**

Questionner toujours la question qu'on lui pose, au lieu de se borner tout bonnement à proposer des réponses, voire des solutions, ce « tic » du sociologue ⁽¹⁾ irrite souvent. On est fréquemment tenté de l'inviter à

(1) Sociologue, je parle du sociologue ; mais on pourrait, que je sache en dire autant pour le spécialiste de n'importe quelle autre branche des sciences sociales.

«passer au déluge», de le taxer de sophiste⁽²⁾, de lui reprocher de se replier frileusement dans une tour d'ivoire, de jouer gratuitement à l'érudit, de pratiquer une scolastique vide, ou même de le soupçonner de chercher à masquer sous de tels préalables, ignorance et impuissance.

Et pourtant le grief est injuste : paradoxalement cette posture seule lui permet de produire un *logos* échappant, au moins jusqu'à un certain point, au babillage «savant» qui lui, se borne à revêtir la *doxa* de termes abstraits, donc à lui conférer l'apparente légitimité d'une apparente science.

Observateur d'un registre social⁽³⁾ dans lequel il ne joue pas⁽⁴⁾ il ne lui a pas fallu incorporer ces automatismes et ces croyances – au moins minimales – dans les enjeux et la règle du jeu, sans lesquels on ne peut tenir sa partie dans ce registre là. Il peut donc s'affranchir du nécessaire clair-obscur d'une connaissance pratique⁽⁵⁾ et aborder l'observation de cette pratique dans une démarche méthodologiquement sceptique. Ajoutons, tout de suite, que cette possibilité n'est susceptible de s'actualiser que parce qu'il est observateur armé : la méditation des entreprises de ses prédécesseurs, le dialogue avec les spécialistes d'autres branches

(2) Il va de soi que je fais allusion ici au sens courant et dépréciatif du terme, sans préjudice du fait qu'il ne rend guère justice aux sophistes. Une remarque analogue vaut pour la scolastique.

(3) Si j'emploie ce terme, c'est parce qu'il permet une double résonance : au sens musical, il évoque le jeu que l'on joue ; au sens comptable, il réfère aux enjeux investis par ceux qui jouent.

(4) Ce n'est pas qu'il soit comme absent de la société qu'il regarderait seulement de loin, comme à vue de Sirius ; mais il joue dans un autre registre – celui du monde scientifique – où sont ses enjeux (c'est peut-être pourquoi la sociologie de la science est plus à l'aise pour analyser les domaines des sciences de la nature ou de la vie que le sien propre des sciences sociales, ou qu'elle aborde volontiers de celles-ci un passé qui n'est plus tout à fait son présent). Ceci étant dit comme analyse de départ globalement exacte, il faudrait peut-être ajouter encore que les rapports concrets du sociologue spécialisé avec les enjeux du registre qu'il analyse sont, dans la pratique, infiniment plus compliqués. Sans renoncer à une certaine empathie pour son objet d'étude et ses praticiens sans lequel il ne produirait qu'un dogmatisme abstrait, il lui faut donc développer une vigilance, voire une ascèse, qui doit pouvoir s'appuyer sur une position institutionnelle fortement entrée dans le monde scientifique.

(5) Dire qu'elle est pratique ne témoigne d'aucun jugement de valeur, mais rend compte seulement du fait qu'elle est ordonnée à une pratique, ce qui ne l'annule pas, mais lui fixe des bornes difficilement franchissables.

des sciences sociales étudiant le même problème⁽⁶⁾ le dotent d'une méthodologie, d'une démarche susceptible de s'auto-critiquer à travers son outillage de concepts et de techniques.

Mais les vertus de cette situation ne lui seraient d'aucun profit s'il devait se laisser piéger aux prénotions que véhicule nécessairement la formulation même de l'interrogation qu'on lui adresse car les termes de toute question présupposent, par leurs connotations et leur agencement, sinon toujours la réponse même, du moins les limites de son acceptabilité, de l'espace où l'on veut implicitement la cantonner.

Parce qu'il ne dispose à peu⁽⁷⁾ près pas d'une langue propre, parce qu'il opère au sein de la langue courante, il lui faut, de toute urgence, consentir un effort pour arracher, au moins partiellement, la question aux prénotions qui préforment la réponse aux limites de la *doxa*. Sauf à se renier, il ne peut pas abdiquer la nécessité de construire son objet. Mais cet effort, toujours nécessaire, jamais complètement réussi, ne se satisferait pas d'une *tabula rasa* qui feindrait d'ignorer les présupposés de la question : puisqu'il faudra ensuite opérer dans les termes de la même langue, autant la constituer tout de suite comme objet du premier questionnement. De toute manière, en tant que pré-constitution immédiate de l'objet, elle est déjà-là pour le sociologue comme question/réponse. Et ce n'est qu'à travers le coup de force de sa déconstruction qu'il pourra tenter sa propre construction de l'objet, celle qui lui permettra de tirer parti de sa position d'observateur armé.

Cette déconstruction des termes du questionnement et de leur agencement est particulièrement ardue, en même temps que particulièrement urgente, pour le sociologue qui aborde un registre ordonné par le droit. Les mots mêmes qui y ont cours, ce vocabulaire juridique, reflètent, en effet, la normativité de la langue qui structure un tel registre, sa revendication à mesurer le permis et le défendu – et finalement le bon et le mauvais – *erga omnes* comme émanant régulièrement d'un locuteur qui a autorité pour le dire, de cet État conçu comme incarnation de l'éthique sociale, du «bien commun».

⁽⁶⁾ Pour une réflexion sur l'appui réciproque que peut offrir le dialogue entre sociologues et historiens travaillant sur les matières pénales, voy. p. ex. ROBERT et LÉVY, s.p.

⁽⁷⁾ Le peu étant représenté par la convocation d'archaïsmes et de néologismes qu'on lui reproche, souvent à juste titre, comme ésotérisme disposé pour accroître la valeur de sa marchandise et pour sauvegarder son appropriation, mais il faut aussi y reconnaître un effort acharné pour réduire l'équivocité de la langue courante.

La difficulté à déconstruire la question est encore accrue par le caractère *bifrons* du droit, technique hyper développée qui se dit *en même temps* science, donc connaissance, et science normative, donc connaissance portée à revendiquer un monopole de la formulation légitime (8).

L'obstacle normatif atteint peut-être sa quintessence en matière pénale car la normativité y demeure cachée, implicite, donc particulièrement difficile à questionner. Au moins dans sa formulation classique (9), la loi pénale n'énonce pas de norme, elle n'interdit même pas d'en violer, elle se borne à énumérer les sanctions encourues par d'éventuels violateurs. Par cette retenue de sa formulation, elle paraît renvoyer à une éthique «naturelle» dont tout homme raisonnable ne pourrait que reconnaître l'évidence. Du coup, l'«impertinence» du sociologue cède facilement à la timidité (10) à moins qu'il s'ingénie à éviter ce thème abandonné à une co-suzeraineté du droit et de la psychiatrie qui n'y consentent d'ailleurs que des investissements marginaux. Cet évitement était tenable tant que la question pénale demeurait fixée aux termes de l'économie répressive progressivement mise en place au siècle précédent. Mais qu'elle réapparaisse au zénith des enjeux et des conflits, voilà qui rend intenable le désinvestissement du sociologue français (11) : il lui faut, à nouveau, comme ses grands prédécesseurs d'avant la première guerre mondiale, questionner ce questionnement doxique en évitant, autant que faire se peut, de tomber dans ses subreptices préconstitutions de réponses. Et peut-être regrette-t-il alors de s'être réveillé si tard, raison de plus pour rappeler inlassablement l'urgence de cette irritante déontologie.

*
**

(8) D'où une tendance à réduire la sociologie et autres sciences sociales, qui s'aventurent sur des registres structurés au droit, au rang de sciences «annexes» (comme disent joliment les traités de droit) bonnes à apporter quelques réponses particulières, mais inaptes en tout cas à questionner.

(9) Certains sociologues ou philosophes du droit émettant, en effet, l'hypothèse du développement contemporain d'une autre loi pénale qui aurait perdu son autonomie par rapport à l'articulation d'une prescription normative, singulièrement dans les matières de droit pénal administratif.

(10) Comme en témoigne l'échec de l'entreprise «criminologique» qui est surtout dû à une impuissance à échapper à la prégnance de l'interrogation sur le pourquoi, à la déconstruire pour procéder à une construction d'objet.

(11) Alors surtout que s'est dissipée la prétention autocéphale d'une discipline criminologique.

En évoquant le sous titre d'un ouvrage récent écrit avec Claude Faugeron ⁽¹²⁾, la question d'aujourd'hui, paraît cependant m'autoriser à négliger le préalable en me référant à la construction que j'en tentais naguère. Néanmoins, le poids des mots pèse trop lourd – de ceux surtout que les trompettes de l'opinion reprennent jour après jour – pour qu'on puisse jamais se dispenser de reprendre à frais nouveaux, à chaque occasion, la déconstruction d'évidences toujours prêtes à refermer leur banquise sur le discours sociologique pour le contenir dans les limites du sens commun. Depuis deux ans, on a trop psalmodié, de toutes parts, «crise du système pénal» pour que ne s'impose pas un nouvel inventaire.

La formulation de la question présuppose qu'il y a non seulement changement, mais situation paroxystique, transitoire, anormale, appelant donc en soi une appréciation négative, encore que la crise puisse parfois générer des effets heureux. Mais comme l'on ne sait de quelle normalité l'on se serait si violemment écarté, nous voici en danger d'être enfermé dans le balancement entre les contraires-jumeaux de la confirmation ou de la dénégation, également fragiles, de l'état de crise ... bref à passer de l'observation agnostique à l'appréciation normative.

Inviter à réfléchir dans ces conditions revient – sans que personne en ait délibéré le propos – à pousser le sociologue dans le rôle – toujours tentant bien que très fréquenté – de l'essayiste, du réformateur social, à joindre la nombreuse et brillante cohorte des notables qui entrechoquent joyeusement leurs «n'y a qu'à» à leurs indignations.

Quant au syntagme système pénal, nous ne l'employons que dans un sens très retenu pour signifier que les acteurs individuels ou institutionnels qui interviennent, dans un processus pénal ne le font pas de manière erratique, mais qu'il leur faut inscrire leur intervention, dans un ordre séquentiel imposé par la langue et la logique qui structurent ce registre social, c'est-à-dire par un juridique pénal, à la fois substantiel (ou d'incrimination) et surtout procédural. Mais cela ne signifie pas nécessairement qu'il y ait harmonie, coopération, non contradiction, absence de tension entre les agents. Tout au contraire, contraints de faire système dans le processus pénal, il se trouvent souvent, en même temps, comme des «associés-rivaux», en compétition pour l'hégémonie dans ce registre social. Toutefois, l'acception commune fait dire

(12) ROBERT et FAUGERON (1980).

beaucoup plus à système et lui fait produire une connotation d'homogénéité interne⁽¹³⁾.

Et si l'on combine ce présupposé avec celui d'une crise sur laquelle il convient de réfléchir, voici que ce questionnement si anodin s'est beaucoup avancé dans la préformation des réponses d'autant plus que toutes les trompettes de l'opinion s'accordent facilement pour confirmer que le pénal est en crise, qu'il est sorti paroxystiquement de sa normalité, qu'en proie à des contradictions internes, il n'a plus cet efficace nécessaire à l'accomplissement de sa fonction sociale. Du coup, celle-ci se délite et la société en pâtit.

Il n'y aurait vite plus de place pour l'analyse du social ; la description devrait plier bagage pour faire place à la seule prescription. A vrai dire, ce n'est plus le sociologue qui pourrait parler, mais l'ingénieur ou l'hygiéniste social, le réformateur⁽¹⁴⁾ apte à prescrire les voies pour sortir de la crise.

Et tant pis si pressé d'imposer les mains, le gourou oubliait le prix d'une observation sceptique et méthodique, s'il ne bornait au clair obscur de la connaissance pratique, puisqu'il est lui aussi joueur dans ce registre où il a hâte de vendre ses onguents.

Et nous voilà averti par ce petit démontage des connotations et présuppositions de pièges que nul n'a amorcés volontairement, mais que les mots colportent subrepticement.

Du coup, nous resterons au plus près de l'analyse, au plus loin de l'essai, attentif seulement à faire émerger des lignes de force qui structurent la question pénale aujourd'hui, en documentant ce diagnostic de données soigneusement scrutées (après que leur statut ait été précisé par le rappel de leurs conditions de production).

Et cela ne sera possible qu'en renonçant à l'abstraction *du* système pénal en général pour nous référer à *un* pénal particulier, le cas français : d'une part, nous sociologues du juridique avons depuis belle lurette cessé d'entretenir les illusions et les enthousiasmes de François Simiand⁽¹⁵⁾ envers le comparatisme spatial. Tant qu'à chercher des termes de comparaison, c'est plutôt dans le temps que nous les

(13) Tellement impérieuse que l'on a reproché à maints criminologues surtout nord américains d'y avoir cédé en répétant machinalement *criminal justice system*, loin des retenues et des prudences d'une convenable analyse de système.

(14) Comme le pénaliste utopique des lumières ou le philanthrope de la Restauration.

(15) SIMIAND, 1960.

prendrions, en essayant d'articuler du diachronique sur l'habituelle synchronie de nos analyses⁽¹⁶⁾. Au surplus, cette posture permet de spécifier les permanences et les recompositions, les plurichronologies, de préciser en quoi aujourd'hui s'écarte d'un hier dont il procède.

Et s'il fallait venir un jour à des comparaisons spatiales, malgré les obstacles accumulés de l'histoire incorporée et de l'histoire réifiée⁽¹⁷⁾, ce n'est en tout cas pas en cédant au syncrétisme qu'on y parviendrait.

Enfin cette analyse, même si elle doit faire la part belle aux données globales et institutionnelles, comme les séries statistiques d'origine administrative, tâchera de rester différentielle et de ne pas sacrifier à l'illusion nominaliste du consensualisme social, et aussi de combiner le nécessaire «tout se passe comme si» avec une sociologie non manichéiste d'acteurs jamais parfaitement clairvoyants.

Du moins, on en conservera l'ambition même si l'insuffisance des données doit souvent nous empêcher de la mener satisfaisamment à terme.

*

**

La statistique de police⁽¹⁸⁾ offre une image presque entièrement constituée par les atteintes aux biens – tableau 1 – Les infractions contre les personnes, les mœurs, la famille, l'ordre public et la réglementation n'y figurent que pour quelques 7% du total. Tout le reste concerne les atteintes aux biens, et encore celles qui sont dites «astucieuses»⁽¹⁹⁾ dépassent de peu 9%. Il n'y a donc guère dans cette statistique que des vols de toutes sortes et, bien loin derrière, des affaires de chèques.

Si l'on regarde plus en détail, on est frappé par l'importance du contentieux lié aux véhicules à moteur ; le tiers de tous les cas en-

⁽¹⁶⁾ ROBERT et LÉVY, s.p.

⁽¹⁷⁾ BOURDIEU, 1980.

⁽¹⁸⁾ En fait, il s'agit de la somme des statistiques de la police nationale et de la gendarmerie. On y décompte, non pas tous les faits suspects connus de ces services, mais ceux-là seulement qui font finalement l'objet d'un procès-verbal de transmission à la justice, et encore à l'exception des procès-verbaux pour petites infractions (contraventions) et de ceux concernant les infractions de circulation routière et les atteintes par imprudence à la vie.

⁽¹⁹⁾ Comme escroqueries, abus de confiance, fraudes, infractions économiques, financières, banqueroutes, à quoi s'ajoutent ici les chèques volés.

registrés, la moitié des vols concerne soit des véhicules à moteur, soit des objets pris dans des voitures.

Les infractions en matière de chèques retiennent ensuite l'attention avec près de 12% du total ⁽²⁰⁾.

Les vols simples atteignent un ordre de grandeur comparable et l'on est frappé de voir les cambriolages venir directement après avec 10% du total ⁽²¹⁾.

En revanche, si l'on ajoute aux infractions contre les personnes les vols avec violences physiques ⁽²²⁾, on atteint à peine 3%.

En fin de compte, l'image ici procurée met l'accent sur :

- les vols de et dans les véhicules à moteur ;
- les infractions en matière de chèques
- les vols simples
- les cambriolages

dont l'importance contraste avec la faiblesse du contentieux de violence physique.

Pour bien interpréter ces données, il convient maintenant de se reporter aux taux d'élucidation ⁽²³⁾. Le taux moyen est de deux faits sur cinq. Mais sa signification est limitée car il cache de considérables variations ou, plus exactement, deux cas de figures antithétiques.

Le taux tourne autour de neuf sur dix pour les affaires de chèques, les infractions familiales et sanitaires ⁽²⁴⁾, celles concernant l'ordre public ⁽²⁵⁾ ; autour des trois quarts pour les infractions «astucieuses», les atteintes aux mœurs, celles à la personne et les vols à l'étalage.

⁽²⁰⁾ Il s'agit essentiellement d'émission de chèques sans provision suffisante, infraction qui revient à utiliser le chèque comme instrument de crédit, à court terme, et pas seulement de paiement.

⁽²¹⁾ Pourcentage d'autant plus notable qu'on a exclu de ce poste les vols dans les habitations sans effraction.

⁽²²⁾ Une faible part des infractions contre les mœurs (viols, attentats à la pudeur, certains outrages publics) sont des infractions violentes contre les personnes mais il est impossible de les isoler dans un ensemble constitué surtout par des infractions non violentes comme le racolage. De toute manière, leur nombre est trop peu important pour que son adjonction modifie de façon notable l'ordre de grandeur des infractions violentes.

⁽²³⁾ Une affaire est dite élucidée quand un suspect peut être mis en cause.

⁽²⁴⁾ Surtout abandons de famille et usage de stupéfiants.

⁽²⁵⁾ Surtout police générale et police des étrangers.

TABLEAU 1. – Statistique de police et de gendarmerie
(Faits enregistrés et élucidés), 1981

Catégories d'infractions	Nombre de faits enregistrés	% en colonne	Nombre de faits élucidés	Taux d'élucidation
Atteintes à la personne	50.079	1,73	37.806	75,49
Atteintes aux mœurs	19.146	0,66	14.635	76,44
Infractions en matière familiale et sanitaire	49.972	1,73	44.746	89,54
Infractions en matière d'ordre public et de réglementation	86.251	2,98	75.426	87,45
Infractions astucieuses contre les biens	274.120	9,49	216.445	78,45
Infractions en matière de chèques	337.426	11,68	313.809	93
Vols avec violence	43.242	1,50	11.400	26,36
Cambriolages	308.122	10,66	47.376	15,38
Vols de et dans les véhicules à moteur	928.649	32,13	100.997	10,88
Vols à l'étalage	74.265	2,57	58.964	73,40
Autres vols et recels	404.580	14	77.196	19,08
Autres infractions contre les biens	165.680	5,73	28.025	16,92
Divers	148.488	5,14	157.067	
Total	2.890.020	100	1.183.622	40,96

Source. – Intérieur, 1983, 63-65.

Mais il oscille, pour un second groupe, entre un sur dix (vols de et dans les véhicules) et un sur quatre (vols avec violences), avec des cas de figure intermédiaires (cambriolages, autres vols, autres atteintes aux biens).

Les affaires à faible taux d'élucidation sont principalement portées à la connaissance de la police par la plainte de la victime et celle-ci y est d'autant plus encline que cette formalité est nécessaire et à l'indemnisation par l'assurance et à l'exonération de sa responsabilité (cas des biens immatriculés comme les véhicules à moteur, les chéquiers, les papiers d'identité ...). Mais ce dépôt de plainte ne s'accompagne généralement d'aucune indication capable d'orienter l'enquête vers l'identification d'un suspect. Dans ce cas, la police enregistre passivement sans tenter aucune investigation.

Dans le groupe à forte élucidation figurent, *a contrario*, les seuls vols (à l'étalage) où le plaignant élucide lui-même l'affaire, par sa police

privée, avant de faire appel à la police officielle à qui il remet suspect, pièces à conviction et parfois confession. On y trouve aussi des infractions qui naissent souvent d'une plainte accompagnée d'éléments d'identification d'un suspect : atteintes à la personne (très majoritairement des coups et blessures où les protagonistes se connaissent le plus souvent), atteintes aux mœurs (le plus souvent des outrages publics à la pudeur où l'auteur est soit connu de la victime, soit aisément identifiable). On y découvre encore des infractions où l'identification est quasiment automatique (chèques, une partie des infractions «astucieuses») et des infractions sans victime que la police recherche de sa propre initiative (usage de stupéfiants, police générale, police des étrangers, racolage) et pour lesquelles, elle n'établit généralement de procédure que si elle a réussi à mettre en cause un suspect.

Finalement, la statistique policière mélange trois cas de figure qu'il importe de distinguer car ils font découvrir une pluralité de modes de gestion pénale.

Ou bien, c'est l'initiative policière qui découvre l'infraction ⁽²⁶⁾. Dans ce cas de figure, on trouve d'abord et essentiellement les procès-verbaux dressés pour délits et contraventions aux règles de circulation. Ici la statistique policière est trompeuse qui les exclut artificiellement de ses comptes. Or une autre statistique ⁽²⁷⁾ permet de découvrir que la même année près de quatorze millions d'infractions de circulation ont été enregistrées par la police et la gendarmerie ce qui représente 83 % de leur production pénale, la statistique officielle présentée plus haut ne mesurant en fait que 17 % du total. Quantitativement, le reste de la proactivité policière est négligeable ; on peut toutefois y distinguer des infractions sans victimes (usage de stupéfiants, racolage, police des étrangers, police générale) et un certain nombre d'infractions faisant par ailleurs l'objet de plaintes (coups et blessures, vols simples ou

⁽²⁶⁾ L'activité policière se mesure plus en personnes mises en cause qu'en infractions enregistrées. Le jargon professionnel parle de «faire des crânes».

⁽²⁷⁾ 1981 – Infractions aux règles	de conduite	11.571.245
	d'équipement des véhicules	800.287
	administratives de circulation	783.914
	autres de circulation routière	659.688

13.815.134

(Intérieur, direction de la réglementation, état annuel comparé des infractions à la police de la circulation).

aggravés) que la police découvre, indépendamment de la plainte, à l'occasion de ses propres initiatives. Il s'agit le plus souvent d'infractions commises sur la voie ou dans un lieu publics (vols à la roulotte, vols de voitures, vols à la tire ...) par des auteurs appartenant à des catégories identifiables aisément et facilement suspectées de troubler l'ordre public (étrangers surtout maghrébins, jeunes marginaux ⁽²⁸⁾).

Dans les deux premiers cas, la notion d'élucidation a peu de sens puisque, tendanciellement, on n'enregistre l'infraction par procès-verbal que si elle est élucidée. Dans le dernier, les taux du tableau montrent sa faiblesse relative par rapport au nombre de plaintes enregistrées.

Au fond ce contentieux d'initiative policière apparaît comme une annexe, ou plutôt un sous-produit, de sa mission essentielle : le maintien de l'ordre sur la voie et dans les lieux publics, tous endroits où l'action policière se déploie aisément parce qu'elle ne s'y heurte pas aux droits du propriétaire privé. Et cette rue, de lieu de vie qu'elle était encore pour le populaire urbain du XVIII^e siècle ⁽²⁹⁾, est maintenant tout à fait réduite à sa fonction de lieu de circulation, d'une circulation tellement importante et tellement fragile que l'essentiel des énergies policières est désormais investi dans sa disciplinarisation. Mais le contrôle et la régulation policières de la circulation routière ne peuvent, semble-t-il, conserver leur crédit qu'en brandissant sans cesse la menace de la répression pénale (probablement parce que la police routière ne dispose guère d'autre sanction que la suite pénale). Nécessité ou habitude, *l'ultima ratio* est, en fait, d'une utilisation continue et la police alimente surtout le processus pénal en contentieux routier.

Dans le deuxième cas de figure, l'affaire parvient déjà élucidée aux institutions pénales. En substance, le travail « policier » – découvrir des suspects, rassembler des preuves – a déjà été effectué. Il ne reste qu'à couler cette matière première dans le moule de la procédure pénale et à l'introduire dans le processus répressif.

Cette intervention préalable peut avoir été réalisée par une police privée chargée de contrôler l'avis et l'usage d'un espace privé, ouvert à des consommateurs ou à des salariés. Censée acceptée dans le cadre du

⁽²⁸⁾ Nul mieux que René LÉVY (1982), dans une recherche récente sur les affaires élucidées dans un secteur policier à Paris, n'a su en analyser la composition de manière fine et approfondie.

⁽²⁹⁾ A. FARGE, 1979.

contrat tacite qui octroie cet accès, une telle intervention trouve son fondement dans le droit du propriétaire sur son territoire⁽³⁰⁾. Elle s'ordonne, non dans une logique pénale, mais comme annexe à l'activité principale : ainsi l'intimidation dissuasive et l'efficacité de la surveillance doivent-elles composer avec le souci de ne pas faire fuir la pratique vers un concurrent plus amène ou de ne pas créer une atmosphère de travail insupportable.

Généralement service de sécurité des grands magasins, gardiennage d'entreprise ou de grand ensemble d'habitation ... règlent-ils eux-mêmes les cas qu'ils détectent en contraignant à restituer, en faisant rembourser, finalement en expulsant et en interdisant le retour d'indésirables déjà fichés, en usant de menaces, pressions et contraintes dont le fondement n'est pas sans excéder parfois le droit du propriétaire et sans empiéter sur les prérogatives de puissance publique.

Parfois cependant, il faut se résoudre à faire appel aux institutions pénales devant un récalcitrant qui excipe des libertés publiques, ou qui conteste sa culpabilité, ou encore pour faire un exemple dans une espèce jugée inhabituellement grave. Il faut alors que la police privée puisse tabler sur l'intervention sans réticence de la police publique afin que ce recours occasionnel à l'*ultima ratio* pénale conforte et légitime toutes les autres interventions en dissuadant de contester le principe et les modalités d'action de la police privée. Pour cela, les cas et les limites de cette collaboration sont-ils pré-négociés entre les deux polices, d'autant plus aisément que les policiers privés sont généralement d'anciens policiers ou gendarmes.

La police privée agit donc comme un filtre qui pré-sélectionne et pré-élucide les affaires destinées à une répression pénale. En revanche, la police officielle coule le résidu qu'on lui destine dans une forme qui le dépouille de la logique commerciale pour lui faire revêtir celle de la procédure pénale, de sorte qu'il soit traitable par la justice⁽³¹⁾.

Mais l'intervention préalable peut aussi être le fait d'administrations dotées, pour le contrôle d'un secteur de la vie économique ou la sauvegarde d'intérêts étatiques, de pouvoirs de police judiciaire. Ainsi

⁽³⁰⁾ On notera toutefois que la police a, en droit français, libre accès aux espaces privés accessibles à un public indifférencié.

⁽³¹⁾ Différents exemples de ces interventions de police privée en France apparaissent dans les recherches sur le *renvoi* de FAUGERON, FICHELET et ROBERT (1977), ZAUBERMAN (1981), ZAUBERMAN (1982a).

sont-elles à même d'étayer leur action réglementaire, disciplinaire, d'enquête et de surveillance par une capacité à transférer à la justice pénale une sélection de cas sans doute peu nombreux, mais ayant valeur d'exemple ou de menace.

Là encore le mécanisme est semblable qui fait du pénal l'*ultima ratio* d'une logique différente et le condamne donc à traiter un résidu de cas récalcitrants ou exemplaires, mais en tout cas pré-sélectionnés et pré-élucidés sur un autre registre. A propos des administrations fiscales de l'inspection du travail, de la sécurité sociale, de la lutte contre la pollution ont été entreprises toute une série de recherche sur cet interface entre la justice pénale et les administrations spécialisées⁽³²⁾.

Contrairement au cas précédent, l'étape policière devient alors superflue puisqu'il s'agit d'administrations ayant des pouvoirs analogues et c'est directement à la justice qu'on s'adresse ... de telle sorte que ces affaires n'apparaissent dans les comptages policiers que si d'aventure la justice confie à la police le soin de compléter leur mise en forme pénale notamment par l'audition d'un intéressé ou pour démêler l'imputabilité pénale ...⁽³³⁾.

Dans un cas intermédiaire, le chèque sans provision, c'est la profession bancaire qui a reçu de la loi un pouvoir officiel de sélection : la loi de 1975 a tenté de préciser les cas qu'elle devrait sanctionner elle-même (interdiction d'émettre des chèques) et ceux qu'elle devrait, par l'intermédiaire de la centrale des impayés de la Banque de France, transmettre à la justice pour une poursuite contraventionnelle ou correctionnelle. Dans ce cas aussi, la police ne saisit pas la justice mais

⁽³²⁾ On se souviendra que sous l'Ancien Régime, tout officier et la plupart des commissaires étaient juges du contentieux de leur compétence administrative (MOUSNIER, 1974-1980) et qu'en 1831 encore l'administration poursuivait elle-même 30% du contentieux correctionnel (Justice, 1882 ; PERROT, 1975). Ce cas de figure est donc comme le résidu, maintenant très minoritaire quantitativement, d'une situation autrefois très répandue mais qu'a progressivement refoulée une division accrue de travail social entre administratif et pénal. Sans préjudice des travaux en cours voy. p. ex. LASCOURMES (1981, 1983 a-b) aussi BARBERGER-DAMAMME (1981).

⁽³³⁾ Ces répliques ou doublets de procédures déjà accomplies manifestent, à la fois, la réelle difficulté de passer d'une logique administrative à une logique répressive et une forme de résistance de la magistrature devant le fait accompli d'administrations, qui veulent la vassaliser en l'utilisant comme faire valoir. voy. sur le fisc, LASCOURMES (1983 b).

est saisie par elle aux fins de mise en forme de la procédure (audition régulière du tireur). Elle n'a, là non plus, aucune tâche d'élucidation.

En résumé, dans le deuxième cas de figure, l'élucidation a déjà été réalisée antérieurement. C'est un résidu présélectionné d'affaires qui parvient éventuellement à un pénal requis de servir de mur de soutien à des logiques commerciales ou administratives. Mais le transfert de registre et la mise au format pénal sont d'autant plus difficiles que la sélection en amont se fait sévère, rendant exceptionnelle l'intervention pénale : c'est notamment le cas des contentieux d'origine administrative ou para-administrative dont l'importance est très modeste tant par rapport à ce que traite l'administration concernée qu'en regard au total du contentieux pénal⁽³⁴⁾. Si, au contraire, il s'agit de filtres plus éloignés des prérogatives, de la mentalité et du sentiment de légitimité des administrations publiques, le volume d'affaires finalement renvoyé au pénal devient alors conséquent (vols dans les grandes magasins) ou même massif (chèques) par rapport au total du contentieux pénal⁽³⁵⁾.

Reste enfin un dernier cas de figure : celui où la police enregistre une plainte privée, généralement pour vol de ou dans les véhicules, cambriolage, quelquefois pour vol avec violence⁽³⁶⁾.

⁽³⁴⁾ LASCOURMES (1983 a) donne une idée de la rareté de l'issue pénale en matière d'infractions fiscales.

⁽³⁵⁾ C'est que, contrairement aux administrations spécialisées précitées, les banques et polices privées déploient une efficacité dans la détection des infractions qui dépasse la sévérité de leur sélection : tout ce qu'on ne renvoie pas au pénal il faut le traiter par soi-même, ce qui demande d'entrer peu ou prou dans un rôle assez éloigné de la logique commerciale et gênant pour elle. De surcroît, pour les chèques sans provision, l'infraction est juridiquement constituée par le défaut de provision à l'émission, mais elle n'est en fait constatable qu'à la présentation de l'effet, et, en pratique, elle ne sera traitée comme telle que si le banquier refuse d'admettre un découvert ... qu'il avait peut-être toléré jusqu'alors. Comme le disait l'un d'entre eux lors d'une enquête : «Les chèques sans provision, il faut se dire une chose : ils n'existent qu'à partir du moment où le banquier les rend sans provision ... ils viennent s'il n'y a plus de confiance entre le banquier et le client» (cit. dans FAUGERON, FICHELET, ROBERT, 1977, 111). C'est dire que l'organe de constatation est aussi celui qui «crée» l'infraction.

⁽³⁶⁾ On considère généralement que les atteintes aux biens sont, dans l'ensemble surreprésentées dans les statistiques de police (problème du chiffre d'excès repris par Preben WOLF (1976, 54 sq.) de G. v. MAYR (1917) : la généralisation de l'assurance et celle de biens immatriculés entraînant une responsabilité de leur propriétaire incitent les victimes au dépôt de plainte – y compris avec excès en cas de fraude à l'assurance – tandis qu'un même fait peut-être enregistré plusieurs fois (ex. par le service qui reçoit la

Dans ce dernier cas, la plainte n'entraîne d'enquête de la part de la police que si le plaignant fournit aussi de sérieux éléments d'identification de l'auteur. Mais nous venons de montrer que ce cas est rare puisque – globalement – la victime est d'autant moins encline à déposer une plainte que l'auteur est mieux connu d'elle et réciproquement. A défaut de tels éléments d'identification, l'intervention policière se réduit au simple enregistrement passif d'une plainte que le parquet ne pourra que classer, le procès-verbal étant inexploitable par la justice ⁽³⁷⁾.

Tout se passe alors comme si la gestion active de ce type de contentieux était renvoyée au secteur privé : «l'industrie sécuritaire» peut fournir à la victime des moyens de protéger son espace privé et ses annexes (voiture) : serrures, alarmes, éventuellement personnel de surveillance ... et l'assurance peut lui verser une contrepartie monétaire du dommage subi. Celle-ci exerce, d'ailleurs, une très forte pression pour inciter à un recours accru à celle-là.

Le renvoi au privé de la gestion de ces atteintes à la propriété privée se heurte néanmoins à de très fortes résistances.

La première concerne le rapport qualité/prix de ces prestations privées. Au delà d'un niveau d'équipement standard assez inefficace et rudimentaire, on estime que leurs performances croissent beaucoup moins vite que leurs coûts et que les nuisances qu'elles comportent (contraintes liées aux mesures de sécurité, démarches exigées par les assurances dans leur souci de limiter la fraude) de sorte que les hauts de

plainte et par celui qui, indépendamment, découvre les auteurs). Au contraire, les coups et blessures demeurent souvent seulement inscrits en main courante ou même pas déclarés du tout parce que les victimes hésitent, pour des motifs variables, à porter plainte contre des auteurs qu'elles connaissent et avec qui elles demeurent éventuellement en relations par ailleurs (sur ces problèmes, voy. BONNEMAIN (1978), SERVERIN ET BRUXELLES (1981), BARBERGER-DAMAMME (1981) et qu'alors il n'est procédé ni à l'établissement d'un procès-verbal ni donc au comptage statistique.

⁽³⁷⁾ Réserve faite du cas où, indépendamment de la plainte, la proactivité policière lui fait découvrir des suspects. Mais ce cas demeure relativement rare eu égard au nombre total des plaintes, ne serait-ce que parce que les pouvoirs de la police – qui atteignent leur maximum dans les lieux publics et non dans les espaces appropriés –, sa préoccupation essentielle – le maintien de l'ordre sur la voie et dans les lieux publics –, sa doctrine d'emploi préférée – la constatation flagrante plutôt que l'enquête – la rendent peu efficace à l'égard des infractions commises dans les propriétés privées, p. ex. les cambriolages.

gamme vraiment performants ne sont justifiés que par des enjeux exceptionnels ⁽³⁸⁾.

En outre, la réparation monétaire n'efface pas aux yeux de tous et le sentiment d'agression – notamment dans le cas du cambriolage ou du vol au domicile souvent vécus comme des viols de l'intimité – et celui de perte si la valeur d'usage ou sentimentale du bien volé excède aux yeux de la victime sa valeur de remplacement.

Par ailleurs, il n'est pas avéré que le comportement de plainte ait seulement pour but d'exonérer sa responsabilité ou d'assurer son indemnisation ⁽³⁹⁾.

Si l'on compare avec les rixes et différends – où les protagonistes se connaissent – qui se soldent souvent par une simple déclaration transcrite en main courante sans dépôt ou avec retrait de plainte, on peut se demander si la plainte n'est pas aussi une injonction aux pouvoirs publics d'user de leur puissance pour lever l'anonymat où se réfugie l'auteur et le contraindre à un dialogue, une négociation avec sa victime, faute de quoi celle-ci demeure sans interlocuteur avec qui mettre au point la liquidation de l'agression anonyme dont elle a fait l'objet. C'est alors une situation de vide social, de béance qui peut procurer à certaines catégories sociales prédisposées une image de mort, de létalité.

On peut alors être porté, s'il paraît trop insupportable, à tenter de remplir ce vide en substituant à l'anonymat de l'infracteur une image mythique où l'on convoque les boucs émissaires ⁽⁴⁰⁾ qui paraissent par ailleurs menacer magiquement la reproduction du groupe social, pour les uns les étrangers, pour d'autres les jeunes, ou les chômeurs, etc.

Corrélativement, il n'est pas certain que tous tolèrent aisément que l'État paraisse ainsi abdiquer une des dimensions essentielles de son

⁽³⁸⁾ Notamment les commerces à haut risque comme la bijouterie.

⁽³⁹⁾ SERVERIN et BRUXELLES (1981, 147) paraissent faire trop crédit au caractère rationalisé et raisonnable en concluant abruptement à une prédominance générale de la logique indemnitaire sur la logique répressive. Elles-mêmes relatent plus loin (148 sq.) comment un sous dialogue répressif peut faire irruption dans une interaction à coloration indemnitaire.

⁽⁴⁰⁾ Un bon bouc émissaire doit à la fois paraître menaçant dans sa différence qui offusque la reproduction à l'identique, et être, en fait, faible et dépourvu de puissance sociale.

idéologie traditionnelle : assurer la sauvegarde des personnes et de leurs biens (41).

Nous chercherons ultérieurement à déterminer quelles peuvent être les conséquences de cette répartition tripartite dans la gestion des délinquances et des résistances qu'elle paraît rencontrer.

Auparavant, il faut poursuivre l'analyse en précisant ses conséquences sur le reste du processus pénal.

**

Sans entrer dans une analyse détaillée du processus pénal – ce qui supposerait des développements démesurés et partiellement hors de propos – il importe quand même de montrer, par quelques exemples, les répercussions qu'y génère la combinaison des trois tendances dont on vient de déceler l'existence.

On observera tout d'abord un changement «historique» de l'ordre de grandeur du contentieux pénal.

Pendant un long siècle – du début des années 1830 à la fin des années 1950 (42) – la masse globale des condamnés pour crimes et délits n'a connu que des oscillations d'ampleur limitée, n'excédant jamais le quart du niveau initial (tableau 2). Le dernier quart de siècle rompt avec cet ordre de grandeur séculaire au profit d'une croissance qui va s'accélérer dans la décennie 1970 (43) sans que rien laisse apercevoir un essoufflement de cette allure nouvelle.

S'il n'est pas possible de reconstituer une aussi longue série pour les petites infractions (dites contraventionnelles (44)), on peut toutefois

(41) En France de surcroît, bien avant que s'établissent les traits de l'État libéral du capitalisme concurrentiel, les prémisses de l'État absolutiste du féodalisme centralisé se sont édifiées autour de l'image du Roi rendant la justice de manière à assurer une garde générale de la paix pour tous les régnicoles (ROBERT et LÉVY, s.p. et réf. cit.).

(42) A la seule exception de la décennie 40 où les avatars de la seconde guerre mondiale s'accompagneront d'une hausse des jugés jusqu'à un niveau jusqu'alors inobservé, et qui ne sera retrouvé qu'à la fin des années 60.

(43) Et pourtant, le législateur a, par deux fois, scindé d'importants contentieux correctionnels pour en renvoyer une partie dans le domaine contraventionnel : ce remède fondé sur des procédés de distinction vicieux (l'importance de l'incapacité de travail pour les blessures volontaires ou par imprudence, le montant de chèque émis sans provision, la quantité d'alcool par litre de sang en cas de conduite en état alcoolique) n'a jamais eu d'impact durable.

(44) Les contraventions ne se prêtent guère à de telles reconstitutions sérielles sur une très longue période car les définitions ont trop changé pour qu'une homogénéité suffisante puisse être conservée.

observer qu'elles ont été multipliées par plus de 2,5 entre 1960 et 1978, passant de moins d'un million à plus de deux millions et demi ⁽⁴⁵⁾ ... à quoi viennent s'ajouter plus de six millions de petites amendes contraventionnelles émises, sans jugement, par une procédure simplifiée de création récente ⁽⁴⁶⁾.

TABLEAU 2. – Condamnés criminels et correctionnels

Quinquennats	Personnes	Indice
1831-35	179.574	100
1836-40	171.664	96
1841-45	176.471	98
1846-50	199.412	111
1851-55	223.831	125
1856-60	191.072	106
1861-65	157.952	88
1866-70	154.518	86
1871-75	176.314	98
1876-80	185.079	103
1881-85	200.017	111
1886-90	213.160	119
1891-95	229.907	128
1896-1900	203.686	123
1901-05	194.030	108
1906-10	201.228	112
1911-20	209.670	117
1921-25	202.817	113
1926-30	226.766	126
1931-35	234.221	130
1936-40	209.540	117
1941-45	331.950	185
1946-50	305.055	170
1951-55	208.406	116
1956-60	196.254	109
1961-65	234.299	130
1966-70	283.739	158
1971-75	342.334	191
1976-78	411.773	229

Source. – Justice, 1833-1982.

⁽⁴⁵⁾ Justice, 1982, 25.

⁽⁴⁶⁾ Justice, 1982, 30.

Mais cette première série de constatations ne prend tout son poids que par l'adjonction d'une nouvelle observation : ce produit final à croissance rapide est pourtant loin de suivre le rythme d'accroissement de la matière première.

Certes, les relaxes et acquittements représentent un pourcentage minime (environ 1,5 %) et d'ailleurs déclinant des personnes traduites en jugement ⁽⁴⁷⁾. Certes encore les non lieu à l'instruction représentent un chiffre négligeable, inférieur même à son niveau de 1831-1835 ⁽⁴⁸⁾. Mais, en revanche, les affaires classées sans suite par le ministère public ont été multipliées par 100 entre 1830 et 1980 ⁽⁴⁹⁾. Il est vrai que la tendance n'est pas nouvelle : les travaux d'André Davidovitch et Raymond Boudon permettent d'y voir le processus traditionnel essentiel de régulation de la justice pénale. En absorbant une part croissante d'affaires, principalement ⁽⁵⁰⁾ celles estimées peu graves (ou mêmes tout à fait extra pénales), le classement sans suite a rendu possible la relative stabilité séculaire du contentieux jugé. Mais il avait suffi pour cela d'une multiplication par 20 entre 1831 et 1960. La croissance ultérieure a été incomparablement plus rapide, sans parvenir toutefois à préserver plus longtemps l'ordre de grandeur du contentieux jugé.

Le classement sans suite représente l'issue à peu près inéluctable des procès-verbaux inexploitable, c'est-à-dire de ceux où la police enregistre une plainte sans identifier de suspect. Or ce cas de figure a considérablement cru dans le dernier quart de siècle. Si l'on corrige les statistiques de police pour reconstituer une série à peu près homogène malgré les changements de définition de 1963 à 1972, on observe en effet que le nombre de faits enregistrés, a été multiplié par plus de 7 entre 1950 et 1981 ⁽⁵¹⁾, tandis que celui des mis en cause ne l'a été que par 3. Cette discordance traduit la chute du taux d'élucidation. On peut donc estimer qu'une part, désormais minoritaire ⁽⁵²⁾ de ces classements

⁽⁴⁷⁾ Justice, 1982, 25.

⁽⁴⁸⁾ Justice, 1982, 20 et DAVIDOVITCH et BOUDON, 1964, 124 et 128.

⁽⁴⁹⁾ DAVIDOVITCH et BOUDON (1964), Justice (1978, 16 ; 1982, 18).

⁽⁵⁰⁾ DAVIDOVITCH et BOUDON, 1964, 153.

⁽⁵¹⁾ 1957 marque le début de la période de croissance. D'autres indicateurs pénaux soulignent le caractère crucial de cette année qui marque le point de départ du changement de tendance (Intérieur : 1950-1971, tableaux non diffusés ; 1972, 198).

⁽⁵²⁾ De 1831 à 1932, les abandons de poursuite étaient majoritairement dus (autour de 60 %) à l'absence de gravité ou de qualification pénale. L'absence d'élucidation –

est composée de ces presque deux millions de procès-verbaux inexploitable. Le reliquat doit comprendre essentiellement des contraventions de circulation qui, faute d'avoir pu être traitées à temps, bénéficieront de l'amnistie ou de la prescription.

Pour grossières et tendancielles qu'elles soient, ces supputations permettent de réaliser que les affaires enregistrées à la statistique de police judiciaire encourent un risque de classement sans suite incomparablement plus élevé (6 sur 10 au lieu de 1 sur 13) que celles de circulation décomptées par la direction de la réglementation. Or la première de ces statistiques est massivement composée de plaintes. Leur faible élucidation destine au classement sans suite une proportion considérable d'entre elles.

Si donc, le contentieux traité par les juridictions croît beaucoup moins vite que la matière première enregistrée, ce sont surtout les affaires non élucidées par la police – essentiellement des plaintes – qui supportent le poids proportionnel de cette divergence croissante.

Une partie notable de l'augmentation de la matière première pénale est donc trompe l'œil en ce sens qu'elle correspond à un simple enregistrement sans aucune possibilité de traitement, et ce cas est particulièrement fréquent pour les plaintes non élucidées. A une moindre échelle, la croissance des condamnations recèle aussi une part trompe l'œil : on constate que plus du cinquième des condamnations pour crimes, délits ou contraventions de 5^e classe ont été prononcées «par défaut», c'est-à-dire sans que l'inculpé ait été averti préalablement⁽⁵³⁾, donc à titre provisoire⁽⁵⁴⁾. En revanche les condamnations contradictoires n'ont pas cru entre 1972 et 1978⁽⁵⁵⁾.

Donc l'abandon d'une séculaire stabilité relative au profit d'une croissance qui va s'accéléralant, mais en même temps le caractère partiellement trompe l'œil de cette croissance : ce qui est enregistré croît bien plus que ce qui est effectivement traité. A ces deux traits, ajoutons-en un troisième : ce qui est traité ne paraît pas l'être aisément.

passée du quart au tiers au fur et à mesure du développement de la police – restait minoritaire (voy. DAVIDOVITCH et BOUDON, 1964, 153). On peut penser (bien qu'il n'y ait plus de statistique des motifs de classement depuis 1932) que l'ordre des facteurs est maintenant inversé.

⁽⁵³⁾ Soit parce qu'il s'est volontairement soustrait à la justice, soit – et beaucoup plus souvent – par incapacité de l'huissier (surtout parisien) à citer correctement.

⁽⁵⁴⁾ Voy. Justice, 1982, 28, 29.

⁽⁵⁵⁾ Voy. Justice, 1982, 46 et 29.

En voilà quelques indices : d'abord la raréfaction du recours aux voies de procédures complexes au profit de solutions simples, rapides et économiques. Ainsi, en deux décennies, le recours à l'instruction a perdu ... la moitié de son importance relative au profit de la citation directe (ou du flagrant délit, devenu saisine directe). Le contraste est frappant avec le recours au juge des enfants qui, parce qu'il est obligatoire, n'a pas connu semblable érosion. Ainsi l'instruction préparatoire – que les manuels de droit présentent comme la solution ordinaire – est subrepticement devenue une procédure extraordinaire et rare ⁽⁵⁶⁾ : pour le commun des affaires correctionnelles, c'est l'enquête policière qui a pris sa place.

Ajoutons-y l'allongement de la durée moyenne de chaque phase de procédure. Le rapport, évalué en mois, du reliquat en fin d'année aux affaires entrées, permet de voir que le délai moyen est passé au parquet de 0,37 mois en 1965 à 1,17 en 1982. Pire encore, malgré la réfaction du nombre d'affaires, à l'instruction, il est passé de 6 mois à 9 mois et demi ... au XIX^e siècle, il était de l'ordre de 1 mois pour un nombre d'affaires du même ordre de grandeur ⁽⁵⁷⁾.

Cet allongement généralisé des délais concourt peut-être à l'importance étonnante de la détention provisoire qui atteint en France l'un de ses plus forts taux ouest-européens ⁽⁵⁸⁾ et qui représente maintenant la moitié des cas d'incarcération ... de telle sorte qu'elle est pour beaucoup dans le renversement de tendance qui, à partir de la fin des années 1950, interrompt la décroissance séculaire ⁽⁵⁹⁾ du recours à l'emprisonnement.

Du coup, la détention avant jugement qui avait cru jusque vers la fin du XIX^e siècle, puis décré pendant trois quarts de siècle (1890-1957) ⁽⁶⁰⁾, reprend maintenant une importance croissante en sorte que tout se passe comme si le recours à l'instruction ⁽⁶¹⁾ avait de plus en plus

⁽⁵⁶⁾ Hors, évidemment, les cas où elle est obligatoire (renvoi en cour d'assises, présence d'un mineur) ; Justice, 1982, 18.

⁽⁵⁷⁾ Justice, 1982, 16, 17, 18, 19, 20. Justice, 1882, CLIII ; 1902, LXXX ; 1912, L.

⁽⁵⁸⁾ TOURNIER, 1983, 6 et 14.

⁽⁵⁹⁾ Exception faite de la décennie 1940 comme à l'habitude (au reste, il n'y a pas de statistique pénitentiaire pour le premier lustre de cette décennie). Source : 1830-1850, PAPAIL, 1981, 44 ; 1855-1910, PAPAIL, 1981, 7 à 10 ; 1915-1939, NABUCET, 1981, 16 à 19 ; 1946-1965, SAGNIER, 1981, 24-26 ; 1970-1980, TOURNIER, 1981, 87.

⁽⁶⁰⁾ Avec la même réserve pour la décennie 1940.

⁽⁶¹⁾ Hors les cas où il est motivé par une obligation légale – renvoi en cour d'assises.

comme but la mise immédiate en prison dans les cas où il est impossible de juger séance tenante (flagrant délit).

La détention provisoire prend figure de nœud où viennent confluer les caractéristiques actuelles du pénal.

Au fur et à mesure que baisse le taux d'élucidation, le pourcentage des mises en détention immédiate augmente parmi les mis en cause ⁽⁶²⁾ comme si les policiers cherchaient à l'obtenir ⁽⁶³⁾ pour masquer une croissante inertie devant les plaintes et les magistrats à y recourir pour échapper à l'accusation de «laxisme».

On a montré ⁽⁶⁴⁾ que, hors une minorité d'infractions avec violence physique, la détention provisoire s'applique surtout aux auteurs de vols banaux présentant des stigmates de faible insertion sociale : étrangers, sans domicile, sans profession, sans emploi ... bref à une population flottante qu'accroissent les difficultés sur le marché de l'emploi.

Enfin l'allongement des délais, en ôtant tout espoir de jugement rapide, rend la détention provisoire séduisante chaque fois qu'on veut emprisonner sans délai et que le jugement immédiat est impossible.

De plus en plus longue elle aussi ⁽⁶⁵⁾, elle fait de plus en plus figure d'avance sur peine, voire de peine de fait ⁽⁶⁶⁾ et ce détournement manifeste, lui aussi, combien ce qui est traité l'est malaisément.

Trois caractéristiques donc du processus pénal actuel : l'abandon d'un ordre de grandeur observé depuis un siècle (grâce à d'efficaces procédures de régularisation des flux) ; en même temps, cependant, une divergence croissante entre l'enregistré et le traité (surtout au détriment

présence d'un mineur –, par la réalisation d'une expertise et la détermination du taux de responsabilité civile.

⁽⁶²⁾ Intérieur (1974, 65 ; 1983, 68) de 8,8 % en 1973 à 12 % en 1981.

⁽⁶³⁾ Par une augmentation des cas où le suspect est arrêté (garde à vue) et présenté détenu à la justice au lieu que l'on se borne à lui transmettre la procédure.

⁽⁶⁴⁾ Voy. p. ex. Coll., s.d.

⁽⁶⁵⁾ Voy. Justice, 1982, 22 ; Pierre TOURNIER (1981, 125 sq.) calcule une durée moyenne de 2, 3 mois en 1969 et 2, 8 en 1979 ... à la fin du XIX^e siècle, plus de 90 % des détentions s'achevaient dans le mois et les deux tiers dans la semaine (Justice, 1902, LXXX).

⁽⁶⁶⁾ En fait, on entre bien plus en prison par mise en détention provisoire que par condamnation à l'emprisonnement. Si celle-là semble augmenter les chances de condamnation à l'emprisonnement, c'est parce que celle-ci vient régulariser *a posteriori* la véritable nature de peine de la détention provisoire (voy. notamment Coll., s.d.).

des plaintes); enfin un traitement malaisé qui ne se réalise qu'en modifiant profondément les pratiques antérieures.

*
**

Voyons maintenant ce que traite finalement le pénal. On se limitera alors aux condamnations effectuées (donc contradictoires) pour crimes, délits et contraventions de 5^e classe (67).

TABLEAU 3. - Condamnations contradictoires pour crimes, délits, contraventions de 5^e classe, Évolution par type d'infraction (*)

Type d'infraction	Contradictoire 1972		Contradictoire 1978		Variation 1978 %	TOTAL 1978	
	Nombre	%	Nombre	%			
Volontaires contre les personnes	32.033	8,06	33.590	8,62	+ 4,9	43.259	7,78
Involontaires contre les personnes (Circulation)	30.335	7,63	29.133	7,47	- 4,0	31.557	5,68
Involontaires contre les personnes (Autres)	44.092	11,10	24.260	6,22	- 45,0	26.112	4,70
Contre les mœurs	6.210	1,56	4.802	1,23	- 22,7	8.677	1,56
Contre la famille	9.229	2,32	6.837	1,75	- 25,9	11.207	2,02
Contre l'ordre social	4.271	1,07	3.623	0,93	- 15,2	6.314	1,14
De chèques sans provision	38.540	9,70	25.522	6,55	- 33,8	51.204	9,21
Violentes et banales contre les biens	81.220	20,45	87.498	22,44	+ 7,7	137.530	24,75
Astucieuses	9.258	2,33	9.522	2,44	+ 2,8	18.083	3,25
Financières, fiscales et douanières	7.104	1,78	6.051	1,55	- 14,8	8.578	1,54
Commerciales	6.390	1,60	8.099	2,08	+ 26,7	9.800	1,76
Contre l'ordre public	8.095	2,03	9.350	2,40	+ 15,5	12.286	2,21
Contre la réglementation du travail	4.895	1,23	9.027	2,32	+ 84,4	12.346	2,22
Aux règles de circulation (Papiers)	29.280	7,37	32.644	8,37	+ 11,5	50.344	9,06
Aux règles de circulation (Conduite)	36.247	9,12	43.448	11,14	+ 19,9	52.394	9,43
Aux règles de circulation (Réglementation)	39.001	9,82	33.868	8,69	- 13,2	46.153	8,30
Diverses (+ chasses)	12.864	3,23	22.621	5,80	+ 75,8	29.922	5,38
Total des condamnations	397.064	100	389.895	100	- 1,8	555.756	100

Source. - Justice, 1982, 46 et 29.

(*) I.G.I. de Nanterre et Créteil exclus.

Le tableau 3 permet de voir la prévalence croissante des condamnations liées à la circulation routière (règles de circulation et accidents) : plus du tiers du total ... et encore ne peut-on individualiser les vols de et dans les véhicules. Et si l'on ajoute que la circulation routière encombre massivement le domaine des petites contraventions, il faut bien

(67) Cette dernière catégorie est surtout formée d'anciens délits partiellement contraventionnalisés par l'instauration de limites d'ailleurs assez artificielles.

conclure que les véhicules routiers occasionnent l'essentiel des condamnations. Cette inflation contentieuse, qui suit l'augmentation du parc de ces moyens de transport, constitue un des phénomènes massifs du pénal actuel.

L'autre groupe consistant est figuré par des infractions contre les biens qui vont de la filouterie à l'incendie volontaire, mais qui comprennent très essentiellement des vols de toutes sortes. Ce groupe représente entre le cinquième et le quart des condamnations.

Parmi le reste – quelques 40% – on peut surtout noter les agressions contre les personnes – du meurtre aux violences légères – dont la part (moins de 10%) augmente légèrement, les infractions en matière de chèques dont la progression – formidable dans les années 60 – a été cassée, pour un temps seulement, par les réformes partielles de 1972 et 1975 ; enfin les infractions astucieuses, économiques et financières dont la faiblesse demeure remarquable.

On découvre alors combien le contentieux pénal a changé de contenu en un siècle.

Lors de l'apparition des statistiques régulières – vers la fin de la Restauration et le début de la monarchie de juillet – les délits ruraux et forestiers paraissent constituer le bloc essentiel du contentieux traité. Leur affaissement – dès le milieu de la monarchie de juillet et plus encore sous le second Empire, sous l'effet de mesures autorisant les Eaux et Forêts à transiger – laisse apparaître en pleine clarté «la double obsession propriétaire et sexuelle»⁽⁶⁸⁾ caractéristique de ce second XIX^e siècle. A leur côté, le contentieux de violence laisse voir un effondrement progressif des infractions les plus graves contre les personnes et une augmentation, au moins temporaire, du contentieux de petite violence. Ajoutons enfin que ce ne sont pas les mêmes vols que l'on réprimera au long du siècle⁽⁶⁹⁾ et que le petit contentieux sexuel retombera, en tout cas alentour de la première guerre mondiale, pour disparaître ensuite presque entièrement, tandis qu'un contentieux

⁽⁶⁸⁾ PERROT, 1975, 75 ; outre cet article, les données de ce passage empruntent aussi aux récapitulatifs des Comptes Généraux de 1880, 1900, 1910 (Justice, 1882, 1902, 1912) et à une série de travaux synthétisés in ROBERT et LÉVY, s.p., notamment ZEHR, 1976 ; CHESNAIS, 1976 ; CHEVALIER, 1978 ; DÉSERT, 1981, 221-278 ...

⁽⁶⁹⁾ A une époque où les vols de grands chemins et ceux dans les églises font fréquemment l'objet de condamnations, on ne trouve guère de vols dans les grands magasins et vice versa.

économique et financier, destiné à rester restreint jusqu'à nos jours, était apparu dans les années 1860. Ces rapides indications semblent montrer que la répression pénale du XIX^e siècle s'est adressée d'abord au prolétariat rural – probablement en liaison avec le refoulement des anciens droits d'usage notamment forestiers –, ensuite au prolétariat urbain pour lui inculquer le respect de la propriété privée, rendre ses mœurs plus prudes et éradiquer les modes d'expression brutaux ... bref pour enseigner une sorte d'ascèse de vie.

La répression pénale actuelle paraît très différente. Massivement affrontée à des «contentieux de masse» – règles et accidents de circulation surtout, accessoirement chèques, elle paraît s'épuiser à contribuer à discipliner l'usage de fonctions collectives en rapide croissance comme la circulation routière ou la monnaie scripturaire. Dans le même temps, elle doit aussi traiter un contentieux de vols – généralement sans, parfois avec violence – non négligeable en soi bien qu'il reste dérisoire par rapport à la masse des plaintes non élucidées.

On peut préciser encore en combinant infractions, peines et caractéristiques des condamnés ⁽⁷⁰⁾ ; on découvre alors que le terme «pénal» recouvre des interventions très différentes les unes des autres.

D'un côté, des condamnations pour agressions contre les personnes, les biens, les mœurs ou l'ordre public sanctionnent par l'emprisonnement et des marginaux et des gens appartenant aux franges les plus fragiles des ouvriers (jeunes et étrangers). Le recours à l'emprisonnement sans sursis est particulièrement systématique pour les marginaux.

À l'opposé, des condamnations pour infractions liées à l'activité professionnelle sanctionnent par l'amende des gens appartenant à la bourgeoisie industrielle et commerçante, aux cadres du secteur privé et surtout aux petits commerçants et artisans.

Entre les deux s'insèrent des condamnations pour infractions aux règles de circulation et d'autres qui couvrent un contentieux de responsabilité (infractions d'imprudence). Ici apparaissent et des sanctions plus mêlées (combinaison de sursis et de l'amende) et des catégories sociales jusqu'alors plutôt absentes : ouvriers français et plus âgés, employés, cadres du secteur public.

⁽⁷⁰⁾ Les données qui suivent sont empruntées à l'importante recherche de AUBUSSON DE CAVARLAY et GODEFROY (1981).

Le pénal constitue donc un ensemble hétérogène :

1. – Il brandit l'emprisonnement contre des vols, agressions et rebellions prolétaires et surtout marginaux ; par là, il poursuit son intervention «classique» héritée du XIX^e siècle.
2. – Mais il prononce aussi des sanctions pécuniaires pour divers manquements liés à l'activité professionnelle, notamment commerciale ou artisanale, et, dans ce domaine, son intervention s'articule à celles d'autres organismes administratifs ou para-administratifs : plus ou moins efficacement il leur apporte légitimité et garantie contre d'éventuelles rebellions des «assujettis»⁽⁷¹⁾.
3. – Il offre encore un théâtre à des réglemens de responsabilité qui impliquent les assurances (infractions d'imprudence).
4. – Enfin il est requis de concourir massivement à la «disciplinarisation» de conduites de masse comme la circulation routière⁽⁷²⁾.

Encore faut-il ajouter que ces différents aspects viennent en concurrence, avec des chances inégales, pour l'utilisation des ressources pénales.

Les deux derniers – liés surtout à la circulation routière – occupent une place massive car la police, qui est chargée du contrôle de la route, n'a guère d'autre moyen de sanction⁽⁷³⁾ et qu'elle transmet des affaires

⁽⁷¹⁾ Il remplit la même fonction envers les polices privées avec deux différences : le rapport avec la justice n'est pas direct comme pour les administrations mais médiatisé par la police officielle ; la sélection préalable est moindre faute de disposer de pouvoirs aussi assurés et aussi «légitimes» que les administrations. Du coup, la coopération paraît, paradoxalement, moins problématique aux deux parties.

⁽⁷²⁾ Il remplit une fonction analogue pour les chèques mais à une moindre échelle puisqu'il existe des procédures de sélection, officialisées par la loi, quoiqu'elles n'aient pas l'efficacité de celles de l'administration.

⁽⁷³⁾ Dans un article récent, Pierre MAYER (1983) propose, au fond, de ramener ce contentieux au deuxième cas en dépénalisant la majorité des infractions actuelles pour les faire relever de sanctions administratives. De cette manière, la justice pénale ne devrait plus régler qu'une minorité de cas, rescapés d'une sélection administrative. Resterait à examiner si l'absence d'une administration spécialisée et les très forts sentiments associés à la voiture dans certaines couches sociales permettraient une redistribution efficace.

faciles à traiter (élucidées et en forme pénale) qui bénéficient donc d'une priorité de fait.

Le deuxième a une importance quantitative très restreinte⁽⁷⁴⁾ en raison d'une sévère sélection par des administrations disposant d'autres armes ; toutefois, bien qu'élucidées, ces affaires sont difficiles à traiter (pas en forme pénale) et la coopération de la justice et des administrations apparaît aux deux parties frustrante et insatisfaisante.

Reste le premier, le plus «classique». En son sein coexistent un contentieux d'ordre public (infractions sans victime) d'initiative policière réprimé d'autant plus fortement qu'il concerne des «marginiaux» ou des catégories offrant peu de «garanties de représentation», et un contentieux de vols et d'agressions sévèrement réprimé lui aussi (usage massif de l'emprisonnement) mais finalement peu souvent par rapport au nombre de plaintes⁽⁷⁵⁾.

*

**

Cette accumulation de notations ne produirait qu'une compréhension fort myope, toujours teintée de fonctionnalisme, si l'on ne tentait pas de les situer dans un contexte social plus large. C'est dire qu'on ne peut s'arrêter à une analyse intra-institutionnelle ; déjà, elle laisse transparaître les connivences et les oppositions qui se nouent entre des groupes d'acteurs professionnels⁽⁷⁶⁾ dont les intérêts, matériels et symboliques, tantôt se heurtent, tantôt se confortent. Toutefois, ils ne sont pas seuls sur ce registre du pénal, bien d'autres y interviennent encore, soit qu'ils fassent, plus ou moins épisodiquement, système avec eux à l'occasion de processus pénaux, soit qu'ils y investissent certains enjeux symboliques.

⁽⁷⁴⁾ Encore que sa concentration sur certaines catégories socio-professionnelles assez peu nombreuses (voy. le taux de condamnation des «(petits) patrons de l'industrie et du commerce» in ROBERT et FAUGERON, 1980, 97) puisse l'empêcher de passer inaperçu aux yeux de ces intéressés.

⁽⁷⁵⁾ Nombreux en valeur absolue et même par rapport au total de ce que traite la justice pénale, il ne l'est pas eu égard au nombre de plaintes en raison de leur faible élucidation.

⁽⁷⁶⁾ Appartenant presque tous au salariat public ou para-public, ces groupes professionnels présentent néanmoins des positions sociales contrastées, ce qui rend aisément compréhensible qu'il y ait tantôt alliances tantôt conflits. Certains (magistrature, barreau), appartiennent à la classe dominante, encore qu'à des fractions différentes et concurrentes ; d'autres (police, fonctionnaires judiciaires, pénitentiaires, sociaux, ...) comptent parmi la petite bourgeoisie salariée d'État.

Toutefois, cette nouvelle étape de l'analyse, pour nécessaire qu'elle soit, ne demeure pas moins fort difficile, d'abord parce que sa focalisation devient moins précise, donc plus malaisée à cerner, ensuite – et les deux ne sont pas sans liaison – parce que les données disponibles deviennent rares et fragmentaires⁽⁷⁷⁾. Tout en cherchant à ne pas tomber dans la «philosophie sociale», je ne peux donc pas éviter d'entrer maintenant dans une phase où l'analyse sera davantage conjecturale que démonstrative.

Parmi toutes les observations analysées plus haut, nous pouvons choisir, pour amorcer le deuxième pan de l'analyse, ce comportement de plainte, à la fois de plus en plus fréquent et de moins en moins sanctionné par une «traitement» institutionnel. Avec ce double caractère, il permet, en effet, assez logiquement d'articuler l'analyse intra-institutionnelle et celle qui tente d'embrasser l'ampleur des enjeux sociaux déployés dans le champ pénal. Plusieurs recherches, bien que fragmentaires ou encore en cours, laissent à penser qu'il serait insuffisant de réduire ces plaintes à leur seul caractère de formalité administrative à but restitutif (ou exonératoire) non seulement parce que les restitutions disponibles sont souvent considérées comme médiocrement satisfaisantes, mais encore parce qu'elles laissent entièrement à découvert certains aspects pourtant considérables, de la victimation⁽⁷⁸⁾.

Toutefois, la piste risque bien de tourner court sitôt que prise : on ignore tout simplement quelle est la distribution sociale de ces plaignants, s'ils se répartissent aléatoirement parmi toutes les classes – ce qui est bien peu vraisemblable – ou s'ils le font avec quelque système, et alors quelles en sont les caractéristiques. La rareté des recherches françaises sur les victimes⁽⁷⁹⁾, l'absence quasi-totale d'ana-

⁽⁷⁷⁾ L'origine administrative des précédentes piège leur utilisation scientifique (voy. p. ex. ROBERT, 1977) et l'on ne peut y recourir que fortement armé ; leur cohérence interne est mauvaise ; mais, du moins, n'y a-t-il pas disette.

⁽⁷⁸⁾ Quoique l'anglicisme «victimisation» soit communément reçu parmi les spécialistes, cette leçon-ci peut aussi être parfois utilisée : elle bénéficie au moins du parrainage de BALZAC (1971).

⁽⁷⁹⁾ Prise comme «moyens d'information sur la criminalité», comme substitut ou complément des statistiques administratives, cette sorte de recherches rencontre des obstacles dirimants dont Renée ZAUBERMAN (1982 b) vient de donner une excellente synthèse. En revanche, elle constitue une intéressante démarche pour examiner les attitudes et comportements de ces victimes.

lyses scientifiques⁽⁸⁰⁾ de la matière policière nous laissent ici fort démunis. Et, malgré quelques apports fragmentaires de recherches en cours, l'on n'en sait quère plus sur les attentes et les enjeux – tant immédiats que symboliques – que ces plaignants investissent dans leurs plaintes.

L'obstacle est de taille ; il n'est cependant pas impossible d'essayer de le contourner, au moins à titre hypothétique, par le recours à des données indirectes. Ce contournement est d'autant plus justifié que le jeu est loin de se limiter à ceux qui ont effectivement l'occasion éventuelle d'une plainte.

On peut ainsi, avec les réserves d'usage⁽⁸¹⁾, tirer quelques éléments de réflexion de travaux sur l'analyse différentielle des priorités répressives dans la société française⁽⁸²⁾. Ils laissent apparaître, par ordre d'importance décroissante, trois clivages à propos de ces priorités souhaitées de l'intervention pénale :

– le premier – qui évoque la grande peur post soixante huitarde – se structure autour de l'utilisation prioritaire de la répression pour faire barrage à l'évolution des mœurs (drogue, sexualité, à l'époque avortement, contestations ...) ; tendanciellement, ce clivage singularise les fractions salariées de la classe dominante et des petites bourgeoisies (plus «permissives») par rapport aux non salariées (professions libérales, commerçants, exploitants agricoles) et aux ouvriers.

– le deuxième s'édifie autour de l'utilisation prioritaire du pénal pour la sauvegarde de la propriété privée ; tendanciellement, il oppose les non-salariés (professions libérales, commerçants, artisans, agriculteurs exploitants) qui travaillent avec leur patrimoine économique aux salariés, bourgeois, petits bourgeois et prolétaires.

– enfin le troisième se structure autour de l'alternative : priorité à la répression des «abus de pouvoir» ou à celle des illégalismes prolétaires

⁽⁸⁰⁾ Quelques études juridiques et surtout d'intéressants travaux historiques ne masquent pas le faible investissement – sociologique notamment – d'un thème délaissé, comme s'il était interdit, malgré le relief des enjeux qu'il véhicule. Si l'on parvenait à réchauffer l'intérêt des sociologues, l'étude différentielle des plaignants et de leurs attentes devrait figurer parmi les priorités.

⁽⁸¹⁾ Outre que leurs propos aborde de biais nos préoccupations, ils datent d'une dizaine d'années et l'on ne sait si leurs résultats conservent encore toute leur validité.

⁽⁸²⁾ Voy. le compte-rendu qu'en donnent ROBERT et FAUGERON, 1980, 178 à 188 et ref. cit. ; notamment 180 à 182.

ou sous-prolétaires. Et ce clivage dessine une opposition tendancielle entre ouvriers et bourgeois ou petits bourgeois.

Ainsi armés, revenons maintenant au comportement de plainte. On a montré plus haut que ce contentieux encourageait une répression judiciaire relativement intense puisqu'elle se caractérise par le recours prioritaire à l'emprisonnement⁽⁸³⁾ du moins pour les cas traitables, c'est-à-dire «élucidés». Mais il est vraisemblable que cette intensité ne «compense» pas le constat quotidien d'une absence habituelle d'enquête, donc d'élucidation. Et cette supposition est d'autant plus permise que l'on constate une habituelle sous-estimation de la répression des vols de tout poil par ceux-là même qui en font une priorité⁽⁸⁴⁾.

Paradoxalement, ce constat d'inertie administrative devant le comportement de plainte – que rien ne vient pourtant annuler ou dissimuler⁽⁸⁵⁾ – n'entraîne, semble-t-il pas, chez ceux-là même qui sont particulièrement sensibles à la répression de la délinquance en cause, une délégitimation de la police. On peut attribuer cet étonnant état de choses à deux motifs qui se renforcent. D'une part, d'autres recherches⁽⁸⁶⁾ permettent de relever le «conformisme» des couches accordant une haute priorité à la répression des atteintes patrimoniales : mettre en cause l'institution policière serait peu imaginable dans de telles structures de représentations. D'autre part, le discours policier a su développer deux pare-feux aussi efficaces⁽⁸⁷⁾ que paradoxaux : mettre en cause un supposé laxisme judiciaire paraît étonnant s'agissant d'infractions peu élucidées et, sinon, sévèrement réprimées, mais ceux qui ne perçoivent pas cette sévérité acceptent facilement semblable argument ; incriminer l'absence de moyens semble également étonnant

⁽⁸³⁾ Probablement moins en raison de la sorte de délit (sauf s'il y a violence physique) que de la marginalité des auteurs.

⁽⁸⁴⁾ Danielle VERNEUIL (1981) a ainsi relevé une «répressivité sceptique» qui – aveugle à la sévérité réelle de la répression – en redemande sans cesse, tout en n'ajoutant guère foi à ses vertus curatives.

⁽⁸⁵⁾ Une campagne en cours d'entretiens avec des victimes les révèle généralement très au fait d'une inertie que leurs interlocuteurs policiers ne leur dissimulent d'ailleurs aucunement.

⁽⁸⁶⁾ Voy. la relation in ROBERT et FAUGERON, 1980, 144 à 167, notamment 155-167 ; en plus développé, ROBERT et FAUGERON, 1978.

⁽⁸⁷⁾ Probablement parce qu'ils évitent à merveille à merveille une grave contradiction avec une vision conformiste de la société et aussi parce que leur caractère paradoxal – qui fait sourire quelques (rares) spécialistes – n'est pas facilement perceptible *prima facie*.

quand on connaît la forte densité policière française⁽⁸⁸⁾, mais la distribution de ces moyens laisse, en effet, fort démunis les services auxquels s'adressent les plaignants (i.c. les commissariats)⁽⁸⁹⁾ qui constatent alors aisément l'apparente véracité de l'assertion.

Que l'institution policière tire – au moins en l'état actuel – son épingle du jeu ne revient pas, tant s'en faut, à une exonération de l'État. Pour le comprendre, il faut parler quelque peu du fameux sentiment d'insécurité à propos duquel on a avancé les explications les plus variées⁽⁹⁰⁾.

Les uns le conçoivent comme un reflet pur et simple de la délinquance subie et de sa croissance. Cette explication se heurte naturellement à la différence bien connues entre peur du crime et victimation réelle et aussi à la complexité d'un sentiment qui est tantôt peur pour soi, tantôt préoccupation assez abstraite envers un problème social. À l'inverse, d'autres le voient comme une pure création d'un discours alarmiste. Et l'on néglige alors l'absence d'unanimité du discours politique et médiatique. Même le discours officiel a été, le plus souvent, traversé d'hésitations et de divergences ; c'est seulement pendant une période brève et tardive (1978-1981) qu'il a revêtu une coloration insécuritaire uniforme. En outre, les travaux sérieux qui penchent vers ce type d'explication en restreignent l'efficacité à des groupes prédisposés par leurs présupposés ou leur fragilité⁽⁹¹⁾.

D'autres hypothèses échappent à ce débat stérile entre substantia- lisme et constructionnisme en parlant de dérivation : c'est une in- sécurité venant d'ailleurs qui serait dérivée sur la préoccupation envers le crime. Certaines voient dans cette dérivation une stratégie de pouvoir cherchant à oblitérer des préoccupations gênantes (crise économique, chômage ...) d'autres y voient plutôt une réaction spontanée de couches sociales qui dériveraient sur la peur du crime d'autres angoisses mieux fondées, mais malaisées à formuler et à admettre car elles concernent

⁽⁸⁸⁾ Voy. p. ex. Canada, 1982, 129.

⁽⁸⁹⁾ Ainsi BARBERGER-DAMAMME (1981, 414 sq.) trouve pour une grande agglomération 196 policiers seulement (sur 2.835) affectés à ces commissariats.

⁽⁹⁰⁾ Je suis à peu près ici l'analyse fournie par Renée ZAUBERMAN (1982 c).

⁽⁹¹⁾ Ainsi, p. ex., pour la France, COING et MEUNIER (1980) qui précisent, en outre, que c'est à l'état de bribes diversement réaménagées que le discours incriminé se retrouve dans certaines représentations collectives.

leurs chances de reproduction, de survie collective, donc, à l'inverse de mort sociale ⁽⁹²⁾.

Enfin certains travaux précisent que l'élection du crime comme cristallisation d'une insécurité plus vaste n'est ni aléatoire, ni gratuite, qu'elle s'explique par les aspects mêmes du problème criminel. Plus concrètement, cette inefficacité de l'État à assurer une de ses missions fondamentales, la sécurité des biens et des personnes, fournirait une niche rêvée pour un sentiment d'insécurité liée à une préoccupation *analogue*. Craignant d'être abandonnées par un État dont l'appui a été indispensable à leur fortune antérieure ou à leur survie – craignant donc une rupture de l'alliance séculaire qui les classait dans le bloc au pouvoir – certaines couches seraient particulièrement sensibles à ce qui leur apparaît comme une manifestation particulièrement claire et une preuve évidente d'un abandon par l'État ... abandon qui porte en germe leur mort sociale, leur impuissance à terme à maintenir leur reproduction collective.

Combinée avec certains aspects non contradictoires des précédentes, cette dernière hypothèse – qui évite les inconvénients majeurs des premières – débouche sur la compréhension de l'insécurité ⁽⁹³⁾ comme poujadisme ⁽⁹⁴⁾, c'est-à-dire comme sommation adressée à l'État afin qu'il n'interrompe pas l'appui traditionnellement prodigué à une couche sociale.

Le terme évoque un mouvement de petits commerçants qui s'était, dans le second lustre des années 50, attaqué aux contrôles fiscaux perçus comme signe de la rupture du traitement privilégié longtemps réservé par l'État à la boutique. En fait, le fisc n'était visé que comme manifestation typique d'un retrait de protection bien plus large qui menaçait la reproduction de cette couche socio-professionnelle.

La délinquance offrirait maintenant une niche analogue, pour la cristallisation de l'insécurité, en raison de la désinvolture manifestée dans le traitement des plaintes.

⁽⁹²⁾ Sic D'ANJOU *et al.* (1978) s'inspirant des travaux de RANULF (1964) sur la psychologie des classes moyennes.

⁽⁹³⁾ Ent. de la cristallisation de l'insécurité sur une délinquance qui apparaît à la fois fréquente (par ses occurrences et l'écho multiplicateur que leur accorde, dans certains milieux, le ressassement de bouche à oreille) et destinée à rester anonyme (donc évocatrice d'une mort de la relation sociale) par suite de l'incurie étatique.

⁽⁹⁴⁾ Voy. p. ex. DULONG (1983) à propos de l'auto-défense.

Resterait à différencier l'analyse en précisant dans quelles fractions ou couches prospère cette cristallisation de l'insécurité sur la peur du crime. User du terme poujadisme évoque la boutique ; cependant, il ne faut pas être captif de l'analogie opérée avec le mouvement de protestation animé par Pierre Poujade. Mais nous nous trouvons assez démunis : les quelques recherches pertinentes sur cette cristallisation insécuritaire sont trop fragmentaires pour trancher définitivement de sa distribution ⁽⁹⁵⁾. Plusieurs indices semblent indiquer qu'elle prospère dans le monde de la boutique, mais rien ne dit qu'elle ne le déborde pas – quoique dans des configurations plus ou moins variables. D'une part, la parenté des priorités répressives constatée plus haut entre différentes couches non salariées – bourgeoises aussi bien que petites bourgeoises – laisse supposer une commune sensibilité aux atteintes patrimoniales comme le vol et le cambriolage, surtout si l'État les laissent dans un anonymat qui évoque la violence, le désordre, la mort sociale. D'autre part, certaines fractions salariées petites bourgeoises peuvent combiner l'obscurcissement de leurs perspectives – au moins rêvées – d'ascension sociale (notamment par l'acquisition d'un capital scolaire) avec une sensibilité à toute atteinte à un patrimoine péniblement constitué (de la voiture à l'accession à la propriété immobilière).

Cristallisation «pertinente» d'une insécurité attribuée à la faute de l'État ou au moins parfois d'un mécontentement contre les négligences étatiques, la revendication sécuritaire – peur du crime chez les uns, préoccupations envers le crime chez d'autres – somme l'État d'assumer ses fonctions traditionnelles. Et cette sommation se dit comme une exaspération répressive puisque c'est au fond le seul langage qui lui demeure ouvert ; mais cette repressivité est insatiable parce qu'elle constitue seulement le code conventionnel d'une demande toute autre, celle d'une intervention efficace de l'État pour défendre les patrimoines particuliers, sauvegarder un ordre traditionnel, permettre la reproduction de fractions affaiblies.

Quoiqu'il en soit de la distribution de cette cristallisation insécuritaire, il faut y ajouter que l'économie répressive ne comporte par ailleurs aucun élément susceptible de satisfaire d'autres fractions de la société.

⁽⁹⁵⁾ Outre COING et MEUNIER (1980) et DULONG (1983) précités, voy. p. ex. LAGRANGE (1983).

Sa sévérité envers la délinquance des marginaux ou des fractions les plus fragiles du prolétariat l'écarte des priorités relatives attribuées tout à l'heure au prolétariat.

Le contraste entre forte répression des atteintes à la propriété et faible répression de celles à «l'être social» l'écarte aussi des préférences relatives de la fraction dominée de la classe dominante et des cadres petits bourgeois ⁽⁹⁶⁾.

En revanche, l'investissement sur des contentieux de masse – comme la circulation ou les chèques – ne correspond à aucune priorité relative de quelle fraction que ce soit. Elle contredit l'image de l'intervention pénale comme arme ultime de contrôle de la déviance ⁽⁹⁷⁾, sanction plus ou moins irrémédiable d'une exclusion déjà consommée, mais lointaine et très marginale. Elle procure, au contraire, même aux classes moyennes, l'image inquiétante d'une répression qui peut atteindre tout un chacun pour des actes de la vie courante sans que l'on soit assuré, de surcroît, de l'efficacité de ces interventions de masse.

*

**

Dans cette situation complexe aux enjeux multiples, l'attitude des gouvernements successifs a été, à la fois, très répétitive dans ses présupposés et très hésitante dans ses entreprises. Son influence sur les pratiques et sur les modes symboliques d'appréhension du registre pénal a probablement été des plus limités. D'ailleurs, la monopolisation de l'information légitime – à la fois par un discours médiatique stéréotypé et globalisant, et plus encore par des corps professionnels de praticiens du pénal tantôt complices, tantôt violemment en conflit pour la conquête de l'hégémonie dans leur champ de pratiques – cette monopolisation n'a autorisé qu'une perception floue et comme masquée des enjeux. La prolifération de méta-concepts – de crise à violence – en témoigne.

On discerne tout au long trois présupposés qui gouvernent cette attitude avec une prégnance à laquelle il paraît difficile d'échapper. D'abord la conception de la délinquance comme une donnée externe au registre pénal, naturel en quelque sorte, un stimulus vis-à-vis duquel il

⁽⁹⁶⁾ Ceux-là pourraient approuver le lent repli du pénal hors du champ des mœurs et modes de vie (désuétude de la répression des petites infractions sexuelles, légalisation de l'avortement ...).

⁽⁹⁷⁾ Voy. p. ex. ROBERT (1978).

est seulement permis de chercher à ajuster une réponse convenable. Ensuite la réduction de l'efficacité à une croissance des moyens, de sorte que se noue une course-poursuite sans limite prévisible entre une «délinquance qui augmente» et des moyens repressifs qui ne sont jamais suffisants. Enfin le juridisme qui croit – ou veut croire – que la Loi et (plus encore) le règlement sont les déterminants principaux des conduites.

Sur cette trame d'analyse très stable, on a vu se succéder des politiques pénales très hésitantes.

Schématiquement, le premier lustre des années 1970 a été marqué par des tentatives de modernisation des institutions répressives⁽⁹⁸⁾ et de segmentation des contentieux⁽⁹⁹⁾. Dépénalisation partielle du contentieux de chèques⁽¹⁰⁰⁾, atténuation de la répression des petites infractions – et donc raréfaction du recours à l'emprisonnement⁽¹⁰¹⁾ – devaient accompagner une sévérité accrue envers la «grande criminalité»⁽¹⁰²⁾ et les infractions économiques et financières⁽¹⁰³⁾. Au total, l'absence d'appui politique suffisant⁽¹⁰⁴⁾ condamne cette entreprise à demeurer la tentative de spécialistes modernistes.

Le commencement du septennat suivant est marqué par une phase d'hésitations : on achève, avec réticences, certains changements déjà engagés, on tente de réactiver le couple prévention-réinsertion sociale

⁽⁹⁸⁾ Introduction de pans de modernité (informatique p. ex.) sur des appareils administratifs à gestion très traditionnelle qui supportent mal ces greffes mal dimensionnées.

⁽⁹⁹⁾ La meilleure déclaration d'intention de cette période est probablement le fameux «rapport Arpaillage» ; voy. ARPAILLANGE (1980).

⁽¹⁰⁰⁾ La répétition des réformes législatives marque la rapide érosion des résultats obtenus.

⁽¹⁰¹⁾ Les mesures prévues pour se substituer à l'emprisonnement – provisoire ou comme peine – échouent largement dans cette fonction substitutive ; toutefois ce quinquennat est marqué par une interruption momentanée de la croissance, entamée depuis la fin des années 1950, des effectifs carcéraux.

⁽¹⁰²⁾ Catégorie toujours imprécise, donc sans portée, qui vise tantôt les agressions contre les personnes, tantôt la délinquance professionnalisée (crime organisé).

⁽¹⁰³⁾ Prétention vite brisée par la résistance des administrations habituées à gérer ce contentieux.

⁽¹⁰⁴⁾ Malgré un certain appui du président de la République d'alors aux instigateurs de ces orientations, les questions pénales n'entrent guère dans les préoccupations gouvernementales du moment que sous les couleurs des obsessions post-soixante-huitardes de sûreté de l'État contre les entreprises gauchistes.

que le courant démocrate-chrétien avait constitué comme idéologie pénale officielle après guerre : surtout on amorce une segmentation entre violence et autre criminalité ⁽¹⁰⁵⁾.

Mais, durant la fin du septennat (1978-1981), la politique pénale prend une orientation plus nette. Des lois de 1978 et 1981 donnent consistance à la segmentation esquissée en 1977. Contre les auteurs d'infractions réputées «violentes», on prévoit une procédure, des peines et un régime d'exécution particuliers. Ces réformes législatives légitiment *a posteriori* l'alourdissement de la répression pénale observée depuis 1976, encore que la magistrature s'attaque plus souvent à des voleurs qu'à des violents, car ce sont surtout ceux-là et non ceux-ci qui composent les théories de «mal-insérés socialement». En contrepoint, l'organisation de plus amples facilités de consommation en prison tente de contrebalancer les résultats prévisibles de la croissance rapide des effectifs carcéraux. Enfin un discours officiel, assez homogène cette fois, accepte de voir dans un supposé laxisme judiciaire la cause de l'inflation de la criminalité, donc de l'insécurité ⁽¹⁰⁶⁾.

L'exercice était difficile qui consistait à encourager les crispations insécuritaires tout en tentant de persuader qu'on y pourrait remédier demain mieux qu'hier. Il était à craindre, en effet, que la première assertion passe seule sans que la seconde soit crue ou même entendue. Au reste, promettre un châtiment exemplaire risquait de ne pas suffire à faire oublier l'expérience facile à faire de la non élucidation des plaintes. Et c'est alors cautère sur jambe de bois car personne n'est déféré à la justice. Au surplus, la revendication répressive est proprement insatiable car elle n'est qu'une manière de réclamer autre chose. Ajoutons encore qu'en cautionnant la délégitimation de la justice, c'est le crédit de l'État qu'on aventurait. Enfin, la politique nouvelle risquait de vite rencontrer son talon d'Achille dans les contreparties d'un choix qui misait tout sur l'emprisonnement. La prison est le type d'équipement lourd, coûteux, difficile à moduler dans le court ou le moyen terme. Avant même la promulgation de la loi dite «sécurité et libertés», un taux d'occupation moyen de 150 % laissait peu de marges de manœuvre. Et l'on ne voyait pas comment seraient

⁽¹⁰⁵⁾ C'est le rapport du comité sur la violence, la criminalité et la délinquance qui constitue la référence de base pour cette période ; voy. PEYREFITE (1977).

⁽¹⁰⁶⁾ On se reportera à l'exposé des motifs et au texte de la loi du 2 février 1981, dite «sécurité et liberté».

absorbés, sans risque excessif de troubles, les effets d'un recours encore plus intense à l'emprisonnement.

L'élection présidentielle de 1981 a épargné ces épreuves à la politique pénale des années 1978-1981. Et le nouveau gouvernement s'est engagé dans la déconstruction⁽¹⁰⁷⁾ de l'œuvre juridique précédente, plutôt d'ailleurs par réaction spontanée des juristes choqués dans leurs convictions que par le sentiment de son inadéquation aux problèmes à résoudre. En revanche, il a très vite renoncé à mettre en place une nouvelle doctrine d'emploi de la police⁽¹⁰⁸⁾ et les pratiques pénales sont alors très vite retournées à des errements d'ailleurs antérieurs à l'éphémère loi du 2 février 1981.

Toutefois, quelques signes – encore difficiles à interpréter – conduisent à se demander si une politique pénale plus affranchie des pré-supposés traditionnels, plus sensible aux enjeux habituellement cachés du registre pénal, n'est pas en train d'émerger.

D'abord, l'intrusion des collectivités locales dans une partie jusqu'alors monopolisée par l'État central avec le concours assez marginal du secteur associatif. Si elle se développait, pareille redistribution des cartes ferait peut-être éclater la centralisation sur l'État de toutes les revendications et les contestations concernant la gestion des délinquances⁽¹⁰⁹⁾.

Ensuite, la création – malgré une longue résistance de toutes les administrations d'État⁽¹¹⁰⁾ – d'un réseau de comités dominés par les élus locaux et susceptible de constituer peut-être un pôle d'impulsion et de pilotage même vis-à-vis de la police⁽¹¹¹⁾.

Enfin, les tentatives pour redistribuer les contentieux traités par le processus pénal en éliminant un certain nombre de «contentieux de

⁽¹⁰⁷⁾ D'ailleurs longue et difficile tant à cause de la puissance des intérêts professionnels investis que parce que le pénal est devenu un enjeu politique de premier plan à propos duquel les antagonismes sont tendus à l'extrême. Bientôt cette simple déconstruction sera englobée et reléguée dans une plus vaste reconstruction juridique qui touche tant le droit pénal que la procédure.

⁽¹⁰⁸⁾ Malgré les suggestions contenues dans le rapport BELORGEY (Intérieur, 1982).

⁽¹⁰⁹⁾ Il s'agit d'un rapport déposé par une commission de maires de grandes villes (voy. Commission des maires sur la sécurité, 1983).

⁽¹¹⁰⁾ Sauf la justice trop affaiblie au cours des années précédentes pour n'avoir pas avantage à une telle recomposition.

⁽¹¹¹⁾ Typique est l'insistance du président du comité national à réclamer, dès sa première déclaration, un démantèlement des circuits de recels ordinaires afin d'enrayer le cambriolage.

masse»⁽¹¹²⁾, de même que celles pour remodeler la gamme des sanctions et leurs procédures de gestion.

Sur l'actuel immédiat, nous n'avons jamais de données et le manque de recul nous gêne tant il est vrai qu'il n'y a de connaissance scientifique qu'à propos de ce qui commence à basculer vers le passé. Ainsi démunis, nous sommes toujours tentés de nous rabattre abusivement sur le seul matériau qui demeure, les déclarations d'intention des acteurs les plus visibles, soit pour leur attribuer soit pour leur dénier toute efficacité. C'est alors que les pré-jugements du sens commun reviennent au galop. C'est alors que le sociologue risque de tourner au notable bavard.

Il est donc temps de prendre congé.

Nul ne sait comment tourneront les amorces qui viennent d'être brièvement indiquées, ni quel sera leur impact dans le registre pénal, sur ses pratiques et ses modes symboliques d'appréhension.

**

Assailli par la croissance concommittante de contentieux de masse – circulation, chèques – et de plaintes pour vol, le pénal a quitté son ordre de grandeur séculaire pour une croissance rapide, mais très hétérogène : il gère les premiers de plus en plus difficilement, mais traite de moins en moins les secondes.

Du coup, de profonds conflits sociaux s'y réfractent. Le débat sur la protection des personnes et de leurs biens cristallise les oppositions sur le rôle de l'État dans la reproduction des différentes fractions de classes, donc finalement les luttes pour les alliances au sein du bloc au pouvoir. Et, sur le registre pénal, ces réfractions se combinent avec l'âpre lutte des groupes professionnels de praticiens du pénal ; elles leur confèrent un relief particulièrement accusé.

BIBLIOGRAPHIE

ANJOU (L. J. M. D.), COZIEN (C.), TOORN (L. V. D.), VERKOEYEN (C. M. R.),
«Demanding more severe punishment», *Brit. J. Criminol.*, 1978, XVIII,
4, 326-347.

ARPAILLANGE (P.), *Une simple justice*, Paris, Gallimard, 1980.

⁽¹¹²⁾ Voy. p. ex. en matière de circulation MAYET (1983).

- AUBUSSON DE CAVARLAY (B.) et GODEFROY (Th.), *Qui condamne-t-on, à quoi, pourquoi ?*, Paris, S.E.P.C., 1981.
- BALZAC (H.) DE, *Le père Goriot*, Paris, Gallimard, coll. «Folio», 1971.
- BARBERGER-DAMAMME (C.), *De la criminalité apparente ; Théorie et observation à partir de trois années de rapports journaliers des polices urbaines du Rhône*, Lyon, Université Jean Moulin, 1981.
- BONNEMAIN (C.), *Le contrôle social de la déviance. Recherche au niveau d'un service de police*, Poitiers-Paris, Univ. Poitiers, C.E.S., 1978.
- BOURDIEU (P.), «Le mort saisit le vif», in *Actes de la recherche en science sociale*, N^{os} 32-33, 1980.
- Canada, *Le droit pénal dans la société canadienne*, Ottawa, Gouvernement du Canada, 1982.
- CHESNAIS (J. C.), *Les morts violentes en France depuis 1826 ; comparaisons internationales*, Paris, P.U.F., 1976.
- CHEVALIER (L.), *Classes laborieuses, choses dangereuses*, Paris, Plon, 1978, (1^{ère} éd. : 1958).
- COING (H.) et MEUNIER (Ch.), *Insécurité urbaine ? Une arme pour le pouvoir*, Paris, Ed. Anthropos, 1980.
- Coll., *La détention préventive au tribunal de la Seine*, s.l.n.d., (Bordeaux, E.N.M., 1976).
- Commission des maires sur la sécurité. Rapport au Premier Ministre, *Face à la délinquance : prévention, répression solidarité* (Rapport BONNEMAISON), Paris, La Documentation Française, 1983.
- DAVIDOVITCH (A.) et BOUDON (R.), «Les mécanismes sociaux des abandons de poursuite», *Années Sociologique*, 1964, pp. 111-244.
- DESERT (G.), *Aspects de la criminalité en France et en Normandie*, in *Cahier des Annales de Normandie*, n^o 13, 1981, pp. 221-316.
- DULONG (R.), *L'auto-défense : enquête sur quelques faits indécidables*, Paris, Éd. Méridien, 1983.
- FARGE (A.), *Vivre dans la rue à Paris au XVIII^e siècle*, Paris, Julliard, coll. «Archives», 1979.
- FAUGERON (C.), FICHELET (M.), ROBERT (Ph.), *Le renvoi du déviant*, Paris, C.O.R.D.E.S., 1977.
- Intérieur, *La criminalité en France en 1973 d'après les statistiques de police judiciaire*, Paris, Intérieur, 1974.
- Intérieur, *Aspects de la criminalité en France en 1981 constatée par les services de police et de gendarmerie, d'après les statistiques de police judiciaire*, Paris, Documentation Française, 1983.
- Intérieur, *Pré-rapport sur les réformes de la police*, présenté par M. Michel BELORGEY, parlementaire en mission et M. Gilles SANSON, inspecteur de l'administration, avec le concours de M. Antoine BOUILLENTE, Paris, 1982.

- Justice, *Compte général de la justice criminelle, pour 1880*, Paris, ministère de la Justice, 1882.
- Justice, *Compte général de la justice criminelle pour 1900*, Paris, ministère de la Justice, 1902.
- Justice, *Compte général de la justice criminelle pour 1910*, Paris, ministère de la Justice, 1912.
- Justice, *Compte général de l'administration de la justice pénale pour 1978*, Paris, Documentation française, 1982.
- LAGRANGE (H.), *Perceptions de la violence et sentiment d'insécurité*, Grenoble, Univ. Sc. Soc., 1982.
- LASCOUMES (P.), *Délit fiscal et/ou délit pénal*, Paris, S.E.P.C., 1981.
- LASCOUMES (P.), «Les poursuites en matière fiscale ; du contrôle administratif à la sanction pénale», *Gazette du Palais*, 1983, 103, 19-20, 2-9, a.
- LASCOUMES (P.), «Sanction des fautes ou gestion des illégalismes ; l'hétérogénéisation du droit pénal – un exemple : la répression de la fraude fiscale», *Rev. interd. d'études juridiques*, 1983, 10, 125-156, b.
- LEVY (R.), *Les flags, une justice ou une police ?*, Paris, S.E.P.C., Déviance et contrôle social, n° 35, 1982.
- Loi n° 81-82 du 2 février 1981 renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes (*J.O.* 3 février 1981, p. 415. *J.C.P.*, 1981, III, 50907).
- MAYET (P.), «Une route plus sûre. II. L'éducateur et le gendarme», *Le Monde*, 1983, vol. 40, n° 11988, p. 6.
- MAYR (G. V.), *Statistik und Gesellschaftslehre*, Tubingen, 1917, cité in Wolf 1976 *infra*.
- MOUSNIER (R.), *Les institutions de la France sous la monarchie absolue*. T. 1 : *Société et État*, Paris, P.U.F., 1974. T. 2 : *Les organes de l'État et la société*, Paris, P.U.F., 1980.
- NABUCET (F.), *La population pénale métropolitaine de 1911 à 1939 : analyse statistique*, Paris, C.N.E.R.P., 1981.
- PAPAIL (J.), *Contribution statistique à l'étude de la population pénale au XIX^e siècle*, Paris, C.N.E.R.P., 1981.
- PEYREFITTE (A.), éd., *Réponses à la violence*, Paris, Presses-Pocket, 1977.
- PERROT (M.), «Délinquance et système pénitentiaire en France au XIX^e siècle», *Annales E.S.C.*, 1975, 30, 1, 67-91.
- RANULF, *Moral Indignation and Middle Class Psychology*, New York, Stocken Books, 1964.
- ROBERT (Ph.), «Les statistiques pénales et la recherche ; réflexions conceptuelles», *Déviance et Société*, 1977, I, 1, 3-27.
- ROBERT (Ph.), «Representations of deviance», *Int. J. Criminol. & Penol*, 1978, 4, 319-338.
- ROBERT (Ph.) et FAUGERON (C.), *La justice et son public ; les représentations sociales du système pénal*, Genève-Paris, Médecine et Hygiène-Masson, 1978.

- ROBERT (Ph.) et FAUGERON (C.), *Les forces cachées de la justice ; la crise de la justice pénale*, Paris, Centurion, 1980.
- ROBERT (Ph.) et LEVY (R.), «Le sociologue et l'histoire pénale», *Annales E.S.C.*, s.p.
- SAGNIER (G.), *La population pénale métropolitaine de 1945 à 1980 : étude statistique*, Paris, C.N.E.R.P., 1981.
- SERVERIN (E.) et BRUXELLES (S.), *Action et interaction dans l'institution judiciaire*, Lyon, Univ. Jean Moulin, 1981.
- SIMIAND (F.), «Méthode historique et science sociale», *Annales E.S.C.*, 1960, 15, I, 83-119 (1^e éd. 1903).
- TOURNIER (P.), *Contribution à la connaissance de la population des personnes incarcérées en France (1968-1980) – analyse démographique*, Paris, C.N.E.R.P. et Univ. Paris 1, 1981.
- TOURNIER (P.), *Rapport sur la démographie carcérale dans les états membres du Conseil de l'Europe*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1983.
- VERNEUIL (D.), «Fonction et processus du système pénal : ce qu'on en dit dans le public», *Déviance et Société*, 1981, Vol. V, n^o 3, pp. 223-245.
- WOLF (P.), «Recherche sur la victimisation et source d'information sur la criminalité autres que les statistiques criminelles», in Coll. *Moyens d'obtenir une meilleure information sur la criminalité*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1976, 53-74.
- ZAUBERMAN (R.), *Trajectoire de la déviance : le renvoi des mineurs à la justice*, Paris, S.E.P.C., *Déviance et Contrôle social*, n^o 32, 1981.
- ZAUBERMAN (R.), «Renvoyants et renvoyés», *Déviance et Société*, 1982, vol. 6, 1, pp. 23-52, a.
- ZAUBERMAN (R.), «Grandes enquêtes en recherche pénale et difficultés de réalisation : réflexions complémentaires à propos des enquêtes de victimisation», *Déviance et Société*, 1982, Vol. 6, n^o 3, pp. 281-309, b.
- ZAUBERMAN (R.), «La peur du crime et la recherche», *Année Sociol.*, 1982, Vol. 32, pp. 415-435, c.
- ZEHR (H.), *Crime and the Development of Modern Society. Pattern of Criminality in Nineteenth Century Germany and France*, Londres, Croom Helm, 1976.
-

TITRE XV

Fondements et enjeux de la théorie de l'abolition du système pénal

par Louk Hulsman et Jacqueline Bernat de Celis

Il est difficile de s'affirmer sous une étiquette négative, et l'*abolitionniste* du système pénal éprouve cette difficulté particulière d'avoir à justifier son rejet du système en place avant d'être autorisé à parler de la société *sans système pénal* qu'il aperçoit essentiellement comme porteuse de positivité⁽¹⁾. L'*abolitionniste* voit déjà en filigrane une société où le système étatique construit il y a deux siècles n'a plus aucune raison d'être. Mais l'existence même de ce système l'oblige à dire d'abord pourquoi il souhaite l'écarter. D'ailleurs, n'y a-t-il pas là en définitive une saine contrainte, qui lui permet à la fois de rejoindre dans le réalisme les nombreux chercheurs d'aujourd'hui dont les travaux mettent, en fait, la «justice pénale» en question, et d'inviter penseurs et décideurs à dépasser le niveau des constats pour travailler expressément à l'élaboration d'une logique alternative, qui ne s'arrête pas à la critique du système pénal, mais s'attache à la redéfinition des problèmes. Ainsi, le mot «abolition» recouvre-t-il en fin de compte une pensée active, perspective cognitive critique et mouvement social créateur de liberté, dont nous allons tenter de faire apparaître les fondements et les enjeux⁽²⁾.

(1) Sans d'ailleurs se dissimuler les difficultés de sa mise en œuvre, ni prétendre que certains problèmes que pose la société industrialisée – aliénations, inégalités dans les rapports de force entre les personnes et les groupes, etc. – se trouveraient résolus par la disparition du système pénal.

(2) Une présentation globale de l'abolitionnisme selon Louk Hulsman se trouve développée dans : HULSMAN LOUK et BERNAT DE CELIS Jacqueline, *Peines perdues, le système pénal en question*, Le Centurion, Paris, 1982.

I. FONDEMENTS DE LA THÉORIE DE L'ABOLITION DU SYSTÈME PÉNAL.

Deux affirmations complémentaires manifestent le double fondement de la perspective abolitionniste : 1. Loin de résoudre les problèmes auxquels il est censé faire face, *le système pénal* en crée de nouveaux : *il est un mal social*. 2. Des mécanismes parallèles de résolution des conflits montrent qu'*une société sans système pénal fonctionne déjà sous nos yeux*. La reconnaître et lui permettre de se développer rendrait le système pénal tout simplement caduc.

1) *Le système pénal est un mal social*

Les recherches des sciences humaines mettent en évidence depuis quelques années un fait capital : dans son fonctionnement réel, le système pénal ne répond en rien aux objectifs qui lui ont été assignés⁽³⁾. On croit que le système pénal est le produit d'un processus politico-judiciaire réfléchi et cohérent, qui en garde en tout temps la maîtrise. On pense aussi, au moins dans les démocraties occidentales, que le système pénal est l'instrument indispensable d'une justice protectrice à la fois des droits de l'homme et des *valeurs* que ces régimes proclament essentielles. Et rien de tout cela n'est vrai.

Le système pénal est en fait une machine bureaucratique dont les sous-structures, agissant indépendamment les unes des autres, produisent des décisions irresponsables. Et le système pénal méprise les personnes concrètes dont il s'approprie les problèmes en travaillant sans elles et contre elles.

Ces deux reproches essentiels faits au système pénal, la théorie abolitionniste en fournit une analyse fondée :

a) Le système pénal est une machine bureaucratique

En 1975 déjà, un document de travail des Nations-Unies en vue du *V^e Congrès pour la prévention du crime et le traitement des délinquants* faisait remarquer que l'on tient pour logique et cohérent un «système» qui «ne travaille pas vraiment comme un *système*» et qui *ne peut pas* étant donné sa structure, offrir la cohésion qu'on lui prête⁽⁴⁾.

⁽³⁾ Qu'il soit entendu que nous distinguons clairement le SYSTÈME de ceux qui l'administrent : police, tribunaux, prison ... C'est au *système*-même, en tant qu'il fonctionne précisément en dehors de la volonté des personnes qui l'actionnent, que s'adresse notre réflexion critique.

⁽⁴⁾ U.N. Publications, New York, 1975, Conference paper A / Conf. 56/4, p. 16.

– Le prétendu «système de justice criminelle» est en effet composé de sous-systèmes hiérarchiques appartenant à des corps différents, diversement rattachés au pouvoir central, dont les règles professionnelles, la déontologie, les critères d'action, les orientations idéologiques, se développent dans l'indépendance réciproque. On peut difficilement demander à ces sous-structures d'assumer *ensemble*, en l'absence de toute coordination concrète, les objectifs élevés que le discours officiel assigne au système pénal : lutter contre la criminalité, rendre la justice, protéger – à la fois – les droits des individus et ceux de la «société», etc. Des recherches menées à différents niveaux montrent bien plutôt que la police, la magistrature, l'administration pénitentiaire, et les autres institutions qui participent, directement ou indirectement, à la justice répressive, sont d'abord tournées vers les objectifs internes qui intéressent le corps auquel elles appartiennent : croissance de ce corps, bien-être de ses membres, recherche d'un équilibre dans la tâche à assumer, etc.

– D'autre part, l'extrême division du travail qui s'observe dans la succession des petits rôles attribués à chacun des intervenants dans le processus pénal montre à quel point la compartimentalisation et la professionnalisation déshumanisent ce processus, font écran entre l'intéressé et ceux qui font transiter son «affaire» d'une phase vers l'autre. C'est là il est vrai un trait caractéristique des grandes organisations bureaucratiques de nos sociétés industrielles. Mais il est clair que pratiqué au sein d'un système dont l'objet premier est d'*infliger des punitions*, un tel fonctionnement engendre des conséquences auxquelles il convient d'être particulièrement attentif : *personne* ne maîtrise ni ne contrôle cette machine pénale conçue pour produire de la souffrance, *PERSONNE* ne peut se sentir responsable de cette souffrance ni l'empêcher de se produire, à un rythme qu'il faut bien qualifier de *démentiel*, puisqu'en France par exemple, le système pénal envoie en prison près de 100.000 personnes par an, c'est-à-dire stigmatise, *par an*, si l'on pense aux familles touchées, quelque 500.000 personnes !

b) Le système pénal opère à travers des mécanismes réducteurs des problèmes humains

Le système pénal transforme les événements vécus en problèmes-types abstraits. Il fonctionne à partir de grilles d'interprétation stéréotypées qui uniformisent, réduisent, déforment la réalité.

Sous la même étiquette sont poursuivis des événements très divers : un *cambrilodge* dans une école vide n'est pas semblable à celui qui est

commis dans l'appartement d'une personne âgée et isolée. Un comportement agressif au sein de la famille n'a rien à voir avec un acte violent perpétré dans le contexte anonyme d'une rue. Parce qu'il extrait l'acte qu'il incrimine de son contexte personnel et social, et qu'il lui ôte sa densité existentielle, le système pénal travaille en fin de compte sur de *faux problèmes*, enfermé dans un univers conceptuel qui n'a plus rien à voir avec la réalité vécue.

Et parce que sa vocation est de désigner des *coupables* pour les *punir*, le système pénal, après avoir réinterprété l'événement qu'il a enregistré sous une étiquette rigide, stéréotype également la réponse : la *stigmatisation* de l'auteur sélectionné en vue du châtement.

Le système pénal ne peut que punir, alors qu'il y a tant d'autres façons possibles – et généralement meilleures – de réagir à un événement désagréable ou douloureux. Prenons l'exemple de la femme battue. La condamnation du mari, son éventuel emprisonnement, est-ce là la seule réponse possible ? Les femmes qui, en fait, vivent cette situation, ont trouvé bien d'autres réponses : consulter un centre d'accueil, rencontrer d'autres femmes dans le même cas, apprendre le karaté, quitter le foyer, recourir à une thérapie familiale avec le mari et les enfants, etc.

La théorie abolitionniste a identifié cinq modèles de «réponse» à une situation que l'intéressé estime ne pouvoir supporter et qu'il attribue à un auteur responsable ⁽⁵⁾ : le modèle punitif, les modèles compensatoires, thérapeutique, conciliatoire, éducatif. Le système pénal ne connaît pratiquement que le modèle punitif. En effet, toutes les «mesures» autres que la «peine» organisées à l'intérieur du système répressif étatique qui ont voulu être éducatives ou thérapeutiques, on le sait aujourd'hui, n'ont jamais perdu en fait leur caractère *afflictif et infamant*. Sans aucun doute en raison de l'origine même du système pénal, conçu à une époque de transition entre la société religieuse et la société civile, et resté tributaire du modèle scolastique, lui-même inspiré de la cosmologie médiévale. Une vérité définie une fois pour toutes et imposée d'en haut, des juges censés rendre une justice absolue autant que sereine, un poids de souffrance infligé en réplique à des actes tenus pour mauvais et qu'il s'agirait de «purifier», une philosophie manichéenne divisant les hommes en bons et méchants, en innocents et cou-

⁽⁵⁾ Beaucoup d'événements victimisants ne sont pas imputés à un auteur malveillant mais situés dans d'autres *cadres d'interprétation*. V. *infra*, p. 305.

pables, telle est encore et toujours *la logique du système pénal* en vigueur dans notre société d'aujourd'hui : une logique de Jugement Dernier où le Dieu omnipotent, omniscient et vengeur des scolastiques a été remplacé par le code pénal et la Cour de Cassation !

Aux deux accusations fondamentales qui viennent d'être portées contre le système punitif étatique – personne n'en a la maîtrise : il opère sur des problèmes qu'il fabrique lui-même – viennent s'en ajouter d'autres qui achèvent à nos yeux de la *délégimenter*. Par exemple celles-ci :

– Il est devenu clair que le système pénal s'applique de manière quasi exclusive à la frange la plus pauvre ou la plus vulnérable de la population, alors que l'une des raisons de son instauration, à la fin du xviii^e siècle, a été la volonté de mettre fin à l'utilisation arbitraire et abusive de la force des puissants contre les faibles. Le système pénal opère en fait comme un instrument de marginalisation sociale des éléments indésirables pour les forces au pouvoir, contrairement à l'affirmation théorique selon laquelle la justice *doit être* égale pour tous. Le système pénal, à l'encontre de sa vocation démocratique, renforce les inégalités sociales.

– Le système pénal, d'autre part, intervient *avec violence* dans la vie des gens. La souffrance infligée à ceux que le système condamne – une fois sur quatre ou une fois sur cinq à l'emprisonnement – est généralement minimisée. D'autant plus facilement d'ailleurs que cette souffrance se trouve appliquée, comme il vient d'être rappelé, à une population dont ceux qui font les lois et ceux qui les appliquent ne sont pas psychologiquement proches. L'homme emprisonné est privé de beaucoup plus que de liberté. Le souci des «droits de l'homme» s'arrête généralement à la porte de la prison. Derrière cette porte, les condamnés sont laissés sans recours entre les mains d'une administration toute-puissante admise à agir dans le secret. Or, ces biens et ces droits *autres que la liberté* qui lui sont enlevés au mépris des chartes les plus solennelles sont justement devenus les valeurs-clés de la civilisation occidentale : droit à la promotion personnelle, par l'éducation permanente et le jeu de contacts responsables et épanouissants avec autrui, droit à avoir une famille et à en assumer les charges, droit à la santé, droit à une vie affective et sexuelle digne, droit à des conditions de travail non humiliantes, droit à des espaces d'intimité personnelle, etc. Le criminologue norvégien Nils Christie souligne fortement, avec raison, cet aspect souvent méconnu du problème : dans nos sociétés

occidentales, où le niveau général de vie matérielle, culturelle et spirituelle des populations tend à s'élever, l'enfermement punitif est devenu un châtement barbare, démesuré, une distance insupportable creusée entre ceux qui y sont condamnés et la condition estimée normale, ou souhaitable, pour le citoyen d'un *welfare state* ⁽⁶⁾. Un châtement *anachronique*.

– La souffrance des incarcérés est un *mal absolu*, parce que stérile. Il est des souffrances qui font grandir, qui rendent meilleur. Celle-là, tous les observateurs le constatent aujourd'hui, n'est jamais créatrice : isolant des groupes d'hommes pour les faire végéter ensemble, artificiellement, dans un univers infantilisant et aliénant, elle les déshumanise et les désocialise. Cette souffrance-là est *un non-sens*.

2. Une société sans système pénal existe déjà

De même qu'il a fallu vaincre la force gravitationnelle pour explorer le monde extérieur à la terre, il faut *sortir de la logique du système pénal* pour pouvoir concevoir une société dans laquelle celui-ci aura disparu. Les concepts, le langage du système pénal nous retiennent dans son champ, et il faut faire un effort mental assez considérable pour s'en échapper.

Quand on parle de «crime» ou de «délit», une image surgit immédiatement, qu'on le veuille ou non : celle d'un acteur coupable. Si au contraire on utilise le mot «événement», le terme «situation conflictuelle», ou tout autre de charge neutre, un espace apparaît dans lequel peuvent exister des interprétations diversifiées. Si on remplace les vocables «délinquant» et «victime» par l'expression «personnes impliquées dans un problème», on évite de fixer mentalement ces personnes dans des rôles préfabriqués qui limitent leur liberté de conscience et les convertissent *ipso facto* en adversaires. On laisse ouvert un espace où des réponses autres que celles du modèle punitif peuvent être trouvées. C'est seulement quand on sort du *dialecte pénal* qu'on peut échapper au cycle «délinquance-prison-récidive-prison» qui se présente comme inéluctable dans la logique pénale. C'est alors seulement qu'on cesse en particulier de regarder les personnes qui tombent dans les filets du système comme une catégorie à part, infra-humaine de la société, que l'on cesse de croire qu'il n'y a pas d'autre

⁽⁶⁾ CHRISTIE Nils, *Limits to Pain*, Martin Robertson, Oxford, 1981.

issue que de les marginaliser, et qu'on devient capable, au delà d'un souci de «prévention» qui se réfère encore aux définitions du code pénal, d'imaginer des aménagements sociaux susceptibles de rendre moins fréquents ou moins lourds certains problèmes interpersonnels indésirables.

Or, une surprise attend l'observateur qui accepte de voyager ainsi hors de la gravitation du système pénal : il découvre que ce système, bien que causant, comme nous l'avons fortement souligné (7) un mal social aberrant, ne s'occupe que d'une *part infime* des situations théoriquement «criminalisables».

Face au volume considérable des problèmes interpersonnels vécus à tout moment au sein de la population d'un pays donné, très peu sont en fait traités par la mécanique répressive, soit qu'ils n'y entrent pas, bien que situés dans le champ de sa compétence formelle, soit qu'ils soient pris en charge par d'autres mécanismes de résolution des conflits. Voyons cela de plus près.

a) Des problèmes classés comme de type «pénal» en fait n'entrent pas dans le système répressif

Ce sont les recherches de la sociologie pénale qui ont mis en lumière un phénomène que dans l'optique pénale, on appelle «le chiffre noir» (les affaires qui *devraient* passer par le système, mais lui échappent), et que dans l'optique abolitionniste, nous préférons regarder comme un signe du caractère finalement dérisoire du système pénal, un signe que ce système n'est pas du tout indispensable à notre société, contrairement à ce que prétend le discours officiel.

Un certain nombre d'observations concordent à cet égard : les enquêtes de victimisation, notamment, montrent qu'un nombre très élevé de faits théoriquement punissables ne sont pas même signalés à la police (8) ; par ailleurs, les études sur les mécanismes d'approvisionne-

(7) *Supra*, p. 298.

(8) D'une façon très générale, on peut admettre que moins de 1 % des faits «criminalisables» sont dénoncés à la police. Et contrairement à ce qu'on pourrait croire, ce ne sont pas des faits légers qui sont omis, mais bien plutôt des faits sérieux, voire très sérieux. Ce type d'études est en train de devenir systématique aux États-Unis, au Canada et dans différents pays d'Europe, comme les Pays-Bas. Une enquête de victimisation réalisée en Allemagne auprès du personnel d'une grande entreprise a donné le remarquable résultat suivant : sur 800 faits théoriquement punissables dont ces personnes ont fait état, *un seul* avait été dénoncé à la police (*Peines perdues, op. cit.*, p. 69).

ment du système pénal révèlent que la police d'abord, puis le Ministère public (dans les systèmes continentaux), retiennent seulement une *petite proportion* des «affaires» qui lui sont signalées⁽⁹⁾ ; de sorte que l'examen critique des statistiques relatives aux condamnations pénales permet de découvrir que pour des faits dont la fréquence est expérimentalement notoire, le volume des condamnations est pratiquement insignifiant⁽¹⁰⁾.

On peut se demander ce que deviennent les problèmes dans lesquels le système pénal n'intervient pas alors qu'il serait compétent pour le faire. Il est indéniable que dans un pourcentage de cas, les victimes ne déposent pas plainte en raison de sentiments négatifs tels la peur des représailles ou la conviction que la «justice» sera de toutes façons impuissante. Et que d'autres, qui signalent leur problème à la police, doivent regretter que leur affaire, estimée négligeable par les maîtres de la poursuite, ne connaisse aucune suite dans la voie pénale. Mais une analyse un peu poussée des situations dans lesquelles se trouvent ceux qui ne recourent pas à une telle procédure montre que les problèmes classés comme de type pénal qui n'entrent cependant pas dans le système, restent couramment *en dehors par volonté expresse des personnes directement impliquées*.

– On peut affirmer que très souvent, la victime d'un événement malheureux n'en demande compte à personne parce qu'elle n'attribue pas cet événement à un auteur coupable ou responsable. Des exemples très simples permettent de saisir combien sont diverses les réactions de

⁽⁹⁾ V. tout spécialement à ce propos : Ph. Robert et Cl. Faugeron : *Les forces cachées de la justice*, Le Centurion Paris 1980. Indiquons au passage que les critères selon lesquels les faits punissables sont filtrés ne sont pas constants. Les travaux du L.A. 313 (ex *Service des études pénales et criminologiques*) de Paris, notamment, ont fait apparaître que certains faits entrent, ou n'entrent pas, dans la machine pénale, selon la capacité de travail de celle-ci à un moment donné. Quand la machine ne peut plus absorber les affaires qui lui sont envoyées, elle les refuse. En outre, les critères de sélection des faits considérés comme punissables ne sont pas les mêmes selon la juridiction saisie, ni, pour tel type d'affaire, conformes à la description théorique qui résulte de la loi pénale. Au Tribunal de Paris, par ex., le système pénal retient les affaires étiquetées «vol» dans un pourcentage beaucoup plus élevé si l'auteur n'a pas de domicile fixe, ou pas de travail, ou si c'est un étranger en situation administrative irrégulière, critères évidemment absents de la loi pénale !

⁽¹⁰⁾ Aux Pays-Bas, par exemple, il n'y a eu en 1980 que 600 condamnations pour abus de confiance alors que les situations de ce genre sont extrêmement, fréquentes en pratique. (Cf. *Peines perdues*, p. 81).

chacun devant un fait victimisant. «Lorsque quelqu'un meurt sur une table d'opération, on entend certains dire : «c'est un accident» ou encore : «Dieu l'a rappelé à lui», tandis que d'autres dénoncent une responsabilité professionnelle. Si quelqu'un décède pour avoir absorbé trop de médicaments, même concert d'interprétations divergentes : certains acceptent ce qu'ils appellent la fatalité : «c'était son heure». D'autres déplorent que le malade ait avalé par erreur, pensent-ils, la dose fatale. D'autres encore soupçonnent l'intéressé de s'être donné volontairement la mort, approuvant ou condamnant une telle initiative. Et si certains croient deviner qu'un parent, un proche, a aidé le malade à en finir avec la vie, il s'en trouvera qui accuseront ce tiers d'«aide au suicide», de «non assistance à personne en danger», tandis que d'autres valorisent le geste courageux, le service suprême ainsi rendu dans l'amitié. La théorie abolitionniste a ainsi mis en lumière une sorte de typologie des *cadres de référence* dans lesquels classer les interprétations que donnent les gens d'un événement vécu⁽¹¹⁾. Une première classification sépare les cadres *surnaturel* et *naturels* des cadres *sociaux* d'interprétation. Dans un cadre naturel d'interprétation, l'événement est vu comme un accident. A l'intérieur des cadres sociaux d'interprétation, on peut distinguer une grille sociale *structurelle* et une grille sociale *personnelle*. Dans la grille structurelle, l'événement est attribué à une structure sociale (et la réponse à un tel événement est alors cherchée dans une réorganisation sociale). Dans une grille personnelle, l'événement est attribué à une «personne» ou à un «groupe personnalisé». A l'intérieur de cette dernière grille, nous avons distingué (*supra*, p. 300) des types d'interprétation qui aboutissent à 5 modèles de réponse : punitif, compensatoire, thérapeutique, éducatif et conciliatoire.

Dans cette ligne d'une interprétation des faits laissée à l'initiative des intéressés, on peut affirmer que dans des cas certainement très nombreux, les personnes impliquées dans des faits que la loi pénale a définis comme punissables n'y voient personnellement aucun problème, ou en tout cas aucun problème susceptible de bénéficier d'une intervention criminalisante⁽¹²⁾. Nous en faisons d'ailleurs l'expérience :

(11) Cf. *Peines perdues*, p. 94 et ss.

(12) Les enquêtes de victimisation réalisées périodiquement aux États-Unis montrent que presque personne ne se reconnaît victime d'actes de violence «criminelle» dans la famille, alors que la pratique des services sociaux montre la fréquence de ces événements violents. Il faut bien penser que ceux qui en font l'expérience, même si

combien de fois l'insulte, la calomnie, la violence dans les paroles ou les gestes, tel comportement sexuel, l'abus de pouvoir ou d'autorité, etc. faits vécus couramment dans notre entourage, que nous en ayons été les victimes ou les acteurs, auraient pu motiver une action pénale en vertu des règles formelles du système, sans qu'aucun recours à ce dernier n'ait eu lieu ? Si la plus grande part des problèmes ne se résolvait pas par des voies naturelles, toute vie sociale serait pratiquement impossible !

– Sans nier l'existence – compréhensible – de cas où des sentiments rétributifs sont explicitement, et parfois violemment exprimés, des recherches concordantes menées dans différents pays dans une optique victimologique montrent que les personnes qui s'estiment victimes d'un fait malheureux attribuable selon elles à un individu particulier *ne recherchent pas couramment la voie pénale* : elles souhaitent généralement, non pas d'abord voir l'auteur puni, mais *obtenir réparation* voire entrer dans un *processus de conciliation* ⁽¹³⁾. Elles rejoignent ainsi, sans le savoir, une tradition ancestrale : la distinction entre affaire civile et affaire pénale n'existe pas dans les sociétés naturelles, et elle n'est apparue que tardivement en Occident ⁽¹⁴⁾. C'est une distinction juridico-politique que ne recouvre aucune «nature» particulière des problèmes en question, et que les personnes victimisées ignorent sainement – comme nous allons encore le constater.

b) Les problèmes classés comme «civils» ou considérés comme tels par la pratique

Les développements qui précèdent ont mis en lumière que seule une très faible proportion des faits définis par la loi pénale comme criminels

cela pèse parfois très lourd dans leur vie, ne voient pas en quoi une intervention criminalisante réglerait leur problème.

⁽¹³⁾ V. notamment BERNAT DE CELIS, J., «L'expérience du service d'accueil des témoins et victimes du Tribunal de Paris», *Rev. de sc. crim.*, n° 3, 1981, Paris, Sirey. De tels constats montrent combien on extrapole lorsqu'on affirme la nécessité d'un système punitif qui reprendrait à son compte les sentiments prétendument vengeurs de toutes les victimes. Soulignons cependant que la théorie abolitionniste n'écarte pas le modèle punitif de réaction sociale, mais rejette l'expression qu'en donne un système *étatique*, totalement étranger aux modes de sanction pratiqués dans la société. Il existe en fait beaucoup d'autres réactions susceptibles d'être vécues comme une punition, spécialement dans le cadre du système civil (Cf. *Peines perdues*, p. 154).

⁽¹⁴⁾ À partir du XIII^e siècle, consacrant un pouvoir croissant de l'État dans un procès pénal qui a eu justement pour conséquence caractéristique d'écarter les victimes.

ou délictuels sont réellement poursuivis et condamnés. Ce qui devrait conduire à se poser une première question (troublante) : *pourquoi ceux-là ?* Mais une autre question redouble la perplexité de l'observateur attentif : pourquoi le législateur (et la jurisprudence) soumettent-ils à la loi pénale certains actes ou comportements plutôt que d'autres ⁽¹⁵⁾ ? Si on y regarde de près, un nombre important de faits qui pourraient être traités dans le pénal – en vertu des orientations qui semblent guider l'activité «criminalisante» du pouvoir – en réalité ne le sont pas.

Le champ civil recouvre des niveaux et des zones extrêmement importantes et variées de l'activité et des relations interpersonnelles où des événements victimisants importants sont regardés dans une *approche non stigmatisante* pour les personnes ayant porté préjudice à autrui, sous le couvert du principe de la responsabilité dite «civile» et de la notion de risque.

Il est extrêmement rare que l'on recoure à la voie judiciaire, et plus encore que le système pénal entre en action, dans les secteurs qui représentent un grand poids économique dans la vie de la nation. Les importants problèmes douaniers, financiers, fiscaux, écologiques, qui surgissent dans le monde des affaires, se résolvent couramment par les voies de la négociation, de la transaction et de l'arbitrage, avec l'assentiment, et parfois sur la proposition des Administrations publiques intéressées.

Les accidents du travail sont classés en principe, au moins en France, comme des problèmes civils, que règle la Sécurité sociale. Les problèmes relatifs aux contrats et aux conditions de travail figurent également parmi les problèmes dits «civils» ...

En quoi les problèmes traités «au civil» se distinguent-ils des problèmes traités «au pénal» ? L'esprit juridique s'ingénie à justifier les classifications du droit positif. Mais aucun critère ne résiste à l'observation des faits.

Les accidents du travail, qui produisent en France quelque 3.000 décès et plus de 300.000 incapacités permanentes de travail par an, offrent un caractère d'extrême gravité pour les très nombreuses familles touchées. Les pratiques conciliatoires évoquées à propos du «monde

⁽¹⁵⁾ La sociologie pénale parle de criminalisation *primaire* pour désigner les comportements-types définis comme devant être assujettis au droit pénal, et nomme criminalisation *secondaire* l'activité qui consiste à sélectionner les cas concrets pour les envoyer dans le système pénal.

des affaires» recouvrent des activités éventuellement très victimisantes ou préjudiciables pour des groupes importants de la population, parfois pour la collectivité nationale toute entière. Le fait que de tels problèmes puissent être réglés comme «civils» montre que l'importance du dommage causé ne permet pas de situer un événement a priori dans le champ pénal ni de délimiter celui-ci.

Pas plus que la prétendue «valeur essentielle» qu'il s'agirait de protéger par desus toutes les autres. Les trois quart des personnes actuellement détenues en France le sont – ou le seront (puisqu'il y a 53 % de prévenus) – parce qu'elles se sont emparées d'une certaine sorte de bien appartenant à autrui⁽¹⁶⁾. Est-ce que nous expérimentons vraiment qu'une «valeur» supérieure à toutes les autres ait été atteinte à cette occasion ? Il est certes désagréable, parfois douloureux d'être dépossédé de son bien. Mais ne sommes-nous pas beaucoup plus profondément affectés par d'autres événements qui, eux, n'entrent pas, ou plus, dans le circuit pénal : par exemple les problèmes touchant notre situation de salarié, ou ceux qui surgissent dans le couple ou au sein de la famille ?

L'absence d'une notion *ontologique* de crime (ou de délit), c'est-à-dire le fait qu'on ne puisse reconnaître aux comportements actuellement définis comme punissables aucune *nature intrinsèque* particulière, se trouve bien mis en évidence quand le Pouvoir se propose de faire basculer un secteur entier d'un champ juridique dans l'autre, selon les intérêts socio-politiques en jeu⁽¹⁷⁾. Elle montre que *tout* pourrait être civilisé, s'il existait une volonté politique dans ce sens. C'est justement ce que réclament les abolitionnistes du système pénal.

⁽¹⁶⁾ Selon une sélection réalisée par les groupes au pouvoir. Pourquoi prendre des pommes à l'étalage d'un marchand est-il punissable sous la qualification de *vol*, alors que ne pas payer une dette demeure une affaire *civile* ?

⁽¹⁷⁾ À l'occasion d'une interview télévisée avant l'été 83, le Ministre français de la justice laissait entendre que se trouverait à l'étude, dans ce pays, la possibilité de faire passer tout le contentieux de la circulation dans le champ civil. C'est là, on le sait, un domaine où surgissent de très nombreux et importants litiges. Et bien qu'une grande part des problèmes nés de la route se trouvent réglés par le jeu des amendes administratives ou par le mécanisme des assurances (contrôlé par le système civil), les «affaires» de ce contentieux qui entrent cependant dans le pénal représentent encore un volume si important qu'elles risquent à tout moment d'obstruer la machine répressive. Il convient donc d'être attentif à la confirmation éventuelle d'une nouvelle dont l'importance ne semble pas avoir été bien saisie par les médias, car elle est passée pratiquement inaperçue.

II. ENJEUX DE LA THÉORIE DE L'ABOLITION DU SYSTÈME PÉNAL.

Quand on tient le système pénal pour un mal social, et quand on voit déjà vivre en filigrane des aires *sociétales* où l'on a appris à se passer de ce système, comment ne pas vouloir sa totale suppression ?

Efforçons-nous d'éviter un certain vocabulaire aseptique qui a tendance à nous occulter la réalité. Comme le fait remarquer Nils Christie, quand on parle de «peine privative de liberté», de «responsables de prise en charge» ou d'«internes», on finit par oublier de quoi il s'agit. Appelons-donc les *peines*, l'administration *pénitentiaire* et les *prisonniers* par leur nom, et cherchons à sortir du discours purement idéologique pour nous poser *les vraies questions*, celles que se pose depuis quelques années la sociologie pénale, et auxquelles elle répond déjà avec suffisamment de clarté pour qu'on en ait mal aux yeux – et au cœur –. Par exemple celles-ci : *Qui est en prison ? pour quels motifs ? à la suite de quels mécanismes de discrimination ? Que signifie l'incarcération pour les hommes et les femmes enfermés dans nos prisons telles qu'elles sont ? Pourquoi les personnes emprisonnées dans nos bastilles d'aujourd'hui sont-elles exclues des droits de l'homme ? Comment expliquer l'étrange impuissance des pouvoirs politiques devant l'inflation des textes punitifs et l'augmentation constante des condamnations à la «peine privative de liberté», alors que ces mêmes pouvoirs politiques affirment partout leur volonté de faire de l'emprisonnement la mesure exceptionnelle d'un système pénal qui serait lui-même l'ultima ratio des justices officielles ?*

L'Histoire enseigne qu'il est vain de chercher à «humaniser» la prison, et que ce n'est pas en touchant aux buts de la peine, ou à sa durée, ou à ses fondements théoriques, ou à ses modalités, qu'on peut changer quoi que ce soit au *système*. Tel qu'il est, avec ses sous-structures bureaucratiques, ses mécanismes stéréotypés qui font fi des protagonistes réels, et sa finalité rétributive, le système *pénal* ne peut être et ne sera jamais qu'une machine à produire des souffrances vaines.

Si l'on veut en sortir, si l'on veut vraiment que ce système cesse de créer le mal que beaucoup, honnêtement, déplorent, il faut imaginer autre chose. C'est ce qu'essaient de faire les partisans de l'abolition, qui envisagent à moyen ou à long terme de le faire disparaître, et à court terme de le désamorcer. En travaillant à l'intérieur d'un nouveau cadre conceptuel que nous allons maintenant essayer de préciser, avec ses effets positifs prévisibles sur la dynamique sociale.

1. *Le nouveau cadre conceptuel*

Pour l'abolitionniste du système pénal, il ne s'agit pas en premier lieu de réformer des textes légaux mais d'instaurer d'autres *pratiques* qui mènent à une autre vision de la société et des conflits interpersonnels qui s'y nouent et s'y dénouent *aujourd'hui* ⁽¹⁸⁾. Certes, il est important de chercher à retoucher les textes légaux dans le sens le plus décriminalisant, puisque stratégiquement, il est impossible d'envisager à court terme leur disparition pure et simple. Mais il faut aussi travailler pour le long terme. Et dans cette perspective, que proposent les abolitionnistes ?

Le cadre conceptuel dominant, que reflètent la politique criminelle, les légitimations du système pénal et la criminologie elle-même, présupposent une *notion ontologique de crime*, et la criminalisation primaire cherche à définir quels sont les comportements qui répondraient à cette réalité, tandis que la criminalisation secondaire essaie de réprimer ceux-ci. La théorie abolitionniste, pour sa part, niant l'existence d'une notion ontologique de crime ⁽¹⁹⁾ essaie de tirer les conséquences de cette négation. D'autre part, nous entendons écarter tout schéma conceptuel qui exclurait l'expérience vécue des personnes directement impliquées dans une situation victimisante. Ces remarques essentielles permettent de poser quelques jalons dans la recherche du discours alternatif que nous tentons d'élaborer. Ainsi, les articles premiers de la logique que nous proposons pourraient-ils être les suivants :

1. Aucun événement victimisant n'est d'avance attribué à un acteur coupable.

⁽¹⁸⁾ Nous laissons faire, sans y prendre garde, un système totalement inadapté aux problèmes contemporains parce qu'il repose sur une vision dépassée de la société. Les premiers codificateurs ignoraient, et ceux d'il y a cent ans tout autant, comment se structure un être humain, s'acquiert un comportement, se construit la relation à l'autre. Ils ne connaissaient pas l'énorme complexité socio-politique et technique de nos superstructures industrielles ou post-industrielles. Ils ne pouvaient imaginer le type de rapport qui s'instaureraient entre les hommes et les femmes vivant dans la société d'après Marx et d'après Freud, au siècle des mouvements féministes, des courants écologiques et des revendications régionalistes. S'acharner à conserver des codes aux fondements anachroniques, c'est se condamner à des accommodages qui ne tiennent pas, et à des retouches sans avenir.

⁽¹⁹⁾ Supra p. 12.

2. Seules les situations qui font problème pour quelqu'un (personnes individuelles ou collectives⁽²⁰⁾) peuvent être l'occasion d'une intervention extérieure aux personnes impliquées dans cette situation, sur la demande de celles-ci.

3. Les solutions propres à résoudre ou à rendre viables les situations-problèmes ne sont pas déterminées à l'avance : le choix du modèle de réponse à envisager appartient aux intéressés.

4. Les conflits qui se produisent à l'intérieur d'un groupe sont résolus de préférence au sein de ce groupe⁽²¹⁾. Cependant, quand une personne impliquée dans une situation-problème souhaite y trouver remède à l'aide d'une intervention extérieure, elle peut recourir, soit à une médiation psychologiquement proche, soit à une justice officielle travaillant sur le mode *civil*⁽²²⁾ de règlement des conflits.

5. Lorsque dans une situation-problème, aucun recours concret n'est envisageable, un processus de soutien et d'apaisement doit exister qui aide la victime à faire face à cette situation.

L'abandon de la logique pénale, clairement signifié dans cette ébauche de «charte», repose sur une démarche dont il convient de souligner l'originalité. L'abolitionniste entend *problématiser la notion de crime* (ou de délit), plaque tournante du système pénal, et prendre appui sur une notion souple, susceptible selon nous de s'appliquer à tout conflit interpersonnel requérant solution : celle de *situation-problème*⁽²³⁾.

⁽²⁰⁾ Nous n'ignorons pas que le Ministère public est *censé* représenter l'intérêt des collectivités ou de *la* collectivité, mais nous contestons justement qu'un organe *spécialisé* qui n'a pas l'expérience personnelle de la problématique posée et qui reste sans contact avec la réalité vécue puisse remplir ce rôle de façon satisfaisante. Quand nous parlons de «collectivité» nous faisons allusion aux groupes directement impliqués dans une situation-problème. Par ex. l'ensemble des personnes gênées par une pollution. Par ex. encore les habitants d'un quartier ou d'une commune qui subissent des attaques répétées à des biens personnels ou collectifs.

⁽²¹⁾ On pourrait avec certains criminologues parler de «tribus», s'agissant par exemple du monde des entreprises, d'un club cycliste, d'un quartier présentant une vie communautaire, etc ... Par contre, *l'État*, qui ne représente aucun groupe naturel, ne saurait être assimilé à une communauté *de vie*.

⁽²²⁾ Ce terme n'est pas à prendre dans un sens juridique *stricto sensu*. Il sous-entend pour nous notamment certaines procédures administratives.

⁽²³⁾ Précisons cependant que dans un premier temps, nous situons notre analyse dans les limites de ce que le système pénal appelle la «délinquance traditionnelle» : événements qui touchent les choses et le patrimoine, la sécurité des personnes contre

L'abolitionniste cesse de vouloir agir comme le font la plupart des réformateurs sur la phase finale du système, au moment où, après en avoir traversé toutes les séquences, l'inculpé va devenir, irrémédiablement, un exclu. L'abolitionniste, convaincu que les gens happés par le système en ressortent toujours en quelque manière dégradés (même s'ils s'en tirent sans condamnation), ne travaille pas en aval, quand tout est joué, mais *en amont* : il cherche par tous les moyens à éviter que les gens *n'entrent* dans le système.

L'utilisation prévalente de la notion de *situation-problème*, qui implique le rejet du concept légal de crime (ou de délit), permet cet évitement, et caractérise la démarche propre de l'abolitionniste.

Remarquons que la notion de situation problème n'est pas proposée *en remplacement* du concept de crime comme s'il s'agissait de trouver une meilleure clé pour ouvrir *la même* serrure. Contrairement au concept de crime tel qu'il est présenté et appliqué dans le système pénal, la *situation-problème* est une notion ouverte, qui laisse aux intéressés, on l'a vu, le choix du cadre d'interprétation de l'événement et de l'orientation à donner à la réponse éventuelle. Nous essayons aussi d'éviter que sous un nom différent (par exemple sous prétexte de thérapie ou d'éducation), de nouvelles structures, finalement semblables au système pénal, ne soient introduites.

L'abolitionnisme fait fond sur les observations que nous avons développées précédemment ⁽²⁴⁾ selon lesquelles un grand nombre de situations qui tombent actuellement sous le coup du système pénal *ne seraient plus regardées comme nécessitant une quelconque intervention extérieure*. Dans la société sans système pénal, non seulement aucun fait, aucun comportement ne serait plus défini et étiqueté d'avance comme étant un *fait punissable* (crime ou délit) ; mais encore aucune situation ne serait-elle pré-déterminée objectivement comme un problème à résoudre.

Ainsi, concevoir une société sans système pénal n'implique nullement que l'on forge un *système de substitution* qui aurait à se couler dans les moules du système évacué. Bien au contraire, la société sans

les atteintes physiques, la sécurité de la demeure. Ce sont des événements dans lesquels il existe généralement une victime connue. Événements qui motivent en même temps la plus grande part des emprisonnements actuels. D'où l'intérêt spécifique que nous leur portons.

(24) *Supra*, pp. 304-306 notamment.

système pénal suppose qu'aucune intervention extérieure ne soit envisagée si ce n'est sur la demande expresse des personnes intéressées, voyant d'elles-mêmes et pour elles-mêmes cette situation comme un problème posé qu'elles cherchent à résoudre.

2. *Vers une nouvelle dynamique de la vie sociale*

Les avantages de la logique abolitionniste nous paraissent évidents : d'abord, bien sûr, elle supprime *ipso facto* le mal social que représente le système pénal et que nous avons longuement analysé. Mais d'autres conséquences positives découleraient selon nous de sa mise en œuvre :

– Regarder, non plus seulement *un* acte et son acteur *immédiat*, mais, une *situation* complexe, c'est s'interdire de penser que l'unique solution consiste en une *intervention directe dans la vie de cet acteur*. On peut chercher à influencer sur d'autres facteurs qui ont pu contribuer à créer cette situation. Par exemple : punir les conducteurs peut ne pas être la seule manière d'éviter les accidents de la route. Il commence d'ailleurs à se mettre en place dans certains pays une politique de *prévention* au sens neutre du terme (sans référence au pénal) : en modifiant les circuits routiers, en empêchant la commercialisation de certains types de véhicules et en réglementant autrement la circulation ou le permis de circuler, on espère faire baisser la courbe des sinistres. Par exemple encore et de toute autre manière, une politique de dédramatisation concernant certains faits que, dans l'actualité, les médias tendent à faire croire très fréquents et les montant en épingle, pourrait faire reculer le sentiment d'insécurité, et créer un contexte social plus sain, où les risques *réels* pourraient être évalués, la peur fantasmatique écartée, et les vrais problèmes regardés en face ⁽²⁵⁾.

– Nous ne disons pas que tout événement décriminalisé cesserait de faire problème. Mais ne pas classer un fait comme punissable *par principe*, c'est dans de nombreux cas lui donner le droit de s'exprimer dans la lumière : dans les pays où on ne les poursuit plus, les femmes qui avortent peuvent expérimenter des troubles psycho-somatiques, et les drogués, un phénomène de dépendance susceptible de freiner le développement de leurs activités ou leur épanouissement personnel. La

⁽²⁵⁾ Les techniques susceptibles de modifier, soit les caractères physiques, soit le contexte psychologique ou symbolique de l'environnement, sont longuement analysées dans l'important *Rapport sur la décriminalisation*, auquel nous renvoyons (Comité européen pour les problèmes criminels, Strasbourg, 80).

décriminalisation donne dans ces cas à l'intéressé la possibilité de parler de son problème, de consulter des personnes au conseil utile, etc. La suppression de la menace pénale a créé une situation positive d'ouverture sur le dialogue et la solidarité ⁽²⁶⁾.

– Lorsqu'une situation *conflictuelle* se présenterait dans un tel cadre libéralisé, les groupes auxquels appartiennent les intéressés (famille, église, entreprise, association, etc.) joueraient un rôle privilégié, comme elles le font déjà actuellement pour les problèmes non appréhendés par le système pénal. Mais *la société sans système pénal* requerrait certainement la multiplication de petites instances souples spécialisées dans la *médiation*, que connaissent bien les sociétés naturelles, et que l'on réexpérimente avec succès dans certaines régions du monde ⁽²⁷⁾. Différent du conciliateur en ce qu'il n'est pas un arbitre imposant une solution, mais une personne sympathisante essayant d'aider les intéressés à mieux comprendre leur situation et à y trouver eux-mêmes quelque remède, le *médiateur* est un personnage à promouvoir dans nos sociétés aux tissus distendus. Une société où on prendrait goût à la médiation, où les gens essaieraient de prendre en charge, solidairement, leurs problèmes, présenterait des traits plus apaisés et plus chaleureux que celle que nous connaissons, où la monopolisation de la justice par les appareils officiels incite les citoyens à se décharger sur ceux-ci de questions qu'ils sont seuls, en réalité, à pouvoir résoudre de façon satisfaisante, (s'il est vrai qu'il existe une solution ...).

⁽²⁶⁾ Le cadre du présent article ne permet pas d'entrer dans tous les détails. On nous objecte parfois que pour la «grande criminalité», la décriminalisation ne saurait déterminer une situation positive. Rappelons que ce qui est appelé «crime» dans le système pénal est toujours une question de définition. Ainsi, si un policier tue quelqu'un, c'est toujours un «accident», tandis que si l'auteur d'un cambriolage tue quelqu'un, c'est toujours un homicide ou un meurtre. Un exemple significatif dans le domaine des faits graves peut ici donner à réfléchir : lors de l'affaire des prises d'otage par les Moluquois dans un train aux Pays-Bas, il y avait eu un mort. Pourtant, plusieurs années après l'évènement, les anciens otages visitent encore les Moluquois dans leur prison. Leur façon de regarder l'évènement n'est donc pas celle du public qui, resté extérieur à celui-ci, le voit à travers le pénal. Rappelons en outre qu'en ce qui concerne les évènements irrémédiables, nous souhaitons la mise en place de «rituels d'apaisement» qui actuellement n'existent pas (supra, p. 15 n° 5). Le système pénal laisse au contraire à l'abandon les victimes d'actes gravement victimisants.

⁽²⁷⁾ Notamment en Californie. Quelques associations commencent à faire de même en France. Par exemple, S.O.S. AGRESSIONS-CONFLITS, association d'aide aux victimes et de médiation dans les conflits de personnes, 108 rue du Vaugirard, 75006 Paris.

– Certains problèmes sont en effet sans issue, remarquons-le une fois de plus, et le poids exagéré donné par nos sociétés aux systèmes de justice officiels contribue certainement à faire croire à des remèdes-miracles que ceux-ci pourraient dispenser. Dans une société où une place *très importante* serait faite aux *médiations naturelles*, les personnes affectées par un événement victimisant seraient moins tentées de croire à ces remèdes-miracles et, aidées par ce cadre d'accompagnement, commenceraient tôt à faire sur elles-mêmes l'indispensable travail de maturation qui seul permet d'assumer les coups durs.

– Il ne s'agit pas, bien entendu, de supprimer la notion de responsabilité personnelle, qui pourrait être assumée au cours des processus de médiation dont il vient d'être question. Il ne s'agit pas non plus d'enlever aux intéressés la possibilité de recourir à l'appareil d'État dans la mesure où ils peuvent souhaiter bénéficier de la caution officielle, ou encore dans les situations de crise. Ce n'est pas ici le lieu d'approfondir tous ces points⁽²⁸⁾. Notons seulement que l'abolitionniste du système pénal, qui n'idéalise pas le civil et ne lui demande pas, on l'aura compris, de jouer ici un rôle *de remplacement*, voit dans ce système le recours extrême pour les cas où la mobilisation d'une contrainte physique tirée du monopole étatique – lequel n'est pas contesté par l'abolitionniste – est perçue comme indispensable.

– L'abolition du système pénal n'implique pas non plus la disparition de toutes les mesures de contrainte dont la police peut se servir maintenant, mais une réorientation de leur usage : il ne s'agit plus de servir les besoins d'une procédure criminalisante mais de faire face aux nécessités de la situation-problème concrète. Ces mesures de contrainte devraient être soumises à différents types de contrôle. A l'intérieur de ces contrôles, la position du juge comme gardien effectif des droits de l'homme se trouve être, dans une perspective abolitionniste, redéfinie et renforcé. De façon plus générale, l'abolitionniste invite ainsi l'ensemble des corps de police et des magistrats à passer dans une situation beaucoup plus gratifiante que celle qu'ils occupent actuellement lorsqu'ils travaillent dans le système pénal. C'est un enjeu selon nous capital de la perspective que nous préconisons.

La logique nouvelle que nous proposons a-t-elle quelque chance d'être favorablement accueillie dans les milieux spécialisés et dans les

⁽²⁸⁾ Nous renvoyons à cet égard à notre ouvrage *Peines perdues*.

différentes opinions publiques ? Il pourrait sembler imprudent de l'espérer vu la force d'inertie et les résistances psychologiques qui font que l'on exprime encore généralement la nécessité d'un système pénal, éventuellement réduit à une expression minimale. Mais ces réactions reposent sur un faux consensus, et des signes avant-coureurs de désaffection montrent combien il est important d'élaborer une théorie de l'abolition pour le moment où des forces importantes et convergentes s'apercevront que c'est-là un objectif d'avenir.

Dans sa position théorique, le partisan de l'abolition du système pénal campe certes clairement face à tous les révisionnismes et à tous les réformismes. Mais il n'est pas d'abord un idéologue. Venu à cette position par les voies réalistes de l'observation empirique et scientifique, il reste un homme de terrain, solidaire de tous ceux que le système pénal écrase⁽²⁹⁾, et désireux de travailler avec tous les chercheurs, décideurs, pénalistes et gens de bonne volonté qui, en fait, désavouent ce système.

De nombreuses équipes de chercheurs ont, depuis des années déjà, orienté leurs travaux dans un sens qui permet à certains d'affirmer aujourd'hui «la non-évidence du pénal», et de programmer une nouvelle batterie de recherches tendant à fonder ce diagnostic de façon inéquivoque⁽³⁰⁾. D'autres investigations, poursuivies à *partir des événements victimisants*⁽³¹⁾ contribuent d'autre part à montrer la viabilité de la *société sans système pénal* dont nous avons affirmé qu'elle existe déjà. Les uns et les autres préparent le temps où une réinterprétation globale du secteur habituellement désigné comme celui de la *politique criminelle* sera devenue, aux yeux de tous, indispensable.

Du côté des opinions publiques, beaucoup aperçoivent les aspects néfastes et les contre-indications, sinon la totale absurdité, du système pénal. Des constats sont dressés, des scandales dénoncés, des mouvements, sporadiques ou organisés, manifestent une inquiétude populaire certaine tout à tour au sujet des prisonniers et au sujet des victimes ; des

(29) C'est-à-dire les condamnés, les victimes, les agents du système, et finalement, la société tout entière, qui pâtit sans le savoir de sa confiance induite en un système inadapté.

(30) ROBERT, Ph., Rapport scientifique du L.A. 313, ex. Service d'études pénales et criminologiques, Paris, aujourd'hui Centre de recherches Sociologiques sur le droit et des institutions pénales (CESDIP).

(31) Notamment par l'École de criminologie de Montréal.

syndicats de magistrats, d'avocats, de spécialistes travaillant dans le para-pénal et le para-pénitentiaire, voire des syndicats du personnel pénitentiaire, mettent en évidence, dans leurs publications particulières, la crise de conscience qui couvre lentement chez tous ceux qui actionnent le système.

Il reste que les doutes et les aspirations dont témoignent ces divers mouvements n'arrivent pas à se conjuguer pour poser clairement ce que nous appelons *le véritable débat* ⁽³²⁾. Or il devient urgent qu'une volonté politique existe qui ose remettre en cause les conditionnements anciens sur lesquels repose un système désuet, et songe à des aménagements sociaux adaptés à la mentalité et aux besoins de notre époque. Contribuer à un tel éveil constitué peut-être actuellement le principal enjeu de la théorie de l'abolition du système pénal.

⁽³²⁾ Aussi ce débat n'est-il pas politisé. Partis de droite et partis de gauche, en France, sont en désaccord il est vrai sur la cible pénale, sur certaines questions de méthode, et sur la place à reconnaître aux droits de l'homme à l'intérieur de l'appareil répressif. Mais les uns et les autres restent *dans l'optique pénale*, de sorte qu'on retrouve dans le discours politique d'aujourd'hui, comme dans celui d'hier, les mêmes axes à peu près inchangés depuis le début du siècle. Le débat s'est très peu enrichi de la contribution des criminologues modernes, et il est rarement mis en relation avec d'autres questions politiques qui divisent majorité et opposition. Le système pénal comme tel, la façon de le concevoir et de le mettre en mouvement, le cadre de références qui lie entre eux les appareils constitutifs de son infrastructure, ne sont pas mis en cause. Si le débat arrive à se politiser, sans doute *le problème de fond*, que nous avons tenté de cerner, apparaîtra-t-il.

TITRE XVI

La longue marche des criminologues

par Georges Kellens

Tous les manuels recèlent des éléments d'histoire de la criminologie. La plupart des manuels fournissent aussi des éléments biographiques sur tel ou tel criminologue. En revanche, le criminologue est rarement situé dans l'histoire : sa position par rapport à sa tâche et à son temps, l'appréciation des résultats de son travail, sont généralement négligés.

Il conviendrait bien entendu de savoir au préalable ce que c'est qu'un criminologue. C'est un spécialiste du phénomène criminel. Fort bien. Mais ce spécialiste peut apprécier le phénomène criminel comme problème à délimiter, à juguler, à étudier, ou à traiter. Faut-il en outre qu'il s'identifie comme criminologue, de même que Reckless ne pouvait imaginer un criminel qui ne s'identifiât comme tel ? Si l'on retenait cette restriction, bien peu de ceux que leur tâche désignerait comme criminologues, pourraient être retenus pour l'examen : la définition de soi en tant que criminologue est à la fois un problème d'époque, de lieu, et de conception personnelle.

Il n'en reste pas moins que le souci de mettre le criminologue en perspective historique amènera inévitablement à mêler des situations personnelles hétéroclites, à simplifier à l'extrême, à gommer tant de nuances que l'histoire ne reconnaîtrait par son œuvre. Finalement, le seul mérite de cette mise en perspective est de s'interroger, avec quelque recul, sur la position que le criminologue se voit assigner et s'assigne lui-même dans une société.

Mon examen se fera en quatre temps, que j'appellerai : le temps des philosophes, le temps des savants, le temps des incertitudes et le temps des experts.

1. LE TEMPS DES PHILOSOPHES

Cesare Bonesana, marquis de Beccaria, le célèbre auteur de *Dei delitti e delle pene* (Traité des délits et des peines), paru anonymement à Livourne en 1764, est souvent présenté comme le père de la criminologie. C'est lui qui en a défini l'éthique, par référence au serment d'Hippocrate (prévenir plutôt que guérir ; avant tout ne pas nuire). Sa pensée pénologique est humanitaire et utilitaire : en opposition aux excès des supplices encore appliqués de son temps, il demande de ne pas dépasser la mesure de l'utile et de l'humainement acceptable.

Beccaria, un criminologue ? Un juriste, non. Un philosophe, sans doute. Avant tout, un homme de bien, indigné par le sort des prisonniers de son époque, que lui avait fait connaître son ami, le comte Verri, le «protecteur des prisonniers»⁽¹⁾. Comme pour beaucoup d'autres, cette vision en face-à-face agit comme un détonateur, et il écrit.

Il écrit avec une certaine prudence, car il est, de tempérament, un bon père de famille, et il craint un peu la portée de ses indignations. Mais il professe des idées égalitaires surprenantes pour son état, et il n'a pas la retenue de l'homme de loi, qui voit la révolution poindre au moindre changement dans la tradition et dans le gigantesque pouvoir des juges et de la torture.

Ses prudences ne l'empêcheront pas d'être désigné à la vindicte des hommes de robe, tandis que son opuscule, traduit très vite dans les grandes langues européennes, se lisait à tous les niveaux sociaux, et faisait de lui l'admiré de Voltaire et l'invité des Princes soucieux de «s'entourer de toutes les lumières». L'opuscule, qui serait en d'autres temps passé inaperçu, était tombé en terre fertile. Les deux éléments fondamentaux de son succès furent la disponibilité des monarques, ouverts aux philosophes et aux publicistes, et l'avènement de l'esprit public, avec les feuilles d'information.

Beccaria reste admiré, à tout le moins modérément, par tout le monde. Pour les criminologues il reste l'inspirateur d'une déontologie. Pour tous, il a exprimé la théorie humanitaire et utilitaire qui allait

(1) GRAVEN, J., «Beccaria et l'avènement du droit pénal moderne», in *Grandes figures et grandes œuvres juridiques*, Genève, Librairie de L'Université, 1948, p. 181 ; VENTURI, F., «Introduction» à la traduction de BECCARIA, C., *Des délits et des peines*, Genève, Droz, 1965.

sous-tendre l'essentiel des réformes du droit pénal et de la procédure au tournant du XVIII^e et du XIX^e siècles.

D'autres n'ont pas eu le même bonheur.

Jeremy Bentham pourrait pourtant globalement se situer dans le sillage de Beccaria. Il est partisan du principe d'utilité, qui guide le comportement individuel et doit inspirer la conduite de l'État. Son *Introduction to the principles of morals and legislation* (Principes de la morale et de la législation) (1789) affine les principes énoncés par Beccaria : le droit pénal ne doit pas être utilisé pour punir des comportements qui ne causent pas de tort ; le droit pénal ne doit pas être utilisé pour atteindre un objectif qui pourrait être atteint aussi effectivement à moindre coût de souffrance ; le droit pénal ne doit pas être utilisé si le mal causé par la pénalité est plus grave que le mal produit par l'infraction ⁽²⁾.

Mais, par rapport à Beccaria, Bentham n'a pas le même élan. Personnellement, il n'a pas cette chaleur humaine. Il vit dans son monde, imaginant de belles machines disciplinaires. Le nom de Bentham est resté surtout lié au panoptique et au panoptisme. Le panoptique (*Panopticon*) (1791) était un projet de construction pénitentiaire circulaire «dont le pavillon central est occupé par un inspecteur, représentant de l'entrepreneur ou de l'administration, et chargé de la surveillance, et la circonférence, par des cellules et des ateliers, dans lesquels les prisonniers peuvent être épiés à chaque instant» ⁽³⁾. Si le panoptique connut peu de réalisations pratiques, l'idée qu'il introduisait, le panoptisme, est restée vivace ; le système se définit avant tout par les fonctions qu'il est appelé à remplir : voir sans être vu ⁽⁴⁾. Foucault établira une filiation entre le projet de Bentham et le modèle de la discipline prussienne et de la société disciplinaire, où chaque chose doit être à sa place et tout élément divergent redressé ⁽⁵⁾.

⁽²⁾ WALKER, N., *Punishment, Danger and Stigma, The Morality of Criminal Justice*, Oxford, Basil Blackwell, 1980, p. 5 sv. ; cfr., les principes de criminalisation énoncés par HULSMAN, L. H. C., «Défense sociale nouvelle et critères de décriminalisation», in *Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, t. II, Paris, Pedone, 1975, pp. 19-33.

⁽³⁾ ROTH, R., *Pratiques pénitentiaires et théorie sociale*, Genève, Droz, 1981, p. 130.

⁽⁴⁾ DELEUZE, G., cité par ROTH, *loc. cit.*

⁽⁵⁾ FOUCAULT, M., *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975 ; du même auteur, «L'œil du pouvoir», introduction à la réédition du *Panoptique* de BENTHAM, J., Paris, Belfond, 1977.

Bentham reste marqué par les injures de Marx, qui voyait en lui le plus sombre des bourgeois, et ce n'est pas Gil Geis qui lui érige une nouvelle statue. Geis lui reconnaît cependant la vertu de «grand réformateur», sinon de grand philosophe (6).

John Howard est une institution. Il incarne la philanthropie. L'auteur de *The State of Prisons* (L'état des prisons en Angleterre et dans le Pays de Galles, avec observations préliminaires et une description de quelques prisons et hôpitaux étrangers) (1777), a laissé son nom à la respectable Howard League for penal reform et à la revue éditée par cet organisme, *The Howard Journal of Criminal Justice*. Le bicentenaire de l'ouvrage de John Howard a été célébré avec éclat à Canterbury lors d'un colloque international organisé par le Professeur John Freeman (7).

Pourtant le «vertueux John Howard», dont Bentham disait qu'il était «mort en martyr pour avoir vécu en apôtre», reçoit lui aussi, à titre posthume, sa bordée d'injures. Ramsay présente Howard comme un «entrepreneur moral», qui n'aurait rien été sans une presse qui assurait la publicité de ses causes, mais dont le souci fondamental aurait été moins d'humaniser les traitements pénaux que d'«empêcher les honnêtes gens d'être dévalisés» et, avec l'aide de statistiques nationales minutieusement rassemblées, de créer le crime en tant que problème, en l'identifiant comme crime, comme problème à éliminer, et comme source de panique morale (8).

Arrêtons-nous à ces trois exemples de spectateurs attentifs d'une société en train de se fissurer, contribuant d'une manière ou d'une autre à transformer ces fissures en crevasses. Les idées pesaient lourd. Elles alimentaient les révolutions. Les princes préparaient le suicide collectif.

2. LE TEMPS DES SAVANTS

Avec le début du XIX^e siècle, une grande page est tournée. La révolution industrielle a épousé la science. La recherche, et ses certitudes, est le nouveau dieu.

(6) GEIS, G., «Jeremy Bentham», in MANNHEIM, H., éd., *Pioneers in Criminology*, London, Stevens, 1960.

(7) FREEMAN, J., éd., *Prisons, Past and Future*, London, Heinemann, 1978.

(8) RAMSAY, M. N., «L'évolution du concept de crime. L'étude d'un tournant : l'Angleterre de la fin du dix-huitième siècle», *Déviance et Société*, Genève, III/2 (1979), pp. 131-147 ; du même auteur, «Two centuries of imprisonment», *Home Office Research Bulletin*, 14 (1982), pp. 45-47.

Il y a des mouvements, qui préfigurent d'autres secousses. Dans son ouvrage sur les origines de la théorie du conflit, Lynn McDonald a pu épingleur un article, de 1827, d'un jeune activiste politique, sur la *Justice de prévoyance*. Son nom : Edouard Ducpétiaux. Elle ajoute que, du point de vue de la théorie du conflit, il est dommage qu'il se soit arrêté là, à ce papier où il soutenait la thèse familière de la misère et de l'ignorance comme causes essentielles du crime, de mauvaises lois qui en accentuent l'effet, et de prisons comme «école du crime». Mais elle lui trouve des excuses : d'abord, il passa l'année suivante dans les prisons du régime néerlandais, sous l'inculpation de sédition. Et, fort de cette expérience, il devint dans la jeune Belgique, pour un long temps, le premier inspecteur général des prisons du Royaume, et son style se plia au bon ton qui sied à cet état ⁽⁹⁾.

Négligeons pour l'heure ce qui est le plus connu de Ducpétiaux : l'administrateur pénitentiaire soucieux d'assurer l'amendement du condamné par l'isolement cellulaire. L'œuvre de sa vie fut d'implanter en Belgique le système «pennsylvanien» d'encellulement ⁽¹⁰⁾. Ne retenons pour notre propos que son libelle de jeunesse, qui comportait déjà un appareil statistique, qui utilisait la pauvreté comme indice, et le comparait aux taux de criminalité en Angleterre et en France : l'Angleterre avait plus de pauvreté, et aussi plus de délinquance, que la France. La statistique était dans l'air du temps. Quételet allait en devenir le prince.

Adolphe Quételet. La carrière enviable. Professeur à 17 ans, à peine terminées ses études brillantes au Lycée de Gand, inscrit à 21 ans à l'Université qui vient d'être fondée dans sa ville natale, reçu docteur en mathématiques deux ans plus tard, membre de l'Académie l'année suivante, directeur de l'Observatoire, déclinant lors de la création de l'Université de Bruxelles une nomination de professeur, comme incompatible avec cette fonction, mais acceptant d'être professeur à l'École militaire, président de la Commission centrale de statistique, puis de la Conférence maritime internationale. L'esprit universel. La reconnaissance unanime. La foi dans la science. La certitude mathématique appliquée aux faits sociaux.

⁽⁹⁾ McDONALD, L., *The Sociology of Law and Order*, London, Faber & Faber, 1976, p. 50 et sv.

⁽¹⁰⁾ CONSTANT, J., «L'évolution du régime pénitentiaire», *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1950-1951, pp. 1001-1035 ; KELLENS, G., *La mesure de la peine*, Liège, Faculté de Droit, d'Économie et de Sciences sociales, 1982, p. 70.

Quételet est le prototype du savant, gravement écouté, alimentant les certitudes du pouvoir, qui agit scientifiquement dans une ligne infail-
lible (11).

Ces mêmes belles incertitudes se retrouveront chez les hygiénistes de la fin du XIX^e siècle. Une société de type industriel produit des déchets, matériels ou sociaux. Ils doivent être éliminés ou recyclés, dans un souci d'hygiène, sanitaire d'un côté, mentale et morale de l'autre. «Sacrifier les dégénérés et les supprimer dans l'intérêt du sur-homme ; ou les conserver, mais alors dans l'intérêt de tous. La peine de mort appliquée aux défectueux ou le souci des défectueux, il n'y a pas de milieu. Or puisque la civilisation moderne se révolterait à juste titre contre l'élimination définitive, il ne reste que le système de la préservation sociale» (12).

C'est Adolphe Prins qui s'exprime ainsi, dans son ouvrage de 1910 : *La défense sociale et les transformations du droit pénal*. On est très loin de l'«homme moyen» de Quételet, qui n'était qu'une formule mathématique «ramenant tout au schéma abstrait d'un être qui ne vit pas». «Depuis celui qui n'aime pas à être conforme, depuis l'irrégulier, l'excentrique, l'indiscipliné, le bohème, le vagabond jusqu'à l'insuffisant mental et moral, jusqu'au maniaque, jusqu'à l'aliéné ou idiot profond, il y a des degrés infinis d'états incomplets ou défectueux dont la moyenne ne donne nullement un homme normal». Et ce qui était pour Quételet formule mathématique sans conséquence est remplacé par les axes de stratégie sociale de la défense sociale.

La même multiplicité, la même respectabilité, la même proximité du pouvoir cependant, que Quételet. «Prins se voulait juriste et criminologue, sociologue et politique, moraliste et historien et ses écrits – innombrables – recouvrent ces différents domaines» (13). Comme l'écrit Wodon, «homme d'études attentif aux idées nouvelles, professeur (de droit pénal et de droit naturel de 1876 à 1919) soucieux de maintenir son enseignement au niveau des acquisitions de la science, fonction-

(11) DUPREEL, E., *Adolphe Quetelet, Pages choisies et commentées*, Bruxelles, Office de publicité, 1942 ; HELIN, E. et KELLENS, G., «Quetelet, la morale et la statistique», *Déviance et Société*, VIII/1 (1984), s.p.

(12) TULKENS, F., «Généalogie de la défense sociale en droit pénal, 1880-1910», in *Travaux du séminaire Foucault*, U.C.L., 1981, inédits.

(13) TULKENS, F., «Mise en place de la stratégie de la défense sociale dans le champ pénal», Document de travail pour la réunion *Interlabos*, Louvain-la-Neuve, 4 février 1983, inédit.

naire (inspecteur général des prisons avec rang de directeur général de 1887 à 1917) dégagé de tout esprit de routine et inspirant à des Ministres intelligents des initiatives hardies et fécondes», Prins s'est prolongé dans la pratique et a fait école ⁽¹⁴⁾.

Pas besoin, me semble-t-il, de multiplier les exemples. Qu'on parle de Lombroso, de Tarde, de Maudsley, chacun à sa façon a été un criminologue reconnu, respecté, en harmonie avec les gouvernants. Dans la ligne nette de la civilisation industrielle, la confiance dans le progrès va animer l'action des politiques, et la pensée des savants. Les uns et les autres vont s'épauler.

Ce sont les grandes secousses du xx^e siècle qui vont ébranler ces tranquilles certitudes, créer des discours dysharmoniques par rapport au pouvoir, aboutir même à faire du pouvoir un objet d'études criminologiques.

3. LE TEMPS DES INCERTITUDES

Bien entendu, un abîme est né de l'apparition, à côté d'une criminologie d'inspiration durkheimienne postulant le consensus social et voyant dans la lutte contre la délinquance un moyen de stimuler la conscience collective, d'une autre criminologie, d'inspiration marxiste, axée sur la lutte des classes, traduisant la délinquance en termes d'opposition et la réaction sociale en termes de réduction voire d'oppression au profit d'une classe dominante. Des auteurs comme Bongers, Rusche – qu'on redécouvre ⁽¹⁵⁾ –, Dahrendorf ou Quinney, pouvaient difficilement être les conseillers d'un gouvernement non collectiviste.

Mais au-delà de cette opposition majeure, la criminologie s'est développée dans toutes sortes de directions, multipliant les positions, les incertitudes, les indisciplines. Un Sutherland, ou un De Greeff, pour ne citer que de très grands noms, seront avant tout eux-mêmes. Si on retrouve dans les théories de Sutherland, les associations différentielles par exemple, des postulats américains, et si les idées de De Greeff ne

⁽¹⁴⁾ WODON, L., «L'œuvre sociologique d'Adolphe Prins», in WODON, L., et SERVAIS, J., *L'œuvre d'Adolphe Prins*, Bruxelles, 1934, cité par TULKENS, F., *op. cit.*, cote (13).

⁽¹⁵⁾ ZANDER, H., «Georg Rusche, marché du travail et régime des peines : introduction à la genèse de l'œuvre de Georg Rusche», *Déviance et Société*, IV/3 (1980), pp. 199-213 ; RUSCHE, G., et KIRCHHEIMER, O., *Pena e struttura sociale*, édition italienne par MELOSSI, D. et PAVARINI, M., Bologna, Il Mulino, 1978.

sont, elles non plus, pas nées des génération spontanée, l'un et l'autre sont essentiellement indépendants, et sceptiques. Qu'on relise, pour sentir comme est loin le XIX^e siècle, ce passage de l'étude de 1950 que Sutherland consacre aux lois sur les délinquants psychopathes : «Il n'y a pas plus de raison de confier au psychiatre la supervision complète d'un délinquant qui est trouvé psychopathe, que de confier au dentiste le délinquant à qui on trouve des caries dentaires» (16). Et De Greeff, pour sa part, excellera à dérouter ses auditeurs, en leur faisant percevoir la complexité de la nature humaine (17).

Les règles du jeu de la relation entre le scientifique et le pouvoir deviennent donc incertaines, et certains seulement parmi les scientifiques vont acquérir droit de cité, lettres d'accréditation, tandis que d'autres joueront les bouffons du roi, et parfois aussi les mouches du coche. Certains, volontairement, se mettront en retrait, même par rapport à ceux qui se sentent rejetés, en leur reprochant de jouer un vain jeu académique ; ainsi Tony Platt, après des écrits interactionnistes, puis radicaux, se mettra en marge des milieux académiques, pour être, en milieu ouvrier, directement au service des humbles, tout en publiant une revue d'orientation radicale, *Crime and Social Justice*, à Berkeley. Mais globalement, selon l'expression utilisée en Hollande, on a pu distinguer une criminologie «gouvernementale» et une criminologie «non gouvernementale».

La distinction est largement caricaturale. C'est surtout Bianchi, commentant les travaux de la National Deviancy Conference, réunie d'abord à York en novembre 1968, et ses prolongements européens dans l'European Conference on Deviance and Social Control, qui avait nettement posé la caractéristique «non gouvernementale» de ce mouvement. Le mot même de «criminologie» semblait trop compromis pour ne pas lui substituer une «déviologie». La volonté était d'être indépendant et critique, de remettre en cause les valeurs en place, de se libérer du modèle d'harmonie, qui ne pouvait suggérer que des voies correctionnelles pour assurer le respect des règles protégeant ces valeurs (18). Malheureusement, la volonté d'indépendance affirmée aux

(16) SUTHERLAND, E. H., *On Analyzing Crime*, édition par SCHUESSLER, K., des *Sutherland Papers*, The University of Chicago Press, 1973, p. 199.

(17) PINATEL, J., *Étienne De Greeff*, Paris, Cujas, 1967 ; voir aussi *Autour de l'œuvre du Dr. De Greeff*, Paris-Louvain, Nauwelaerts, 1956.

(18) BIANCHI, H., «York and Florence : op weg naar een nieuwe kriminologie (?)», *Nederlands Tijdschrift voor Criminologie*, 1974, pp. 3-16 ; KELLENS, G., «La nouvelle

débuts de ce mouvement est devenue purement verbale, les travaux de l'European Groupe s'identifiant à l'option radicale et marxiste.

4. LE TEMPS DES EXPERTS

Lors d'une récente manifestation d'hommage, un chef de Parquet aurait invité toutes les polices à l'union dans la lutte sur trois fronts, le premier s'opposant à la délinquance, le second s'efforçant de résister aux coups de «quelques intellectuels» hantant comme des fantômes les librairies, les universités et les banquets d'anciens combattants de mai 1968, et un troisième «contre les honnêtes gens» que la hausse de la criminalité ne rassure pas et qui pourraient être tentés de s'y opposer par leurs propres moyens⁽¹⁹⁾. L'allusion, à un autre passage de son exposé, à des «criminologues en chambre» et à l'«inflation de l'écologie policière» qui associerait le renforcement des effectifs de police aux risques de favoriser l'éclosion d'un pouvoir totalitaire, n'est pas sans évoquer un article américain qui a été plusieurs fois publié et certainement fort lu.

Sous le titre «Un professeur à l'école de la rue», un professeur adjoint de criminologie à l'Université de Floride devint, pour quelques mois, policier sans solde à Jacksonville. Il revint de son expérience sidéré, et plus policier que le chef de la police⁽²⁰⁾. À l'autre bout des États-Unis, d'autres avaient fait l'expérience de psychologie sociale inverse : à titre d'exercices pratiques de sociologie, ils avaient été lâchés sans un sou, dans une des grandes villes grouillantes de l'ouest, et avaient fait la cruelle expérience d'une brusque misère à laquelle rien ne les préparait, et des égoïsmes et des solidarités qu'ils n'auraient pas soupçonnés. Ils en sont sortis révoltés, sans doute marqués à vie.

Un criminologue doit pouvoir garder une distance critique par rapport au système de normes, à leur mise en œuvre, à la situation des différents intervenants, à la souffrance des protagonistes du drame criminel, victimes et condamnés. Il doit pouvoir échapper à une gangue

sociologie de la déviance au Royaume-Uni», *L'Année sociologique*, 26 (1975), pp. 509-523 ; BIANCHI, H., *Basismodellen in de kriminologie*, Deventer, Van Loghnum Slaterus, 1980.

⁽¹⁹⁾ *La Libre Belgique*, 3 mai 1983, p. 6.

⁽²⁰⁾ KIRKHAM, G. L., «Un professeur à l'école de la rue», *Promovere*, 31 (septembre 1982), pp. 33-43.

doctrinale, tout en voulant rester conscient de ses systèmes de valeurs et de ses prismes de compréhension. Il doit pouvoir résister à donner un argument facile, qu'un peu de sens critique lui révélerait faux, aux uns ou aux autres. Et s'il essaye d'adopter cette attitude, il se verra reprocher, ou sa neutralité, ou sa méconnaissance du terrain.

Il y a moyen de garder sa distance critique, tout en prenant position. L'essentiel alors, est que le choix des données soit clair, et la position nette. On pourrait citer deux exemples récents. D'une part, les deux ouvrages de Maurice Cusson, rassemblant différents types de données à l'appui d'un retour à l'utilitarisme d'un Bentham et à la fermeté, applaudis par le préfet, l'ancien ministre de la Justice, Alain Peyrefitte⁽²¹⁾. D'autre part, les ouvrages de Philippe Robert, et notamment *Les Forces cachées de la Justice*, où, avec d'autres types de données, l'auteur analyse le fonctionnement du «contrôle social», à tous ses niveaux, depuis les milieux primaires jusqu'à l'intervention formalisée du système pénal⁽²²⁾. L'un et l'autre de ces auteurs est éclairant, et l'irritation que les uns ou les autres concevront à leur lecture, ne mettra pas en cause leur honnêteté intellectuelle. Et c'est là certainement la qualité qu'il faudrait pouvoir exiger d'un criminologue.

Cette exigence idéale se heurte cependant à de sérieux obstacles.

Le premier est celui de la subsidiation, et de la direction, des recherches. Peu de projets sont menés de manière entièrement libre, de son idée et de sa conception, à sa réalisation et à sa diffusion. Beaucoup, pour recevoir des fonds de recherche, doivent poser des questions déterminées, sans les reformuler, et communiquer des résultats, sans les diffuser. Parfois, le résultat souhaité est clairement exprimé. Le problème de la subsidiation est vaste. Il a déjà fait l'objet d'importants débats⁽²³⁾. La direction des recherches lorsque l'organisme a quelque importance, en mériterait d'autres.

Le deuxième obstacle qui se présente est celui de la communication des résultats au public. On connaît ce mot d'esprit : «Voici Monsieur

(21) CUSSON, M., *Délinquants pourquoi ?*, Paris, Armand Colin, 1981 ; du même auteur, *Le contrôle social du crime*, Paris, P.U.F., 1983.

(22) ROBERT, Ph. et FAUGERON, Cl., *Les forces cachées de la justice*, Paris, Le Centurion, 1980.

(23) VAN OTRIVE, L. et al., «Les commanditaires de la recherche dans le domaine de la déviance et du contrôle social, Débat», *Déviance et Société*, V/2 (1981), pp. 153-186.

X., sociologue, et voici son interprète» (24). C'est vrai que le jargon est souvent de mise, et le rideau de fumée qu'il permet d'élever a été brillamment dénoncé par les auteurs comme Andreski (25). Il n'en reste pas moins que la communication des résultats de recherches à un large public ne s'accompagne pas toujours des nuances nécessaires : généralisations hâtives, lectures simplifiantes, recherche du résultat qui frappe : c'est un autre écueil qui guette le criminologue, dans un secteur dont les médias sont avides et qui suscite les passions, donc des lectures encore déformantes. Au récent congrès de Vienne, Törnudd a dénoncé le «nouveau populisme» d'experts de deuxième choix, qui allient de faibles connaissances à un excès de zèle (26).

Oserais-je ajouter un troisième obstacle, qui ressemble fort à un paradoxe. Un criminologue est de plus en plus amené à prendre part au débat, et à fournir des positions éclairées. Il a, au sens large, de plus en plus le rôle d'expert, dont les connaissances universelles sont présumées et la neutralité assurée. Cet expert va s'insérer dans un débat, c'est-à-dire suivre une voie collectivement tracée, et apporter sa caution, enthousiaste ou réservée, à ses conclusions. Le piège, ici, est d'accepter des approximations successives, et de laisser fondre son idée dans un magma douteux. Le fait, après, d'avoir participé à cette commission, ne permet plus de tout dire, et de tout remettre en cause. Comme dans *L'histoire du soldat*, de Ramuz et Stravinsky, le criminologue risque d'en sortir «riche énormément» (en impression d'avoir participé au pouvoir), mais «mort parmi les vivants» (d'avoir perdu son âme, là-bas un violon).

Je n'ai parlé ici que du criminologue chercheur, dans un des rares pays au monde où il y a de la criminologie (c'est-à-dire où on peut parler) et où il y a de la recherche. On peut exclure l'examen de la position du criminologue dans les pays où il n'y a de criminologie que le nom. Mais d'autres réflexions seraient nécessaires sur des criminologues en action, qu'ils soient cliniciens, magistrats, avocats, policiers,

(24) ADAM, R., «Peut-on améliorer la transmission des connaissances sociologiques ?», *Revue internationale des sciences sociales*, 92 (1982), pp. 341-360.

(25) ANDRESKI, St., *Les sciences sociales, sorcellerie des temps modernes ?*, traduction de l'anglais, Paris, P.U.F., 1975.

(26) TÖRNUDD, P., «A more sombre mood : the status and roles of criminology and its institutional relations with public policy and practice», in *Rapports des panélistes et liste des contributions scientifiques*, Société internationale de criminologie, 9^e Congrès international de criminologie, 1983, p. 41.

administrateurs, enseignants. Ils posent et se posent d'autres problèmes, notamment de déontologie professionnelle.

Foucault voyait la criminologie comme une technologie bavarde, née dans les sous-sols de l'appareil de justice, comme un sous-produit d'une société disciplinaire. Par la magie de la fiche, elle transformait un infracteur en délinquant, objet de savoir scientifique. C'est le portrait-charge du clinicien, et peu de clinicien sans doute pourront s'y reconnaître. La clinique dépasse cela, et au-delà de la clinique, la réflexion criminologique embrasse toutes les sources de différenciation, et finalement tout ce qui est ressenti comme posant problème dans une société. C'est avec la criminologie que la sociologie a vraiment débuté ⁽²⁷⁾. C'est avec la philosophie que la criminologie avait commencé à poindre, et elle s'était développée dans la statistique. Quand il est fait appel à un criminologue, est-ce à la personne ou à l'identité que le discours s'adresse ? Un criminologue est-il, à la suite de Pirandello, un personnage en quête d'auteur ?

(27) SZABO, D. et NORMANDEAU, A., *Déviance et criminalité*, Paris, Armand Colin, 1970.

TITRE XVII

La criminologie peut-elle être une science ?

par Jean Cordier

Criminologie évoque, par sa racine, un réflexe émotionnel de peur et de culpabilité qui est sans doute, pour beaucoup, dans la difficulté d'adopter vis-à-vis de cette discipline humaine l'attitude rationnelle objective qu'implique l'élaboration, le développement d'une science. Cette marque sanglante, attribuée implicitement à l'ensemble des conduites de transgression, outre qu'elle les englobe dans la pathologie, détourne de considérer la transgression comme une conduite généralisée et banale, liée à l'existence même du fait collectif (humain ou non). Cette conduite n'est porteuse d'aucune valeur négative ou positive : elle est l'expression du rapport des forces en présence dans tout groupe, forces à l'œuvre autant dans le groupe que chez chaque individu qui le compose. La loi, la règle, l'ordre n'est que l'ensemble des procédures équilibrantes par rapport à la dynamique de transgression et qui assure l'existence même du groupe dans la société.

Ces lieux communs, il était bon de les rappeler au début d'une réflexion sur la possibilité d'élaborer un statut scientifique pour la criminologie : en effet, nous rencontrerons, à chaque pas, l'obstacle des réactions émotionnelles individuelles ou collectives. La loi, l'interdit, est, pour chacun de nous, le résultat d'expériences très précoces où se nouent les viscères, la peur, la dépendance à l'adulte tout puissant et aussi la jubilation de l'épanouissement, donc de l'opposition et de la transgression.

Explication de l'extraordinaire confusion des attitudes vis-à-vis de la criminalité, à l'intérieur même des concepts qui la fondent, malgré une longue histoire d'essais et d'erreurs, aussi longue que l'histoire même de l'humanité.

Adopter, à l'égard de faits quelconques, un regard scientifique suppose qu'on connaisse ces faits, qu'ils puissent être vus, examinés dans leur totalité. L'obstacle, en ce qui concerne la délinquance, est déjà de taille. Que le nombre noir soit un fait important, c'est indéniable ; il n'empêcherait pas qu'à l'égard de la pointe de l'iceberg, une attitude rationnelle soit adoptée, or, il n'en est rien. Dès les premiers pas d'une enquête ... enquête, l'emploi même du mot évoque l'univers de la loi et de la répression, alors qu'il s'agit de la description d'un fait, résultat d'une conduite. Or donc, dès les premiers pas, l'ambiguïté commande : qui porte plainte, pourquoi, pour quoi ? comment est reçue la plainte, par qui, que devient-elle ? La perte d'information est déjà considérable ($\pm 50\%$ à l'étape qui va du dépôt de la plainte à son aboutissement devant l'instance répressive). Les raisons, les causes de cette perte d'information sont à peine connues : rien n'empêche d'y voir à la fois des mobiles individuels (peur, honte, refoulement) et le résultat d'une politique, d'une action concertée du pouvoir. Qui pourrait nier que l'obstacle à la dénonciation (un autre mot de l'univers de la loi) ou l'incitation à, dans le chef de l'individu ou dans le mécanisme du pouvoir, constituent déjà une déformation du fait à observer. Interférences qui, à leur tour, brouillent le regard de l'observateur, dépendant lui aussi, que ce soit à l'instant de la stigmatisation ou de la description de l'acte criminel, des nourritures émotionnelles, de l'imprégnation par la loi familiale autant que de l'investissement par le discours collectif.

À cette étape déjà du dévoilement de la délinquance, d'autres interférences de la tragi-comédie sociale ou de la sociopathologie – la question mérite d'être posée – apparaissent à la simple lecture des journaux : ils déforment le fait délinquant observé, voire le comment et le qui. Non seulement ces interférences ne font l'objet d'aucune étude scientifique, mais des évidences sont passées sous silence, comme la proximité psychologique, économique du petit délinquant récidiviste et du modeste représentant de l'ordre. Cette réalité a au moins autant d'importance que les collusions politico-policières et du milieu, au plus haut niveau, volontiers dénoncées. Cette proximité du policier et du récidiviste est sans doute du même ordre que la proximité du délinquant et de sa victime, dont on commence à percevoir le rôle dans la criminogénèse.

D'autres obstacles à l'enregistrement objectif du fait délinquant dépendent de l'interférence des a priori éthiques, politiques, économiques

qui fondent les valeurs sur lesquelles fonctionne la société, toute société. Il en est ainsi de la difficulté d'appréhender le fait délinquant à son étape judiciaire : sait-on que la mention de la nationalité des auteurs est omise réglementairement des statistiques judiciaires ? L'analyse des mobiles contradictoires d'une telle omission serait un beau sujet de dissertation !

Quelles raisons imposent une règle, une procédure, une habitude (le choix n'est pas facile entre ces termes) qui déforment l'information sur le fonctionnement de la machine judiciaire, pénale, au niveau de la décision et de l'application de la peine ! Le juge ignore les conséquences de ses décisions, l'expert psychiatre celles de ses conclusions, le directeur de la prison le devenir des prisonniers libérés. Le juge, l'expert, le directeur de prison ignorent autant leurs réussites que leurs échecs. L'information est ainsi bloquée d'étape en étape, que ce soit au niveau de l'élaboration des lois, de leur application, ou du destin du délinquant. Une telle continuité dans l'erreur, l'addition de tant d'attitudes irrationnelles dans l'organisation d'une institution aussi importante pour la société que la machine judiciaire pénale déconcerte l'observateur. S'il s'agissait du comportement d'un individu, l'hypothèse d'un blocage névrotique et d'une cécité auto-punitive s'imposeraient.

Ces blocages expliquent sans doute l'impression de chaos, de contradictions, ressentie à la lecture des études de criminologie, presque toujours limitées dans le temps et l'espace, et sans prolongement sur le plan pratique ; quel contraste avec la rationalité de l'organisation du droit civil et de ses applications dont l'adaptation à la société concernée et à son évolution est singulièrement efficace et rapide au service de la collectivité et du fonctionnement du pouvoir. Quoique lié à l'exercice du pouvoir et à la régulation du milieu matériel, le droit civil échappe aux dérives idéologiques qui sont, en plus de son pointillisme, une autre caractéristique essentielle de la criminologie.

L'histoire de la criminologie serait plutôt celle des idéologies criminologiques : c'est que l'étude du fait criminel confronte le chercheur avec des valeurs dont le déterminisme repose au plus profond de son histoire personnelle et est le reflet de choix irrationnels, instinctifs – pourrait-on dire – de la collectivité à laquelle il appartient. Le droit pénal et son application relèvent de la morale collective, or la morale dans l'état actuel du développement de l'homme repose sur un certain nombre d'à priori dont l'étude n'est pas objet de science, mais de réflexion philosophique, donc généralisante, donc idéologique.

Est-il possible de sortir de ce cercle vicieux : prétendre étudier objectivement un fait de comportement (la transgression), alors qu'on est soi-même infiltré des déterminismes de ce même comportement, et que les contraintes de défense du groupe qui imprègnent notre être en font un phénomène pathologique à réprouver.

La situation serait-elle sans issue ?

En fait, elle n'est pas nouvelle, ni propre à la criminologie : elle est le lot des sciences humaines, de l'histoire de l'homme et de ses institutions ; la particularité de la criminologie est de concerner l'interface, l'articulation de l'homme et de son milieu dans une situation émouvante où il se sent menacé à la fois par lui, en lui, et par les autres constituants du tissu social qui l'investissent et dont il est loin de maîtriser le fonctionnement. Il est au moment présent de son histoire d'espèce, devant le fait dit criminel, dans une situation comparable au moment où il a renvoyé ses mythes et ses dieux, au profit d'un être supérieur universel. Cette situation primitive devant l'acte de transgression ne l'empêche pas d'analyser ses propres facultés mentales, de construire les techniques de la connaissance scientifique de sa vie mentale, et peut-être, dans une moindre mesure, de comprendre le fonctionnement de sa société. Il serait temps d'appliquer ces techniques à l'étude du fait criminel. Une telle connaissance concerne l'individu et la société qu'ils constituent ; elle porte sur l'irrationnel, le non-maîtrisé par le sujet sur le plan émotionnel, en lui, dans les autres, dans l'institution sociale, dès l'instant de l'acte délinquant et à toutes les étapes de sa répression.

Une démarche préalable s'imposerait : celle de la formation personnelle, du modelage de la personnalité du chercheur : Lévi-Strauss la réclamait pour les praticiens de l'éthnographie et de l'ethnologie. Le chercheur criminologue devrait apprendre à déceler et traquer la déformation qu'il apporte aux faits observés par ses propres résistances. Le premier apprentissage devrait peut-être porter sur l'analyse des raisons réelles qui mènent la victime à la plainte ou l'empêchent de porter plainte ; qui font admettre ou rejeter cette plainte par le policier, le magistrat ; en fait, procéder à l'analyse objective/subjective du fonctionnement quotidien d'un commissariat de police, prolongé jusqu'aux premières étapes de l'action du parquet. L'analyse des textes des mass média, presse, T.V., etc. serait un excellent exercice pour les étudiants et futurs chercheurs, à condition que les analysants bénéficient de la supervision d'un tuteur académique rompu aux

techniques de la psychologie dynamique (on peut prendre exemple sur la formation des travailleurs sociaux). Sans cette formation préalable, il y a gros à parier que le travailleur scientifique restera pris au piège de ses propres fantasmes, si on en juge par le comportement des hommes politiques poussés par le besoin irrésistible de réformer le fonctionnement de la justice.

La pratique criminologique pourrait favoriser une expérimentation thérapeutique conforme aux règles les plus exigeantes de la déontologie, au respect de la personne, telles celles imposées à la recherche et au traitement médical. La participation à une telle expérimentation pourrait être une étape de la formation des praticiens et des chercheurs. De véritables laboratoires de pratique de thérapie sociale existent dont les enseignements sont, volontairement ou non, méconnus : les «maisons» d'enfants. L'étude scientifique de ces institutions, à la fois lieux d'expérimentation et de formation, serait particulièrement féconde : même si les bonnes âmes, administrateurs de ces maisons, se récrient déjà, comme nous l'avons plusieurs fois entendu, au nom du respect des personnes; ces protestations dissimulent leur panique intérieure, leurs résistances !

Nous sommes en mesure d'apporter quelques observations sur 10 ans de gestion d'une maison d'enfants. Elles permettront au lecteur de prendre conscience à la fois de l'intérêt de telles institutions pour l'étude de la pathogénie de la délinquance juvénile et de l'évaluation des thérapeutiques appliquées. Nous insisterons moins sur les points qui ont déjà été développés dans des publications antérieures que sur les avatars du développement et de la régression d'une institution, sur la dynamique de ces avatars ; cette dynamique aide à saisir combien les choix d'organisation obéissent à des pulsions irrationnelles à la fois chez les individus et les autorités publiques et privées qui les impulsent.

Notre développement restera fort incomplet et se bornera à relever parmi les attitudes de gestions celles liées à la définition d'une politique préventive face à la délinquance juvénile. Deux points mériteraient plus de développement : les mobiles des promoteurs de telles initiatives privées et leurs répercussions sur les choix thérapeutiques de l'institution, l'ambiguïté et la versatilité des autorités publiques à l'égard des institutions et des initiatives pédagogiques.

Si le placement en institution doit être évité dans toute la mesure du possible, il restera indispensable dans un certain nombre de cas, même

si les mesures d'aide éducative précoce aux familles se généralisent. La famille d'accueil pourrait faire face à un certain nombre de situations dépourvues des tensions relationnelles qui affectent les enfants en voie de désocialisation : elles représentent une proportion (un tiers ?) importante des placements. Même si ces enfants ne souffrent que très rarement de perturbations psychopathologiques, ils sont victimes d'un important retard affectif et intellectuel et restent sous l'influence (parfois fantasmée) du milieu familial perturbateur.

Ces caractéristiques comportementales imposent les principes de base à l'intérieur desquels s'inscrit l'action éducative et donc les structures et le fonctionnement de l'institution d'accueil. Faire d'un enfant perturbé un adulte autonome capable de vivre et de se développer dans la société telle qu'elle est, éloigne peu de la pratique empirique qu'applique l'humanité pour faire des hommes, génération après génération. Le premier secret est la continuité de l'action éducative : le second, que cette action éducative se fonde sur un pouvoir de fait : celui de l'adulte investi d'un statut privilégié, peu importe qu'il soit celui de la famille ou un autre !

La maison d'enfants doit assumer continuité et responsabilité en respectant deux contraintes fondamentales. La première, la plus importante : dès le moment où une institution prend un enfant en charge, quel que soit son âge, elle s'engage à assurer une émancipation sociale et affective complète. Si la prise en charge est fondée sur des raisons péremptoires, seules des circonstances exceptionnelles autorisent l'institution d'accueil à se décharger de ses responsabilités. La mission d'une maison d'enfants est de donner à la société un adulte responsable : elle doit mener sa tâche à son terme.

La seconde contrainte postule de ne jamais rompre le lien de l'enfant avec ses parents, son milieu, même si parents et milieu ont une influence défavorable. Il est impossible de gommer la réalité biopsychologique de la parenté naturelle et, au-delà du milieu naturel, des premiers apprentissages. Il faut donc en tenir compte tout en corrigeant leur influence néfaste : passer outre, ignorer les parents, renforce le conflit intérieur des enfants. C'est ajouter la blessure d'une rupture imposée, donc arbitraire, et auréoler les parents d'un statut de victime qu'ils ont tôt fait d'utiliser.

Le respect de ces deux principes implique la continuité de la responsabilité et de l'autorité éducative et donc la pleine confiance de l'autorité judiciaire, une collaboration constante avec elle : à la limite,

l'autorité judiciaire se trouve liée à l'institution à qui elle a confié des enfants.

D'où une nécessaire réciprocité entre l'autorité administrative de la maison et l'autorité judiciaire.

Une structure pédagogique et psychologique cohérente, la continuité de l'action éducative pendant plus ou moins 15 ans permettent d'évaluer avec une fiabilité scientifique suffisante les résultats obtenus et d'avancer un certain nombre de propositions d'organisation et de fonctionnement des maisons d'enfants, qui assurent le plus grand nombre d'insertions sociales des pensionnaires.

La maison d'enfants est un univers artificiel conçu pour recevoir des enfants que les autorités judiciaires ou publiques écartent de parents incapables ou dangereux par leurs attitudes éducatives. L'objectif de la maison est d'éduquer et de socialiser l'enfant sans, pour autant, adopter la fonction et le rôle de parents déficients mais irremplaçables. Milieu clos, la maison se doit de rester ouverte sur le monde pour construire la socialisation recherchée. Ces objectifs, éducatifs plutôt que pédagogiques, disent d'eux-mêmes la référence inéluctable à des valeurs, donc l'obligation de définir ces valeurs. Qui dit valeur dit éthique et implique une infinie variété des choix possibles : c'est le lot de toute science humaine. Elle n'en demeure pas moins une science, évaluée sur base de la cohérence des objectifs visés et des valeurs qui les soutiennent.

Nous ne pouvons éluder un certain nombre de précisions nécessaires malgré les limites de cet article. Les pratiques éducatives scandent la vie quotidienne de la communauté. Elles sont institutionnalisées de façon à susciter la participation effective de chacun, donc d'auto-éducation, dans l'accès à l'indépendance. C'est ainsi que chacun des corps constitués de la maison (enfants, éducateurs, gestionnaires) s'astreint à débattre en son sein, en toute égalité et toute liberté, tout problème non personnel, à l'occasion des réunions brèves, qui émaillent la vie quotidienne réglée par un horaire établi en commun. Problèmes de nourriture (leur mention en tête de liste n'est pas un hasard !), d'argent, de travail, d'amitié, d'amour, de haine aussi sont la trame de la vie communautaire ; leur solution est un apprentissage de l'autonomie. Les frottements entre les individus, et entre les individus et les règles, sont les occasions privilégiées des travaux pratiques vers la vie adulte, en dépit d'un retrait apparent de la vie sociale.

La vie communautaire se doit de préserver la liberté des individus et leur quant à soi par l'aménagement des espaces et la liberté de déplacement.

Les rencontres ont lieu au cours des tâches ménagères, des travaux d'entretien, des loisirs ; la gestion de la maison est assumée en partie par les plus grands qui déjà gèrent leur personne et leur effets personnels ; des assemblées périodiques rendent compte des événements, discutent les propositions et recueillent les suggestions. En fait, c'est toute une pratique de la vie sociale et de la loi qui se met en place en chacun, par l'intermédiaire du fonctionnement même de l'institution, basé sur un petit nombre de règles soigneusement verbalisées et quelques valeurs ⁽¹⁾ connues de tous. Ces considérations générales mériteraient d'être mieux étayées. Ce sont des banalités pour le lecteur familier des pédagogies et des thérapies institutionnelles. Leur étude scientifique mériterait plus d'attentions : les limites de cet article nous l'interdisent.

Nous avons annoncé un laboratoire d'exercices pratiques des thérapeutiques de l'inadaptation sociale : nous n'en sommes pas aussi loin qu'il y paraît. Il est temps de relater brièvement les résultats obtenus par un groupe d'enfants dits caractériels, dont beaucoup ont été suivis pendant plus de 20 ans. Ces sujets (plus de dix), longuement suivis, représentent sans doute un faible pourcentage ($\pm 1/3$) des pensionnaires étudiés à cette occasion. Leurs biographies permettent d'affirmer qu'ils ne sont pas différents de ces délinquants jeunes récidivistes rencontrés dans les prisons : ils proviennent du même milieu social, économique, intellectuel, professionnel ; ils ont souffert des mêmes traumatismes affectifs voire biologiques, aléas quasi spécifiques à ces jeunes délinquants ; ils ont présenté très tôt les mêmes troubles du comportement. Malgré cela, l'adaptation sociale, professionnelle et familiale s'est révélée satisfaisante au-delà de l'âge de 25 ans. L'analyse des échecs (six sujets) est particulièrement intéressante pour l'élaboration d'une théorie de la criminogénèse. Elle permet de confirmer l'impact des tous premiers apprentissages, le rôle déterminant de la personnalité des enfants et de la qualité de l'environnement social qui agit à la fois sur les parents et les enfants ; elle n'autorise pas l'élimination des facteurs biologiques, plus particulièrement ceux qui peuvent agir sur la constitution et le fonctionnement du système

(1) Valeurs d'usage de la communauté ! Pour paraphraser en termes d'échanges économiques très accessibles à nos pensionnaires.

nerveux (juste retour du pendule de l'histoire scientifique !). Ces cas ont fait l'objet d'un précédent travail ⁽²⁾.

Le relevé des décisions de placement permet d'élaborer un plan de réalisation et de répartition des initiatives privées pour échapper à la bureaucratie ! Planification et distribution suivant les besoins sont possibles dans le cadre de l'initiative privée : le Fonds des Handicapés le démontre par rapport aux œuvres qu'il subsidie. Un tel plan doit être assorti de conditions fixant les limites de compétence de chacun : autorité judiciaire, administrateurs, travailleurs. Tout en respectant l'initiative des promoteurs, les bases de l'organisation et de fonctionnement des maisons peuvent être réglementées et recueillir l'adhésion pratiquement unanime des travailleurs : ordre de grandeur des unités de vie – leur caractère vertical jusqu'à 21 ans – nombre optimal de trois unités de vie par institution pour éviter le gigantisme (facilité administrative) – présence de un ou de deux groupes de travailleurs (6 ou 7 participants) indépendants, situés en dehors de la maison mère, mais proches d'elle et partageant en partie son existence quotidienne.

Le but des maisons d'enfants est de fournir une solution de remplacement à un milieu familial désocialisant. Milieu d'accueil, il ne peut prétendre remplacer la famille ou plutôt le milieu d'élevage, puisqu'il s'agit rarement de familles au sens légal du terme. Situé à proximité des populations concernées, en majorité citadines et populaires, le milieu d'accueil doit rendre possible des échanges faciles avec les familles, ou ce qui en tient lieu.

Nous venons de parcourir les principes qui ont présidé au fonctionnement d'une institution efficace de resocialisation de jeunes en danger de déviance. C'est une institution parmi quelques autres qui, contre vents et marées, s'obstinent à leur œuvre et démontrent autant que faire se peut l'efficacité de leurs méthodes, témoin : les résultats mentionnés ci-dessus.

Il paraîtrait facile de s'accorder sur l'utilité, les limites de leur développement, les conditions de leur fonctionnement et les moyens dont il serait nécessaire de pourvoir de telles institutions. Les enseignements qu'on peut en tirer sont disponibles, même s'ils ne sont pas abondants et souffrent de l'état embryonnaire de la criminologie scientifique. La loi de la protection de la jeunesse dont elles seraient un

⁽²⁾ CORDIER Jean, «L'environnement bio-médical et psycho-éducatif des psychopathes», in *Lo psicopatico delinquente*, Giuffrè Editore, Messina, 1980.

chaînon essentiel date de 1965 et devrait être remaniée : nous voilà ramenés à l'objectif de cet article : identifier une partie au moins des obstacles, des résistances au développement d'une connaissance rationnelle et féconde de la criminalité et de ses causes.

La maison d'enfants, dont nous fûmes un des responsables et animateurs pendant 10 ans et dont l'action a servi aux réflexions ci-dessus, a subi une transformation que nous pensons peu heureuse et moins féconde à la suite d'une crise exemplaire : elle n'est pas seule dans ce cas.

La lecture de la presse des dix dernières années est démonstrative de ce destin commun : elle montre que les démêlés, avec ou dans le sein des conseils d'administration de ces maisons, sont monnaie courante au grand dam des institutions et des pensionnaires. Elle montre combien sont dommageables pour les institutions et donc leurs pensionnaires les hésitations et les contradictions des instances judiciaires et administratives. Les trop rares publications scientifiques sur la pédagogie institutionnelle insistent sur la nécessité d'une soigneuse définition des structures et des objectifs et surtout d'une action continue pendant une ou deux décennies.

La vie quotidienne d'une maison d'enfants est faite de tensions voire de drames qui touchent très profondément l'affectivité des acteurs, quel que soit leur niveau de responsabilité. Maintenir contre vents et marées une ligne directrice d'organisation et d'objectifs éducatifs implique une cohérence, une communauté de vue des responsables : cette ligne, cette visée sont difficiles à maintenir, à travers les aléas de la vie ou plutôt hélas de la mort.

Deux fois, la mort a frappé des personnalités éminentes, animateurs à des titres divers de l'institution dont nous parlons. Sa première victime : la directrice, éducatrice exceptionnelle qui avait entrepris, depuis quelques années, une gestion inspirée des principes institutionnels que nous venons d'indiquer. Disparition prématurée et inopinée : quelques-uns se serrèrent autour du Président du Conseil d'Administration, astronome que rien ne préparait à cette tâche. Leur dévouement maintint le cap et conserva à l'œuvre ses principes et son âme : la continuité éducative et sociale fut assurée. Certains pensionnaires ont trouvé dans cette épreuve la force et la confiance en leur destin, malgré les hésitations de la protection de la jeunesse à soutenir «leur» maison.

Moins de 10 ans après, le Président du Conseil, Henri Rolin, disparaît. Ce n'est pas dans une revue de l'U.L.B. qu'il faut présenter ce juriste éminent du droit international. Son œuvre de parlementaire est moins connue : il défendait, bien avant la nouvelle loi de protection de la jeunesse, une conception de prévention sociale de cette protection. Au cours des travaux parlementaires, il défendit, bien avant la lettre, une politique de déjusticialisation. L'activité qu'il a déployée dans sa présidence jusqu'à ses tous derniers moments (une lettre émouvante à la directrice, envoyée de Paris, le jour de sa mort en atteste) est ignorée : elle n'est pas – pensons-nous – son moindre titre d'homme de cœur et de pensée. Il avait tenu à assurer cette continuité pédagogique et institutionnelle, dont nous avons dit l'importance, en épaulant l'action de la directrice et de l'éducateur en chef, cœurs de la maison. Il croyait à la nécessité d'une structure longitudinale poursuivie jusqu'à 21 ans et à la participation des pensionnaires aux rouages de l'institution, malgré la méfiance souvent manifestée des autorités judiciaires. Son prestige, sa présence affective, l'exigence d'une gestion financière saine, permit de surmonter des crises inévitables que provoquaient, comme dans toutes les institutions, les écarts de conduite de ses pensionnaires.

A sa mort, le Conseil s'est déchiré en rivalités personnelles, la directrice de la maison n'a pas été soutenue, la structure institutionnelle a été modifiée, son fonctionnement bouleversé. Les autorités judiciaires, sans pouvoir réel d'intervention, s'abstiennent, par opportunisme devant la nouvelle administration, de soutenir un projet éducatif dont sans doute elles se méfient. Les plus jeunes pensionnaires sont déplacés de façon plus que criticable. Se passent alors une succession d'événements exemplaires : les aînées de la maison, âgées de 17 à 20 ans, se serrent autour de la directrice, bientôt licenciée ; ils la soutiennent, évitent que le désordre s'installe et, pendant près d'un an après son départ, maintiennent en vie la maison : ce sont eux dont nous avons brièvement rapporté l'entrée dans la vie satisfaisante, au-delà de 25 ans. Échaudés sans doute d'avoir été impuissants devant les événements, les administrateurs ont profondément modifié la structure de l'œuvre qui se consacre à l'accueil de garçons de 6 à 14 ans. La maison perd, de ce fait, son caractère de laboratoire pratique d'adaptation sociale, puisque c'est à partir de cet âge que l'adolescent, victime de la contre-éducation de son milieu d'élevage (sa famille !), a le plus besoin de participer à des structures de vie qui l'aident à surmonter les obstacles de l'entrée dans la société.

En 15 ans d'existence, une maison d'enfants, dont la gestion et le fonctionnement étaient basés sur un plan cohérent adapté à des objectifs d'insertion sociale à long terme, a pu démontrer la fécondité d'un tel milieu ; il permet l'observation scientifique de jeunes délinquants ou prédélinquants, le dépistage des causes de leurs troubles de comportement et la réalisation d'une thérapeutique appropriée à l'instruction, l'éducation, la formation de la personnalité, à l'entrée dans la vie de ces jeunes, très mal lotis au départ.

Quelles que soient l'éthique et la philosophie qui les animent et qui finalement importent peu, ces institutions doivent incarner, dans la vie communautaire pratiquée, un certain nombre de stéréotypes d'échanges entre les participants qui contribuent au but qu'elles poursuivent.

Un tel milieu préventif fait face à des situations déjà détériorées, le plus tôt qu'il est possible. Il ne peut être une solution de facilité pour les autorités publiques et leur permettre de se débarrasser, à moindres frais, des problèmes des familles en difficultés. Cette solution doit être réservée à des situations où les enfants ont manifesté des conduites asociales, c'est dire que ces cas sont rares. Le placement hors de la famille, en institution, ne devrait intervenir que lorsque d'autres solutions, plus naturelles d'aide à la famille, ont échoué. Il ne peut être une solution alternative au placement dit familial ou à l'aide précoce à la famille. Un placement en maison d'enfants peut concerner tous les enfants d'une même famille et suppose l'accueil d'enfants très jeunes : la mesure préventive ne peut intervenir quand le traitement de la famille et des enfants risque de se révéler tardif. Le placement, par la force des situations, sera souvent définitif. Il implique que l'action éducative se poursuive jusqu'à l'émancipation sociale du mineur ; une étape de transition doit être prévue pendant laquelle la maison poursuit son aide éducative à des jeunes qui sont indépendants dans leurs domiciles personnels. Par la force des choses, la maison hébergera donc, pendant 10 ou 20 ans, des jeunes garçons ou filles de tous âges.

Les échecs proviennent, nous l'avons vu, du non respect de deux postulats : – continuité de l'action éducative pendant l'entièreté du développement de l'enfant, donc jusqu'à son indépendance de jeune adulte, dans une institution stable, support d'intériorisation des valeurs par identification à de bons modèles adultes ; – soutien à ces institutions par l'autorité judiciaire, responsable de fait du destin de ses pupilles et seule garante auprès d'eux de l'autorité des éducateurs et des institutions.

Cela suppose de bons modèles adultes et de bons tuteurs judiciaires. Pour disposer d'éducateurs stables, compétents, dont la personnalité est équilibrée, il faut les former par un enseignement de bon niveau universitaire pour les responsables et par un stage suffisamment prolongé, destiné à s'assurer de leur personnalité. Il faut aussi garantir une carrière honorable. Les magistrats doivent eux aussi être formés à leur tâche : la compétence juridique ne suffit pas.

Nous avons vu que le rendement éducatif est fonction de la participation effective des enfants devenus des adultes à la gestion des institutions, a fortiori les responsables éducateurs ne devraient-ils pas en être écartés, comme c'est la règle aujourd'hui.

Développer un réseau suffisant de maisons d'enfants judicieusement réparties et animé par des éducateurs et des administrateurs compétents est un moyen privilégié d'étude de la prévention de la criminalité banale. Serait-ce un moyen de dépeupler nos prisons de jeunes récidivistes souvent âgés de moins de 20 ans ? Rien ne dit que la criminalité professionnelle, individuelle ou en groupe, n'en verrait pas la tâche rendue beaucoup plus difficile en la privant d'intermédiaires, de petites mains indispensables. Ces petites mains y trouvent une occasion d'apprentissage, de professionnalisation : une sorte de sentier balisé.

Le prix d'un tel réseau ne serait certainement pas plus élevé que celui gaspillé dans une politique institutionnelle, dont le gachis et l'incohérence sont évidents. De plus, il pourrait être un élément indispensable à l'élaboration d'une criminologie scientifique, et à la formation de ses travailleurs.

Le traitement préventif et curatif de l'inadaptation sociale des jeunes ne trouvera sa pleine efficacité que s'il est poursuivi pendant deux générations. C'est dire que l'observation scientifique et l'application des remèdes ne commenceront à porter leurs fruits qu'après 10 ans au moins : il ne faut pas s'étonner si des études, dites scientifiques, d'échantillons peu représentatifs de population, en comparant les résultats obtenus après quelques années sur base de critères partiels, s'avèrent contradictoires et inutilisables. Nous disposons pourtant dès maintenant de quelques études qui nous permettraient l'élaboration d'une politique et des réalisations compatibles avec nos disponibilités en moyens matériel et en hommes.

La première partie de notre étude porte sur les conditions de la réalisation d'un véritable laboratoire de prévention et de traitement de

l'inadaptation sociale. La principale condition à respecter est de fournir une observation longitudinale valable, qui permette l'évaluation des facteurs pathogéniques des pulsions asociales et les résultats des thérapeutiques employées vis-à-vis d'elles. D'autre part, la question posée au début de cet article portait sur la possibilité de réaliser une étude scientifique de la criminalité : peut-on se mettre dans les conditions d'une étude scientifique du surgissement de l'acte délinquant ? Ici encore, l'étude longitudinale est indispensable et s'avère seule capable de réaliser les conditions d'une évaluation scientifique dans l'état actuel de nos connaissances et de nos moyens d'observations. Nous voudrions rapporter brièvement une étude qui a fait l'objet d'une publication plus détaillée⁽³⁾.

Nous avons eu l'occasion de réaliser l'observation longitudinale d'un échantillon représentatif mais limité de population dans une région industrielle. Elle avait pour but de connaître, de la façon la plus objective possible, les causes et conséquences de l'inadaptation scolaire. Nous avons pensé indispensable d'observer non des inadaptés scolaires, mais un échantillon représentatif d'une population complète d'enfants, inadaptés ou non. La condition essentielle était que cet échantillon soit effectivement représentatif de la population concernée : il devenait alors possible de suivre en même temps le développement de l'inadaptation sociale et les conditions de l'adaptation scolaire.

L'objectivité de l'observation imposait de faire porter l'étude sur le plus grand nombre possible de facteurs capables d'influencer dans l'un ou l'autre sens le phénomène à observer. Une autre condition était de se mettre en situation d'observation la plus complète et la plus authentique. Comme pour tout phénomène humain de développement, le facteur temps est primordial.

L'étude scientifique de l'adaptation scolaire nous contraignait donc à une observation prolongée multidimensionnelle, d'une tranche de vie significative ; nous avons choisi une tranche de dix ans : de 12 à 22 ans. La réussite exigeait un travail d'équipe pour engranger un ensemble aussi vaste que possible de facteurs étiologiques : les conditions de réalisation de cette étude ont été exposées ailleurs⁽³⁾.

Le matériel rassemblé, pour l'étude de l'inadaptation scolaire, comprenait un petit nombre (dix) d'observations complètes de délin-

(3) Trajet délinquant : choix ou fatalité ? in *Mélanges Legros*, Éditions de l'Université libre de Bruxelles, en cours d'impression.

quants faisant partie d'un lot de 27 observations, en situations problématiques conflictuelles sur le plan social. L'analyse du développement de ces situations nous situe précisément à l'émergence de l'acte délinquant, dont l'étude nous intéresse ici.

Les constatations faites n'ont rien de surprenant : les sujets représentent bien la population du récidiviste moyen qui peuple nos prisons, ils proviennent presque tous des couches sociales les moins favorisées, sont presque tous des inadaptés scolaires, n'ont bénéficié d'aucune formation professionnelle. Les émigrés ne sont pas plus nombreux que les Belges. La délinquance est banale, faite de vols et de violence de gravité croissante avec les années, car l'acte délinquant se situe sur un trajet de désocialisation qui a débuté tôt : vers 14-15 ans. Les autres situations de marginalisation (16) représentent comme un halo d'environnement à la délinquance caractérisée. Les milieux sociaux comportent en effet les mêmes caractéristiques d'infériorité culturelle, professionnelle et économique.

Mais l'intérêt essentiel de l'étude est qu'elle a permis de mettre en évidence un fait important : ces délinquants appartiennent presque tous à des familles nombreuses (plus de cinq enfants en moyenne par famille, malgré un fils unique). L'enquête longitudinale a permis de constater qu'un enfant sur quatre prend le chemin de la déviance alors qu'ils sont tous soumis aux mêmes facteurs présumés «désocialisants». De plus, il n'a pas été possible de mettre en évidence des caractères de personnalité liés à la délinquance ! Sinon peut-être une certaine infériorité intellectuelle : mais les frères et sœurs partagent plus ou moins la même infériorité.

Les conditions de l'éducation familiale sont particulièrement défavorables pour ceux qui deviendront délinquants : mais tous les enfants de ces familles sont exposés aux mêmes conditions ! Il est cependant assez remarquable que les aînés sont rarement déviants ; serait-ce que les conditions de l'éducation familiale se dégradent au fur et à mesure des naissances ? Ce serait un élément important de la dynamique criminogène qui nous indique un point d'insertion de l'action préventive socio-médicale.

La prévalence de la délinquance chez les pauvres s'explique assez par l'accumulation chez eux des facteurs désocialisants, dont le plus important est l'absence d'éducation scolaire et professionnelle transmise de génération en génération : les adultes sont eux-mêmes plus souvent délinquants que la population à laquelle ils appartiennent.

Ces constatations sont, somme toute, des banalités et ne font que confirmer d'assez nombreux travaux. Elles n'épuisent pas le problème de la criminalité et plus spécialement celle couverte du manteau du nombre noir. Par contre, elles permettraient de comprendre et d'élaborer des moyens de traitement de cette criminalité à la fois banale et spectaculaire, celle qui inquiète l'opinion et nourrit une répression judiciaire et pénitentiaire dont l'efficacité est pour le moins douteuse.

Les voies décrites ci-dessus ont fait preuve d'une fécondité certaine à la fois dans la recherche et la formation. Il n'empêche que leurs objectifs sont limités : elles ne peuvent apporter aucune lumière au mécanisme basal de la transgression. Pulsion fondamentale du comportement humain, elle porte en elle aussi bien le progrès que la régression, les plus belles découvertes et les plus grands crimes. Perçue au fond de chacun de nous, elle nous inquiète et suscite notre auto-contrôle répressif dès que notre réflexion se porte sur les extériorisations de déviance tout aussi généralisée. La résistance, source de refoulement, est aussi dérivée idéologique : l'histoire de la psychanalyse en est tissée. C'est probablement l'explication des obstacles à l'élaboration d'une attitude rationnelle en criminologie. L'histoire de l'idéologie criminologique et de ses querelles en est une illustration : ballottée entre les traitements (pénal, pénitentiaire et sociologique) du fait délinquant, les dénominations dont les écoles se réclament à chaque génération et s'expriment trop souvent dans des jargons ésotériques doctrinaires : défense sociale, réactionniste et autres.

Pour démystifier les résistances, nous pensons nécessaire d'élaborer des structures de recherches qui contribuent à la formation personnelle des chercheurs et des praticiens de la criminologie : nous avons indiqué dans cet article deux abords possibles.

La littérature criminologique reste partagée entre l'élaboration de solutions juridiques et pénitentiaires capables de limiter et de maîtriser le phénomène social de la criminalité et la quête d'une anomalie psychobiologique qui expliquerait la dangerosité des auteurs de méfaits et fournirait le remède miracle capable de les soigner. La preuve n'est-elle pas faite depuis longtemps que la répression comme le traitement ne portent que sur des individus et non sur le fait social de la criminalité, égal à lui-même malgré quelques fluctuations de sa courbe (et les remous qu'elles provoquent dans l'opinion, siècle après siècle !) ?

Les facteurs criminogènes que nous avons rencontré sont, dans leur essence, des facteurs fragilisants, dont les principaux sont éducatifs et

sociaux et se bornent à diminuer la capacité de contrôler le comportement agressif et prédateur : ils ne fournissent aucune explication aux choix de la minorité délinquante sinon peut-être par des convergences aléatoires de facteurs : mais ce pourrait n'être qu'une explication verbale.

Ces facteurs criminogènes sont les mêmes à qui on prête une signification étiologique dans les névroses, certaines affections psychosomatiques ou des conduites telle que la toxicomanie.

Un abord préventif précoce de ces facteurs de dissocialité par une politique socio-éducative, insérée au cœur de la trivialité de la vie quotidienne, pourrait être un moyen de priver la délinquance organisée de ses exécutants subalternes, ses petites mains indispensables (victimes, autant que les victimes). L'enjeu, à long terme du pari, mérite la mise.

TITRE XVIII

Juges et psychiatres : une rencontre aléatoire

par Dr. Jean Wilmotte

L'approche multidisciplinaire d'un problème implique un dialogue clair entre des disciplines différentes. Cette nécessité n'est pas toujours rencontrée [14, 15]. Elle l'est d'autant moins quand les modes de pensées des disciplines concernées sont très différents et quand la relation entre ces professionnels ne s'établit pas sur un mode égalitaire. Notre but ici ne sera pas la révision exhaustive des dysfonctionnements du «couple» psychiatre-juriste. Tout au plus pouvons-nous souligner les écueils particulièrement fréquents dans les eaux parfois tumultueuses de cette relation.

1. DU CÔTÉ DU JURISTE

a) *attitude à priori* : Meehl [7] considère que l'attitude du monde juridique pèche parfois par une attitude soit exagérément hostile et violemment critique vis-à-vis de la contribution du psychiatre au travail de la justice, soit au contraire par des attentes irréalistes et dépourvues d'esprit critique à l'égard de cette même contribution. L'attitude hostile aboutit souvent au déni du statut scientifique du travail psychiatrique. Ce déni s'appuie surtout sur l'aspect «Tour de Babel» des diverses écoles psychiatriques parfois plus dogmatiques les unes que les autres. Comme le souligne Meehl [7], le juriste doit réaliser que les désaccords entre les pensées de ces écoles se situent principalement au niveau de l'interprétation théorique des phénomènes. Par contre, lorsqu'on se place au niveau descriptif des faits, les professionnels de la santé mentale sont souvent en accord. L'élaboration actuelle par l'Association

Américaine de Psychiatrie d'une nouvelle nomenclature de classification des maladies mentales est une démonstration flagrante de ce fait [DSM-III, Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux]. Dans le but d'être utilisable par le plus grand nombre possible de psychiatres, cette nouvelle classification s'est voulue avant tout phénoménologique et athéorique. Par ailleurs, il est fréquent que les psychothérapeutes provenant d'écoles très différentes constatent qu'ils font à peu près la même chose au cours de leurs séances. Leurs façons d'en parler diffèrent par l'accent qu'ils mettent sur l'un ou l'autre aspect d'un même phénomène. Meehl rappelle également que le monde juridique présente parfois une discordance assez semblable dans le domaine de la jurisprudence.

L'attitude de réceptivité dénuée de tout esprit critique à l'égard des apports psychiatriques repose sur un discernement insuffisant des différents niveaux du discours psychiatrique : données bien établies scientifiquement, analyses causales à posteriori reposant sur l'expérience clinique d'un praticien ou sur une des théories existantes, et enfin jugement de valeur et opinion propre à une personne du groupe social. Du fait du statut professionnel de l'expert psychiatre, il arrive que le juriste attribue la même pondération de validité à chacun des propos tenus par l'expert sans en discerner les différents niveaux précités.

b) *Demande de certitude* : Wood [14] rappelle que chaque profession, dans certains de ses domaines propres, développe un mode de pensée différent de celui du sens commun de son groupe social. Lors de la rencontre du psychiatre et du juge, chacun d'entre eux est habituellement un « naïf » dans le domaine de l'autre. Chacun va donc appliquer en dehors du domaine de sa compétence particulière, les règles du bon sens et ce parfois à mauvais escient. Un bon exemple est le problème de la normalité. Comme le dit Mialet [8] « l'anormal du psychiatre, la maladie mentale, ne se superposent pas à l'anormal de la collectivité, la marginalité ». Le concept de normalité qui paraît évident pour « monsieur tout le monde », présente des significations diverses pour le psychiatre : normalité statistique, normalité comme santé, normalité comme équilibre, normalité comme utopie et normalité fonctionnelle. Statistiquement est normal ce qui est le plus fréquent. Le problème devient alors de savoir à partir de quel degré de rareté le normal devient-il anormal. La normalité peut également se définir comme l'absence de maladie. La normalité psychologique se définira à

ce moment par l'absence de symptômes manifestes de maladie mentale. Ensuite, la normalité peut se concevoir comme un équilibre entre le sujet et son milieu, équilibre sans cesse menacé et rétabli. La normalité peut également être considérée comme une référence idéale. Ceci est d'ailleurs la position prise par de nombreuses écoles psychanalytiques et psychodynamiques. Elle heurte souvent le sens commun car elle sous-entend que personne n'est normal. Enfin, la normalité fonctionnelle est définie comme l'atteinte par une personne donnée d'un état qui paraît approprié en fonction de sa nature de départ et de ses buts. L'évaluation de ce type de normalité repose sur un jugement. Comme le souligne Mialet [8], il n'existe donc pas de critère objectif de la normalité ; il y a toujours jugement de valeur dans l'évaluation de qui est normal et selon quel critère.

Opposée à cette demande du juriste d'une distinction claire, tranchée et certaine, la psychiatrie ne dispose même pas jusqu'à ce jour d'une définition claire et unanime de la maladie mentale, ou même de la santé mentale. «Le rapport au Président» [9] publié en 1978 et rédigé par la Commission de la Santé Mentale du Président utilisait les expressions «trouble émotionnel», «trouble mental», «trouble psychiatrique» et «détresse psychologique» sans clairement définir les différences entre ces catégories. Ce même rapport établissait que 10% de la population américaine nécessitait l'une ou l'autre forme d'aide des services de la santé mentale. Il établissait également que 15% de la population des U.S.A. pouvait faire l'objet d'un diagnostic de trouble mental [13]. Cela met en évidence la difficulté conceptuelle de définir la santé mentale et la maladie mentale. Il existe entre ces deux extrêmes une très large zone de recouvrement où l'incertitude est le plus souvent la règle et où l'on manque de critères opérationnels de décision dans un sens ou dans l'autre. Les psychiatres divergent en outre par une conception étroite ou élargie de la maladie mentale. Si tous sont d'accord pour attribuer l'étiquette de maladie mentale à un patient atteint de schizophrénie, ils divergeront par contre lorsqu'il s'agira par exemple d'homosexualité.

Les modèles théoriques concernant les maladies mentales sont divers. Siegler & Osmond [10] les divisent en deux grands groupes : les modèles complets et incomplets. Le modèle médical est l'exemple type d'un modèle incomplet. Dans ce cadre de référence, le praticien reconnaît n'avoir qu'une connaissance imparfaite, parcellaire d'un phénomène pathologique. Parfois, il dispose de certains instruments thérapeutiques face à un trouble mental sans en comprendre pour

autant la chaîne causale explicative. Le modèle psychanalytique, au même titre que d'autres modèles psychothérapeutiques, est au contraire un modèle complet dans la mesure où par ses a priori théoriques, il propose une explication causale à tout phénomène mental qui peut survenir.

Inutile de dire que le juriste peut être particulièrement troublé par l'incohérence du langage s'il a devant lui deux experts se référant spécifiquement à l'un ou l'autre de ces modèles différents ou, s'il a à faire à un seul expert mélangeant au cours de son raisonnement le recours à ces deux différentes catégories de modélisation théorique.

2. DU CÔTÉ DU PSYCHIATRE

a) *Différents niveaux de validité scientifique* : les éléments mis en évidence dans une expertise psychiatrique n'ont pas nécessairement le même degré de validité scientifique.

D'une part, le *diagnostic* consiste à mettre en évidence un ensemble de symptômes significatifs permettant d'étiqueter une maladie. Il s'agit là d'une démarche strictement scientifique dont la valeur n'est limitée que lorsqu'il s'agit du recours à un diagnostic qui ne soit pas généralement accepté au sein de la profession. Il y a rarement contradiction entre les experts psychiatres lorsqu'il s'agit de pathologies aussi acceptées et tranchées qu'une schizophrénie, qu'une paranoïa ou qu'une mélancolie. Les discordances au niveau du diagnostic se manifesteront pour des entités plus «floues» dépendant davantage de l'orientation sous-jacente due à l'appartenance à l'une ou l'autre école psychodynamique. Ce sera par exemple le cas lorsqu'on parlera des troubles de la personnalité.

D'autre part, à côté de l'élément diagnostique, il est souvent demandé à l'expert d'établir la *criminogénèse* d'un acte. Le juriste comme le psychiatre se doivent ici d'être bien conscients qu'il ne s'agit là que d'une explication «d'ordre historique». On reconstruit à posteriori un enchaînement causal des événements d'une partie de la vie d'un individu. Cette criminogénèse implique également d'établir le type de relation causale existant entre l'éventuel diagnostic psychiatrique et la conduite délictueuse incriminée. Ici, on quitte le domaine du fait scientifique pour entrer dans celui de l'interprétation. Cette interprétation mélange des niveaux différents : connaissances scientifiques, expériences cliniques, raisonnements logiques plus proches du sens

commun que de connaissances particulières. A ces niveaux, les discordances entre experts seront fréquentes. Ceci d'autant plus qu'il est difficile d'imaginer une relation causale linéaire entre un fait biologique et le crime dont la définition peut varier selon les époques et les civilisations. Il faut en outre se rappeler qu'une expertise n'est jamais qu'une «étude de cas». Or, «l'étude de cas» a des limitations nettes dues au fait que l'information obtenue par cette technique est faible scientifiquement [6]. En effet, elle ne contrôle pas les divers facteurs qui pourraient rendre compte d'une façon tout aussi valable des résultats observés. De nombreuses explications alternatives sont en effet disponibles pour expliquer à posteriori le comportement observé. Il n'est pas possible d'identifier de façon incontestable les événements précis qui ont été cruciaux dans l'apparition de la conduite délictueuse. Le juriste et l'expert doivent être clairement conscients de cette limitation au niveau de la validité de la criminogénèse proposée par une expertise psychiatrique. Il devient normal, à ce moment, d'accepter que le juge, se basant sur son bon sens et sur une appréciation raisonnable de l'expérience clinique de l'expert tranche entre les explications alternatives qui lui sont présentées de part et d'autre. Idéalement, ceci implique bien sûr que le juriste ait une connaissance suffisante de la psychiatrie, et les moyens d'apprécier valablement les compétences des experts face à lui. Cela rend également nécessaire la mise au point d'un enseignement spécialisé des futurs experts psychiatres.

b) *Recours au débat contradictoire* : dans la procédure juridique, l'expert psychiatre n'est pas un témoin puisqu'il ne lui appartient pas de faire une simple relation spontanée des faits. Il n'est pas non plus une sorte de «juge scientifique», puisqu'il ne lui appartient pas de trancher le conflit. En fait, sa fonction est avant tout de compléter l'information objective du juge et des parties. Cette mission s'inscrit au sein d'une procédure contradictoire : son avis peut être opposé à celui d'un autre expert et la décision finale d'évaluation de la valeur de chacune des expertises relève du juge ou du jury. Il est souvent difficile au psychiatre d'accepter de se voir acteur au sein d'une telle procédure contradictoire. Il peut heurter son sens de la valeur scientifique de son diagnostic de le voir, non pas accepté comme tel, mais soumis à l'appréciation arbitraire d'une personne n'ayant pas ses connaissances particulières dans ce domaine.

c) *Non-focalisation sur l'individu* : l'évolution des sciences humaines fait que le sujet n'est plus considéré uniquement comme un individu

atteint d'une maladie ou d'une anomalie, mais bien comme un individu présentant des prédispositions génétiques, des apprentissages à certains troubles et les exprimant au sein d'une interaction dans un réseau social. L'expertise psychiatrique judiciaire se focalise sur l'analyse de l'individu au dépens d'une évaluation concomitante de l'environnement social de la personne. Elle se trouve donc en porte-à-faux par rapport au modèle théorique actuel d'analyse et de prise en charge psychiatrique.

3) *Lutte entre deux discours* : Smith [11] souligne que depuis le départ de leur collaboration, les psychiatres et le système légal travaillent à partir d'hypothèses théoriques différentes de la nature de l'action humaine. Sa thèse est que l'aboutissement à l'un ou l'autre verdict dépend finalement de la décision quant au discours utilisé. Cette décision de recours à l'une ou l'autre des théories en présence est finalement prise en fonction des valeurs prônées. La loi impute une responsabilité à partir du moment où il y a une action voulue impliquant la connaissance, le mobile et l'intention. Le jugement se fonde sur ces concepts. Par contre, pour les psychiatres, l'élément déterminant est souvent la présence ou l'absence d'une maladie susceptible de trancher en termes de responsabilité [4]. Dès le départ, au milieu du siècle passé, de nombreux aliénistes n'ont pas admis que ce qu'ils considéraient eux comme une vérité scientifique, puisse être réduite à une façon de voir parmi d'autres, acceptée ou rejetée arbitrairement par un juge ou un jury. Le conflit se situa donc d'emblée entre un discours volontariste et un discours déterministe [2, 3]. Selon leur ralliement à l'une ou l'autre de ces formes de discours, le juriste et le psychiatre «reconstruisent» différemment l'enchaînement causal d'un crime. Smith [12] rapporte en détail un exemple frappant de ces reconstructions antagonistes. Au cours d'une nuit de juin 1854, madame Mary-Ann Brough égorga ses six enfants et tenta ensuite de s'égorger elle-même. Elle fut jugée pour ce crime.

Le rapport de l'aliéniste mettait en évidence qu'elle avait souffert de maux de tête sévères qui avaient amené ses médecins à lui conseiller d'éviter toute forme d'excitation. En décrivant ses crimes, elle évoquait le fait qu'elle était fatiguée, qu'elle avait un moral bas et que son esprit avait été comme «assombri par un voile noir». Pendant son emprisonnement, elle développa une paralysie partielle transitoire avec atteinte du langage. Le rapport de l'aliéniste conclut à une forme de dépression avec maladie cérébrale entraînant une incapacité à contrôler ses actions.

Par contre, le juriste dans sa reconstruction causale soulignait que cette inculpée avait entretenu pendant des années une relation adultérine clandestine avec un homme d'un village proche. Une semaine avant le meurtre, son mari avait découvert cette infidélité, quitté le domicile et demandé le divorce. Selon le point de vue du juriste, confrontée avec les conséquences de son immoralité, cette femme réagit de façon absolument égoïste en préférant assassiner ses enfants que de les perdre. Selon ce point de vue, les meurtres n'auraient pas eu lieu si elle avait contrôlé volontairement ses pulsions au cours des années précédentes. Si elle était maintenant en état de dépression, son dérangement mental n'était finalement que le résultat de sa vie immorale au cours des nombreuses années antérieures.

Cet exemple montre de façon caricaturale qu'il y a dans l'évaluation d'une criminogénèse le ralliement subjectif à des valeurs différentes. Ici, soit un discours déterministe mettant en évidence les éléments de pathologie mentale et leur attribuant la valeur d'une cause explicative et un discours moralisant faisant d'un état dépressif l'aboutissement d'une vie volontairement dissolue.

CONCLUSIONS

Ces quelques réflexions visent à aider le juriste et le psychiatre dans la compréhension de leurs approches respectives. Deux éléments prédominent : d'une part la nécessité d'une formation minimum et réaliste quant au mode de pensée de l'autre. D'autre part, la nécessité de situer le rôle institutionnel de chacun dans ce dialogue obligé et utile.

BIBLIOGRAPHIE

- [1] DSM-III : *Manuel diagnostique et statistique des troubles mentaux*. Paris, Masson, 1983.
- [2] FEIGL, H. : Philosophical embarrassments of psychology. *Am. Psychologist*, 1959, **14**, 115-128.
- [3] FURLONG, F. W. : Determinism and free will : review of the literature. *Am. J. Psychiatr.*, 1981, **138**, 4, 435-439.
- [4] HAMILTON, J. R. : Diminished responsibility. *Brit. J. Psychiatr.*, 1981, **138**, 434-436.
- [5] HEINROTH, J. C. : *Textbook of disturbances of mental life or disturbances of the soul and their treatment (1818)*. Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1975.

- [6] KAZDIN, A. E. : *Research design in clinical psychology*. New-York, Harper & Row, 1980.
- [7] MEELH, P. E. : Psychology and the criminal law. *University of Richmond Law Review*, 1970, **5**, 1-30.
- [8] MIALET, J. P. : Normalité, normativité et marginalité. *Ann. Med. Psychol.*, 1980, **138**, 9, 1079-1093.
- [9] *President's Commission Mental Health Final Report*. Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1978.
- [10] SIEGLER, M. ; OSMOND, H. : *Models of madness, models of medicine*. New-York, Harper Colophon Books, 1976.
- [11] SMITH, R. : Mental disorder, criminal responsibility and the social history of theories of volition. *Psychol. Med.*, 1979, **9**, 1, 13.
- [12] SMITH, R. : Scientific thought and the boundary of insanity and criminal responsibility. *Psychological Medicine*, 1980, **10**, 1, 15-23.
- [13] SZASZ, T. S. : *Le mythe de la psychothérapie*. Paris, Payot, 1983.
- [14] WOOD, J. C. : The impact of legal modes of thought upon the practice of psychiatry (the fifty-fifth mandsley lecture). *Brit. J. Psychiatr.*, 1982, **140**, 551-557.
- [15] WOOTTON, B. : Psychiatry, ethics and the criminal law (the fifty-third mandsley lecture). *Brit. J. Psychialtr.*, 1980, **136**, 525-532.
-

TITRE XIX

Le souci de ne pas punir

par Foulek Ringelheim

La justice, après s'être laicisée, détachée de l'emprise religieuse et théologique, renoue avec la psychiatrie de nouveaux liens ambigus qui ne sont pas sans analogie avec le rapport que la justice a toujours entretenu avec le religieux.

Paul RICŒUR (Le droit de punir, Cahiers de Villemétrie, mars-avril 1958).

L'un des traits caractéristiques de notre société est, sans doute, le psychologisme, sorte de névrose sociale qui constate à réduire les rapports sociaux à des phénomènes psychologiques, à interpréter psychologiquement toute action humaine, à chercher dans tout événement une vérité psychologique. L'intervention du psychologue ou du psychiatre s'est généralisée dans tout le corps social. Du berceau au cercueil, en passant par l'école, l'armée, l'usine ou le bureau, la conduite de chaque individu est à ce point contrôlée qu'il devient de plus en plus improbable que quiconque échappe à la fouille corporelle de l'expert en psychologie. Le nombre de demandeurs de soins psychologiques, augmente constamment. Beaucoup pratiquent la psychothérapie, individuelle, familiale ou de groupe, comme une forme d'hygiène de l'âme, aussi nécessaire à l'équilibre psychologique que le sport l'est à la santé physique. Il n'est pas indispensable d'éprouver un malaise pour se soumettre à un traitement : le désir de se connaître mieux, l'espoir de rencontres intéressantes, la volonté d'être dans le coup, sont des motifs suffisants. Tout écart de conduite, une originalité excessive, un spleen trop mélancolique sont justiciables d'un verdict psy. L'idée d'une thérapie des gens normaux est parfaitement réa-

liste (1). Reculant toujours plus loin les limites de l'investigation psychologique, la psychothérapie des animaux propose de traiter les rapports névrotiques qui se nouent entre les bêtes domestiques et leurs maîtres (2).

La généralisation de l'intervention psychiatrique est l'indice d'un changement des critères habituels de la normalité. Le bon père de famille, raisonnable, sérieux, fidèle à son épouse et à son employeur, est en voie de marginalisation. Le refus de confier au psychiatre les échecs scolaires de ses enfants ou ses difficultés conjugales, sera bientôt perçu comme un signe d'obscurantisme. L'homme normal se reconnaîtra à son aptitude à exister psychopathologiquement.

La langue populaire s'est enrichie d'un vocabulaire qui témoigne de la vitalité de la nouvelle culture psychologique, suivant l'expression de Robert Castel (3). Les mères observent l'évolution de l'œdipe de leurs garçons ; les pères s'efforcent de produire une image paternelle forte ; les cadres des sociétés commerciales s'adonnent à l'analyse transactionnelle ; le voisin difficile est un schizophrène ; le politicien traite son adversaire de paranoïaque ; l'invective acquiert l'autorité d'un diagnostic ; fuyant un monde «dément» ou «débile», les gens se replient «au niveau de leur vécu». La vulgarisation psychiatrique finit aussi par secréter sa langue de bois, qui exprime bien l'air du temps, le style d'une époque.

LE DROIT MALADE DE LA MÉDECINE ?

Ce mouvement de psychologisation de la société n'a pas épargné la justice. La justice criminelle en particulier, qui a même joué dans ce domaine un rôle de précurseur, n'est plus ce qu'elle était. Dans un décor immuable, c'est une autre pièce qui se joue sur la scène judiciaire. L'apparition de nouveaux personnages, la subversion du langage juridique par des concepts étrangers au droit, ont entraîné des changements dans la distribution des rôles, dans l'exercice du pouvoir de décision, dans le statut du justiciable.

Devant les juridictions civiles, à l'occasion de litiges relatifs à l'état et à la capacité des personnes (procédures en divorce, en interdiction), des

(1) CASTEL, Robert. *La gestion des risques*, Paris, Minuit, 1981, p. 171.

(2) BRIDA, Monique, *Les animaux malades des hommes*, Paris, Albin Michel, 1983.

(3) CASTEL, Robert, *op. cit.*, p. 155 et s.

psychologues, des assistants sociaux, des psychiatres sont appelés à déposer des rapports qui serviront à étayer les jugements.

C'est, bien entendu, au pénal que les changements sont les plus flagrants. Réservée naguère aux cas de folie manifeste et aux criminels relevant de la Cour d'assises, l'intervention du psychiatre est devenue monnaie courante devant le tribunal correctionnel. L'examen psychiatrique peut être ordonné, pour les délits les plus communs, à tous les stades de la procédure, par le juge d'instruction, par le parquet, par la juridiction de jugement. La psychiatrie a investi le système pénal dans son ensemble. Tout savoir est source de pouvoir. Les juges se sont-ils laissés subjugué par le savoir psychiatrique au point de lui concéder un pouvoir de plus en plus large au détriment du leur ? On en vient à se demander parfois lequel, du juge ou du psychiatre, est l'auxiliaire de l'autre, lequel des deux est le véritable maître de la décision concernant le sort de l'inculpé.

La situation actuelle de la justice pénale est l'aboutissement d'une longue évolution qui a commencé dès la première moitié du XIX^e siècle et qui n'est sans doute pas achevée.

Les rapports entre le psychiatre et le juge au sein de l'institution judiciaire, conflictuels pendant un certain temps, ont fini par tourner à l'avantage du premier avec l'assentiment du second. Pourquoi ?

Le droit pénal a essentiellement pour fonction de protéger la société en punissant les auteurs d'actes prohibés, qualifiés d'infractions. La psychiatrie se donne pour objet le traitement de la maladie mentale. Droit pénal et psychiatrie obéissent à des logiques différentes : l'un réprime et l'autre soigne. La psychiatrisation du pouvoir de punir implique une interpénétration de deux systèmes conceptuels tout à fait distincts. La rationalité médicale vient court-circuiter la rationalité juridique. Le droit pénal ne serait-il pas malade de la médecine ? En tout cas il y a là une confusion qui obscurcit l'intelligibilité de notre système punitif.

Je voudrais, dans les limites de cet article, tenter de percevoir la portée des changements que la psychiatrie a apporté à la pratique judiciaire. Une telle recherche passe naturellement par un rapide parcours historique. Il ne s'agit pas de refaire en quelques pages l'histoire du système pénal mais d'en retenir quelques moments significatifs.

Le code pénal n'a pas fondamentalement changé depuis sa promulgation en 1810 en France, en 1867 en Belgique. On y trouve toujours la

même classification tripartite des infractions – contraventions, délits, crimes – auxquelles correspondent des peines pécuniaires et des peines privatives de liberté, délimitées entre un minimum et un maximum. La nature de chaque infraction est déterminée par le type de peine dont elle est assortie. Sont instituées infractions certains actes qui portent atteinte à des valeurs sociales ou morales, à des intérêts que le législateur juge suffisamment importants pour être pénalement protégés. Le code pénal initial a été peu à peu complété par les lois qui ont, soit modifié la définition de certaines infractions, soit créé des infractions nouvelles qui font partie intégrante du code (Loi du 15 mai 1912 sur la protection de l'enfance : loi du 25 mars 1929 sur l'émission de chèques sans provision) ⁽⁴⁾.

A ce noyau permanent qui constitue le fond commun du droit pénal, sont venues s'ajouter d'innombrables infractions résultant de lois et règlements particuliers, en matière sociale, fiscale, administrative, commerciale, qui forment un droit pénal spécifique, en perpétuelle croissance. Il n'est pratiquement pas de loi dont la transgression ne soit pas pénalement sanctionnée. Ce flux législatif incessant, qui recule «les frontières de la répression» ⁽⁵⁾, a laissé intacts les principes généraux qui, depuis le début du XIX^e siècle, régissent l'exercice du droit de punir. Mais à partir du socle que constitue le code, s'est déployé, par strates successives, un vaste corpus doctrinal où se donne à lire l'histoire des idées pénales et notamment les diverses conceptions de la peine qui se sont succédées durant plus d'un siècle et demi.

POURQUOI LA PUNITION

La justification de la peine demeure à la fois le pont-aux-ânes et la grande énigme de la philosophie pénale. Pourquoi punit-on ? Tous les traités de droit pénal exposent les différentes théories de la peine qui ont prévalu à l'une ou l'autre époque. Mais, de même que l'enfant, après avoir longuement écouté, réitère imperturbablement sa question, le problème de la punition resurgit toujours, entier, irrésolu, irritant comme un défi : pourquoi punir ?

⁽⁴⁾ CONSTANT, Jean, *Traité élémentaire de droit pénal*, Liège, 1975, p. 61 et s.

⁽⁵⁾ *Les frontières de la répression*, actes du Congrès de criminologie, Bruxelles, 1972. Éd. de l'U.L.B., 2 vol., 1974.

Il importe de bien distinguer le pourquoi et le comment, la raison d'être et les raisons de faire, la question de la légitimité du châtement et celle des moyens et des buts de la répression. Distinction élémentaire mais qui n'est pas toujours faite.

Les théories relatives au fondement de la peine influent, évidemment sur les choix des méthodes appliquées et des objectifs recherchés, mais celles-là et ceux-ci sont sur des plans différents.

La vengeance, matrice de la peine juridique, n'a pas disparu sans laisser de trace. Elle explique en partie la fureur des châtements de l'ancien régime et continue de hanter la punition, comme un désir refoulé, dans la mesure où celle-ci contient une modalité inavouée de représailles. Irrecevable au titre de fondement rationnel de la punition, la vengeance n'en demeure pas moins, peut-être, sa secrète vérité ⁽⁶⁾.

La théorie du contrat social, rejetée par la plupart des criminalistes comme reposant sur le mythe d'un pacte originel sempiternellement reconduit et sur la fiction de l'adhésion de chaque membre de la société, ne se laisse pas facilement écarter. Depuis le XVIII^e siècle, elle ne cesse de réapparaître de manière insistante au détour de toute réflexion sur les fondements politiques du droit pénal. Elle place d'emblée le problème de la punition au cœur du politique, c'est-à-dire dans le rapport des individus au pouvoir. Les autres théories traditionnelles – protection de l'ordre social, légitime défense de la société – en sont plus ou moins dérivées. Mais celles-ci proposent moins un fondement du droit de punir, une définition de l'essence de la punition qu'une justification a posteriori de la peine. Le fondement de la punition est cherché, non dans son rapport fondamental au droit mais dans son utilité sociale.

Pour l'école utilitaire, à laquelle est attaché le nom de Bentham, la punition a pour fonction essentielle la prévention par l'intimidation.

Au XIX^e, l'école positiviste de Cesare Lombroso et de Enrico Ferri ⁽⁷⁾, dédaignant la recherche des fondements, considère la peine comme un moyen d'amendement. Lombroso mesure les crânes et analyse les urines des criminels ; la philosophie pénale est relayée par la science.

⁽⁶⁾ «Châtiment, paiement d'honoraires fixés par la puissance qui protège le mal-facteur contre les excès de la vengeance». NIETZSCHE, *La généalogie de la morale*, Paris, Mercure de France, 1948, p. 130.

⁽⁷⁾ LOMBROSO, Cesare, *L'homme criminel*, Paris, Alcan, 1895. FERRI, Enrico, *La sociologie criminelle*, Paris, Rousseau, 1893.

Les conceptions positivistes marqueront le développement de la criminologie au xx^e siècle. On donne la primauté à l'étude du criminel et à la détermination des causes de la criminalité ; on ne s'intéresse à la punition que sous l'angle de son efficacité.

Séduits par le discours criminologique, dès la fin du xix^e siècle, bon nombre de juristes, mettant entre parenthèses les spéculations sur le libre arbitre, conçoivent la peine comme une méthode de réadaptation sociale et fondent le droit de punir sur les nécessités de la défense sociale.

A côté des peines apparaissent des «mesures de sûreté» destinées à neutraliser certains délinquants dangereux, anormaux ou non. Ces mesures ressemblent à s'y méprendre aux peines qu'elles sont réputées ne pas être.

L'école de la défense sociale nouvelle créée en 1947 par Filippo Grammatica⁽⁸⁾, propose de remplacer le droit pénal et la punition par un système curatif et éducatif : les délinquants sont des malades, il faut les soigner ; la criminalité est un problème de socialisation ; la question du fondement de la punition disparaît en même temps que celle-ci.

Si l'on considère les tendances actuelles à la psychiatisation de la délinquance, les théories de Grammatica prennent, rétrospectivement, un accent prophétique. La peine ne tend-elle pas, en effet, à se dissiper sous le traitement psychiatrique ?

Les diverses justifications de la peine qui viennent d'être évoquées ont toujours plus ou moins coexisté. Selon les époques, en fonction des découvertes scientifiques, suivant la conception dominante du crime et du criminel, le discours pénal mettait en valeur l'une des fonctions de la peine, reléguant les autres au second plan. Quelles qu'aient pu être, par exemple, les justifications prioritaires de la peine, la dissuasion a toujours constitué une de ses finalités. Toute conception de la peine recèle une arrière-pensée utilitaire.

La théorie de la punition est, aujourd'hui, toujours dans l'impasse, comme l'explique Paul Ricœur : ««Supprimer un mal subi par un mal commis». L'impensé de la peine, c'est la suppression de la violation. C'est sur cette aporie que viennent buter toutes les théories de la peine. A quoi bon proportionner la grandeur de la peine à celle du crime, si on

⁽⁸⁾ GRAMMATICÀ, Filippo, *La défense sociale*, Rev. Intern. Pol. Crim., 1961, p. 239 et s.

ne conçoit pas la fonction assignée à la peine ? Il est bien, il est nécessaire que la défense sociale l'emporte sur la vengeance, l'intimidation sur le châtiment, la menace sur l'exécution, l'amendement sur l'élimination. Mais si l'on exclut toute intention de supprimer la violation du droit dans le sujet de la violation, c'est l'idée même de la peine qui s'évanouit. Le crime et le criminel sont alors simplement nocifs et «on peut peut-être juger déraisonnable de vouloir un mal pour cela qu'un mal existe déjà» (Hegel). Telle est l'aporie du droit pénal : rationaliser la peine selon l'entendement, en éliminant le mythe de l'expiation, c'est en même temps la priver de son principe»⁽⁹⁾.

La médicalisation des sanctions élargit l'impasse. Dès lors que le juge répugne de plus en plus à infliger des punitions, qu'il s'efforce d'édulcorer la peine par des mesures de tutelle ou des psychothérapies, c'est le sens même de la justice pénale qui se trouve perdu.

La référence au code pénal risque alors de devenir purement rituelle et symbolique. Que signifie une telle évolution ?

Le système pénal issu du code de 1810 est sous-tendu par les figures jumelles du sujet de droit et du bon père de famille, esquissées dans la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et dans le code civil. L'homme est un être rationnel, libre et responsable de ses actes. Le contrat devient le paradigme de l'organisation économique et sociale de la société. L'État garantit le fonctionnement spontané de l'économie de marché. La société libérale, marchande et industrielle qui se dégage de la Révolution, est structurée par le droit, administrée par les juristes, éclairée par l'idéologie juridique. L'État de droit surplombe une société juridique dans laquelle les sujets de droit, personnes physiques ou morales, juridiquement égaux, s'engagent librement par contrats. Les conventions librement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, proclame l'article 1134 du code civil. L'État est l'incarnation de la Raison. Ceux qui perturbent l'harmonie sociale doivent être arrêtés : éliminés ou ramenés à la raison. Or il y a deux espèces de perturbateurs : le criminel et le fou.

⁽⁹⁾ RICŒUR, (P.), *Interprétation du mythe de la peine*, dans *Le mythe de la peine : actes du colloque organisé par le centre international d'études humanistes et par l'institut d'études philosophiques de Rome*, 7-12 janvier 1976, Paris, Aubier, 1967, p. 26.

Le criminel rompt le pacte social, s'exclut lui-même de la communauté : il doit être puni. La tâche du juge obéit à des règles simples : il constate que l'accusé est bien l'auteur de l'acte incriminé et prononce une punition en se référant à la tarification légale.

L'aliénation mentale de l'inculpé supprime la responsabilité, l'infraction et, partant, la punition. L'article 71 du code pénal belge (64 du code pénal français) décide qu'il n'y a pas d'infraction lorsque l'accusé ou le prévenu était en état de démence au moment du fait. Il est acquitté et, s'il représente un danger pour la sécurité publique, colloqué dans un asile d'aliénés.

Le code pénal trace une frontière nette entre la raison et la folie. Cette frontière sera le lieu d'une guerre de cent ans entre le médecin aliéniste et le juge. A travers cette lutte pour l'exercice du pouvoir dans l'instance judiciaire, on verra le premier envahir, pied à pied, le domaine du second.

Durant le Moyen Age, jusqu'au xv^e siècle, tandis que les juridictions laïques tiennent le fou pour irresponsable, l'inquisition l'assimile à l'hérétique : les tribunaux ecclésiastiques voient en lui l'incarnation du mal ; ils le vouent au bûcher ou à la Nef des fous, cet «étrange bateau ivre qui file le long des calmes fleuves de la Rhénanie et des canaux flamands»⁽¹⁰⁾.

Au cours des xv^e et xvi^e siècles la science médicale se libère de la tutelle théologique, la folie est perçue comme une maladie qui exclut la responsabilité pénale. La création de l'Hôpital général de Paris par l'Édit du 22 avril 1566 consacre l'internement des insensés. L'ordonnance criminelle d'août 1670, qui inspirera le code d'instruction criminelle de 1808, les soustrait à la punition.

Mais jusqu'au xix^e siècle l'expertise psychiatrique est rare⁽¹¹⁾. Le juge n'a pas besoin des lumières de la médecine pour reconnaître, sous le délire ou la véhémence du geste, le visage grimaçant de la folie; Le code pénal de 1810 pose les conditions légales de l'imputabilité pénale : «l'homme responsable en droit positif est l'homme doué de l'activité

⁽¹⁰⁾ FOUCAULT, M., *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, Gallimard, 1972, p. 18.

⁽¹¹⁾ X., *Magie noire et robe blanche*, dans ACTES, cahiers d'action juridique bimestrielle, Paris, N^{os} 5/6, 1974, p. 8.

psychique régulière (...), et la responsabilité pénale suppose l'exercice ordinaire des facultés de volition et d'intelligence»⁽¹²⁾. La folie ordinaire est patente : le dérèglement de la raison se voit à l'œil nu.

Se détachant des conceptions rationalistes, voire idéalistes, définissant la démence comme une perturbation de l'esprit, la psychiatrie étudie les liens entre l'âme et le corps et se plie aux méthodes expérimentales. En France les travaux de Pinel (1745-1826) sur la classification des maladies mentales stimulent le mouvement de médicalisation de la psychiatrie qui était, jusque là, pour une bonne part, d'inspiration philosophique.

Les successeurs de Pinel : Esquirol (1772-1840), Ferrus (1784-1861) et Leuret (1797-1851) s'intéressent beaucoup à la criminalité⁽¹³⁾. Ils enseignent que des pulsions incontrôlables peuvent obscurcir la conscience et pousser au crime des hommes apparemment en possession de leur raison. Quelques crimes monstrueux et inexplicables, commis dans les années 1830 (Affaires Léger, Papavoine, Cornier, Rivière⁽¹⁴⁾) : meurtres d'enfants, cannibalisme, parricide), et qui se concluent par des condamnations à mort, paraissent donner corps à cette thèse. Les psychiatres se saisissent de ces affaires étranges pour élargir la notion juridique de la démence et convaincre les juges de déférer à leur examen l'état mental des criminels. A cette époque, Esquirol «découvre» la monomanie et introduit une nouvelle classification des troubles mentaux. Le concept de monomanie – obsession, idée fixe, fixation malade sur un fait ou sur un objet – marque un tournant dans l'histoire de la médecine mentale : il permet de distendre la définition de la folie, en brouillant la ligne de démarcation entre le normal et l'anormal. Les médecins aliénistes, à la suite d'Esquirol, soutiennent que la monomanie peut provoquer des délits et des crimes, dont les auteurs sont justiciables, non d'une punition mais d'un traitement psychiatrique.

L'idée qu'il puisse exister des formes de folie sans délire, ou bien des délires intérieurs, silencieux, invisibles, des moments de folie passagère,

⁽¹²⁾ PRINS, Ad., *Science pénale et droit positif*, Bruxelles, Bruylant, 1899, p. 170.

⁽¹³⁾ ALEXANDER, F. G. et SELESNICK, S. T., *Histoire de psychiatrie*, Paris, Armand Colin, 1972, p. 156.

⁽¹⁴⁾ *Moi, Pierre Rivière, ayant égorgé ma mère, ma sœur et mon frère ... Un cas de parricide au XIX^e siècle*. Présenté par Michel FOUCAULT, Paris, Gallimard-Julliard, 1973.

des états intermédiaires entre la raison et la déraison, complique le problème de la responsabilité. On commence à parler de responsabilité atténuée, de responsabilité partielle : un non sens juridique qui ne va pas tarder à se transformer en règle de droit, par l'adoption de dispositions légales instaurant les circonstances atténuantes, justifiant une réduction de peine (Loi française de 1832 modifiant le code de 1810 ; articles 80 à 85 du code pénal belge de 1867).

Mais l'extension de l'univers de la folie, la diversification de ses modalités, l'émergence de formes d'aliénation plus ou moins occultes, augmentent la crainte qu'inspirent les troubles mentaux. La folie apparaît d'autant plus effrayante qu'elle se cache, d'autant plus dangereuse qu'elle se fait insaisissable.

La «dangerosité» du délinquant, comme du malade mental, deviendra, pour longtemps, un thème central du discours criminologique. Les psychiatres n'auront pas grand mal à convaincre les juges d'en appeler à leur compétence et à leur savoir pour déceler, derrière le crime, une éclipse de la raison, une pathologie sournoise, une perversion impénétrable. Le juge sera tenté de recourir au ministère du psychiatre chaque fois que l'attitude du criminel éveillera le soupçon d'un désordre psychique possible. Jusqu'au jour où ce soupçon résultera de la perpétration même du crime. Accroissement des zones d'irrationalité, inadéquation de plus en plus marquée de la punition. Comme l'observe Robert Castel, «foyer de désordre, (le fou) doit plus que jamais être réprimé, mais selon un autre système de punitions que celui aménagé par les codes pour ceux qui ont volontairement transgressé les lois. Ilôt d'irrationalité, il doit être administré, mais selon des normes différentes de celles qui assignent à leur place et assujettissent à leurs tâches les sujets «normaux» d'une société rationnelle. Ces contradictions ont introduit une pratique d'expertise au cœur du fonctionnement des sociétés modernes»⁽¹⁵⁾.

Pratiquant une sorte d'exorcisme scientifique, la psychiatrie prétend débusquer l'impalpable maladie qui a poussé au crime un homme apparemment raisonnable.

Cette entrée en force des psychiatres sur la scène judiciaire, n'est que la périπέtie la plus visible d'une offensive générale visant à implanter le pouvoir médical dans les institutions hospitalières ainsi que dans les organismes de contrôle des différentes formes d'aliénation mentale et

⁽¹⁵⁾ CASTEL, Robert, *L'ordre psychiatrique*, Paris, Minuit, 1976, p. 21.

d'inadaptation sociale. La loi française du 30 juin 1938, la loi belge du 19 juin 1950 sur le régime des aliénés, qui définissent un nouveau statut juridique du fou, fournissent un fondement légal à la mise en œuvre du projet médical. Michel van de Kerchove a bien montré comment la collocation – mesure médico administrative – est devenue, à partir de 1850 en Belgique, au détriment de l'interdiction judiciaire, le rouage le plus important du dispositif de placement des aliénés. L'office du juge se voit peu à peu évincé par le pouvoir conféré aux médecins et aux autorités administratives de décider seuls de la collocation des aliénés. Justification d'un tel régime, moins soucieux de la liberté individuelle : la sécurité publique ⁽¹⁶⁾.

Robert Castel a analysé dans le détail la stratégie déployée par les médecins aliénistes pour médicaliser la folie, en étendre la définition, en multiplier les indices, lui annexer des manifestations de plus en plus variées de criminalité, s'imposer enfin comme les experts de la psychologie criminelle et imposer la psychologie criminelle comme le critère déterminant de la sanction. Il a décrit la résistible conquête par la psychiatrie, des institutions aussi bien judiciaires que médico-administratives, la subversion du langage juridico-pénal par les concepts psychiatriques, l'édification d'un «ordre psychiatrique», aujourd'hui solidement installé ⁽¹⁷⁾.

Dans cette partie de chasse où la folie poursuit le crime, les instruments juridiques paraissent de plus en plus dépassés par un savoir psychiatrique en pleine expansion.

L'appareil judiciaire réagit d'abord assez vivement. Un avocat, Elias Regnault, publie en 1828 un pamphlet intitulé : *Du degré de compétence des médecins dans les questions judiciaires relatives aux aliénations mentales*, où il s'écrie : «Repoussons ces courtisans de l'humanité qui prétendent l'honorer en faisant d'un crime une maladie et d'un meurtrier un fou» ⁽¹⁸⁾. Le débat actuel sur la psychiatisation de la justice pénale se trouve dans ces mots.

Mais la résistance des juristes sera de courte durée. Au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle, la pratique de l'expertise médicale devant

⁽¹⁶⁾ VAN DE KERCHOVE, Michel, *Le juge et le psychiatre*, Évolution de leurs pouvoirs respectifs, dans : *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, p. 311 et s.

⁽¹⁷⁾ CASTEL, Robert, *op. cit.*

⁽¹⁸⁾ Cité par Robert CASTEL, *ibid.*, p. 178.

les juridictions répressives se généralise. «On assiste, depuis quelques temps, note un auteur, à ce phénomène de nombreuses expertises médicales dans les affaires criminelles pour vérifier, d'après les actes d'une personne, d'après la conformation de son cerveau, d'après son hérédité, à quel degré on peut la considérer comme jouissant de la plénitude des facultés nécessaires pour que la loi pénale puisse (s'exercer)»⁽¹⁹⁾.

Les avocats sont généralement enclins à considérer le psychiatre comme un allié dont le rapport pourra être interprété de manière à susciter la sympathie ou du moins une certaine compréhension du juge envers le prévenu et à réduire les rigueurs de la loi pénale.

La justice pénale est désormais influencée par des schèmes scientifiques, sur lesquels va, d'ailleurs, s'élaborer la criminologie. Il y aura entre celle-ci et la médecine psychiatrique des convergences significatives. Dans la recherche des causes, l'une comme l'autre oscillent entre une conception organiciste et une vision morale de la délinquance et de la maladie mentale. Tantôt on relève l'existence de lésions organiques, tantôt on souligne le dérèglement des mœurs. La théorie de la dégénérescence, développée par le neuropsychiatre Morel (1809-1873) pour expliquer l'apparition de certaines maladies mentales⁽²⁰⁾, est appliquée par l'anthropologue Lombroso à l'étude de son «homme criminel». Ce père de la criminologie tient les criminels pour des dégénérés biologiques, des tarés ataviques. Il mesure minutieusement, de la pointe des orteils aux lobes des oreilles, plusieurs milliers de criminels ; il soupèse et compare leurs organes, il observe leur tatouage, leur sexualité, leur gaucherie, leur physionomie, leurs réflexes tendineux, leur sens moral, leurs anomalies crâniennes, leurs conceptions étranges, leur perversion politique (l'anarchisme), et il établit, sur la base de ces observations une taxinomie «scientifique» des types criminels, au centre desquels surgit le couple formé par le criminel-né et le fou moral, ce dernier étant défini comme un «crétin du sens moral»⁽²¹⁾.

(19) PANDECTES BELGES, t. 7, V^o Aliénés, col. 96, n^o 20, Bruxelles, Larcier, 1882.

(20) «La dégénérescence est une déviation par rapport au type humain normal, qui est transmissible par l'hérédité et qui s'aggrave peu à peu jusqu'à l'extinction de la famille». Morel ; cité par Alexander et Selesnick, *op. cit.*, p. 180.

(21) LOMBROSO, C., *op. cit.*, préface de l'auteur, p. xi. Comment ne pas être frappé par l'analogie entre les classifications lombrosiennes fondées sur les traits physiques, entre cette conception qui fait du criminel un être d'essence inférieure d'une part, et d'autre

Le développement de la criminologie aux XIX^{e} et XX^{e} siècles aura des conséquences majeures sur l'évolution du droit de punir. Le crime et le criminel sont devenus objets de science. Le juridique perd du terrain. L'ordre des préoccupations se déplace. On s'intéresse moins à l'infraction comme phénomène juridique qu'à la personnalité de son auteur, moins à l'acte qu'à la manière. Un spectre hante la justice criminelle : le spectre de l'état dangereux, lequel est commun aux fous et aux délinquants. La réaction sociale au crime va s'ordonner autour de cette notion vague de dangerosité. Il s'agit de protéger la société contre les catégories d'individus qui, à raison de leurs agissements, de leur état mental, de leurs conditions matérielles d'existence, représentent un danger virtuel. La doctrine de la défense sociale et l'idéologie sécuritaire qui en est le corollaire, dominant le droit pénal. Or la logique de cette doctrine de l'efficacité s'oppose aux règles du droit pénal classique ; elle conduit, en effet, à sanctionner pénalement des individus, non seulement pour des infractions dûment établies, mais encore pour le mal qu'ils pourraient possiblement commettre. Certaines catégories sociales, créditées d'un taux élevé de dangerosité seront soumises à une surveillance toute spéciale. La fameuse équation «classes laborieuses-classes dangereuses» jette la suspicion sur l'ensemble du prolétariat industriel. Ce n'est pas un hasard si les plus misérables de ces prolétaires fournissent les plus gros effectifs de délinquants, pensionnaires des bagnes et des prisons. Des gens réputés dangereux en raison de leur mode de vie marginal font l'objet de mesures privatives de liberté, en l'absence même de tout délit : les mendiants et les vagabonds. «La science moderne reconnaît qu'il y a une espèce de mendicité et de vagabondage qui est, en quelque sorte, le stage de la criminalité et se trouve en rapport direct avec elle; cette espèce de mendicité et de vagabondage, sans être un délit, peut devenir un état dangereux contre lequel la société doit réagir et prendre des mesures» (22). La loi belge du 27 novembre 1891 organise la mise à la disposition du gouvernement, dans des établissements spéciaux, des

part l'anthropologie raciste qui fleurit en Europe dans la première moitié du XX^{e} siècle atteignant, bien entendu, son apogée dans l'Allemagne nazie ? Voir notamment MONTANDON, Georges (professeur à l'école d'anthropologie de Paris), *Comment reconnaître et expliquer le juif ?* (avec dix clichés hors texte), Paris, Nouvelles éditions françaises, 1940.

(22) PRINS, Ad., *op. cit.*, p. 570.

mendiants et des vagabonds. Ce n'est pas une peine, précise-t-on, mais une mesure de sûreté.

Dans le but de conjurer le danger dès ses prémices, la loi du 27 novembre 1891, sur l'enfance abandonnée, puis la loi du 15 mai 1912 sur la protection de l'enfance, organisent le statut juridique du jeune endanger-de-devenir-un-danger-social. On soustrait le jeune délinquant à la répression pénale ordinaire pour le soumettre à des mesures de rééducation et de réadaptation sociale. En réalité, c'est l'ombre portée du droit pénal qui s'étend. La punition ne perd pas son caractère de punition du seul fait d'être juridiquement qualifiée mesure de protection (23).

On assiste là à une inflexion des pratiques du droit de punir dans le sens d'un contrôle de plus en plus serré des comportements. Michel Foucault a montré que la prison a fonctionné comme un instrument de gestion et de contrôle différentiel des illégalismes (24). La grande performance de l'institution pénitentiaire est d'avoir réussi à spécifier et à cristalliser une certaine délinquance, celle des couches populaires, et à la dissocier d'autres catégories d'infractions, liés à la bourgeoisie. Ces derniers bénéficient souvent d'une sorte de privilège pénal : ils échappent aisément à la répression ; ils ne sont pas visés par les dispositifs de surveillance ; la symptomatologie qui caractérise la délinquance vulgaire (impulsivité, immaturité, instabilité, etc.) ne les concerne pas : ils ne menacent pas la pérennité des valeurs bourgeoises. Le danger que l'on redoute émane des autres, des délinquants besogneux, inadaptés sociaux, proches parents des déséquilibrés mentaux.

UNE MAGISTRATURE PSYCHIATRIQUE

Pour déceler ce risque, le mesurer, le circonscrire : l'expert psychiatre. Ce personnage, promis à une singulière fortune dans nos sociétés technocratiques, se voit reconnaître, en la matière, une compétence exclusive. Pour les crimes, relevant de la Cour d'assises, dès les années 1910-1920, l'usage s'établit de désigner d'office un psychiatre chargé de procéder à l'examen mental de l'accusé.

(23) VAN DE KERCHOVE, Michel, *Des mesures répressives aux mesures de sûreté et de protection. Réflexion sur le pouvoir mystificateur du langage*, dans *Rev. de dr. pén. et de crim.*, Bruxelles, 1976-1977, pp. 245-279.

(24) FOUCAULT, Michel, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975, p. 281 et s.

La loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des délinquants anormaux et des délinquants d'habitude, organise le dépistage de la maladie mentale dans l'ensemble des juridictions pénales. Cette loi reconnaît qu'il existe entre la démence et la santé mentale, des stades intermédiaires, des états de déséquilibre ou de délitement mentale plus ou moins graves, susceptibles d'entraîner l'internement ou une simple réduction de peine. La loi permet aux juridictions d'instruction et aux juridictions de jugement de placer l'inculpé en observation dans l'annexe psychiatrique d'une prison. Ainsi se multiplient les lieux d'intervention du psychiatre dans le système judiciaire, ainsi se renforce son pouvoir.

En amont et en aval de la prison s'est développé un réseau d'organismes d'observation, de surveillance, de contrôle des comportements déviants qui témoignent de l'étendue du pouvoir psychiatrique : centres médico-psycho-sociaux, commissions de défense sociale, comités de probation, office de réadaptation sociale, tutelles post-pénitentiaires.

Intégré depuis longtemps dans la procédure de la Cour d'assises, l'examen médico-psychologique et social et neuro-psychiatrique est devenu également pratique courante dans les procédures correctionnelles. Limité, dans un premier temps, aux cas où le comportement anormal du prévenu permettait présumer un déséquilibre mental ou caractériel, l'examen psychiatrique s'est généralisé au tout-venant de la délinquance.

Un dilemme : soigner ou punir ? Punir et soigner ? Qui le dira ? l'expert psychiatre. En suggérant un examen psychiatrique, l'avocat voudrait adoucir la punition. En l'ordonnant, le juge est toujours à la recherche de l'insaisissable homme dangereux. Comme le dit Michel Foucault : «A mesure que la biographie du criminel double dans la pratique pénale l'analyse des circonstances, lorsqu'il s'agit de jauger le crime, on voit le discours pénal et le discours psychiatrique entremêler leurs frontières ; et là, en leur point de jonction, se forme cette notion de l'individu «dangereux» qui permet d'établir un réseau de causalités à l'échelle d'une biographie entière et de poser un verdict de punition correction»⁽²⁵⁾. Le délit acquiert la valeur d'un symptôme de désordre de la personnalité. L'infraction commise importe moins, en fin de compte, que les déficits psychologique qu'elle révèle. La punition

⁽²⁵⁾ FOUCAULT, Michel, *Surveiller et punir*, p. 256.

comme telle paraît de plus en plus inadéquate et inopérante, mais on se rabat sur les vertus curatives qu'on se plaît à lui prêter.

L'expertise psychiatrique, l'analyse psychologique, l'enquête sociale sont donc devenues des mesures d'instruction aussi ordinaires que la détention préventive ou l'audition de témoins. Mais le recours systématique au psychiatre place le juge en porte-à-faux, et produit une rupture du sens de la justice pénale. Contrairement aux autres expertises, qui éclairement le juge sur certains aspects techniques (autopsie, balistique, graphologie), l'expertise psychiatrique tend à souffler au juge sa décision. L'expertise psychiatrique recèle une puissance litisdécisoire.

N'a-t-on pas vu, récemment, un psychiatre déclarer que les faits mis à charge d'un prévenu étranger étaient bien établis, et conseiller de le renvoyer dans son pays d'origine ⁽²⁶⁾ !

Certes, ce psychiatre s'est lourdement mépris sur la nature de sa mission, et une bévue de cette taille est plutôt rare. Mais celle-ci est néanmoins assez révélatrice de l'ambiguïté qui caractérise le rôle de l'expert psychiatre et de l'abus qui peut être fait d'un pouvoir s'exerçant à l'ombre d'une science aux limites indiscernables.

Il est vrai que le juge n'est pas lié par le rapport de l'expert : il demeure libre, en principe, de suivre son avis ou de l'ignorer. Mais dans la pratique, il s'établit entre le psychiatre et le juge un rapport d'autorité qui restreint la liberté de choix de ce dernier. L'expertise psychiatrique pose un diagnostic et propose la solution scientifiquement pertinente. Il est d'autant plus difficile au juge de méconnaître l'opinion du psychiatre qu'il l'a lui-même sollicitée par des questions susceptibles d'être interprétées comme un aveu d'incompétence au sens juridictionnel du terme, comme s'il s'agissait de questions préjudicielles adressées à une magistrature psychiatrique.

A l'origine, la mission du psychiatre, découlant de l'article 71 du code pénal, était ainsi définie : procéder à l'examen mental de l'accusé ou du prévenu et dire s'il était, au moment des faits mis à sa charge, et encore au moment de l'instruction judiciaire, dans un état de démence ou dans un état grave de déséquilibre mental ou de débilité mentale le rendant incapable du contrôle de ses actions. Question subsidiaire : dire si, à tout le moins, sa responsabilité pénale au moment des faits n'était pas atténuée, et éventuellement dans quelle mesure.

⁽²⁶⁾ Journal Le Soir, 7 juillet 1983.

Depuis une quinzaine d'années il est d'usage, notamment dans l'arrondissement de Bruxelles, de formuler les questions supplémentaires suivantes : 1. L'état de l'inculpé constitue-t-il un danger social particulier ? 2. Quelles sont les dominantes de la personnalité et la dynamique du comportement de l'inculpé ? 3. Quelles sont les indications d'ordre médico-psychologique et social dont il convient de tenir compte en vue d'une application plus judicieuse de la loi ?

Questions qui ne sont pas neutres, adressées à une science qui ne l'est pas davantage : elles transfèrent le nœud et les enjeux du procès pénal hors de la sphère du droit. On constate que des expertises psychiatriques sont couramment ordonnées à propos de délits aussi communs que le vol d'un véhicule automobile, l'émission de chèques sans provision, le faux en écritures bancaires, les coups et blessures volontaires, sans que le comportement du prévenu apparaisse d'emblée comme pathologique, sauf à voir dans la commission même du délit la marque de l'anormalité. Cette banalisation de l'intervention du psychiatre précipite le phénomène de dé-juridicisation de la justice pénale : la gestion de la délinquance tend à basculer totalement dans le champ médical.

Les réponses des psychiatres ont varié en fonction de la nature des questions posées. Aussi longtemps qu'ils étaient consultés sur le degré de responsabilité pénale, ils se contentaient, le plus souvent, de conclure, soit à l'irresponsabilité, soit à la responsabilité, totale ou partielle. Ces conclusions ne satisfaisaient vraiment personne. A questions fausses, réponses ambiguës. La notion de responsabilité partielle ou atténuée n'a rigoureusement aucun sens, ni sur le plan psychiatrique, ni sur le plan juridique. On répond de ses actes ou on n'en répond pas, selon que l'on est sain d'esprit ou malade mental. En réalité, comme le remarque très justement Thomas Szasz, il semble que l'on ait confondu la responsabilité pénale avec l'idée de «punissabilité»⁽²⁷⁾. L'individu reconnu pénablement responsable est punissable plus ou moins sévèrement suivant les conditions psychologiques ou sociologiques dans lesquelles l'acte a été accompli. Il serait, dès lors, plus logique de parler de circonstances atténuant la punissabilité.

Le problème de la responsabilité relance indéfiniment, et non sans confusion, le débat sur la liberté et le libre-arbitre. A cet égard, la criminologie reste fortement marquée par les conceptions positivistes.

(27) SZASZ, Thomas, *La loi, la liberté et la psychiatrie*, Paris, Payot, 1977, p. 159.

Olof Kinsberg, fervent avocat du déterminisme biologique, ne propose rien de moins que d'abandonner purement et simplement la notion de responsabilité-imputabilité. Cette notion, écrit-il, «fait figure d'hypostase métaphysique qui se meut dans l'air raréfié de la théorie juridico-métaphysique. (...) Les actes de l'individu mentalement sain sont aussi peu libres que ceux de l'aliéné»⁽²⁸⁾.

Un certain nombre d'experts psychiatres refusent de se prononcer sur la responsabilité, non par conviction déterministe – ils défendent souvent, au contraire, l'idée de la liberté de l'homme – mais surtout pour des raisons d'ordre thérapeutique. Jacques Ley, par exemple, craint que le déterminisme n'aboutisse à une irresponsabilité morale universelle. Selon ce psychiatre, tout homme est responsable. Mais, ajoute-t-il, «rien ne nous autorise à parler de degrés de responsabilité pour l'excellents raisons que ces degrés n'existent pas. (...) Demandons (aux juristes) de remplacer l'expertise de responsabilité – devenue inutile puisque tout le monde est responsable – par une expertise de personnalité. (...) Plus jamais on ne dira à un homme qu'il n'est que partiellement responsable, ce qui est essentiellement antithérapeutique»⁽²⁹⁾.

Même idée exprimée aux 5^e journées belges de criminologie, en 1980 : «Pour les psychiatres, il s'agit d'une question à laquelle ils ne peuvent tout simplement pas répondre car elle n'est pas du domaine de la psychiatrie dans la mesure où elle n'est pas opérationnalisée en termes de données empiriquement vérifiables»⁽³⁰⁾.

De telles positions, cependant, ne mènent nullement à quelque retrait des psychiatres de la scène judiciaire, mais plutôt à une psychiatrisation renforcé de la justice pénale. Les psychiatres ne lâchent l'ombre de la responsabilité pénale que pour mieux étreindre la proie, c'est-à-dire la personnalité du délinquant dans sa totalité. C'est d'un élargissement de l'expertise mentale qu'il s'agit. L'idée se répand de former des équipes comprenant un neuropsychiatre, un psychologue, un criminologue,

⁽²⁸⁾ KINBERG, Olof, *Les problèmes fondamentaux de la criminologie*, Paris, Cujas, 1959, pp. 27 et 72.

⁽²⁹⁾ LEY, Jacques, *Le problème médico-légal de la responsabilité ne peut être résolu que d'une seule manière*, dans *Re. dr. pén. crim.*, Bruxelles, 1958-1959, p. 233.

⁽³⁰⁾ LIEVENS, Paul, *L'expertise psychiatrique et psycho-sociale en justice*, V^e Journée belges de criminologie, Bruxelles, 25-27 septembre 1980, Antwerpen, Edt. Kluwer Rechtswetenschappen, 1981, p. 55.

assistés de spécialistes, aux fins de réaliser un examen bio-psychosocial de «sujets en situation», saisis dans leur milieu familial, culturel, social ⁽³¹⁾. Les juges semblent avoir rencontré, dans une certaine mesure, l'attente des psychiatres en insérant, dans la définition des missions qu'ils leur confient, des questions relatives à la structure de la personnalité et au traitement le plus approprié.

On peut pressentir les conséquences et les inconséquences, les lignes de fuite et les dérapages possibles d'un tel système. Le juge est donc invité à s'en remettre au psychiatre du soin de déterminer la sanction. Robert Castel n'a pas tort de dire que «la délégation de pouvoir fait partie de la définition même de l'expertise» ⁽³²⁾. Même si en définitive, pour des raisons d'opportunité, ou faute de moyens, le juge ne suit pas les indications du psychiatre, il ne peut empêcher que l'ingérence de l'expert ne le dépasse d'une partie de son pouvoir de décision. L'instance judiciaire devant laquelle comparait l'inculpé, se dédouble, une division du travail s'instaure entre le juge, à qui il incombe de dire la vérité de l'infraction, et le spécialiste des maladies de la personnalité, à qui appartient le destin de l'inculpé. Le discours pénal se rend aux critères de la médecine : le droit pénal se fait vider par la psychiatrie.

L'individu poursuivi pour une infraction doit rendre compte de toute sa vie : il est jugé moins sur ce qu'il a fait que sur ce qu'il est ⁽³³⁾, en glissant de la répression des interdits au dépistage des psychopathologies et au traitement des comportements déviants, la justice pénale remplit une fonction qui n'est plus tout à fait la sienne et poursuit une vérité qui est étrangère au droit.

RETOUR AU DROIT PÉNAL.

Sanctionner des écarts de conduite par rapport à des normes sociales ou morales, heurte des principes fondamentaux du droit pénal (*nulla poena sine lege*) et comporte une menace pour les libertés. L'exemple

⁽³¹⁾ LIEVENS, P., *Ibid.*, p. 65.

⁽³²⁾ CASTEL, R., *L'ordre psychiatrique*, Paris, Minit, 1953, p. 153.

⁽³³⁾ Les rapports d'expertise psychiatrique sont établis suivant le même schéma : Rappel des faits – Antécédents judiciaires – Antécédents personnels : médicaux, chirurgicaux, psychiatriques – Antécédents héréditaires – Éléments biographiques – Passé pathologique et passé social – Examen somatique – Examen mental – Examen psychologique (tests) – Discussion médico-légale (synthèse) – Conclusions.

sinistre des internements psychiatriques de dissidents politiques en Union soviétique, montre à quel degré de perversion peut conduire l'utilisation policière de la psychiatrie par un système judiciaire qui n'obéit qu'à la raison d'état totalitaire. La situation dans un pays comme le nôtre n'est évidemment pas comparable. Mais le mouvement de psychiatrisation de la justice que l'on y observe, participe d'une tendance analogue de normalisation des comportements individuels. Une telle analogie, pour formelle et excessive qu'elle soit, doit nous engager à la plus grande circonspection.

Une psychanalyse de l'institution judiciaire, comme a fait Pierre Legendre pour l'administration publique⁽³⁴⁾, nous aiderait, sans doute, à mieux comprendre les raisons profondes qui ont incité de nombreux juges à s'ouvrir si complaisamment aux méthodes et aux remèdes de la psychiatrie. On découvrirait peut-être une aspiration à échapper à l'angoisse et/ou au désir de punir⁽³⁵⁾ ; peut-être cherchent-ils confusément à se disculper d'infliger des châtiments et à apaiser un peu leur conscience. Peut-être encore le traitement psycho-social représente-t-il le moyen de contourner judicieusement l'échec de la punition, en particulier l'échec patent de l'emprisonnement. La punition est une institution en crise. D'une inefficacité éprouvée (citons quelques truismes : loin de réduire la délinquance, la prison la perpétue ; elle favorise la récidive ; elle fait obstacle à la réinsertion sociale), la punition fait figure de souffrance injustifiée.

Les traitements psychiatriques, en revanche, semblent offrir des avantages propres à séduire des juges en quête d'alternatives humanistes à la punition. Ces traitements se donnent comme fin l'éradication des pulsions criminelles et la réadaptation sociale ; leur efficacité est garantie par les sciences médicales et psychologiques. Les échecs s'expliqueront par l'ampleur et la complexité des pathologies à traiter, et en tout cas, ces échecs ne seront pas imputables à l'instance judiciaire. Les thérapies appliquées aux délinquants placeront ceux-ci à l'intérieur d'un dispositif de surveillance, et cela pour une durée indéterminée («la psychanalyse, dit Gilles Deleuze, allait inventer un statut de la maladie ou du trouble psychique, qui ne cessait de se reconduire, de se propager en réseau. On nous proposait la nouvelle ambi-

(34) LEGENDRE, Pierre, *Jouir du pouvoir*, Paris, Minit, 1976.

(35) LÉVY, Thierry, *Le désir de punir*, Paris, Fayard, 1979.

tion : la psychanalyse est l'affaire de toute une vie»⁽³⁶⁾. La majorité des délinquants présentent, à des degrés divers, si l'on en croit les rapports d'expertise qu'il nous a été donné de consulter, soit un déséquilibre mental, soit des troubles caractériels névropathiques, un déséquilibre psychopathique ou des composantes névrotiques. Du reste, les experts en âme humaine nous l'affirment : nous sommes tous des névrosés. Knock ou la triomphe de la psychiatrie.

Le tribunal fonctionne comme un laboratoire d'anthropologie où s'élabore une définition de l'homme délinquant, qui n'est lui-même que le reflet corrompu de l'homme moderne : un homme malade de ses désordres psychologiques. Les critères du normal et du pathologique se renversent : l'homme normal est celui qui sait prendre conscience de ses troubles névrotiques et les confier à un thérapeute. L'idée de normalité s'annule elle-même.

Nous voici plus que jamais dominés par les forces du déterminisme et de la nécessité. On saisit mieux l'allergie du juge pénal à la punition. On ne peut bien punir que des coupables. Or le concept de culpabilité, ancré dans la culture judéo-chrétienne, s'effrite. Un auteur n'hésite pas à écrire que «le concept juridique traditionnel de la culpabilité incorporé à la plupart des codes pénaux est également incompatible avec le traitement et la réhabilitation des délinquants. (...) Le concept punitif, associé à celui de culpabilité devrait être rayé du droit criminel parce qu'il ne sert aucune fin positive»⁽³⁷⁾. C'est en finir un peu vite avec la culpabilité. Les choses ne sont pas aussi simples. Freud a montré que le sentiment de culpabilité pouvait fort bien préexister à la faute⁽³⁸⁾ ; de nombreux psychiatres pensent que l'absence de conscience coupable constitue une disposition antithérapeutique ; et Paul Ricoeur estime que «au fond, le repentir, c'est la prise en charge par l'homme lui-même de son amendement, comme la culpabilité c'est la prise en charge de la faute»⁽³⁹⁾.

⁽³⁶⁾ DELEUZE, Gilles et PARNET, Claire, *Dialogues*, Paris, Flammarion, 1977, p. 103.

⁽³⁷⁾ GRYGIER, Tadeusz, *Le crime le châtement et la protection de la société*, cité par DANDURAND, Y. et RIBORDY, F. X., *Crime et société*. Éd. universitaire d'Ottawa, 1980, p. 59.

⁽³⁸⁾ FREUD, S., *Les criminels par sentiment de culpabilité*, dans *Essais de psychanalyse appliquée*, Paris, Idées, Gallimard, 1933, pp. 133 et s.

⁽³⁹⁾ RICOEUR, Paul, *Le droit de punir*, dans *Cahiers de Villemétrie*, mars-avril 1958, p. 20.

Quoi qu'il en soit, dans les prétoires, le délinquant s'étend volontiers sur le divan des accusés et plaide non responsable ou non coupable. Confronté au rapport de l'expert psychiatre qu'il a lui-même commandé, le juge se montre soucieux de ne pas compromettre le traitement psychothérapeutique préconisé en vue de rétablir l'équilibre psycho-affectif du sujet et de favoriser sa réinsertion sociale.

Bien sûr, les tribunaux correctionnels prononcent encore des punitions. Les prisons ne désemploient pas. Il arrive même que les psychiatres recommandent eux-mêmes une peine sévère comme le moyen le plus adéquat de provoquer une meilleure intériorisation des normes sociales. La psychiatrie joue alors, comme le note Roland Barthes, «le rôle de l'Église livrant aux laïcs (la justice) les accusés qu'elle ne peut récupérer, faute de pouvoir les inclure dans aucune de ses «catégories»⁽⁴⁰⁾. Mais la peine est souvent coulée dans un programme curatif et éducatif. La punition se proclame non-punition, tandis que le traitement psychosocial ressemble à une punition. Le droit de punir se convertit en art de ne pas punir.

Devant cette dérivation du cours de la justice pénale, je voudrais conclure rapidement sur une prise de position⁽⁴¹⁾. Il serait bon de mettre fin à la collusion de deux disciplines aussi hétérogènes l'une à l'autre que le droit et la psychiatrie. Cette confusion brouille les cartes de la justice. Elles peuvent sans doute coopérer à la solution de problèmes ponctuels, pourvu que leurs domaines respectifs soient clairement circonscrits et que l'une ne tente pas d'absorber l'autre. Mais il faut dé-psychiatriser la justice. A l'heure où l'on médite, dans plusieurs pays d'Europe, des réformes des codes pénaux, il conviendrait de réhabiliter le droit pénal et de définir une nouvelle légitimité de la punition. Une telle position est absolument étrangère à la démarche de ces défenseurs fervents de l'ordre et de la sécurité qui, sous prétexte du prétendu laxisme des juges, réclament à grands cris une aggravation de la répression en général. La punition est, pour eux, une évidence et une panacée. La discussion de ses fondements ne les intéresse pas.

Il n'est pas question non plus d'ignorer que la justice fait partie d'un système économique et social inégalitaire et que la masse de ceux qui

⁽⁴⁰⁾ BARTHES, Roland, *Mythologies*. Paris, Seuil, 1957, p. 104.

⁽⁴¹⁾ La problématique de la punition et de la culpabilité appelle une étude d'une autre ampleur. Je dois me limiter, dans ces dernières lignes, à indiquer sommairement une orientation intéressante de la recherche.

comparaissent devant elle, sont d'abord des déshérités, les perdants de ce système, de sorte que le principe de l'égalité devant la justice apparaît souvent comme un leurre. Juger est synonyme d'être injuste, disait Nietzsche⁽⁴²⁾. La réforme de la justice est liée à un projet politique de réforme sociale. Mais c'est là un autre débat et un autre combat. Et en tout cas, l'humanisme douteux qui consiste à médicaliser la punition ne fait que déplacer le problème.

La question ébauchée dans ces pages est différente, elle renvoie aux fondements du droit pénal. Une société ne peut fonctionner sans un certain nombre d'interdits qui protègent des valeurs considérées comme fondamentales. La cohésion et la stabilité du groupe social exigent que les transgressions de ces interdits soient sanctionnées. Mais la définition des actes qui méritent d'être juridiquement prohibés ne peut pas être déterminée par l'idéologie, la morale ou les intérêts particuliers d'un groupe ou d'une classe, pour peu que l'on cherche à instituer entre sujets de droit ce minimum d'égalité qu'implique l'idée de justice dans un ordre juridique. C'est à ces conditions qu'il pourra être exigé de ces sujets de droit qu'ils assument la responsabilité de leurs infractions, et du juge qu'il assume la responsabilité de punir. La (juste) punition préserve davantage la liberté et la dignité du sujet de droit que la mise sous tutelle psychiatrique. Avec la dissolution progressive de la responsabilité et de la maîtrise de ses actes, s'évanouit le sujet de droit. Le retour à une certaine rigueur de pensée et à l'autonomie du droit pénal offre un moyen, sinon de sortir de l'impasse, au moins d'y voir plus clair.

Une autre voie, extrême, est proposée par Louk Hulsman : l'abolition du système pénal⁽⁴³⁾. Cette solution s'impose à lui comme la conséquence logique et nécessaire des défauts, de l'échec du système punitif. Louk Hulsman a bâti, sur cette idée, une théorie parfaitement cohérente, sérieuse, et très séduisante. Il observe que le système pénal, défini comme un monstre bureaucratique dévorant, fonctionne suivant des conceptions réductrices des problèmes humains. Tout y est pensé et organisé en vue du châtement du coupable. Le vocabulaire pénal est affecté d'une charge idéologique qui fausse et dramatise les problèmes. Or, explique Louk Hulsman, il existe d'autres réponses possibles, de

⁽⁴²⁾ NIETZSCHE, F., *Humain, trop humain*, Paris, Idées-Gallimard, 1968, p. 70.

⁽⁴³⁾ Voir l'article de Louk Hulsman et Jacqueline Bernat de Celis dans ce volume : *Fondements et enjeux de la théorie de l'abolition du système pénal*.

type thérapeutique, conciliatoire ou éducatif, par exemple. Il propose de créer un nouveau cadre conceptuel : plutôt que de crimes et de délits, parler de «situations-problèmes» ; déclarer «civils» certains faits qui relèvent actuellement du droit pénal, et supprimer ainsi le caractère stigmatisant qui reste lié à l'infraction pénale ; enfin, abandonner les lourdes procédures judiciaires et s'efforcer de régler les conflits par des procédures mises en œuvres par des groupes d'initiative privée et par des instances de médiation. Ces thèses de Louk Hulsman sont intéressantes ; on est souvent tenté d'y souscrire. Mais elles suscitent d'importantes objections.

La disparition du droit pénal risque d'entraîner la désagrégation du système de valeurs morales sur lequel il repose ; bien, mal, défendu, permis, juste, injuste, toutes ces notions qui donnent un contenu et un sens à la justice seraient menacées de se dissoudre dans la conscience publique en même temps que la répression pénale. Je ne suis pas sûr qu'il ferait bon vivre dans une société où les points de repère moraux et juridiques seraient incertains et où régneraient l'informel, l'aléatoire, l'improvisation.

Il est souhaitable, comme le suggère Louk Hulsman de décriminaliser autant qu'il est possible et de ne laisser subsister que les incriminations indispensables. Mais on ne change pas la réalité en changeant les qualifications ; il ne suffit pas de substituer au «délit» la «situation-problème» pour s'assurer d'une solution plus humaine ou plus efficace. La théorie de Louk Hulsman semble procéder d'un acte de foi ; on croit y percevoir un rêve évangélique de réconciliation fraternelle. Mais il faut craindre la propension des groupes à réinventer des rapports autoritaires et aliénants. L'intervention d'un groupe ou d'un organisme privé peut s'avérer aussi tyrannique, aussi stigmatisante que celle du pouvoir judiciaire, sans les garanties de droit qu'offre le formalisme de ce dernier. En outre, l'action de cette multitude de groupes et de médiateurs aggrave le risque de psychologisation des rapports sociaux.

Il paraît préférable de maintenir et de repenser l'idée du droit pénal, serait-ce un droit pénal à profil bas, débarrassé des incriminations qui doivent relever exclusivement de la morale, allégé des délits qui peuvent sans dommage pour quiconque être considérés comme des fautes de nature civile. La réflexion sur les problèmes pénaux a peut-être trop sous-estimé la fonction symbolique de la rétribution pénale qui suggère un rapport quasi-contractuel : alors que le délinquant

soumis, pour une durée indéterminée, à un traitement psycho-social, traînera longtemps le boulet de ses carences et de ses inaptitudes, le délinquant qui purge sa peine, comme on dit «paye sa dette» envers la société ; en contrepartie, la société lui rend sa liberté. On n'est pas très loin de la philosophie du droit de Hegel : «L'affliction qu'on impose au criminel n'est pas seulement juste en soi : en tant que juste elle est aussi l'être en soi de sa volonté, une manière d'exister de sa liberté, son droit. Il faudra dire encore qu'elle est un droit par rapport au criminel lui-même, qu'elle est déjà impliquée dans sa volonté existante, dans son acte. Cette action, puisqu'elle vient d'un être raisonnable, implique l'universalité, l'établissement d'une loi, qu'il a reconnue en elle pour soi-même, à laquelle il peut donc être soumis comme à son propre droit. (...) En considérant en ce sens que la peine contient son droit, on honore le criminel comme un être rationnel»⁽⁴⁴⁾.

Le temps n'est peut être pas éloigné où l'on verra revendiquer, au titre de droit de l'homme, le droit d'être puni ... ? Peut-être. Car, une fois retrouvée la rationalité abstraite de la punition, il reste encore à inventer la punition *juste* dans une société qui réussit si mal à appliquer, dans la réalité sociale et économique, ses propres critères de justice. Ici recommence la critique de la punition judiciaire.

(44) HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, Paris, Gallimard, 1940, p. 95.

TITRE XX

La réforme du code pénal : vers quelle stratégie de changement ?

par Françoise Tulkens

«Ni la transformation de l'économie par les découvertes de la science, ni le changement des mœurs à chaque génération nouvelle n'imposent inéluctablement la naissance d'un droit nouveau. Le droit est créé volontairement par l'homme»⁽¹⁾

Engagée officiellement en 1976, où en est aujourd'hui la réforme du code pénal ? Il ne s'agit pas de voir, sous la forme un peu générale de cette interrogation, un pressant désir d'activisme, une vaine sollicitation à des solutions concrètes et immédiates à ce qui est en définitive un problème central de politique pénale. «Les lois, dit Portalis dans l'exposé préliminaire du code civil, se font avec le temps ; à proprement parler on ne les fait pas»⁽²⁾. Notre *objectif* ici est plutôt de marquer un temps d'arrêt et de faire en quelque sorte le point sur certaines questions que l'entreprise de révision du code pénal suscite, ou devrait susciter, par rapport à l'objet même de son projet ainsi qu'aux mouvements des idées et des faits qui, en Belgique comme à l'étranger, traversent – et bouleversent – le champ de la justice pénale.

Une réforme – fût-elle du code pénal – n'a pas de valeur en soi ; elle est un instrument pour une stratégie du changement. Dans une perspective de cet ordre, la rhétorique de la réforme ne se suffit

⁽¹⁾ RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955, n° 25, p. 71.

⁽²⁾ *Ibid.*, n° 28, p. 81.

évidemment pas à elle-même ; la réforme ne peut devenir en soi son propre objet. Il s'agit de vouloir et de fonder un changement. Lequel ? Et comment ? Le changement est une entreprise considérable, essentielle à un véritable développement démocratique. La tentative de réforme du code pénal dans notre pays en réunit-elle les conditions nécessaires, démentant par là l'affirmation attribuée au Procureur général Léon Cornil : «les juristes sont partisans de réformes et de progrès mais adversaires de tout changement»⁽³⁾ ? C'est ce que nous tenterons de percevoir.

Afin de *situer* l'initiative de révision, rappelons-en brièvement la *chronologie*. L'arrêté royal du 6 avril 1976, «considérant qu'une révision du code pénal s'avère nécessaire» (Préambule), institue à cet effet auprès du Ministère de la Justice une *commission* (article 1) dont la *mission*, suggérée dans le *Rapport au Roi*, est ainsi définie à l'article 2 : «faire rapport sur les orientations de la réforme et présenter ensuite un avant-projet de loi contenant un nouveau code pénal ainsi que les autres modifications législatives que la réforme proposée rendrait nécessaires»⁽⁴⁾. Le 20 avril 1976 un arrêté ministériel d'exécution de l'arrêté royal du 6 avril 1976 nomme les 18 membres de la Commission⁽⁵⁾, et cette dernière est officiellement installée le 24 mai 1976 par le Ministre de la justice Vanderpoorten⁽⁶⁾.

(3) Voy. OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *Bonnes mœurs, discours pénal et rationalité juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1981, p. 21, note 1.

(4) Arrêté royal du 6 avril 1976 portant création d'une Commission pour la révision du code pénal (*Pasinomie*, 1976, p. 735). De manière générale, sur les initiatives, la problématique et les perspectives de réforme en Belgique, voy. VANDERPOORTEN H., «Eigentijds justitiebeleid», *R.W.*, 1975-76, col. 2535-2547 ; MATTHIJS J., «Overwegingen bij de herziening en de renovatie van ons strafwetboek», *R.W.*, 1976-77, col. 577-600 et 641-666 ; HUTSEBAUT F., «Hervorming van het Belgisch strafrecht en strafprocesrecht : restauratie of renovatie ?», *Delikt en Delinkwent*, 1978, pp. 96-115 ; DUPONT L., *Beginselen van behoorlijke strafrechtsbedeling*, Antwerpen, Kluwer, 1979, pp. 212-226 (Strafrechtsbedeling in het spanningsveld tussen herziening en hervorming) ; DUPONT L., «Dagdromen over wetenschappelijk begeleide hervormingsexperimenten in de Belgische strafrechtsbedeling (Editoriaal)», *Panopticon*, 1981, pp. 93-95.

(5) Arrêté ministériel du 20 avril 1976 d'exécution de l'arrêté royal du 6 avril 1976 portant création d'une commission pour la révision du code pénal (*Pasin.*, 1976, p. 735).

(6) Voy. Allocution prononcée par le Ministre de la Justice lors de l'installation de la commission de révision du code pénal, *Bull. Adm. Pén.*, 1976, pp. 122-124.

En juin 1978, la Commission dépose un premier texte qui est un «*Rapport sur l'état des travaux*» dans lequel sont exposés les *principes directeurs* qui devront inspirer la réforme de la partie générale du futur code ⁽⁷⁾. Ce rapport fut communiqué par le Ministre de la Justice aux commissions de la justice de la Chambre et du Sénat et adressé pour avis et observations aux autorités judiciaires, aux barreaux, aux universités ainsi qu'à un certain nombre d'organismes et de personnalités en Belgique et à l'étranger. Sur base des remarques, suggestions et critiques que ce texte aurait recueilli, «souvent encourageantes, parfois sceptiques et toujours fort utiles à la suite des travaux» estime la Commission mais qui sont malheureusement restées confidentielles rendant impossible à ce stade tout débat public d'orientation, la Commission reprend, adapte et complète son examen.

En juin 1979, la Commission pour la révision du code pénal présente alors ce qui constituera en définitive son document majeur, le «*Rapport sur les principales orientations de la réforme*», soumis par le Ministre de la Justice à la consultation de certains milieux intéressés ⁽⁸⁾. *L'objet* de ce texte concerne essentiellement la partie du code relative aux *principes généraux du droit pénal* (Livre 1^{er}, articles 1 à 100 – Des infractions et de la répression en général). Ayant pris le parti de subordonner la refonte de la partie spéciale consacrée aux infractions aux décisions qui seront prises au sujet de la partie générale, la Commission a dès lors expressément entendu limiter son examen «à quelques secteurs de la partie spéciale du futur code dans le seul souci de mettre à l'épreuve les orientations retenues en ce qui concerne la partie générale» ⁽⁹⁾. S'articulant autour de la formulation de «Principes de politique criminelle», en fonction desquels des «Orientations» sont

(7) «Rapport sur l'état des travaux de la Commission pour la révision du code pénal (juin 1978)», *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1978, pp. 713-748 ; *R.W.*, 1978-79, col. 99-120. Voy. les observations et commentaires de ce document, qui sont publiés : FIJNAUT C., «De hervorming van het belgisch strafrecht : een eigentijds gebeuren ?», *Delikt en Delinkwent*, 1979, pp. 1-4 ; LEGROS R., «Observations sur le Rapport de juin 1978 de la commission pour la révision du code pénal», *Journal des Tribunaux*, 1980, pp. 17-25 ; SCHULTZ H., «Remarques concernant le Rapport sur l'état des travaux de la commission pour la révision du code pénal», *Annales de droit*, 1979, pp. 93-123.

(8) COMMISSION POUR LA REVISION DU CODE PÉNAL, *Rapport sur les principales orientations de la réforme*. Bruxelles, *Moniteur belge*, juin 1979, (125 p.).

(9) *Ibid.*, p. 97.

retenues, le Rapport de 1979 a suscité diverses *observations* et *analyses critiques* ⁽¹⁰⁾. Pour notre part, les remarques que nous avons formulées – et sur lesquelles nous ne reviendrons dès lors pas ici en tant que telles – constituent essentiellement, au départ d'une analyse des raisons et des objectifs de la réforme du code pénal ainsi que de la méthode de travail utilisée par la Commission, des interrogations sur le contenu et la portée des propositions nouvelles contenues dans le Rapport. De manière générale la question du statisme du droit nous paraît ici posée de même que celle de la continuité du discours juridique ⁽¹¹⁾. Par ailleurs, en ce qui concerne le champ pénal lui-même, l'analyse du «Rapport sur les principales orientations de la réforme» nous semble de plus en plus confirmer qu'il devient pratiquement impossible d'échapper à la circularité des politiques criminelles – et de modifier de manière substantielle les caractéristiques du système de justice pénale – aussi longtemps que l'on se maintient dans le contexte des paradigmes existants. Penser le comportement délinquant dans les termes de la culpabilité ou de la dangerosité – de la responsabilité morale ou de la défense sociale – constitue en définitive autant de variations sur un même thème qui maintiennent le système de justice pénale dans un champ fondamentalement clôturé.

Dès le début des années 1980, le pouvoir politique dont la commission dépend tant du point de vue de son existence que des moyens mis à sa disposition, manifeste un changement d'attitude à son endroit. Sans connaître le sort réservé à la Commission française qui, après le

⁽¹⁰⁾ Voy. Afdeling strafrecht, strafvordering en criminologie van de Rechtsfaculteit van de K. U. Leuven, «Open brief aan de Minister van Justitie over de hervorming van het strafrecht», *Panopticon*, 1980, pp. 317-321 ; KELLENS G., «La problématique de la réforme», in *Dangerosité et Justice pénale. Ambigüité d'une pratique*, sous la direction de Chr. DEBUYST, Genève, Médecine et Hygiène, 1981, pp. 319-324 ; VERHAEGEN J., «La révision du code pénal belge, entreprise d'actualisation et de réanimation», *Revue pénale suisse*, 1981, pp. 1-15 ; «Observations et commentaires de membres de la Faculté de droit et de l'École de Criminologie de l'Université catholique de Louvain au sujet du Rapport sur les principales orientations de la réforme de la Commission pour la révision du code pénal», (A l'intention du Ministre de la Justice), Louvain-la-Neuve, 1982 (ronéo) ; TULKENS F., «La réforme du code pénal en Belgique. Question critique», *Déviance et société*, 1983, pp. 197 à 218.

⁽¹¹⁾ «... le droit fonctionne davantage sur le mode de la répétition et de la continuité que sur celui de l'innovation et de la rupture, sur celui de la systématité plutôt que celui de la disparité, celui de l'accumulation plutôt que de l'élimination», VAN DE KERCHOVE M. et OST Fr., *op. cit.*, (3), p. 21.

dépôt en 1978 d'un «Avant-projet définitif de révision du code pénal français» fut dissoute pour permettre l'élaboration par le Ministre Peyrefitte de la loi «sécurité et liberté» du 2 février 1981 ⁽¹²⁾, notre Commission se voit néanmoins progressivement privée de ses moyens d'actions et ses travaux restent ainsi en veilleuse. Nouvelles orientations ? Modification dans l'ordre des priorités ? Peut-être, encore qu'il soit difficile, nous le verrons par la suite, de percevoir clairement le sens des oscillations présentes – ou plus exactement de leur donner une signification unique. En clôturant une journée d'étude tenue en décembre 1982 dont l'objectif était de soumettre à la discussion les propositions de réforme du code pénal dans le domaine de la criminalité des affaires ⁽¹³⁾, le Ministre de la Justice formule «quelques recommandations» précieuses pour l'interprète, au départ de ce constat assez laconique qu'il lui paraît évident que la réforme d'ensemble du code pénal si elle est souhaitable «ne revêt néanmoins par un caractère *d'urgence* aussi accusé que certaines réformes plus particulières auxquelles il faut que le législateur s'attache par priorité, que ces réformes se situent dans le domaine du droit pénal ou hors de ce domaine» ⁽¹⁴⁾. Sous cette réserve, «l'état d'esprit qui devrait présider à une réforme d'ensemble du code pénal» s'inspire essentiellement des «réflexions générales» suivantes. D'une part, «il est indispensable de savoir très exactement ce qu'on veut pour légiférer de manière efficace» et à cet effet «il importe donc de commencer, bien avant d'avoir arrêté tous les choix, à rédiger les textes, quitte à les modifier maintes fois dans la suite en fonction de nouveaux problèmes que cette épreuve de la rédaction n'aura pas manqué de faire apparaître» ; d'autre part, afin de s'assurer que la validité du code offre un maximum de chances de

⁽¹²⁾ Commission de révision du code pénal, *Avant-projet de code pénal*, Livre I, Dispositions générales, Paris. La Documentation française, 1978, voy. une analyse de l'ensemble de ce texte dont les orientations sont très proches de celles que nous retrouvons dans le Rapport belge en 1979 : «L'avant projet définitif en révision du code pénal» (Travaux des Premières journées françaises de droit pénal), *Rev. int. dr. pén.*, 1980, pp. 7-212.

⁽¹³⁾ Voy. «Aspects particuliers de la réforme du droit, *Annales de Droit*, 1983, pp. 13-161 et le rapport introductif de TULKENS FR., «La place et la perception de la criminalité d'affaires dans la réforme du code pénal», *ibid.*, pp. 13-28.

⁽¹⁴⁾ GOL J., «La réforme du code pénal et la motivation des peines», *Annales de droit*, 1983, p. 151.

résister au temps («un code, une fois édicté, a beaucoup de chances en raison de sa masse et, plus encore, par son caractère systématique, de durer ; et les options qu'ils consacrent risquent d'être longtemps irréversibles, même si elles sont erronées»), il importe de se garder de toute influence d'idées qui ne sont portées que par une mode transitoire⁽¹⁵⁾.

Dernière étape enfin, *un arrêté royal du 8 avril 1983*, pris à l'initiative du même Ministre de la Justice J. Gol, considérant, d'une part, que «la Commission de révision du code pénal a dégagé des orientations susceptibles d'être discutées et envisagé des solutions en vue de la promulgation d'un nouveau code pénal» et, d'autre part, «qu'il y a lieu à présent de passer au stade de la rédaction d'un avant-projet de loi contenant un nouveau code pénal ainsi que les modifications législatives rendues nécessaires par cette réforme» (Préambule), nomme un *commissaire royal* et un *commissaire royal adjoint* à la réforme du code pénal⁽¹⁶⁾. L'objet des travaux, la procédure et le délai imparti sont très clairement précisés. Le commissaire royal – qui fera rapport tous les trimestres au Ministre de la Justice sur l'état d'avancement de ses travaux – communiquera à la Commission pour la révision du code pénal pour le *1^{er} octobre 1984* l'avant-projet comprenant la partie générale du droit pénal ainsi que les propositions nécessaires pour permettre une application de cette partie générale sans attendre que la réforme du droit pénal spécial soit achevée ; la Commission lui transmettra ses observations pour le 31 décembre 1984. À partir de cette date, le commissaire royal pourra transmettre l'avant-projet au Ministre de la Justice (articles 6 et 7).

A ce moment un peu charnière mais qui peut être décisif, les questions que l'entreprise de réforme du code pénal soulèvent sont essentiellement de deux ordres. Certaines se situent à un niveau formel et s'articulent autour de la problématique générale de la codification et de la révision de celle-ci – ses raisons d'être et sa fonction d'une part ; les conditions de sa réalisation et de son effectivité, d'autre part – et relèveraient en quelque sorte d'une sociologie de la création de la norme. D'autres en revanche concernent ce que l'on pourrait appeler le droit matériel et s'attachent aux options fondamentales auxquelles la ré-

⁽¹⁵⁾ *Ibid.*, pp. 152-153.

⁽¹⁶⁾ Arrêté royal du 8 avril 1983 nommant un commissaire royal et un commissaire royal adjoint à la réforme du code pénal, *Moniteur*, 28 avril 1983, pp. 5449-5450.

forme du code pénal doit nécessairement être confrontée dans sa volonté présente de repenser le système de justice pénale.

L'ASPIRATION AU CHANGEMENT

Afin de saisir la qualité et la pertinence d'une action de réforme, il importe avant tout de réfléchir sur les *fondements mêmes de l'aspiration du changement*. La réforme de 1791 fut acclamée par l'opinion, demandée par les Cahiers des États Généraux et consacrée par la constituante (17). À cet égard, il est intéressant d'observer, à travers une approche historique et comparée des mouvements de réforme, les *motifs* qui peuvent susciter, et justifier, un projet de réforme et qui recouvrent divers ordres de réalités : les modifications de la situation politique et la nécessaire conciliation du droit avec l'évolution du régime politique, économique et social ; un certain effet d'usure du code manifestant l'obsolescence d'une « machinerie » vieillie qui ne suit pas le rythme d'entrée dans la modernité ; une insatisfaction sur l'état actuel du système et de ses composantes (police, prisons etc ...) ressentie et exprimée par les différents acteurs sociaux ; l'absence de consensus et l'anarchie des normes ; le fossé entre le code pénal et le fait social ainsi que l'incohérence de la philosophie pénale (18).

(17) DUPONT L., *Beginnelsen van behoorlijke strafrechtsbedeling*, Antwerpen, 1979, pp. 118 sv. ; Voy. FOUCAULT M., *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, pp. 7 à 72.

(18) L'histoire du code pénal belge montre évidemment clairement combien il se situe en étroite relation avec la modification de nos structures politiques. Dès l'indépendance du pays fut proclamée la nécessité d'une législation nationale et l'article 139 de la Constitution prescrivit la révision des codes qui fut entamée en 1834 pour aboutir en 1867. Voyez NYPELS J. S. C., *Législation criminelle de la Belgique. Commentaire et complément du code pénal belge*, Bruxelles, 1867, pp. I-VIII. Quant à l'aspect *droit comparé*, il est certainement très important en matière de réforme du code pénal dans la mesure où l'initiative prise en Belgique n'est pas un phénomène isolé mais s'inscrit dans un mouvement singulièrement convergent. Depuis les années 1970, certains pays ont soit adopté un nouveau code pénal (R.F.A. en 1975, Autriche en 1975), soit entamé de travaux de révision ou de réforme (ainsi le Canada, la France, les États-Unis, l'Angleterre, la Hollande, l'Espagne, le Portugal, la Suisse). D'autres pays ont à tout le moins posé le problème comme en Italie (voy. le très intéressant débat « Il Codice Rocco. Cinquant'Anni dopa », *La questione criminale*, 1981, pp. 249-322. Si en Belgique, dans l'état actuel des travaux, le projet de révision du code pénal n'est guère interrogé à partir de l'histoire, en revanche le recours au droit comparé est très intense. De nombreuses solutions proposées, surtout dans le domaine des peines et des

Quelle est la situation dans notre pays ? Comme si la réforme était objet de gouvernement, les travaux de révision ont été entrepris et se sont développés jusqu'à ce jour sur la *seule* base des considérations exprimées par le Ministre de la Justice dans le *Rapport au Roi* précédant l'arrêté royal du 6 avril 1976 portant création d'une commission pour la révision du code pénal ; celles-ci évoquent, d'une part, la modification des données de la lutte contre la délinquance et, d'autre part, l'existence de certains comportements nouveaux qui inquiètent l'opinion. Nous avons déjà pu constater les difficultés (arbitraire dans le choix des matières et problème des lacunes) de construire valablement un travail de réforme et d'en fixer les objectifs sur une base aussi sommaire exprimant les seules préoccupations des autorités publiques et négligeant l'examen concret, auprès de ceux qui y sont directement impliqués (justiciables, détenus, victimes, etc ...), du malaise sinon du blocage de la justice répressive en Belgique⁽¹⁹⁾. En outre, s'agissant de réforme à apporter au code pénal, il serait à tout le moins nécessaire de faire «l'état» du code : quels articles sont-ils souvent, peu ou jamais appliqués ? Quels sont ceux qui donnent lieu à des difficultés sérieuses, lesquelles et ressenties par qui ?

Mais quel est le *diagnostic* sous-jacent aux thèses réformistes du gouvernement ? Celui-ci semble être centré essentiellement sinon exclusivement sur les *menaces* qui pèsent sur l'individu et la société. En l'absence d'analyse sérieuse de la nature et de l'ampleur de ces menaces – de leur raison aussi –, nous nous trouvons en quelque sorte devant ce que des auteurs appellent la construction de «*moral panics*»⁽²⁰⁾. Celles-ci résultent de l'interprétation de certains événements sociaux tels la violence dans les rues, les agressions contre les biens, l'usage de la drogue ou l'accroissement du taux de la délinquance dans un sens

sanctions, s'inspirant de modèles étrangers et de réformes accomplies ailleurs, sans guère de référence aux données socio-politiques propres des pays dans lesquels s'insèrent les mesures adoptées et sans tenir compte du développement concret de celles-ci dans le contexte juridique en cause. On observe là un recours discutable au droit comparé : plutôt que de permettre une mise à distance critique, qui est la condition d'une utilisation scientifique du droit comparé, celui-ci intervient comme argument d'autorité pour imposer une solution non justifiée par ailleurs.

⁽¹⁹⁾ TULKENS F., «La réforme du code pénal en Belgique. Question critique». *Déviance et Société*, 1983, p. 200.

⁽²⁰⁾ HALL S., CRITCHER C., JEFFERSON T., ROBERTS B., *Policing the Crisis : Mugging, the State and Law and Order*, London, 1978, pp. 221-272.

qui les présentent comme directement menaçants soit parce qu'ils constituent seulement la pointe visible de l'iceberg laissant entendre que la face immergée cache des problèmes plus vastes encore, soit parce qu'ils portent directement atteinte à la base même de l'ordre social. Se crée ainsi un phénomène d'explications en spirale (*signification spiral*) débouchant sur un appel impérieux «à faire quelque chose», ce qui entraîne l'effet essentiel de réduire le problème du crime au seul problème de l'insuffisance voire de l'échec de la répression pénale⁽²¹⁾. Cette réduction en provoque à son tour une autre qui est dès à présent extrêmement perceptible dans les travaux de réforme réalisés à ce jour : la problématique de la réforme devient exclusivement la problématique de l'*accroissement de l'efficacité du système pénal*. L'individualisation de la peine, la diversification des sanctions ou l'accent mis sur le danger que constitue l'auteur de l'infraction sont autant de stratégies nouvelles pour permettre au droit pénal de protéger plus efficacement l'ordre public. Et le «déplacement des frontières de la répression» qui est préconisé dans le Rapport au Roi, s'inscrit dans une dynamique du même ordre : décriminaliser, dépénaliser peut-être mais surtout modifier la topographie criminelle afin de concentrer la répression – de l'accroître en intensité et en qualité – dans les secteurs jugés prioritaires⁽²²⁾.

LE CODE COMME SOURCE DE DROIT ET LIEU DE RÉACTION SOCIALE

Un code ne constitue pas seulement une forme quelconque de législation ; il remplit également une fonction propre en ce sens qu'il traduit un certain ordre de nécessités ou tout au moins de choses tenues pour telles : unité d'une part, complétude de l'autre⁽²³⁾. À travers l'effort de codification, c'est en outre le statut et l'image de la loi qui s'imposent avec une force accrue – la loi, «verbe parfait du droit» de l'État libéral – laissant aux autres sources du droit un rôle subordonné⁽²⁴⁾. Une réflexion sur les raisons et les limites de la codification

⁽²¹⁾ *Ibid.*, pp. 223-226.

⁽²²⁾ *Rapport sur les principales orientations de la réforme, op. cit.*, (8), p. 11 (Rapport au Roi), 62 sv. et 86 sv.

⁽²³⁾ TULKENS F., *op. cit.*, (19), p. 200, et les références citées ; VANDERLINDEN J., *Le concept de code en Europe occidentale du XIII^e au XIX^e s. Essai de définition*, Bruxelles, 1967.

⁽²⁴⁾ OST F., «Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice», in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, sous la

dans une société moderne et sur l'utilité et le contenu d'un code pénal au sein du système d'administration de la justice criminelle ne peut dès lors être évitée.

Pour illustrer ce propos, nous retiendrons ici deux éléments qui se situent à des niveaux très sensiblement différents, permettant de mieux saisir la portée de ce que nous considérons comme une lacune majeure dans l'état actuel des travaux de réforme.

Dans le développement de la première orientation qui vise à «rendre la loi pénale compréhensible pour le justiciable et simplifier les règles», le *Rapport sur les principales orientations de la réforme* de 1979 évoque le souci de rendre la loi pénale *accessible* à tous : «Il faut faire un code plus transparent et permettre au justiciable de comprendre les textes légaux qui leur sont applicables»⁽²⁵⁾. Si, de manière générale, une codification est toujours instaurée dans une perspective de simplification (et dès lors ce souci qui s'identifie en quelque sorte avec l'objet de la codification ne constitue pas en lui-même une orientation de celle-ci), la simplification n'est pas elle-même univoque ni exempte de difficulté. Comme l'observe N. Nitsch, une classification claire des textes sous certaines rubriques permettant une plus grande cohérence dans l'action crée l'inconvénient, en raison de son caractère artificiel, d'écarter toute catégorie intermédiaire, de conditionner les solutions par des choix binaires rendant très mal compte de la complexité de la réalité et dès lors de créer des vides juridiques⁽²⁶⁾. De même, à partir du moment où c'est l'évolution elle-même des conditions matérielles de la vie modifiant les données de la lutte contre la délinquance qui est invoquée comme motif majeur à l'appui de la réforme, est-il bien opportun de privilégier comme facteur de changement un instrument qui, en raison de sa masse et de son caractère systématique, est susceptible, comme le souligne le Ministre de la Justice lui-même, «de consacrer des options qui risquent longtemps d'être irréversibles même si elles sont erronées»⁽²⁷⁾ ? Enfin, si la loi pénale en elle-même n'est pas compréhensible, si elle n'est pas accessible à tous – c'est-à-dire en fait si elle ne tient

direction de GERARD Ph., OST F. et VAN DE KERCHOVE M., Bruxelles, Publications Universitaires des Facultés Saint-Louis, 1983, p. 26.

⁽²⁵⁾ *Rapport sur les principales orientations de la réforme*, *op. cit.*, (8), p. 33.

⁽²⁶⁾ NITSCH N., «L'inflation juridique et ses conséquences», *Archives de Philosophie du droit*, t. 27 «Sources» du droit, 1982, pp. 173-174.

⁽²⁷⁾ Got J., *op. cit.*, (14), p. 152.

pas compte des différents points de vue ou crée des injustices –, la codification à elle seule sera impuissante à modifier la réalité. Il est illusoire en définitive d'assigner à la réforme du code pénal la solution de difficultés qui se trouvent ailleurs ; elle est à cet égard un faux remède.

À un niveau plus substantiel, l'analyse du mode de fonctionnement concret du système de justice pénale et des concepts qui en dérivent ⁽²⁸⁾, de même que l'observation du phénomène contemporain de développement progressif de circuits de dérivation, se manifestant sous des formes diverses et exprimant d'ailleurs des idéologies très différentes ⁽²⁹⁾, ne permettent plus guère d'affirmer aussi aisément, comme relevant de l'évidence, que le code pénal reste le lieu focal de la réaction sociale («pivot autour duquel pourra s'articuler une action de défense sociale plus large, capable de concilier les exigences de l'efficacité et de l'humanité») ⁽³⁰⁾. À partir du moment où se construit le projet de réforme du code pénal, il est essentiel de se prononcer – autrement que par formules – sur la fonction attribuée aujourd'hui à un code pénal dans l'élaboration de la réaction sociale, fonction à la fois théorique et pratique, instrumentale et symbolique. Du même coup la question du contenu de celui-ci se trouve évidemment posée. Le code n'est pas seulement une source formelle ; il est également une source matérielle en ce qu'il traduit une certaine idée du droit. Ainsi, par exemple, il peut être paradoxal de concentrer des efforts sur une entreprise de codification alors que l'on soutient dans le même moment que l'avenir se situe dans l'alternative et dans l'élaboration d'un droit pénal à contenu minimal (*ultima ratio*).

La question n'est pas simplement académique et nous en avons ici une illustration. Certains sociologues aux États-Unis observent que la réforme des codes pénaux recommandée par les partisans du *Justice Model* – et préconisant notamment l'abandon du pouvoir discrétionnaire et le retour aux peines fixes – poursuit l'objectif très clairement déterminé de créer – ou de renforcer – un système de justice rationnelle et

⁽²⁸⁾ Voy. *Connaissance et fonctionnement de la justice pénale : perspectives sociologiques et criminologiques*, Paris, C.N.R.S., 1979.

⁽²⁹⁾ VERIN J., «Le règlement extra-judiciaire des litiges», *Rev. sc. crim.*, 1982, pp. 171-183.

⁽³⁰⁾ Rapport au Roi précédent l'arrêté royal du 6 avril 1976 portant création d'une commission pour la révision du code pénal, *Pasin.*, 1976, p. 735.

légaliste susceptible de soutenir une politique pénale strictement liée par des normes, des lois, des règles. L'effet de cette adhésion plus ferme au formalisme juridique et légal est double : d'une part développer l'idée de l'objectivité de la loi en tant que point de convergence des intérêts communs ; d'autre part, justifier à court terme des mesures coercitives susceptibles de contrôler la situation de crise et restaurer un consensus à long terme ⁽³¹⁾.

LA «CRISE DE LA LOI» ET UNE RÉFORME EN TROMPE L'ŒIL.

Ce que l'on appelle depuis un certain temps déjà la «crise du droit» et avec une sorte de pression et d'angoisse accrues la crise des systèmes punitifs, fait certainement partie du contexte dans lequel se situe la déclaration de réforme du code pénal et la mise en place d'instances officielles chargées d'y procéder ⁽³²⁾. Comme M. Foucault l'a montré, la crise de ces disciplines «ne met pas simplement en question leurs limites et leurs incertitudes dans le champ de la connaissance» mais elle est liée à la crise de l'État et à l'ébranlement d'un certain consensus ; il s'agit dès lors plus fondamentalement d'une crise historico-politique ⁽³³⁾. Dans cet état de crise largement répercuté voire même accentué par le pouvoir, nous sommes confrontés à un paradoxe apparent : celui de la déstabilisation fondamentale de la loi d'une part, et l'amplification du phénomène de réforme d'autre part. Comme si, assignant à la crise de la loi des raisons de type technique (vieillesse, décalage par rapport à l'opinion publique etc ...), la réforme du code était susceptible d'enrayer la dérive.

Qu'y a-t-il derrière cet étrange désir du pouvoir ? Que cherche-t-il en s'engageant, en ce moment, dans la voie de la réforme du code pénal ? Selon C. Varga, des exemples historiques, tels le Code de Justinien promulgué au moment du déclin de l'Empire, montrent que bien souvent la codification est souhaitée en des périodes troublées ⁽³⁴⁾. Mais

⁽³¹⁾ PATERNOSTER R. and BYNUM T., «The Justice Model as Ideology. A critical Look at the impetus for Sentencing Reform», in *6 Contemporary crises*, 1982, pp. 16-17.

⁽³²⁾ Voy. «La crise de la politique criminelle», *Archives de politique criminelle*, n° 4, 1980, pp. 13-82.

⁽³³⁾ KREMER-MARIETTI A., *Michel Foucault et l'archéologie du savoir*, Paris, 1974, p. 222 (Résumé du cours donné au Collège de France, année 1973-74).

⁽³⁴⁾ VARGA C., «Utopias of rationality in the development of the idea of codification», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1978, p. 22.

comme l'observe G. Ripert, les codes rédigés à une époque d'effervescence ne stabilisent en rien la législation existante⁽³⁵⁾.

Ne pourrait-on dès lors penser à des analyses du type de celle de Durkheim où il montre que la logique profonde de la réaction sociale est de maintenir ou de reconstituer l'adhésion commune et d'assurer la continuité de la conscience collective, rejoignant par là une fonction historique de la codification qui est de refaire une unité ? «La peine ne sert pas, ou ne sert que très secondairement à corriger le coupable ou à intimider ses imitateurs possibles ; à ce double point de vue, son efficacité est justement douteuse et, en tout cas, médiocre. Sa vraie fonction est de maintenir intacte la cohérence sociale en maintenant toute sa vitalité à la conscience commune»⁽³⁶⁾.

Par ailleurs, si le code est majesté comme le dit G. Burdeau⁽³⁷⁾, il peut aussi être spectacle. Dans son article «Vers la fin de l'État de droit ?», J. P. Henry montre très bien comment l'utilisation qui est faite aujourd'hui de la fonction normative tend à devenir un élément essentiel d'un spectacle politique. Et tout comme l'inflation juridique serait le signe du vieillissement de l'organisation sociale, «l'utilisation spectaculaire de la fonction normative par le pouvoir deviendrait en grande partie le révélateur de son impuissance»⁽³⁸⁾. Alors qu'aujourd'hui – pour cet ensemble de raisons que nous venons de voir – peu de conditions sont remplies qui permettraient en définitive de fonder la réforme de cet instrument juridique que constitue le code pénal et d'en assurer l'effectivité, le processus est néanmoins engagé par le pouvoir, comme si cette déclaration de réforme remplissait en elle-même une fonction sociale et politique importante. «Cette fonction, poursuit J. P. Henry, réside alors dans l'impact psychologique de la norme dont l'édiction par le pouvoir tend à devenir un véritable spectacle»⁽³⁹⁾. Spectacle qui, privilégiant la représentation par rapport au vécu, cherche à convaincre le corps social – dont la demande est à certains moments singulièrement amplifiée – que des décisions sont prises, que

⁽³⁵⁾ RIPERT G., *op. cit.*, (1), n° 143, p. 350.

⁽³⁶⁾ DURKHEIM E., *La division du travail social*, Paris, P.U.F., 1967, p. 76.

⁽³⁷⁾ BURDEAU G., «Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français», *Archives de philosophie du droit*, 1939, p. 31.

⁽³⁸⁾ HENRY J. P., «Vers la fin de l'État de droit», *Revue de droit public et de la science politique*, 1977, pp. 1222-1223.

⁽³⁹⁾ *Ibid.*, p. 1224.

le problème est pris en charge, que les revendications sont satisfaites. Ne peut-on en effet penser qu'au moment où le Ministre Vanderpoorten engageait la réforme en 1976, c'était moins le souci de la classification des infractions ou de la relation entre la faute pénale et civile qui l'animait, que le débat politique du moment sur la menace des immigrés, l'avortement, les prises d'otage, le terrorisme ou la violence, auquel il importait de pouvoir dire que le gouvernement en place apportait réponse ? L'effet de ce caractère spectaculaire que revêt l'utilisation de la fonction normative est de créer un profond malentendu et sans doute est-ce la raison pour laquelle la réforme du code pénal risque en définitive de n'intéresser plus personne.

Une illustration de cette réforme en trompe l'œil se trouve dans le sort qui est réservé au droit pénal spécial ainsi qu'à la procédure pénale – ou plus exactement au sort qui ne leur est *pas* réservé provoquant en quelque sorte l'émiettement ou la fragmentation de la régulation sociale. Alors que la «menace de certains comportements nouveaux» est expressément invoquée dans le Rapport au Roi comme moteur de la réforme – le pouvoir jouant en quelque sorte le jeu que les gouvernés attendent de lui –, la Commission adopte l'attitude singulière de subordonner la réforme de la partie spéciale à la refonte de la partie générale. Loin de corriger cette option peu compréhensible et franchement contestable dans la mesure où elle laisse subsister la question fondamentale de savoir contre quel type de criminalité on entend lutter, l'arrêté royal du 8 avril 1983 qui nomme un commissaire royal à la réforme du code pénal et en programme les travaux va plus loin encore : l'avant-projet demandé pour le 1^{er} octobre 1984 «comprendra la partie générale du droit pénal ainsi que les propositions nécessaires pour permettre une application de cette partie générale *sans attendre que la réforme du droit pénal soit achevée*»⁽⁴⁰⁾. Une proposition de ce type est «la fuite en avant élevée au niveau d'une technique de gouvernement» car on voit mal comment le législateur pourrait codifier les principes généraux d'une répression dont il ne fixe même pas l'objet⁽⁴¹⁾. C'est parce que le «particulier» est en définitive trop

⁽⁴⁰⁾ Arrêté royal du 8 avril 1983 nommant un commissaire royal et un commissaire royal adjoint à la réforme du code pénal, article 7.

⁽⁴¹⁾ HAUS l'observait déjà en 1835 : «En effet, toutes les parties du droit pénal sont intimement liées entre elles ; le législateur, en posant les principes fondamentaux du système, tels que ceux relatifs à la complicité, à la tentative, à la récidive, aux divers

conflictuel que le pouvoir s'intéresse d'abord au «général»; et celui-ci sert à élaborer un appareil conceptuel, complexe et abstrait qui vise à canaliser l'agressivité collective. Quant à la procédure pénale, sa singulière absence illustre encore la fonction essentiellement spectaculaire que le pouvoir entend donner à la réforme du code pénal en le privant de toute exécution (42).

DE LA MANUFACTURE D'UN CODE OU L'ART DE LÉGIFÉRER

Partant de l'idée très simple que la qualité d'une œuvre de réforme se mesure en grande partie à la qualité de sa méthode, nous voudrions rassembler sous cet intitulé trois observations parmi d'autres relatives aux conditions qui semblent requises pour penser et construire un projet de réforme (43).

Tout d'abord, une réforme doit mordre sur la *réalité*. Elle ne peut réussir que si elle est fondée sur une appréciation sérieuse des ressources et des obstacles, des moyens et des limites. A cet égard, avant même toute discussion relative aux objectifs et aux principes, une priorité doit être donnée à une *connaissance concrète* de l'ensemble du système de justice pénale. «Alors qu'on ne lance jamais un investissement industriel sans une étude minutieuse des données technologiques et économiques, elles-mêmes fondées sur un corps de connaissances scientifiques, les réformes des systèmes humains sont le plus souvent lancées à partir de considérations de principe, avec une connaissance

genres de pénalités, etc. doit constamment porter ses regards sur les différents crimes et délits auxquels ces principes doivent être appliqués; et pour la punition des faits particuliers qu'il juge nécessaire de réprimer, les principes fondamentaux doivent lui servir de guide. L'ordre désirable dans le droit pénal ne peut être obtenu que par la formulation simultanée de toutes les parties d'un code; il faut que le législateur embrasse l'ensemble du système pour pouvoir régler et coordonner les différents éléments dont il se compose» (HAUS J. J., *Observations sur le projet de révision du code pénal*, Bruxelles, 1835, 1^{re} partie, p. 42).

(42) *Ibid.*, p. 1228; Voy. DUPONT L., «Waarover men niet (meer) spreekt. Een eentonig verhaal over strafrechterlijke hervormingspogingen in België», *Panopticon*, 1980, pp. 445 sv.

(43) Sur les questions de méthode qui nous semblent très importantes dans la mesure où elles orientent – et enferment – la réforme dans certaines voies, voy. TULKENS F., *op. cit.*, (19), pp. 200-205 : nomination et composition de la commission, organisation et fonctionnement, recours au droit comparé, communication des travaux.

tout à fait superficielle de la réalité»⁽⁴⁴⁾. Cette observation de Michel Crozier se fait en quelque sorte l'écho d'un constat du même type effectué par Manuel Lopez-Rey au sujet du caractère très généralement abstrait du code pénal qui bien souvent n'est guère relié à la réalité présente et est dès lors peu susceptible d'anticiper l'avenir : «The question is when will policy-makers, leaders of political groups and interests and legal and other professional elites realize that the drafting of a penal code demands as much digging out of facts and formulation of projections as the planning of national economic development ?»⁽⁴⁵⁾.

Dans une étude antérieure de 1965 «Aspects et problèmes de la codification pénale à l'heure actuelle», M. Lopez-Rey (qui dans les années 1960 fut un important «créateur» de code surtout en Amérique latine) observe les différentes *méthodes* utilisées pour préparer un code pénal⁽⁴⁶⁾. Soit la *confection* c'est-à-dire la création de toute pièce, dans laquelle la mode pénale c'est-à-dire les conceptions d'écoles et les théories pénales jouent un rôle important. «En général, il s'agit d'un travail doctrinal et érudit qui suit de très près un modèle, une école, ou une théorie déterminés ou un mélange de théories sans se soucier beaucoup de la réalité et des besoins existants en matière pénale. École, théorie et technique sont donc les ingrédients principaux»⁽⁴⁷⁾. Soit la *transplantation* qui consiste à importer un texte pénal et l'adopter avec quelques modifications. L'usage de cette méthode – largement utilisée au XIX^e siècle dans la plupart des pays de l'Amérique latine et aujourd'hui dans de nombreux états africains – conduit à de curieuses alliances⁽⁴⁸⁾. Soit la *modification* fréquente et successive de certaines

(44) CROZIER M., *On ne change pas la société par décret*, Paris, 1982, p. 72.

(45) LOPEZ-REY M., «Crime and the Penal System», in *Mélanges en l'honneur de Jean Constant*, Liège, 1971, p. 266.

(46) LOPEZ-REY M., «Aspects et problèmes de la codification pénale à l'heure actuelle», *Rev. sc. crim.*, 1965, p. 35 sv.

(47) *Ibid.*, p. 38.

(48) Voy. à ce propos l'excellent passage de LOPEZ-REY M., *op. cit.*, (41), p. 265 : «In Zambia, Malawi, Kenya, Uganda, Tanganika and Zanzibar, the penal Codes, although amended here and there, are still essentially based on a Colonial Office Model Code the main source of which was the Queenstand Penal Code of 1899, in turn based on the English Criminal Code Bill of 1880, the Indian Penal Code of 1860 and greatly indebted to the Italian or Zanardelli Penal Code of 1888 and the Penal Code of the State of New York of 1881. Since the Turkish Penal Code, 1926, is almost entirely based on the Zanardelli Code there is curious penal relationship between Turkey and some African countries which may easily be expended to some Latine American countries in

parties du code qui lorsqu'elle atteint une certaine importance peut-être qualifiée de révision.

Il en résulte le plus souvent un code pénal hybride, désaxé qui «tout en étant vétuste, est en partie nouveau»⁽⁴⁹⁾. Pour que le code reflète la structure sociale et soit susceptible de satisfaire les besoins pénaux de la communauté, l'auteur préconise la méthode qu'il qualifie d'*évaluation* et qui consiste, préalablement à toute rédaction proprement dite, à rassembler et à analyser un ensemble de données qui directement ou indirectement ont un impact sur la configuration et le mode de fonctionnement du système de justice pénale à la modification duquel la réforme du code entend évidemment contribuer. Certaines données sont certes de nature pénale et criminologique (comme les tendances et la fluctuation de la criminalité, l'effet du renvoi, l'ampleur de la récidive, la fréquence et l'effectivité des diverses sanctions, l'état des rapports et des engagements internationaux, la position de la jurisprudence, etc.). Mais d'autres concernent tout ce qui se rattache à la structure politique et institutionnelle (ainsi par exemple dans notre pays l'effet de la régionalisation et de la communautarisation qui se répercutent évidemment dans le domaine pénal), à la structure économique et sociale (le développement d'une société post-industrielle heurtée par la crise de l'État-providence), au domaine culturel également. Ces données sont indispensables et ne s'attachent pas simplement au «contexte» : elles font partie de l'objet même de la réforme. Dans la mesure où les transformations des conditions matérielles et humaines de la vie sont précisément invoquées en faveur de celle-ci – et ces transformations étant incontestables –, il importe de s'assurer qu'elles puissent effectivement être prises en compte dans la réforme envisagée et dans leur dimension réelle. Un manque de temps pour procéder à des investigations de cet ordre ne peut être ici invoqué dans la mesure où il paraît évident au Ministre de la Justice actuel que la réforme du code

as much as the Zanardelli Code was also taken as a model and its influence, still strong, survives in the penal codes of Panama and Venezuela among others. Finally, as the Zanardelli Code was largely based on the Sardinian code of 1859, the conclusion is that an appreciable number of countries of different and even characteristics share, to a great extent, the same penal source, originating in a kingdom which has long since disappeared and had nothing in common with the continents involved».

(49) LOPEZ-REY M., *op. cit.*, (45), p. 38.

pénal ne revêt pas un caractère d'urgence aussi accusé que certaines réformes plus particulières et qu'il prend dès lors le soin de souligner et à très juste titre : «Mais précisément parce que la confection d'un nouveau code pénal est une tâche moins urgente que beaucoup d'autres, nous n'aurions aucune excuse à ne pas nous en acquitter avec tout le soin possible»⁽⁵⁰⁾.

Par ailleurs, de par sa structure formelle et les conditions qui ont été choisies pour son élaboration – une commission gouvernementale d'abord, un commissaire royal ensuite – la réforme du code pénal contribue au phénomène contemporain de *déclin de la loi parlementaire*. Nous pouvons peut-être constater ici un déplacement du même ordre que celui qui est analysé par René Savatier dans ses «Observations sur les modes contemporains de formation du droit positif»⁽⁵¹⁾. «Des commissions de techniciens tentent de plus en plus à se substituer aux députés pour préparer les lois qu'on les invitera à voter». Rapidité, efficacité, coordination certes mais ce sont des avantages qui se paient cher poursuit l'auteur. «Le silence même des cabinets et des bureaux où travaillent dans les ministères les auteurs de cette loi nouvelle n'apparaît pas sans danger. Le parlement est moins confiné ! Des courants d'air et parfois des lumières y passent. Le bureaucrate chargé de rédiger un texte législatif ne le respire pas toujours. Ses vues sont trop courtes. Elles se limitent à ses lectures et à ses expériences personnelles. Les constructions qu'elles inspirent manquent alors d'ouverture sur le vaste monde. Ce sont même, dans certains cas, de véritables marottes qu'illustrent certains textes»⁽⁵²⁾. Il en résulte une altération du concept traditionnel de loi. Expression de la volonté générale, la loi n'est même plus l'expression de la volonté du législateur ; elle devient l'expression de volontés individuels, de ceux qui «créent» les lois, les *entrepreneurs moraux* si justement décrits par H. Becker et dont le prototype est le réformateur⁽⁵³⁾. Les lois et les règles ainsi élaborées ne traduisent plus les valeurs et les normes d'aucun groupe et, comme le souligne P. Poncela, «la loi pénale

⁽⁵⁰⁾ GOL J., *op. cit.*, (14), p. 151.

⁽⁵¹⁾ SAVATIER R., «Observations sur les modes contemporains de formation du droit positif», in *Mélanges en l'honneur de J. Dabin*, Bruxelles, 1963, t. 1, p. 295 sv.

⁽⁵²⁾ *Ibid.*, p. 302.

⁽⁵³⁾ BECKER H., *Outsiders*, New York-London, 1963, p. 147 sv.

apparaît alors comme l'enjeu d'intérêts divers, le pivot autour duquel se déroule un jeu de rôles très complexe»⁽⁵⁴⁾.

Enfin, le droit pénal est chose trop importante pour que son élaboration soit laissée aux seuls juristes «plus soucieux de l'application du droit existant où ils sont tentés de voir jusqu'en son formalisme la charte indispensable de l'ordre social, que de la création d'un droit nouveau»⁽⁵⁵⁾. Alors que les lois criminelles de l'ancien régime avaient été élaborées par des juristes et des criminalistes de profession, le code pénal de 1791, produit de toute l'évolution philosophique et social du XVIII^e, fut l'œuvre des philosophes, des publicistes, des philanthropes qui inspirèrent la constituante.

LA DOGMATIQUE PÉNALE

«Tant que la structure fondamentale du droit pénal de nos jours ne sera pas changée, le racommodage pénal sera utile mais comme tout racommodage ou rapiéçage, il ne parviendra pas à transformer en neuf ce qui est déjà vieux»⁽⁵⁶⁾. La philosophie pénale qui a procédé à l'élaboration du code pénal belge de 1867, comme des autres codes pénaux occidentaux de la deuxième moitié du XIX^e siècle, repose sur certaines notions qui, ensemble, constituent la matrice fondamentale du droit pénal et à partir de laquelle s'organise la logique interne du système : la loi, l'infraction, la responsabilité, la sanction. A partir du moment où se construit le projet de réformer le code pénal, il convient d'examiner la pertinence de ces postulats.

La *loi pénale* tout d'abord. Dans le Rapport sur les principales orientations de la réforme de 1979, on ne trouve aucune trace de réflexion sur ce que l'on pourrait appeler le statut théorique et pratique de la loi qui reste dès lors fondamentalement inchangé. La loi reste le cadre de référence normatif unique, indiscuté, à partir duquel se définit le comportement délinquant. Dogmatique autoritaire, monologique, ne laissant percer aucun signe d'inquiétude, ne laissant place à aucune nuance. La loi «œuvre de volonté rationnelle, commandement auquel

⁽⁵⁴⁾ PONCELA P., «Au nom de la loi ou malgré la loi», *Archives de philosophie du droit*, t. 25, La loi, 1980, p. 37.

⁽⁵⁵⁾ PRINS A., *Science pénale et droit positif*, Bruxelles, 1899, p. 24.

⁽⁵⁶⁾ LOPEZ-REY M., *op. cit.*, (45), p. 11.

obéissance est due»⁽⁵⁷⁾. A aucun moment, la loi pénale n'est envisagée dans son rôle créateur de délinquance ni comme étant le résultat d'un choix et pouvant dès lors elle-même être problématique. A fortiori, ne trouve-t-on dès lors nulle réflexion sur la place du «pénal» par rapport à d'autres modes de régulation sociale et de prise en charge. Par ailleurs, les observations relatives à l'application de la loi pénale parmi lesquelles surtout celle de l'application différentielle de la loi, rendant plus fictive encore la fiction de l'égalité de tous devant la loi, renvoie au thème développé par M. Foucault de la «gestion différentielle des illégalismes» et conduit nécessairement à interroger la forme loi elle-même. Comme l'observe P. Poncela, «la loi n'est pas seulement faite pour empêcher tel ou tel comportement mais pour différencier les manières de tourner la loi elle-même»⁽⁵⁸⁾.

Dans son organisation présente, le système pénal repose fondamentalement et exclusivement sur la désignation par la loi pénale de conduites ou de comportements jugés indésirables et dès lors non acceptés. Cette désignation s'exprime à travers le concept d'*infraction*. D'un strict point de vue juridique, nous savons qu'il n'y a pas, dans notre code pénal, de définition matérielle de l'infraction mais ce n'est pas ce débat – en définitive assez secondaire – qu'il faut réanimer ici. Plutôt celui-ci : lorsque le Rapport de 1979 propose de fonder la classification tripartite des infractions sur la nature même de celles-ci et de regrouper les infractions en catégories selon leur gravité relative, se pose nécessairement la question de la pertinence morale et opérationnelle de pareil critère et de la possibilité de formuler les «tutelary values»⁽⁵⁹⁾. Quelle est la nature intrinsèque et la spécificité du pénal ? Quel est le «caractère qui lui est inhérent» ? Qu'entend-on par la «gravité» d'un acte ? Une sorte d'échelle des intérêts juridiques se trouve en quelque sorte posée à la base de la rationalité du système mais la question de son continu n'est pas abordée. Certes, on affecte de répéter qu'à travers le droit pénal un certain nombre de valeurs sont affirmées et défendues. Mais comme le souligne C. Debuyst «... il importe de vérifier le sens qu'à la réaffirmation d'une valeur par une instance qui dispose de la force pour la faire respecter. Il faut rappeler que toute valeur peut devenir fonctionnelle, c'est-à-dire qu'elle peut être utilisée pour recouvrir la

⁽⁵⁷⁾ PONCELA P., *op. cit.*, (53), p. 35 ; voy. FOUCAULT M., *op. cit.*, (17), p. 277 sv.

⁽⁵⁸⁾ *Ibid.*, p. 37.

⁽⁵⁹⁾ Rapport sur les principales orientations de la réforme, *op. cit.*, (8), pp. 38-39.

volonté de faire prévaloir la domination d'un point de vue ou pour protéger une position qu'un groupe ou qu'un individu occupe ... Dès lors, défendre une valeur ou un droit ne peut consister seulement à l'affirmer et à sanctionner toute transgression ... La défendre pourrait consister tout autant à mettre l'individu dans une situation telle, ou à lui permettre de faire une expérience telle, que cette valeur ou que ce droit puisse effectivement prendre sens»⁽⁶⁰⁾. Déjà une orientation du même ordre était exprimée en 1976 au Congrès de défense sociale de Caracas : comment obliger l'appareil normatif à renoncer à être l'expression du groupe dominant pour refléter les intérêts et les positions de tous les groupes de la société⁽⁶¹⁾ ? A travers ce questionnement, c'est le concept même d'infraction qui est à reconstruire. Ne constitue-t-il pas en définitive, avec la logique qui lui est propre, un obstacle majeur à l'adoption d'un autre point de vue ? D'aucuns le soutiennent et nous pensons avec raison⁽⁶²⁾.

La désignation d'un *auteur responsable* est l'axe central du processus pénal en droit positif. Outre le fait qu'un tel système accentue la dichotomie en définitive très manichéenne entre innocent et coupable, il en découle, comme le constate L. Hulsman, un autre effet pervers certain à savoir celui de détourner l'attention du public des problèmes généraux de la société lesquels contribuent à créer la situation dans laquelle les délits sont commis⁽⁶³⁾. A cet égard, sans vouloir en aucune manière gommer la dimension d'humanisation ou d'humanité que comporte la volonté d'envisager la responsabilité à travers la personnalité et de la fonder sur la faute, il semble que néanmoins une telle approche soit équivoque dans la mesure où elle occulte la dimension sociale.

La crise de la *sanction pénale*, et notamment l'échec de la peine de prison, qui est au centre du débat contemporain sur la crise de la politique criminelle (ou peut-être plus exactement que certains enten-

⁽⁶⁰⁾ DEBUYST C., «Le concept de personnalité dangereuse considéré comme expression d'un point de vue», in *Dangerosité et justice pénale. Ambiguïté d'une pratique*, sous la direction de C. DEBUYST, Genève, 1981, p. 32. Voy. cette constatation de PRINS très significative à cet égard : «Les deshérités ne respectent ni la propriété ni la vie parce que ni la vie ni la propriété n'ont pour eux de valeur réelle» (*Criminalité et répression*, Bruxelles, 1886, p. 17).

⁽⁶¹⁾ BERNAT DE CELIS J., «Les grandes options de la politique criminelle. La perspective de L. Hulsman», *Archives de Politique criminelle*, 1980, p. 30 (note 23).

⁽⁶²⁾ BERNAT DE CELIS J., *Ibid.*, p. 32.

⁽⁶³⁾ *Ibid.*, p. 28.

dent mettre au centre de ce débat pour le concentrer sur des questions moins insaisissables que la légitimité ou l'effectivité du système lui-même) ne se réduit pas à une question d'éventail de mesures, d'élargissement des possibilités d'individualisation ou de «bon choix» de la sanction.

A travers la sanction pénale, c'est plus fondamentalement la nature même de la réaction et du contrôle social qui doit être interrogée. Différents types d'intervention sont possibles – punitif, compensatoire, thérapeutique, social et éducatif, conciliatoire – développant chacun leur logique propre c'est-à-dire prenant nécessairement parti sur la définition et la genèse des événements indésirables, sur les caractéristiques de l'individu et l'objectif à atteindre⁽⁶⁴⁾.

Au terme de cette analyse, certainement incomplète mais qui entend simplement relever quelques «faits saillants» de la réforme du code pénal telle qu'elle est engagée en Belgique, quelles *conclusions* pouvons-nous en dégager ? Nous retiendrons seulement trois observations.

Tout d'abord, le *moment* choisi pour la réforme joint aux *motifs* de celle-ci constituent certainement une question de perplexité. Par une singulière similitude, nous touchons ici un thème déjà développé par Prins à propos du code pénal de 1867. A peine celui-ci était-il promulgué que s'incrustait dans le droit pénal un «tout autre discours de vérité» – de la culpabilité à la dangerosité, de la répression au traitement. «Un code pénal, quelque parfait qu'il soit, immobilise pour un long terme ce qui est le mouvement ... Il importe donc beaucoup, quand on codifie, de bien choisir, non seulement les éléments mais aussi le moment de la codification. Je ne sais si, en Belgique, nous avons bien choisi notre moment et si nous avons assez regardé autour de nous. Quoi qu'il en soit, il n'existe pas de proportion entre le talent dispensé et les résultats obtenus, et il semble y avoir déjà rupture d'équilibre entre les principes et les idées qui partout flottent dans l'air et sèment le doute sur l'efficacité des institutions pénales modernes»⁽⁶⁵⁾. Aujourd'hui, entre une politique de répression, de socialisation ou de non-intervention, une option est à prendre. Par ailleurs, en référence au contexte politique, social et économique de la réforme, une période de

(64) HULSMAN L. H. C., «Une perspective abolitionniste du système de justice pénale et un schéma d'approche des situations problématiques», in *Dangerosité et justice pénale. Ambiguïté d'une pratique*, sous la direction de C. DEBUYST, Genève, 1981, p. 14.

(65) PRINS A., *Criminalité et répression*, Bruxelles, 1886, p. 85.

crise qui prend des proportions inquiétantes, l'urgent besoin de mettre les codes à jour semble de plus en plus correspondre au souci de prévoir de nouveaux moyens d'intervention. Et à cet égard, la crise de la politique criminelle, si elle se manifeste notamment par la renaissance de l'idée de peine, se manifeste aussi par l'idée de *réforme*.

Dans un second moment, c'est *l'objectif* de la réforme, tel qu'il apparaît dans sa formulation la plus générale exprimée par le pouvoir politique, qui nous semble problématique. Il ne s'agit pas de corriger les «méfais de la loi» ni de fonder un droit nouveau ; il s'agit, pour combattre une criminalité nouvelle en augmentation rapide, de réaménager le pouvoir de punir selon des modalités qui le rendent plus efficace, au moindre coût social et économique. Le thème de la réforme rejoint ici le thème de la décriminalisation et de la dépénalisation et son ambiguïté fondamentale. La décriminalisation tout comme la dépénalisation répondent davantage à l'objectif d'une meilleure répartition des ressources, des équipements et des énergies disponibles au sein d'un système donné qu'à une redistribution des fonctions et des rôles du droit pénal au sein d'une société en mutation ; à cet égard, ce sont des moyens devant permettre, par l'instauration de méthodes nouvelles et mieux appropriées, une valorisation et un renforcement de la répression dans les secteurs où elle doit être maintenue. Cette orientation qui se décèle dans de nombreux travaux trouve peut-être son expression la plus nette dans le commentaire du thème du Congrès international de criminologie de Bruxelles en 1972 sur les frontières de la répression : «En réalité, nous invitons à réfléchir à la possibilité d'une plus grande efficacité du droit pénal dans un monde où la délinquance se transforme et s'amplifie, non à remettre en cause les notions de peine, de responsabilité, de délinquance»⁽⁶⁶⁾.

Enfin, c'est *l'idée même de la réforme* du code pénal qui constitue une interrogation majeure car poursuivre la recherche de solutions nouvelles, au sein du système pénal lui-même, semble en définitive d'un intérêt médiocre. Quelles que soient les transformations et les métamorphoses dont il est susceptible de faire l'objet, le code pénal reste nécessairement marqué par des présupposés de départ à partir

⁽⁶⁶⁾ LEGROS (R.), Les thèmes et buts du Congrès. *Rev. dr. pén. crim.*, 1972-73, p. 131 ; CORNIL (P.), Introduction au thème des frontières. *Rev. dr. pén. crim.*, 1972-73, p. 127, repris dans : *Les frontières de la répression*, Actes du Congrès, Bruxelles, 1975, vol. 1, pp. 29-35 et pp. 17-28.

desquels se constitue d'ailleurs sa logique propre : mode de rattachement axé sur la défense, représentation d'individus coupables ou d'individus dangereux, identification de l'auteur à un acte défini comme infraction. Les «relations paradoxales entre la permanence et le changement», s'exprimant notamment à travers la circularité des politiques criminelles, ne pourront être dépassées qu'en opérant un retournement des perspectives c'est-à-dire en adoptant d'autres pré-supposés, d'autres postulats, à partir desquels une nouvelle logique pourrait se constituer. Et à ce titre, la réforme du code pénal, loin de contribuer à ce nécessaire renversement, en constitue l'obstacle majeur. A la fois parce qu'elle donne l'illusion du changement alors que rien fondamentalement ne peut se modifier et parce qu'elle empêche de poser le problème en d'autres termes c'est-à-dire en des termes qui ne sont pas ceux de la réaction sociale. Entretien, de par son objet même, l'idée que le système pénal est en tout état de cause nécessaire, la réforme du code pénal constitue une entrave à une ré-organisation sociale.

TITRE XXI

Essai de bibliographie raisonnée

Une bibliographie exhaustive des ouvrages de droit pénal et de criminologie était impensable dans le cadre de ce volume. Il aurait fallu y consacrer un livre entier. Nous nous sommes donc limités aux œuvres fondamentales et aux travaux les plus marquants. Cette bibliographie compendra trois parties : Le droit pénal, la criminologie, et un guide de lecture établi par André Cusson.

*
**

I. Droit pénal

par Marc Preumont

I. Ouvrages généraux

1) NYPELS, J. S. G., *Législation criminelle de la Belgique ou son commentaire et complément du Code pénal belge*, Bruxelles, Bruylant, 1870-1872.

L'ouvrage se compose de quatre tomes (I. : articles 1 à 100 du Code pénal ; II : art. 101 à 347 ; III : art. 348 à 567 et IV : lois particulières : code pénal militaire, infractions qui portent atteinte aux relations internationales, chasse, pêche fluviale, circonstances atténuantes, etc.). Sur base du plan adopté par LOCRE pour les Codes de l'Empire, cet ouvrage contient l'ensemble des documents parlementaires constituant les travaux préparatoires du Code pénal belge de 1867.

2) GÉRARD, P. A. F., *Code pénal, suivi du Code pénal militaire*, Bruxelles, Rozez, 1877.

Examen général du Code pénal belge, du Code pénal militaire de 1870 et du règlement disciplinaire de 1815, cet ouvrage est un remaniement du premier ouvrage publié par l'auteur en 1867, *Code pénal expliqué*. On y trouve des extraits des travaux préparatoires ainsi que des indications intéressantes concernant l'évolution de la jurisprudence rendue sur base du Code de 1810.

3) LIMELETTE, L., *Le Code pénal belge appliqué*, Bruxelles, Bruylant, 1878.

Examen général du Code pénal belge et de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale ; commentaire des dispositions légales les unes après les autres ; table de concordance entre les articles du Code de 1810 et ceux du Code de 1867.

4) HAUS, J.-J., *Principes généraux du droit pénal belge*, Gand, Hoste, 1879.

Examen du droit pénal général belge dans lequel on trouve aussi des développements consacrés à certaines questions de procédure et de droit pénal spécial. L'ouvrage est divisé en quatre livres regroupés en deux volumes (I : les

lois pénales ; II : les infractions ; III : les sanctions et réparations ; IV : les actions qui naissent des infractions). L'auteur précise qu'il a voulu «réunir dans un cadre méthodique et expliquer, à l'aide de principes de la science et de documents officiels, les dispositions du nouveau Code et de lois complémentaires».

Une réimpression de l'édition originale de l'ouvrage a été réalisée par l'éditeur Swinnen à Bruxelles en 1977 et en 1981.

5) CRAHAY, L., *Traité des contraventions de police*, Bruxelles, Bruylant, 1887.

Examen détaillé de la matière des contraventions en trois tomes (I : règles générales applicables aux conventions ; II : commentaire des contraventions faisant l'objet du titre X du livre II du Code pénal ; III : les infractions prévues par le Code rural du 7 octobre 1886). Commentaire détaillé documenté par des références de doctrine et de jurisprudence.

6) NYPELS, J. S. G. et SERVAIS, J., *Le Code belge interprété*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 1896-1899.

Examen général et complet, article par article, du Code pénal en quatre tomes (I : art. 1 à 214 ; II : art. 215 à 397 ; III : art. 398 à 490 ; IV : art. 491 à 567). Il s'agit d'une remarquable étude systématique très approfondie dont seule une petite partie (art. 100 à 100 *bis*), hélas, a fait l'objet d'une troisième édition actualisée en 1938. Ayant participé aux travaux préparatoires du Code de 1867, NYPELS met en évidence avec une lumineuse clarté les solutions doctrinales et jurisprudentielles consacrées par le Code ainsi que les innovations réalisées. SERVAIS, dans la deuxième édition et dans la troisième limitée comme dit ci-dessus, a actualisé le texte de NYPELS en tenant compte de l'évolution de la jurisprudence belge et l'a complété en commentant les nouvelles législations.

7) PRINS, A., *Science pénale et droit positif*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Maresq, 1899.

Examen du droit pénal général belge et de la théorie pénale.

Après une introduction, l'ouvrage se détaille en neuf parties : la loi pénale, l'infraction en général et sa division, les éléments constitutifs de l'infraction, les circonstances élisives de l'infraction, les circonstances aggravantes et atténuantes et les causes d'excuse, la participation, les conséquences civiles, les peines, le vagabondage et la mendicité. L'auteur s'exprime ainsi dans sa préface : «Dans ce livre, fruit de l'enseignement universitaire et destiné à cet enseignement, j'ai essayé de combiner les éléments du droit pénal positif moderne tel qu'il est consacré par les textes législatifs avec les éléments de la théorie pénale issue du mouvement scientifique contemporain qui a transformé les conditions du droit de punir».

8) BELTJENS, G., *Encyclopédie du droit criminel belge*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Maresq, 1901-1903.

Examen général du Code pénal, de quelques lois particulières et du Code d'instruction criminelle en trois tomes (I : Droit pénal : Code pénal, Code forestier, Code rural, Lois sur la chasse, sur la pêche, sur la sécurité routière, «Code de la presse», vagabondage et mendicité ; II : Code d'instruction criminelle : art. 100 à 406 ; III : *idem.*, art. 407 à 643). Commentaire très détaillé avec références de doctrine et de jurisprudence belge et française ; comparaisons et renvois aux législations connexes et au Code de 1810.

9) RIGAUX, M. et TROUSSE, P.-E., *Les Codes de police*, Bruxelles-Paris, Bruylant – L. G. D. J., 1938.

Examen général des contraventions du Code pénal et de certaines lois particulières en deux tomes (I : Code pénal ; II : Code forestier, Code rural, Pêche fluviale). Pour chaque contravention, un exposé reprend les éléments suivants : la qualification, les peines, les éléments constitutifs, les circonstances aggravantes, les circonstances atténuantes, la prescription et les infractions connexes («rapprochements»).

10) SCHUIND, G., *Traité pratique de droit criminel*, Bruxelles, Bruylant, 1944.

Examen de tout le droit pénal belge et de la procédure pénale en deux volumes (I : Le Code pénal, partie générale, art. 1 à 100 *bis* et partie spéciale, art. 101 à 567 – Lois particulières : chasse, pêche, Code forestier, Code rural, ivresse, armes, roulage, étrangers, carte d'identité, objets perdus ; II : procédure pénale).

Cet ouvrage fait l'objet d'une nouvelle édition, en cours de parution, réalisée par A. VANDEPLAS. Deux volumes sont déjà sortis chez l'éditeur Swinnen en 1980 et 1982.

Cette nouvelle édition est présentée sur feuillets mobiles et fait l'objet de mises à jour régulières. Le premier volume reprend les matières envisagées par l'édition précédente sauf roulage, étrangers, carte d'identité et objets perdus. Deux traités y sont ajoutés : délit de fuite et ivresse au volant réalisés par J. P. SPREUTELS. Le deuxième volume est consacré à la procédure, de même que le troisième encore à paraître.

11) BRAAS, Ad., *Précis de droit pénal*, Bruxelles-Liège, Bruylant-Vaillant, 1946.

Examen général du droit pénal belge et de quelques législations particulières. Cet ouvrage constitue le remaniement du *Traité élémentaire de droit pénal* que le Chevalier BRAAS (alors professeur de droit pénal à l'Université de Liège) avait publié en 1928. Il comprend huit parties (I : le droit de punir ; II : la législation pénale ; III : l'infraction ; IV : la peine ; V : l'action civile résultant d'une infraction ; VI : l'application du livre I^{er} du Code pénal aux lois particulières :

VII : le vagabondage, la mendicité et la prostitution ; VIII : la législation pénale relative à l'enfance).

12) GOEDSEELS, J., *Commentaire du Code pénal belge*, Bruxelles, Bruylant, 1948.

Commentaire complet de tous les articles du Code pénal séparément ou par groupes d'articles qui répondent au même ordre d'idée. Dans son avant-propos, l'auteur expose qu'il s'est efforcé de «réunir, pour chacune des matières traitées par le Code, à la lumière des travaux préparatoires, de la doctrine et de la jurisprudence, les indications théoriques et pratiques permettant de préciser l'application des divers textes légaux tant du Code pénal lui-même que des principales lois qui l'ont modifié ou complété».

13) RIGAUX, M. et TROUSSE, P.-E., *Les crimes et les délits du Code pénal*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L. G. D. J., 1950-1968.

Commentaire systématique des crimes et délits par les articles 101 à 391 *ter* du Code pénal en cinq tomes (I : infractions contre la sûreté de l'État, art. 101 à 136 ; II : infractions portant atteinte aux droits garantis par la Constitution et contre la foi publique, art. 137 à 192 ; III : faux en écritures, art. 193 à 214 ; IV : infractions contre la foi publique – suite et contre l'ordre public, art. 215 à 321 ; infractions contre la moralité publique et l'ordre des familles, art. 322 à 391 *ter*).

Pour chacune de ces infractions, un exposé détaillé des éléments suivants : la qualification et les questions à poser au jury, les peines principales et accessoires et les sanctions civiles ; la compétence et la procédure ; les éléments constitutifs ; la répression de la tentative ; les circonstances aggravantes et la récidive ; les circonstances atténuantes et les causes d'excuse ; la prescription ; les matières connexes («rapprochements»).

Malheureusement, cette série de volumes n'a pas été jusqu'à couvrir les articles 392 à 550 du Code pénal ... (Les contraventions, art. 551 à 567, sont couvertes par le précédent ouvrage des mêmes auteurs, *Les Codes de police*, voy. *supra*, n° 7). Ces cinq volumes constituent en réalité, la seconde partie d'une Encyclopédie-Formulaire des infractions dont les deux tomes intitulés *Les Codes de police* constituaient la première partie.

14) TROUSSE, P.-E., *Les principes généraux du droit positif belge*, in *Les Nouvelles, Droit pénal*, Bruxelles, Larcier, 1956 et 1962.

Examen très détaillé, en deux volumes, du droit pénal général.

Ouvrage de très grande autorité.

Le premier volume (1956) contient une introduction qui définit le droit pénal, détermine son contenu et énumère les caractères du droit pénal positif belge. Suivent ensuite trois grandes parties : la loi pénale, la peine et l'infraction.

Le second volume (1962) contient la mise à jour du premier, la suite de la partie relative à l'infraction et une quatrième partie relative au délinquant. L'ouvrage se termine par un exposé de droit comparé pour lequel l'auteur s'est adjoind la collaboration d'Albert FETTWEIS et de Séverin-Carlos VERSELE.

Chaque volume comporte des tables de législation, de jurisprudence, de matières analysées, d'auteurs cités et de très nombreuses références bibliographiques.

15) MARCHAL, A. et JASPAR, J.-P., *Droit criminel, Traité théorique et pratique*, Bruxelles, Larcier, 1965 (2^e édition).

Examen général du droit pénal et de la procédure pénale en deux tomes (I : principes généraux du droit pénal, incriminations et sanctions du Code pénal à l'exception des contraventions ; II : «petits codes», lois spéciales et principes de procédure pénale). La volonté des auteurs a été de mettre un «instrument de travail» à la disposition des pénalistes : l'ouvrage se veut donc essentiellement pratique et adopte un style concis et direct. Chaque chapitre ou section est précédé d'une bibliographie fort détaillée et comporte, en tête, la *qualification* précise de l'infraction avec indication des dispositions légales applicables.

Une troisième édition de cet ouvrage est en cours de parution. Trois volumes sont déjà sortis et ont été réalisés par MARCHAL, respectivement en 1975, 1976 et 1982 (I : articles 101 à 268 du Code pénal ; II : art. 269 à 321 ; III : art. 322 à 347 *bis*).

L'auteur a renoncé à étudier la partie générale du droit pénal (art. 1 à 100 du Code) et se limite à présent à l'étude des infractions mais de manière beaucoup plus approfondie. MARCHAL étant malheureusement décédé en 1983, plusieurs auteurs préparent actuellement l'achèvement de cette troisième édition.

16) CONSTANT, J., *Traité élémentaire de droit pénal*, Liège, Imprimeries Nationales, 1965-1966.

Étude approfondie et systématique du droit pénal belge. Cet ouvrage fut précédé du *Syllabus du cours de droit pénal* publié pour la première fois en 1937 et du *Manuel du droit pénal* qui fit l'objet de plusieurs éditions dont les plus importantes en 1948-49 et 1954-55. L'ouvrage comporte deux volumes où sont examinées les matières suivantes : introduction (aperçu historique et notions générales), le droit positif belge, l'infraction, l'auteur de l'infraction, les peines, l'extinction des peines, la suspension des peines, l'application des principes généraux de droit pénal aux législations particulières, le commentaire de l'article 100 *bis* du Code pénal et un appendice relatif au vagabondage et à la mendicité.

Le premier volume a fait l'objet d'une nouvelle édition quelque peu «abrégée» en 1975 sous le titre *Précis de droit pénal* (en réalité, le *Précis* existait déjà depuis 1961 et connut plusieurs éditions successives : il consistait en un résumé du *Manuel* et, à présent, du *Traité*).

17) SCREVENs, R., *Les infractions*, in *Les Nouvelles, Droit pénal*, Bruxelles, Larcier, 1967 et 1972.

Examen détaillé, en deux volumes, des articles 101 à 391 du Code pénal. Faisant suite à l'ouvrage de TROUSSE cité *supra*, sub n° 14, le premier volume, publié sous la direction de Raymond SCREVENs, comprend trois parties qui constituent autant de traités, la dernière étant elle-même divisée en trois «sous-traités».

- I. Crimes et délits contre la sûreté de l'État par John GILISSEN, Paul CASSIERS et François DEBROUX ;
- II. Crimes et délits qui portent atteinte aux droits garantis par la Constitution par Paul MARCHAND et Herman JOOSTEN ;
- III. 1. Fausse monnaie, Contrefaçons d'effets publics, etc. par Raoul DECLERCQ ;
2. Faux en écritures par André MARCHAL ;
3. Faux témoignage et faux serment par Jean-Marie PIRET.

Le deuxième volume comprend quatre parties : I. Crimes et délits contre l'ordre public commis par des fonctionnaires par André MARCHAL ; II. Crimes et délits contre l'ordre public commis par des particuliers par Pierre GRONDEL et Edgard DUBOIS ; III. Crimes et délits contre la sécurité publique par Jean-Roger VERVLOET ; IV : Crimes et délits contre l'ordre des familles et la moralité publique par Jean DUJARDIN, Pierre LEGROS, Albert KEBERS et Jean-Marie POU-PART.

Malheureusement, l'ouvrage s'arrête à l'article 391 *ter* du Code pénal et demeure donc incomplet.

Pour le surplus, il présente les mêmes caractéristiques que les volumes publiés par TROUSSE in *Les Nouvelles*, *supra*, n° 14.

18) DOUCET, J.-P., *Précis de droit pénal général*, Liège, 1976.

Examen général du droit positif belge qui envisage les matières suivantes : les différentes conceptions du droit criminel, les sources du droit criminel, l'application des règles criminelles dans le temps et dans l'espace, l'infraction (l'incrimination légale et la qualification judiciaire), l'imputation (les techniques législatives d'imputation et les techniques judiciaires), la sanction (détermination législative et judiciaire, extinction).

II. Répertoires et revues

Deux grands répertoires ont été édités en langue française en Belgique : les *Pandectes belges* (de 1878 à 1942), Bruxelles, Larcier et le *Répertoire pratique de droit belge* (de 1949 à nos jours), Bruxelles, Bruylant.

Les *Pandectes belges* couvrent l'ensemble du droit belge et contiennent, parmi les 147 volumes qui les composent, un grand nombre de *verbos* qui

intéressent le droit pénal et la procédure pénale. Ces textes sont fort anciens et il convient dès lors d'être prudent en les consultant. Une table très détaillée de 716 pages se trouve dans le dernier volume et facilite les recherches.

Le *Répertoire pratique de droit belge* (R. P. D. B.) couvre également l'ensemble du droit belge et contient aussi un grand nombre de *verbos* intéressant notre matière. Le R. P. D. B. présente l'avantage d'être plus récent et de faire l'objet de *compléments* (1966, 1969, 1972, 1977 et 1983) qui mettent à jour un grand nombre de matières traitées. Intéressent les matières pénales, notamment les *verbos* suivants : abandon de famille, abstentions coupables, abus d'autorité, abus de confiance, action publique, adultère, amnistie, appel en matière répressive, armes, art de guérir, association de malfaiteurs, attentat à la pudeur et viol, attroupement, avortement, bigamie, casier judiciaire, cel frauduleux, chasse, chose jugée, circonstances atténuantes, clôture (bris de), commission rogatoire, compétence en matière répressive, contravention, contre-façon, coups et blessures, cour d'assises, crimes et délits contre la sûreté de l'État, crime et délits envers l'enfant, délai, délit d'audience, délits politiques, dénonciation calomnieuse, descente sur les lieux, détention préventive, diffamation, calomnie et divulgation méchante, discipline judiciaire, domicile (violation de), droit de défense, droit rural, duel, enlèvement de mineur, escroquerie, étrangers, évasion des détenus, exécution des jugements et arrêts en matière répressive, expert-expertise, extorsion, extradition, faillite et banqueroute, falsification de denrées alimentaires, faux, faux témoignage et faux serment, forêt, forfaiture, fraude électorale, gendarmerie, grâce et commutation de peine, grivèlerie, homicide, incendie, infractions et répressions en général, intervention en matière répressive, ivresse publique, jeu et pari en matière répressive, jugements et arrêts, justice militaire, langues, libération et condamnation conditionnelles, liberté de presse et droit de réponse, liberté individuelle, menaces, ministère public, offense envers le Roi et les membres de la Famille royale, organisation judiciaire, outrage, outrages aux mœurs, outrages aux objets d'un culte, outrages envers les ministres d'un culte, pêche, police judiciaire, pourvoi en cassation en matière pénale militaire, pourvoi en cassation en matière répressive, pourvoi judiciaire, prescription en matière répressive, preuve, prisons et établissements pénitentiaires, procédure pénale, questions préjudicielles, rébellion, recel, récidive, règlement de juges, réhabilitation pénale, renvoi d'un tribunal à un autre, révision, ressort et compétence des tribunaux, secret professionnel, sûreté publique, suspension, sursis et probation, tarif en matière répressive, usure, usurpation de fonctions, vagabondage, mendicité et prostitution, vol, voirie.

En ce qui concerne les revues, il faut bien constater qu'une seule revue intéressant strictement et exclusivement le droit pénal et la criminologie est publiée en Belgique en langue française. Il s'agit de la *Revue de droit pénal et de criminologie* publiée par le Ministère de la Justice depuis 1907 jusqu'à nos

jours. Les rubriques suivantes y sont systématiquement envisagées : Études et chroniques étrangères, Chroniques belges et notes de jurisprudence, Comptes rendus de congrès, Dépouillement de revues, Bibliographie.

La constitution de cette revue est du plus grand intérêt pour la réalisation de tout travail en matière pénale.

Soulignons particulièrement le numéro jubilaire de la *R. D. P.* en 1957 : «Cinquante ans de droit pénal et de criminologie».

Notons également l'existence du *Bulletin de l'Administration pénitentiaire* publié, lui aussi, par le Ministère de la Justice et qui, comme son intitulé l'indique, concerne tout spécialement la pénologie.

III. Ouvrages importants concernant certaines questions particulières

1) FORIERS, P., *L'État de nécessité en droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1951.

Thèse d'agrégation présentée par l'auteur et préfacée par le Professeur Maximilien PHILONENKO. Étude complète, systématique et originale de la cause de justification jurisprudentielle qu'est l'état de nécessité.

2) LEGROS, R., *L'élément moral dans les infractions*, Paris-Liège, Sirey-Desoer, 1952.

Thèse d'agrégation présentée par l'auteur, également préfacée par PHILONENKO.

Étude fondamentale et originale de l'élément moral dans les infractions, contestant énergiquement l'existence même de la notion classique du dol général et affirmant que le seul élément moral, commun à toutes les infractions, sauf exigence spéciale de la loi, est la faute infractionnelle.

3) SCREVEENS, R., *L'interdiction professionnelle en droit pénal*, Bruxelles, Éditions de la Librairie Encyclopédique, 1957.

Thèse d'agrégation présentée par l'auteur. Essai de systématisation de la notion d'interdiction professionnelle, suivi d'une analyse de la législation belge. Le mérite particulier de cette thèse est d'avoir, pour la première fois, suggéré d'envisager concrètement le passage de l'interdiction professionnelle, peine spécialisée pour délits spécialisés, dans l'arsenal des peines de droit commun.

4) BEKAERT, H., *Théorie générale de l'excuse en droit pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1957.

Traduction de la mercuriale prononcée en langue néerlandaise le 15 septembre 1966 à l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'Appel de Gand. Étude très approfondie (154 pages) de la notion de cause d'excuse et de ses applications légales, complétée par un examen détaillé des problèmes de procédure qui peuvent se poser à l'occasion d'applications concrètes.

5) WAILLIEZ, G., *L'infraction politique en droit positif belge*, Louvain, Vander, 1970.

Étude approfondie (314 pages) et originale de la notion de délit politique.

6) GLASER, S., *Droit international pénal conventionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1970 et 1978.

Étude en deux volumes des infractions qui, parce qu'elles portent atteinte aux valeurs communes à tous les États, ont fait l'objet de conventions ou autres instruments internationaux. Chaque volume comporte deux parties : d'une part, l'étude approfondie des infractions envisagées ; d'autre part, la reproduction et la coordination des textes concernés.

7) MAHILLON, P., *Protection de la Jeunesse*, in *Les Nouvelles*, Bruxelles, Larcier, 1978.

Étude systématique très détaillée et approfondie de la loi du 8 avril 1965 relative à la protection de la jeunesse effectuée par 23 collaborateurs sous la direction de Pierre MAHILLON. Voy. un commentaire détaillé de cet ouvrage par «A.d.P.» in *R. D. P.*, 1979, pp. 136 à 139.

8) BOSLY, H., *Les sanctions en droit pénal social belge*, Gand-Louvain, Story-Scientia, 1979.

Véritable «traité de droit pénal social». L'auteur examine si les solutions adoptées par les dispositions pénales en droit du travail ou en droit de la sécurité sociale présentent entre elles une cohérence suffisante pour constituer un système. Il se demande, en outre, si le droit pénal social trouve ou non son inspiration dans les grands courants de la politique criminelle et si cette dernière ne pouvait pas, en retour, bénéficier de l'apport positif de ce droit pénal social. Dans une conclusion générale, il essaie de définir les pôles essentiels autour desquels s'édifiera le droit pénal social de demain au départ des données d'aujourd'hui.

9) DOUCET, J.-P., *La protection pénale de la personne humaine*, Liège, 1979.

Après avoir analysé la technique pénale applicable de manière générale à tout intérêt juridique, l'auteur focalise son étude sur le domaine et les caractères de l'intérêt juridique propre à son sujet, la personne humaine. Chaque partie comporte une définition de l'intérêt protégé et un examen subséquent des différentes techniques d'incriminations utilisées pour assurer la protection en question.

Sont successivement envisagées : la protection de la dignité humaine, de la vie et de l'intégrité des êtres humains, de la personnalité des êtres humains, de la liberté individuelle (libre arbitre) et, enfin, du patrimoine.

10) DE DIESBACH, E., *L'étranger devant la loi belge*, Bruxelles, Bruylant, 1981.

Il s'agit de la troisième édition d'un ouvrage profondément remanié en raison de l'entrée en vigueur de la loi du 15 décembre 1980 qui a considérablement modifié la législation belge applicable aux étrangers. Cette nouvelle loi est ici systématiquement commentée.

IV. Procédure pénale

Outre les ouvrages cités *sub I* dont nous avons précisé qu'ils contenaient des développements concernant la procédure pénale, nous citerons encore ici, sans les commenter, quelques ouvrages importants :

- 1) HÉLIE, F., *Traité de l'instruction criminelle*, édition belge revue par J. NYPELS, L. HANSENS et C. CASIER, 3 volumes, Bruxelles, Bruylant, 1863-1869.
- 2) *Les Nouvelles, Procédure pénale*, 3 parties, 5 volumes, Bruxelles, Larcier, 1946-1951, sous la direction de S. SASSERATH.
 - I. 1 : Introduction (CORNIL, L.); L'action publique et civile (WARLOMONT, R.); De l'exercice de l'action publique à raison des crimes et délits commis hors du territoire du Royaume (THEYS, M.); Les questions préjudicielles (FONTIGNY, A.); La prescription en matière répressive (BELVAUX, P.-A.); La police judiciaire (CARON, A.); L'instruction et la Chambre du conseil (SUETENS, J.-H.); Les mandats de comparution et les mandats d'amener; La détention préventive, etc. (MARÉCHAL, A.).
 - I. 2 : L'extradition (THEYS, M.); Les tribunaux de police (GERONDAL, F. – LAHAYE, M. et NYSENS, J.); Les tribunaux correctionnels (SIMONS, P.); L'appel en matière répressive (VANDER MOESEN, M.); Droit comparé; Exposé critique (SASSERATH, S.).
 - II. 1 : Les mises en accusation (CONSTANT, J.); La Cour d'assises (SASSERATH, S.); Les pourvois en cassation en matière répressive (GENDEBIEN, M. et CARTON DE WIART, C.); La révision des condamnations pénales (SAINT-REMY, A.).
 - II. 2 : Le faux (WARLOMONT, R.); Crimes commis par les juges (CONSTANT, J.); Délits contraires au aspect dû aux autorités constituées (*id.*); Dépôts des procès-verbaux et hauts fonctionnaires (*id.*); Reconnaissances d'identité (*id.*); Destruction ou enlèvement de pièces ou jugement (*id.*); Des règlements de juges et du renvoi d'un tribunal à un autre (DUJARDIN, W.); Le casier judiciaire (POMBA, A.); La réhabilitation en matière pénale (BEKAERT, H.); Langues en matière pénale (VAN DURME); Procédure pénale (2^e partie): Droit comparé (DUMONT, E.); Procédure pénale (3^e partie): exposé critique (SASSERATH, S.); Du système pénitentiaire (BELYM, L.).

III. Exposé critique, suite et fin (SASSERATH, S.); Le droit pénal des jeunes délinquants (WAUTERS, E.); La loi de défense sociale (VAN PARYS, J. et MAYNE, M.); Procédure à l'égard des mendiants et des vagabonds (LUYCKX, A.); Mendiants et vagabonds, droit comparé et exposé critique (VAN DER MOESEN, M.).

3) BRAAS, A., *Précis de procédure pénale*, 2 volumes, Bruxelles-Liège, Bruylant-Vaillant, 3^e édition, 1950-51.

Vol. I : Généralités (objets, sources) ; Actions qui naissent des infractions (action civile, action publique, droit disciplinaire) ; Recherche des infractions et instruction préparatoire (police judiciaire, instruction, juridictions d'instruction, détention préventive).

Vol. II : Les juridictions de jugement ; La Cour de cassation en matière pénale.

4) HOFFLER, J., *Traité de l'instruction préparatoire en matière pénale*, Courtrai, Éditions administratives U.G.A., 1956.

I. Introduction, conclusions et annexes.

II. Les organes de l'instruction préparatoire ; La fonction de police judiciaire ; La fonction juridictionnelle d'instruction ; Le déroulement de l'instruction préparatoire ; Les actes d'information et d'instruction.

5) BEKAERT, H., *La manifestation de la vérité dans le procès pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1972.

II. Criminologie (*)

Le mouvement positiviste italien

LOMBROSO (C.), *L'homme criminel*, 1^{re} éd. 1876, traduction française, Paris, Alcan, 1895.

L'idée fondamentale de ce médecin anthropologue est que les criminels sont des représentants d'un type d'homme primitif qui se reconnaît à une série d'anomalies physiques que l'auteur a soigneusement observées : le criminel-né.

FERRI (E.), *La sociologie criminelle*, trad. de la 3^e éd., Paris, Rousseau, 1893.

S'inscrivant dans la ligne du darwinisme social, E. Ferri, qui est juriste de formation, porte le débat au niveau de la législation pénale et de la politique criminelle où il développe les idées majeures du positivisme quant au libre-arbitre, à la responsabilité morale et à la responsabilité sociale. L'auteur énonce les trois facteurs de la délinquance (anthropologiques, physiques et sociaux) et en déduit la loi de la saturation criminelle. A partir de là FERRI propose une typologie des criminels.

GAROFALO (R.), *La criminologie. Étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, Paris, Alcan, 1888.

Influencé par SPENCER, ce magistrat prend d'emblée une position très nette en faveur du débat positiviste. Les idées fondamentales de son ouvrage s'articulent, d'une part, autour de la conception du crime naturel et, d'autre part, autour de la personnalité du criminel et de la notion de dangerosité comme critère de la mesure pénale.

Le courant sociologique au XIX^e siècle

QUÉTELET (A.), *Essai sur l'homme et le développement de ses facultés ou Essai de physique sociale*, Bruxelles, 1835.

(*) Textes réunis par Françoise Tulkens. Il s'agit d'une orientation bibliographique sommaire indiquant les courants de la criminologie et quelques ouvrages parmi les plus significatifs.

— *Du système social et des lois qui le régissent*, Paris, Guillaumin, 1848.

Il s'agit ici des premiers développements de la statistique et son application à l'étude de la criminalité. Quételet étudie la répartition des infractions dans le temps. Observant la constance avec laquelle les infractions se reproduisent annuellement dans un même ordre, il en conclut que «la société renferme en elle les germes de tous les crimes qui vont se commettre. C'est elle en quelque sorte qui les prépare et le coupable n'est que l'instrument qui les exécute» (*Physique sociale*, p. 93).

LACASSAGNE (A.), *La criminologie*, Paris, 1890.

S'opposant aux thèses de Lombroso à la fois quant à la conception du criminel-né et quant au caractère biologique de la criminalité, cet auteur fut parmi les premiers à poser le problème de la délinquance en termes de milieu social. Le milieu social est le bouillon de culture de la criminalité. La politique criminelle a dès lors une fonction essentielle : enrayer la délinquance en agissant sur le milieu défectueux et en suscitant des réformes sociales. *L'anthropologie criminelle* qu'il préconise est l'étude des caractères anatomiques et des phénomènes biologiques propres à ce groupe d'homme réunis par un même lien : le crime.

TARDE (G.), *Le criminalité comparée*, Paris, 1886.

—, *La philosophie pénale*, 2^e éd., Paris, Masson, 1891 (réédition, Bruxelles, 1982).

Au départ des deux processus psychologiques fondamentaux, *l'invention et l'imitation*, Tarde énonce un certain nombre de lois qu'il applique à la criminalité. Le problème central de la philosophie pénale est, pour cet auteur, celui de la responsabilité. Rejetant la notion de libre arbitre comme fondement de la responsabilité individuelle, Tarde suggère de tenir compte de deux facteurs : l'identité individuelle, d'une part ; la similitude des modèles sociaux, d'autre part.

DURKHEIM (E.), *De la division du travail social*, Paris, P.U.F., 1960.

Un ensemble de prises de position de Durkheim se sont révélées décisives en criminologie et y ont donné lieu à des développements essentiels qui restent singulièrement contemporains : la thèse de la normalité du crime, le problème de la cohésion sociale, la loi de l'anomie.

La défense sociale en Belgique

PRINS (A.), *Criminalité et répression. Essai de science pénale*, Bruxelles, Muquardt, 1886.

—, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Bruxelles, Misch et Thron, 1910.

A travers l'œuvre de Prins et les deux ouvrages ici retenus (extraits d'une bibliographie très abondante), se construit avec une volonté de cohérence certaine ce que l'auteur appelle «la méthode nouvelle et la philosophie de la défense sociale». Celle-ci se constitue autour de certains axes majeurs : la remise en cause du concept de l'homme «normal» et de la responsabilité comme fondement du droit de punir ; l'élaboration du concept de classe dangereuse ; une nouvelle représentation de l'homme criminel fondée non plus sur le caractère moralement répréhensible de l'acte mais sur l'atteinte à l'ordre social.

La criminologie clinique

Psycho-physiologie

KINBERG (O.), *Les problèmes fondamentaux de la criminologie*, Paris, Cujas, 1959.

Il s'agit de rechercher s'il existe chez le criminel une altération du système neuro-physiologique qui sous-tend le comportement délinquant défini comme un comportement anormal. Une telle perspective conduit à une conception de l'individu criminel considéré comme physiologiquement atteint, l'acte criminel n'étant qu'un symptôme dont le déterminisme est biologique.

Psychologie expérimentale

EYSENCK (H.), *Crime and personality*, London, Routledge and Kegan, 1964.

Pour cet auteur, qui poursuit une étude systématique de la personnalité et de ses différentes dimensions, la délinquance apparaît liée à des déficiences de personnalité qui peuvent consister en des troubles neuro-physiologiques.

Psychologie clinique

DE GREEF (E.), *Introduction à la criminologie*, Bruxelles, J. Vandenplas, 1946.

—, *L'homme et son juge*, Bruges, Desclée de Brouwer, 1962.

DEBUYST (Ch.), *Criminels et valeurs vécues*, Louvain, Nauwelaerts, 1960.

HESNARD (A.), *La psychologie du crime*, Paris, 1963.

Le point de vue adopté ici est celui qui consiste à entrer dans la perspective du sujet délinquant et à comprendre de quelle manière le comportement délinquant s'est constitué et est progressivement apparu comme nécessaire.

COLIN (M.), *Études de criminologie clinique*, Paris, Masson, 1963.

La délinquance exprime un trouble de la rencontre dans lequel les différents protagonistes se trouvent concernés (délinquants, victimes, etc.) de telle sorte que l'examen devra porter non seulement sur la personnalité du sujet mais sur l'ensemble relationnel.

Théorie de la personnalité criminelle

BOUZAT (P.) et PINATEL (J.), *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. III, Criminologie par J. PINATEL, Paris, Dalloz, 1^{re} éd., 1963, 2^e éd., 1970.

La différence essentielle entre délinquant et non délinquant réside dans le passage à l'acte. Celui-ci est expliqué par des caractéristiques que présente la personnalité du sujet et qui constituent le noyau central de la personnalité criminelle.

La perspective interactionniste et la criminologie de la réaction sociale

L'étiquetage et la stigmatisation

SCHUR (E.), *Labeling deviant behavior. Its sociological implications*, New York, Harper and Row, 1971.

Un comportement n'est pas en soi intrinsèquement délinquant. Il est *qualifié* tel. La perspective interactionniste s'attache à une description des processus qui conduisent à cette qualification. Pour Becker, le déviant est celui auquel l'étiquette a été appliquée avec succès. Selon Lemert, la stigmatisation crée une réorganisation du moi qui conduit à une déviance secondaire.

La non intervention

SCHUR (E.), *Radical non-intervention, Rethinking the delinquency problem*, London, 1973.

Dérivant du premier mouvement, les théories de la non-intervention proposent d'éviter le recours à la justice (notamment des mineurs) par des procédés de diversion.

Les représentations sociales de la justice pénale

ROBERT (Ph.) et FAUGERON (C.), *La justice et son public ou les représentations sociales du système pénal*, Genève-Paris, Masson, Médecine et Hygiène, 1978.

Par rapport aux nombreux travaux sur l'opinion publique face à la justice pénale, l'objectif de ce livre est de faire une revue critique de cette littérature et

de proposer une remise en ordre conceptuelle et méthodologique. Certains présupposés ont été dégagés : celui du consensus, de la norme commune, de l'unidimensionalité de la représentation de la gravité des infractions. Cet ouvrage met en évidence l'importance du débat mené au tour de fonctions sociales de la justice pénale.

ROBERT (Ph.) et FAUGERON (Claude), *Les forces cachées de la justice*, Paris, Le Centurion, 1980.

Où situer la crise de la justice pénale ? «Avant de prôner des remèdes, portons un diagnostic juste». Les auteurs ont voulu fixer la valeur et la pertinence de certaines données couramment invoquées dans le discours public sur l'insécurité, et plus généralement dans le débat ouvert sur les modalités et les finalités de l'instance pénale. Par l'information bien analysée, chiffrée et raisonnée qu'ils ont réunie sur la «production» de la justice pénale, et par leur étude de ce qu'on pense et dit dans ce réseau complexe d'impressions et de passions qu'on appelle d'habitude l'opinion publique, ils contribuent à poser les vraies questions au sujet de la place du système pénal dans la société.

La notion de dangerosité a-t-elle encore un sens ?

DEBUYST (C.), éd., *Dangerosité et justice pénale. Ambiguïté d'une pratique*, Genève-Paris, Masson, Médecine et Hygiène, 1981.

A partir des positions prises par les positivistes italiens au XIX^e siècle, la notion de dangerosité a acquis une place centrale dans le développement de la criminologie et plus particulièrement de la criminologie clinique. Cette notion a également investi le droit et a permis de légitimer des pratiques dans différents secteurs constitutifs du champ pénal. Quelles sont, à ces différents niveaux, les significations que la notion de dangerosité a pu prendre ? De quelle manière a-t-elle marqué la connaissance que l'on a de l'homme délinquant et du phénomène criminel ? Comment a-t-elle pu s'intégrer dans le discours pénal et s'articuler par rapport à ces différentes pratiques ? Les contributions à cet ouvrage s'organisent autour de ces questions. Elles en arrivent à montrer combien ce qualificatif de «dangereux» est ambigu. Il importerait dès lors d'organiser les représentations et de repenser les pratiques sur base d'autres présupposés.

La criminologie radicale

TAYLOR (Y.), WALTON (P.) et YOUNG (J.), *The new criminology*, London, 1973.
—, *Critical criminology*, London, 1975.

La délinquance est un phénomène normal qui fait partie de la structure sociale. Elle est une *protestation*. La déviance doit être considérée comme une

réaction contre une répression normalisée, une rupture par rapport à des règles de pouvoir tenues pour acquises et devant être acceptées. Chaque acte délinquant est un élément d'une lutte, un refus de l'ordre social établi par les classes dirigeantes. La lutte contre la délinquance doit consister en une transformation «radicale» du système économique-social d'exploitation de l'homme.

La perspective abolitionniste

HULSMAN (L. H. C.), *Peines perdues*, Postface de C. Faugeron, Paris, Le Centurion, 1982.

Dans un entretien avec Jacqueline Bernat de Célis, Louk Hulsman expose sa théorie de l'abolition du système pénal.

L'histoire pénale

ROTHMAN (D.), *The discovery of the Asylum : social order and disorder in the New Republic*, Boston, Little Brown, 1971.

—, *Conscience and Convenience : the Asylum and its alternatives in Progressive America*, Boston, 1980.

FOUCAULT (M.), *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.

IGNATIEFF (M.), *A just measure of pain : the penitentiary in the Industrial Revolution 1720-1850*, London, MacMillan, 1978.

Ces trois ouvrages publiés dans les années 1970 repensent radicalement l'histoire du pénitencier en France, en Angleterre et aux États-Unis. A l'image de la prison humanitaire se substitue celle de l'enfermement, comme instrument de contrôle social ou arme de la lutte de classes.

Le premier ouvrage de D. Rothman vise à relier l'émergence du pénitencier, des institutions mentales, des réformatoires pour jeunes et des écoles urbaines aux transformations de la société américaine de la fin de l'époque coloniale, agricole et rurale, à la période jacksonienne, urbaine et industrielle.

Poursuivant son analyse des origines des institutions psychiatriques (*Histoire de la folie à l'âge classique*, 1967) et de l'hôpital (*Naissance de la clinique*, 1973), M. Foucault s'attache non seulement à l'emprisonnement tel qu'il s'est constitué en France au XIX^e siècle mais aussi à l'idéologie disciplinaire à l'œuvre dans l'éducation et l'armée. Il scrute la psychologie et la criminologie naissante qui se revendiquent comme discours scientifique du comportement criminel.

L'ouvrage de M. Ignatieff a un champ plus délimité : il se concentre sur la naissance du pénitencier en Angleterre. La prison est étudiée pour ce que son

rituel d'humiliation peut révéler au sujet des conceptions du pouvoir dans une société.

Ces ouvrages ont suscité une série de «réponses» qui constituent autant de contributions essentielles en Italie, en France, à Genève .

MELOSSI (D.) et PAVARINI (M.), *Carcere et fabbrica. Alle origine del sistema penitenziario*, Bologne, Il Mulino, 1977 ; trad. anglaise *The Prison and the Factory. Origins of the Penitentiary System*, London, 1981.

Cet ouvrage s'inscrit dans la perspective ouverte par G. RUSCHE et O. KIRCHEIMER (*Punishment and social structure*, New York, 1939). Les auteurs utilisent l'hypothèse marxiste de la relation entre la base économique et la superstructure sociale comme instrument méthodologique pour étudier le système pénal dans les sociétés capitalistes. Partant de l'idée que chaque système de production tend à imaginer des sanctions qui correspondent à ces relations de production, l'objectif de la recherche est de démontrer, au moyen de données concrètes historiques et empiriques, la correspondance entre un ensemble de relations de production et un ensemble de politiques pénales.

La théorie générale du droit

Pour une théorie critique du droit

VAN DE KERCHOVE (M.) et OST (F.), *Bonnes mœurs, discours pénal et rationalité juridique*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1981.

La régulation de la sexualité constitue un enjeu sociétal – et donc juridique – essentiel. Ce n'est pas seulement le contrôle de la licence qui s'y joue mais bien la reproduction d'un certain ordre moral. Aussi, l'analyse des dispositions pénales qui répriment l'outrage public aux mœurs s'avère-t-elle un révélateur essentiel du fonctionnement du discours pénal et, plus largement, de la rationalité juridique.

Sont ainsi mis en lumière les divers codes sémantiques qui forment la trame du discours juridique, le caractère scolastique de sa mise en œuvre et le rapport que le droit noue avec la morale. Se dégage ainsi l'effacement d'une construction cartésienne de l'homme, d'une logique de différenciation sociale et d'une conception mythique de la légitimité politique.

Philosophie des valeurs

Licéité en droit positif et références légales aux valeurs, avant-propos de Jacques VERHAEGEN, Bruxelles, Larcier, 1982.

Plusieurs dispositions de droit positif érigent en condition ultime de la légalité de l'acte, sa compatibilité avec des valeurs sociales fondamentales. Au

départ de ces règles impératives, l'objectif de cet ouvrage est d'en pénétrer le contenu et la mise en œuvre et d'approcher, de façon plus pluridisciplinaire, les problèmes que soulève leur application au niveau du législateur, de l'administration, du juge mais également des agents d'exécution et des justiciables appelés à régler pareil conflit d'intérêts et de valeurs. Quatre volets sont analysés : l'apport des sciences humaines au règlement juridique des conflits de valeurs ; la disposition du corps humain et l'autorisation de la loi ; nécessités publiques et dignité de l'homme ; lois de l'humanité et droit de la guerre.

Philosophie pénale

La responsabilité pénale, Travaux du Colloque de philosophie pénale, Paris, Dalloz, 1961.

L'objectif de cet ouvrage, qui rassemble plusieurs contributions, est de poser le problème de la responsabilité pénale en retrouvant d'abord la genèse de la théorie classique (première partie : la responsabilité pénale et les études historiques), en précisant ensuite l'incidence des déterminismes scientifiques modernes sur la responsabilité des criminels (deuxième partie : l'apport scientifique), pour enfin examiner la manière dont les philosophies et les droits contemporains s'efforcent de concilier la survie de la responsabilité avec les acquis de la science (troisième partie : les tendances modernes – théories et législations).

«*Philosophie pénale*», *Archives de philosophie du droit*, tome 28, Paris, Sirey, 1983.

Cet ouvrage témoigne d'une relance de la réflexion sur les problèmes de philosophie pénale en France. Ce numéro des Archives, préparé par un colloque et un séminaire annuel au Centre de philosophie du droit, comprend des contributions de W. Naucke (Francfort), J. Verhaegen (Louvain), St. Lazaridès (Boston), J. Laplanche (Paris), Perelman ...

Politique criminelle et réforme du droit

Les frontières de la répression, Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1972.

«Voilà bien le problème des *frontières* : non pas un abandon total, mais un nouveau tracé ; certains abandons peut-être, peut-être aussi de nouvelles interventions, mais surtout de nouvelles méthodes mieux adaptées à notre mode de vie, à notre civilisation, au progrès technique et à l'évolution des idées» (p. 15).

L'analyse intervient dans les domaines de l'imprudance, du droit économique et social, des mœurs et de la drogue.

VERSELE (S. C.), *Le droit et la justice*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1979.

DELMAS-MARTY (M.), *Modèles et mouvement en politique criminelle*, Paris, Economica, 1982.

DUPONT (L.), *Beginselen van behoorlijke strafrechtsbedeling*. Bijdrage tot het grondslagenonderzoek van het strafrecht, Antwerpen, Kluwer, 1979.

Nous nous trouvons ici devant une analyse du processus historique de réforme du droit pénal mené de manière telle qu'il suggère une nouvelle approche de la pensée pénale contemporaine. Il s'agit d'une reconstruction multidisciplinaire du mouvement pénal de réforme qui s'est inauguré à la fin du XVIII^e et qui a produit en quelque sorte notre droit pénal moderne.

III. Guide de lecture

par André Cusson (*)

Œuvres classiques

1. BECCARIA, C. (1764), *Des délits et des peines*, Genève, Droz, 1965, 80 p.

Ce livre est la première œuvre importante de la criminologie. L'auteur y fait une critique du système pénal de son époque : il fustige l'arbitraire, la sévérité des peines. Il réfléchit sur l'origine des peines et sur la relation entre le délit et la peine. La question fondamentale qu'il se pose, à savoir comment lutter efficacement contre le crime avec des mesures humaines, reste toujours actuelle.

2. DURKHEIM, E. (1897), *Le Suicide ; étude de sociologie*, Paris, Presses Universitaires de France, 1960, 461 p.

Dans ce livre, Durkheim se penche sur les causes sociales d'un phénomène qui s'apparente au crime sous plusieurs aspects.

Dans les chapitres 3 et 5, Liv. II, il nous donne une explication de deux types de suicides.

1. Le suicide égoïste qu'on trouve dans les sociétés peu intégrées.
2. le suicide anémique, celui des sociétés où les règles qui régissent les comportements des individus perdent leur influence.

3. FERRI, H. (1893), *La Sociologie criminelle*, Paris, Rousseau.

Le célèbre représentant de l'école positive italienne expose dans les extraits suggérés, sa classification des criminels, la loi de la saturation criminelle qui

(*) Extrait de *Déviance et société*. Textes réunis par Denis SZABO, Paris, Armand Colin, 1970.

Nous remercions les éditeurs Armand Colin de nous avoir autorisé à reproduire ce guide de lecture d'André Cusson, qui complète parfaitement notre bibliographie raisonnée.

explique les statistiques criminelles et les substituts pénaux, des mesures autres que les peines, visant à réduire la criminalité.

4. GLUECK, S., ELEANOR, T. (1956), *Délinquants en herbe ; sur les voies de la prévention*, Paris, Vitte, 274 p.

Les Glueck ont consacré leur vie à l'étude de la délinquance et de la récidive. «Délinquants en herbe» est une version simplifiée de leur ouvrage le plus connu «Unraveling Juvenile Delinquency». Ils y font une étude approfondie des caractéristiques de 500 délinquants persistants comparés à 500 non-délinquants. Ils relèvent les différences entre les deux groupes dans les antécédents familiaux, les types de constitution physique, le tempérament et la structure caractérielle.

5. MALINOWSKI, B. (1933), *Trois Essais sur la vie sociale des primitifs*, Paris, Petite bibliothèque Payot, 184 p.

L'auteur, ethnologue illustre, a longtemps vécu parmi les indigènes d'une île du Pacifique. Les deux premiers essais de ce livre sont particulièrement intéressants pour le criminologue :

1. La loi et l'ordre dans les sociétés primitives.
2. Le crime et les châtiments dans les sociétés primitives.

Dans ces essais, Malinowski se demande quelle est la fonction des règles et des lois, pourquoi les hommes s'y soumettent, pourquoi certains décident d'enfreindre des lois et quelles sont les réactions du groupe social à ces infractions.

6. SELLIN, J. T. (1938), *Culture Conflict and Crime*, New York, Social Science Research Council, 116 p.

Dans ce petit ouvrage, un sociologue élabore la théorie selon laquelle le crime résulte du choc entre les normes de conduite différentes dans une même société. Cette théorie est encore actuelle et presque toutes les théories de sociologie criminelle s'en inspirent encore. C'est une très bonne introduction aux problèmes de sociologie criminelle.

7. SUTHERLAND, E. H. (1937), *Le Voleur professionnel d'après le récit d'un voleur de profession*, Paris, Spes, 1963, 162 p.

Sutherland, ayant très bien connu un voleur qui avait pratiqué son métier pendant plus de vingt ans, lui demanda de raconter la vie du voleur professionnel. Celui-ci s'exécuta, décrivant les techniques, les habitudes et les règles des voleurs de profession, en particulier les pickpockets, les voleurs à l'étalage, les escrocs et les faussaires.

Sutherland contrôla les affirmations de son interlocuteur et ajouta un commentaire à ce récit où il démontre que la théorie de l'association différentielle s'applique particulièrement bien au sujet étudié.

8. WHYTE, W. F. (1955), *Street Corner Society : the Social Structure of an Italian Slum*, Chicago, University of Chicago Press, 366 p.

L'auteur vécut pendant trois ans dans un quartier pauvre d'une ville américaine. Il fit partie d'un gang et acquit une connaissance parfaite de ce milieu. «Street Corner Society» est le produit de cette observation participante. Whyte y décrit la vie et le fonctionnement du gang, montrant comment celui-ci est rattaché aux rackets et à la politique du quartier.

9. FERDINAND, T. N. (1966), *Typologies of Delinquency : a Critical Analysis*, New York, Random House.

Présentation claire et complète des typologies sociologiques et psychologiques de la délinquance. Essai de synthèse. Cet exposé est important au début de la formation en criminologie pour situer l'information reçue par ailleurs.

10. KINBERG, O. (1959), *Les Problèmes fondamentaux de la criminologie*, Paris, Cujas.

Kinberg traite avec originalité des principaux problèmes de politique criminelle tels que : les objectifs à poursuivre dans la détermination des peines, la prévention générale et la prévention spécifique, l'évaluation de la dangerosité. Il traite aussi de l'étiologie de la délinquance en illustrant ses thèses de nombreuses histoires de cas. Ce livre comporte certaines longueurs et n'est pas toujours de lecture facile ; il n'en constitue pas moins une importante contribution à la criminologie.

11. PINATEL, J., BOUZAT, P. (1963), *Traité de droit pénal et de criminologie*, Tome III : «Criminologie», par Jean PINATEL, Paris, Dalloz, 542 p., 2^e éd., 1970.

Ce traité met le lecteur au courant des grandes tendances de la criminologie européenne. C'est une des rares analyses qui couvre pratiquement tous les aspects de la criminologie. L'ouvrage est très encyclopédique. S'il n'est pas question de le lire tout d'une traite, il constitue cependant une source de références importante.

12. SEELIG, E. (1956), *Traité de criminologie*, Paris, Presses Universitaires de France, 409 p.

Ce traité vaut surtout par la bonne typologie de criminels qu'il présente. Abondamment illustré d'histoires de cas, c'est un des rares traités de criminologie dans lequel on parle en détail de l'enquête policière, des problèmes de témoignage et de preuve.

13. SUTHERLAND, E. H., CRESSEY, D. R. (1966), *Principes de criminologie*, Paris, Cujas, 662 p.

C'est un traité classique de criminologie, récemment traduit en français. La première édition de cet ouvrage parut en 1924 et, depuis ce temps, Sutherland,

puis son disciple Cressey, l'ont constamment remis à jour. C'est une mine de renseignements et un très bon exemple de sociologie criminelle.

A noter dans ce livre : la célèbre théorie de l'association différentielle, chapitre 4.

14. WEST, D. J. (1967), *The Young Offender*, Harmondsworth, Penguin Books (Pelican original), 333 p. (Collection de poche).

L'auteur étudie les problèmes relatifs aux délinquants de moins de 21 ans. Tous les aspects de la question : facteurs sociaux, biologiques, psychologiques, prévention, traitement, etc., sont examinés à la lumière des acquisitions scientifiques les plus récentes.

Politique criminelle

15. ANCEL, M. (1954), *La Défense sociale nouvelle : un mouvement de politique criminelle humaniste* (2^e éd. rev.), Paris, Cujas, 391 p.

La Défense sociale nouvelle conteste les philosophies pénales traditionnelles basées sur l'idée que le criminel doit être châtié. Elle propose plutôt que l'on protège la société contre le crime en utilisant les méthodes les plus humaines possibles.

Ce livre, écrit par un grand juriste, nous donne une excellente idée de l'histoire des conceptions pénales et nous introduit aux problèmes de la réforme pénale.

Livre un peu difficile.

16. BOYER, R. (1966), *Les Crimes et les châtements au Canada français du XVII^e au XX^e siècle*, Montréal, Cercle du livre de France, 542 p.

Ouvrage passionnant, abondamment illustré par le récit de faits étranges et surprenants qui se sont déroulés au cours de notre histoire.

Derrière l'objectivité de l'historien, on sent l'homme profondément engagé, révolté par la cruauté de ceux qui sont chargés de faire respecter la loi. La description des châtements excessivement sévères de l'époque nous incite à réfléchir sur la pénologie, un des aspects centraux de la criminologie actuelle.

Sommaire : Les lois – La peine capitale – Les galères – Les mutilations – La flétrissure – Le bourreau – La question – Magie et sorcellerie – Les crimes contre les mœurs – Les Prisons, etc.

17. GOFFMAN, E. (1968), *Asiles, études sur la condition sociale des malades mentaux et autres reclus*, Paris, Les Éditions de Minuit.

Goffman, sociologue américain fort perspicace, fit pendant trois ans une observation participante dans un hôpital psychiatrique. Partant de cette expérience, l'auteur élargit le problème pour traiter de l'ensemble des établissements fermés qui présentent une structure de relations interpersonnelles

fondamentalement similaire : prisons, hôpitaux psychiatriques, monastères, casernes, etc. dans ces «institutions totalitaires», les reclus séjournent pendant de longues périodes dans l'enceinte de l'institution sans relations avec le monde extérieur et soumis à une organisation bureaucratique qui étend son autorité sur leurs moindres gestes. Livre essentiel pour comprendre la structure et le fonctionnement des prisons, ses conflits, et l'influence qu'elle peut avoir sur les détenus.

18. OHLIN, L. E. (1956), *Sociology and the Field of Corrections*, New York, Russel Sage Foundation.

Ce grand criminologue américain étudie dans une perspective sociologique les prisons, la probation et la libération conditionnelle. La partie la plus importante de ce petit livre est consacrée aux problèmes des prisons, question que l'auteur connaît bien pour y avoir longtemps travaillé.

19. PRESIDENT'S COMMISSION ON LAW ENFORCEMENT AND ADMINISTRATION OF JUSTICE (1967), *The Challenge of Crime in a Free Society*, Washington, United States Government Printing Office, 340 p.

Ce rapport peut être considéré comme un des documents criminologiques les plus importants du siècle. Les meilleurs spécialistes américains de la question y ont collaboré. Tous les problèmes du crime et de la lutte contre le crime y sont décrits. Soulignons en particulier : les effets économiques et sociaux de la criminalité ; les causes et la prévention de la délinquance juvénile ; les fonctions, le rôle et l'organisation de la police et des cours de justice ; le système pénitentiaire ; le crime organisé, l'alcoolisme et les narcotiques.

20. SYKES, G. M. (1958), *The Society of Captives*, New York, Athenum, 1965, 144 p. (Collection de poche).

Ce livre est une étude psycho-sociologique d'une importante prison à sécurité maximum des États-Unis. Il constitue la meilleure introduction dont on dispose sur le problème de la prison.

Contenu : les fonctions de l'emprisonnement, les problèmes de la sécurité, de la discipline, du traitement en prison, l'administration de la prison, le comportement des détenus, etc.

Criminologie clinique

21. AICHORN, A. (1925), *Wayward Youth*, New York, Viking Press, 1965, 241 p.

Éducateur autrichien, Aichhorn connu personnellement Freud qui lui apprit les principes de la psychanalyse. Il appliqua ces principes à la délinquance.

dans son travail dans une clinique pour enfants-problèmes. Plus tard, il dirigea un centre de rééducation pour jeunes délinquants.

«Wayward Youth» décrit comment les conceptions psychanalytiques nous aident à comprendre et à traiter la délinquance. L'auteur analyse des cas de délinquance de différents types. Le récit de son expérience dans un centre de rééducation est particulièrement intéressant.

22. CENTRE DE RECHERCHE EN RELATIONS HUMAINES, *Contributions à l'étude des sciences de l'homme*, n° 6, Montréal, Lévrier, 323 p.

Ce numéro de la revue est consacré exclusivement à la criminologie. Les meilleurs spécialistes canadiens français traitent, dans une perspective psychologique, des problèmes de la personnalité des délinquants, de la police, etc.

Retenons d'abord les travaux de Mailloux et son équipe en ce qui concerne la psychothérapie de groupe avec des délinquants, la perception de la société par le délinquant, les mécanismes de défense des groupes de jeunes délinquants en cours de rééducation, le fonctionnement du sur-moi chez le délinquant.

Cormier et ses collaborateurs présentent ensuite un article sur la famille et la délinquance.

Ciale, Fréchette, Gendreau et Tessier traitent, dans des perspectives différentes, de la police.

23. DEBUYST, C. (1960), *Criminels et valeurs vécues : étude clinique d'un groupe de jeunes criminels*, Louvain, Publications universitaires, 344 p.

C'est une étude minutieuse de 33 jeunes adultes délinquants, de leurs comportements antisociaux et de leurs attitudes face à l'action de la justice. L'auteur compare ses sujets avec d'autres groupes et fait ressortir, chez les délinquants, la tendance à dévaloriser autrui.

Debuyst est un fin clinicien qui a recueilli une masse impressionnante d'informations sur ses sujets grâce à une enquête sociale approfondie, une série d'interviews avec chacun et des tests psychologiques.

24. HESNARD, A. (1963), *Psychologie du crime*, Paris, Payot, 354 p.

Ce psychanalyste de grande réputation fait le point des connaissances sur l'étude en profondeur du criminel. Il s'efforce d'élaborer une synthèse nouvelle en utilisant les contributions de l'anthropologie clinique, de la psychanalyse et de la phénoménologie. Assez théorique. Sommaire : Critique de la biocriminogénèse et de la sociocriminogénèse. Crimes pathologiques – Délinquance juvénile – Vol – Homicide – État dangereux, etc.

25. HIJAZI, M. (1966), *Délinquance juvénile et réalisation de soi*, Paris, Masson.

Hijazi présente une théorie selon laquelle le délit serait une tentative du délinquant de retrouver une valeur personnelle qu'il n'a pu atteindre par des moyens socialement acceptables. Théorie intéressante mais qui manque de

spécificité. – La première partie de l'ouvrage est consacrée à une revue critique des théories biologiques, psychologiques et sociologiques de la délinquance.

26. McCORD, W. M., McCORD, J. (1964), *The Psychopath : an Essay on the Criminal Mind*, Toronto, Van Nostrand (An insight book), 223 p.

C'est un petit livre de lecture facile.

Le psychopathe est le type parfait du criminel, l'«archi-criminel», agressif, impulsif, asocial. Les McCord font une revue assez complète de la littérature concernant le problème du diagnostic, des causes et du traitement de la psychopathie.

27. REDL, F., WINEMAN, D. (1964), *L'Enfant agressif*, Paris, Fleurus, Tome I : Le moi désorganisé : 310. – Tome II : Méthodes de rééducation : 319 p.

Redl est l'héritier intellectuel de Freud et d'Aichhorn. Il a longtemps travaillé avec des délinquants dans différents projets pilotes en rééducation.

L'Enfant agressif est un livre de base sur la psychologie et le traitement des délinquants. Dans le premier tome, Redl se consacre surtout à l'étude de la psychologie du délinquant. Il analyse en détail les faiblesses du «moi» du délinquant, ses résistances au changement, ses mécanismes de défense et les déficiences de sa conscience.

Le second tome est consacré aux méthodes de rééducation : le type de milieu qu'il faut créer, le rôle de l'éducateur, etc.

Études des bandes

28. BLOCH, H. A., NIEDERHOFFER, A. (1958), *Les Bandes d'adolescents*, Paris, Petite bibliothèque Payot, 278 p.

Les auteurs, un sociologue et un policier, s'efforcent d'expliquer le phénomène des bandes en tenant compte des connaissances ethnologiques. Ils considèrent que les bandes d'adolescents hostiles à la société se développent parce que la société moderne néglige cette phase de transition qu'est l'adolescence, à la différence des sociétés primitives qui prennent en charge le passage de l'enfance à la maturité.

Les auteurs font aussi une description d'une bande délinquante de milieu ouvrier : ses chefs, son organisation et ses activités.

29. CLOWARD, R. A., OHLIN, L. E. (1960), *Delinquency and Opportunity ; a Theory of Delinquent Gangs*, New York, Free Press of Glencoe, 220 p.

Les auteurs démontrent avec une grande rigueur comment la délinquance constitue pour le jeune de milieu ouvrier, une possibilité d'accéder à certains objectifs, dans une société qui lui inculque certaines ambitions mais ne lui donne pas les moyens de la réaliser.

Dans ce livre, on voit comment le fait de réfléchir sur la délinquance peut conduire à contester certains aspects de la société globale.

30. COHEN, A. K. (1955), *Delinquent Boys : the Culture of the Gang*, Free Press, 198 p.

Petit livre théorique bien construit. Définition très claire de la sous-culture délinquante et explication ingénieuse du phénomène. Les jeunes de classe ouvrière qui ne peuvent s'adapter aux exigences d'un monde dominé par les classes moyennes se regroupent en gangs et élaborent des normes opposés à celles de la société bourgeoise.

31. PARROT, P. (1959), *Les Gangs d'adolescents : psycho-sociologie de la délinquance juvénile : de l'observation à la thérapeutique*, Toulouse, Privat, 219 p.

Livre bien fait et de lecture facile. Les auteurs expliquent le développement des gangs, leurs significations psychologiques et les mesures à prendre à leur endroit. L'interprétation du phénomène est faite en termes psychanalytiques.

32. ROBERT, P. (1966), *Les Bandes d'adolescents*, Paris, Éditions ouvrières, 388 p.

L'auteur fait une bonne synthèse des études françaises sur la bandes. Il montre comment la bande est un phénomène adolescent. Il étudie les rapports qu'entretient la bande avec la société globale. Dans la seconde partie il aborde le problème des mesures de prévention de la délinquance en bande, il insiste sur le fait qu'il faut agir sur les groupes et non pas seulement sur les individus.

33 YABLONSKY, L. (1962), *The Violent Gang*, Baltimore-Maryland, Penguin Books (A Pelican Book), 1966, 256 p.

L'auteur, qui a longtemps travaillé avec les gangs de New York, donne une excellente description de la vie d'un gang particulièrement violent : les combats entre gangs, les chefs de gang, etc.

Il parle en outre des problèmes que rencontre le criminologue dans son travail avec les jeunes délinquants en milieu libre.

Œuvres littéraires

34. CAMUS, A., KOESTLER, A. (1957), *Réflexions sur la peine capitale*, Paris, Calmann-Levy, 238 p.

Écrit par deux romanciers célèbres, ce livre est une des critiques les plus virulentes de la peine de mort. Au-delà de ce problème spécifique, cet ouvrage donne l'occasion de réfléchir sur la peine en général, sur la responsabilité pénale, etc.

35. CAPOTE, T. (1965), *De Sang-froid ; récit véridique d'un meurtre multiple et de ses conséquences*, Paris, Gallimard, 421 p.

Truman Capote a été frappé par le meurtre, apparemment absurde, d'une famille américaine. Il a rencontré régulièrement les deux auteurs de ce meurtre, depuis le moment de leur arrestation jusqu'à celui de leur pendaison.

Dans son ouvrage *De Sang-froid*, l'auteur analyse sous une forme romancée tout ce qui a trait à cet événement en s'attardant à la personnalité des meurtriers, à leurs motivations, à la préparation de leur crime, au passage à l'acte, au processus policier et judiciaire déclenché par ce meurtre, aux réactions du milieu des victimes, à la vie en prison des condamnés.

C'est un «best-seller» de la littérature américaine.

36. CHEVALIER, L. (1958), *Classes laborieuses et classes dangereuses*, Paris, Plon.

Au début du XIX^e siècle, Paris a une très forte criminalité. Les gens n'osent pas s'aventurer dans les rues le soir. Le gouvernement est obsédé par ce problème. Les gens de lettres et ceux qui étudient les questions sociales en font un de leurs thèmes principaux. On n'a qu'à lire les œuvres de Victor Hugo et de Balzac pour s'en rendre compte.

L'auteur analyse la criminalité de cette époque à l'aide de témoignages et de statistiques criminelles. Puis il met ce phénomène en relation avec les problèmes démographiques et sociaux de l'époque.

37. DEL CASTILLO, M. (1965), *Le Faiseur de rêves*, Paris, Julliard.

Autobiographie où l'auteur raconte son expérience dans une maison de correction, en Espagne, en 1946, de 12 à 16 ans. Comment se fait-il qu'en 1968, on retrouve la même situation à Florence ? L'auteur a raconté son enfance dans *Tanguy*, son premier roman.

38. DOSTOÏEVSKY, F. (1861), *Souvenirs de la maison des morts*, Paris, Union générale d'édition (Le monde en 10-18), 311 p. (Collection de poche).

Arrêté pour activités subversives, Dostoïevsky passa quatre ans dans un bagne de Sibérie. Les *Souvenirs* sont le récit, à peine romancé, de cette étape de sa vie. On y trouve de nombreux renseignements d'intérêt criminologique : les impressions d'un nouveau prisonnier, des réflexions sur le criminel et son bourreau, une étude de personnalités criminelles : meurtriers, brigands, etc. Cette description de la vie quotidienne dans un bagne recoupe, en plusieurs points, celles qui ont été faites récemment de la vie des prisons par les criminologues américains.

39. DOSTOÏEVSKY, F. (1866), *Crime et châtement* (Collection de poche).

Tout criminologue doit avoir lu cette célèbre histoire d'un jeune homme qui tue une vieille usurière et qui, par la suite, est inexorablement poussé par son évolution intérieure à se dénoncer à la police.

40. KEROUAC, J. (1963), *Les Clochards célestes*, Paris, Gallimard.

Titre original : *The Dharma Bums*. Récit romancé des origines, ou d'une tranche de vie des beatniks américains, des jeunes gens en révolte à l'assaut des conventions, à la recherche de nouvelles valeurs. Pour le criminologue, ce beatnik est l'homme «normatif», ancêtre ou contemporain du hippie.

41. LAPASSADE, G. (1963), *L'Entrée dans la vie*, Paris, Minuit.

Le passage de l'enfance à l'adolescence et, de là, à la maturité. L'auteur remet en question le sens traditionnel de la maturité. Analyse extrêmement stimulante de la nouvelle génération, qui permet de comprendre ou d'entrevoir le visage du «révolté sans cause».

42. LE BRETON, A. (1967), *Les Hauts murs*, Paris, Plon.

Récit romancé de l'enfance de l'auteur, enfance passée dans les ophelinats, les maisons de redressement. Autobiographie passionnante à lire.

43. LE BRETON, A. (1900), *La Loi des rues*, Paris, Plon.

Sorti des maisons de correction, l'auteur raconte son intégration aux voyous de Saint-Ouen, à l'âge de 18 ans. Récit autobiographique agréable à lire tout en étant prudent.

44. LEWIS, O. (1961), *Les Enfants de Sanchez*, Paris, Gallimard, 638 p.

Histoire de la vie quotidienne d'une famille sous-prolétaire de Mexico racontée par un anthropologue. Ce récit est basé sur de longues conversations très poussées avec chacun des membres de la famille.

45. SARRAZIN, Albertine (1965), *La Cavale*, Paris, Pauvert, 475 p.

Écrivain de talent, morte à 35 ans, Albertine Sarrazin passa plusieurs années de sa vie dans des institutions pour délinquantes et dans des prisons. «La cavale» qui en argot signifie «l'évasion» est le récit romancé d'un de ses séjours en prison. L'auteur y décrit son violent désir d'évasion, et ses habitudes de vie en prison.

46. SARTRE, J.-P. (1952), *Saint Genet comédien et martyr*, Paris, Gallimard.

Avant d'être écrivain, Jean Genet était un voleur récidiviste. Sartre qui l'a bien connu fait une pénétrante analyse de son évolution psychologique. Il montre en particulier comment, enfant, Jean fut étiqueté comme voleur par ses parents adoptifs. Genet décide alors «d'être ce que le crime a fait de lui», il assume l'identité qui lui est imposée et prend la résolution d'exceller dans le mal.

Ce livre fait de Sartre le précurseur des théories sur la stigmatisation présentement à la mode dans les milieux criminologiques anglo-saxons.

Revue

A ceux qui veulent connaître les tous derniers développements de la criminologie, nous recommandons la lecture des nombreuses revues criminologiques.

Parmi ces revues les plus susceptibles d'intéresser les étudiants sont les suivantes :

- *Revue internationale de criminologie et de police technique* (Genève).
 - *Federal Probation* (Washington).
 - *Crime and Delinquency* (Washington).
 - *British Journal of Criminology* (Londres).
 - *Revue de science criminelle et de droit comparé* (Paris).
-

L'image du droit pénal

Le mirage de la peine juste

par Thierry Lévy

Nous sommes dans une époque qui n'ose pas punir, c'est ce que disent beaucoup de gens. Il leur suffit de dire cela pour faire comprendre en même temps quels sont leurs sentiments à eux sur ce sujet. Il est clair qu'ils trouvent la répression insuffisante et qu'ils condamnent la lâcheté de ceux qui hésitent devant le châtiment mais ils exhalent aussi leur rancœur contre une société amoindrie dans ses défenses, corrompue par sa propre sensiblerie et généralement amollie.

Les partisans de la réflexion en matière pénale regardent passer le cortège des fiers à bras avec l'impression que c'est le vent de l'histoire qui les pousse. Pour contrer cette démonstration de virile assurance, ils n'ont que les moyens toujours un peu plus usés d'une vision «humaine» des choses.

La recherche théorique n'est pas à l'abri de ces courants d'opinion. Une des questions qui nous préoccupe tous est celle de savoir quel est le fondement du droit de punir. A première vue, une telle orientation paraît tout à fait normale et même souhaitable. Nous sommes poussés par la pensée juste que la connaissance du fondement (origine et justification) nous aidera à définir et à choisir la juste peine. En plus de sa nécessité rationnelle, cette recherche nous intéresse pour un motif moins évident. Nous croyons qu'elle va faire taire les doctrinaires du gros bâton, bien obligés de s'incliner devant la révélation des limites théoriques du droit de punir. Ceux-ci nous proposent un schéma simple. Lorsque la société est attaquée, il n'y a personne ni aucune raison qui puisse l'empêcher de se défendre. Nous sommes tentés de leur emboîter le pas pour pouvoir mieux leur faire comprendre que leur conception, si simpliste qu'elle soit, implique une limitation de la peine à ce qui est strictement nécessaire pour assurer la défense de la

société. Ainsi, nous sommes tout joyeux d'avoir retourné en notre faveur l'argument de la violence légitime et de l'avoir contraint à plier sous le joug de la raison. En imposant l'idée que la punition peut s'exercer comme un droit si elle reste dans le champ de la loi (et, à l'arrière-plan, de la morale et de la raison), nous nous félicitons d'avoir subjugué les forces obscures de la violence pour la conduire, après l'avoir séduite, sur le bon chemin.

En réalité, nous sommes à la remorque de ceux que nous voulons convaincre ou seulement freiner. Se demander quel est le fondement du droit de punir revient à admettre que la punition (i.e. une souffrance volontairement infligée à autrui), lorsqu'elle est réglée par la loi, est susceptible d'être théoriquement et moralement acceptable.

La fiction du contrat social a beaucoup contribué à créer cette illusion. Bien qu'affaiblie par un certain nombre de cataclysmes historiques difficilement réductibles, l'idée persiste que nous pourrions avoir délégué à ceux qui nous représentent légalement le pouvoir de nous punir en contrepartie de l'obligation d'assurer notre sécurité. De la sorte, chacun d'entre nous serait personnellement intéressé à la victoire de la société sur l'individu rebelle. Nous ne serions plus admis à contester la légitimité de la réaction sociale sans signer, du même trait de plume, notre propre perte. Thomas Hobbes a d'ailleurs eu la gentillesse de nous prévenir que nous avons toujours la possibilité de mourir libres si la punition proposée met en danger notre existence. Le souverain a tous les droits sur nous, sauf celui de nous tuer puisque c'est précisément la mission de nous conserver la vie qui fonde sa légitimité.

Cahin caha, le droit pénal s'obstine à opposer la société et l'individu en supposant plus ou moins que l'infraction porte, par définition, atteinte à la société. Dans le procès, les responsables de la poursuite n'hésitent pas à se présenter comme les défenseurs de la société et à opposer aux arguments du défenseur de l'individu les titres de noblesse d'une victime collective. Ils n'ont pas conscience de la contradiction, mais ce sont les mêmes qui refusent à l'individu la possibilité de rejeter sur la société la responsabilité des fautes qu'ils ont commises et qui réclament la plus forte peine au nom des intérêts sociaux dont ils viennent de contester l'existence concrète. Plus surprenant encore, ces défenseurs zélés de l'intérêt général ne se soucient pas du tout de faire apparaître la réalité du dommage collectif, comme s'il allait de soi que toutes les infractions, mêmes celles qui causent un préjudice purement

individuel, mettaient en danger la société. Pour sa part, la victime physique du délit ou du crime est sans doute bien aise de découvrir, à l'occasion du procès pénal, que la défense de la société (laquelle ne s'était pas tellement préoccupée de la protéger jusque là) doit avoir le pas sur toutes les autres considérations et, notamment, sur l'indemnisation efficace du préjudice qu'elle a subi.

Ce qui ne serait pas moins étrange (si la fiction résistait à l'analyse), c'est que les contemplateurs de la répression la plus musclée se recrutent dans les rangs de l'extrême libéralisme. Ils veulent toujours moins d'État en toutes choses, mais pas en matière pénale où la chimère sociale est appelée à monter sur le siège, à prendre des coups et à les rendre. Elle se rend à l'invitation avec d'autant plus d'empressement qu'elle est moins directement concernée. C'est dans les situations où le fait criminel montre le plus de souffrances individuelles (chez l'accusé comme chez la victime) qu'elle donne volontiers de la voix. Elle est bien plus discrète, pour ne pas dire carrément muette, quand l'affaire met en cause de vrais intérêts collectifs.

La punition est la tentation permanente de tous ceux qui exercent un pouvoir quelconque car l'importance de la punition est le moyen le plus sûr de déterminer l'étendue du pouvoir possédé. Le but de la punition n'est pas de faire connaître au coupable et à la victime l'exactitude de la faute commise mais de porter à la limite extrême le pouvoir de celui qui a encore assez de volonté et de force pour donner de nouveaux coups. La punition est une démonstration éclatante de supériorité qui n'a aucun besoin de se justifier. L'amour de la force et de la violence est sa véritable justification.

Toutes les études contenues dans cet ouvrage font état d'une crise du système pénal. Sans doute, cette crise existe mais elle n'est pas nouvelle. Beccaria n'aurait eu aucune influence sur son temps si le système répressif de l'ancien régime n'avait pas été, lui aussi, en crise. Ne faut-il pas admettre que la punition est toujours plus ou moins dans une situation critique dans la mesure où elle tend à atteindre la limite d'un pouvoir contesté ? La critique de la répression n'est pas une critique de la justice mais une critique du pouvoir. Il n'y a pas de changement possible du système pénal sans un changement préalable dans les modes de détention du pouvoir. Aujourd'hui, la doctrine hésite entre les théories de défense sociale et le néo-utilitarisme. Bentham ou Ancel, la différence est importante mais, au-delà, c'est la même idée qu'une peine peut être juste. Qu'est-ce qu'une peine juste ? Peut-on seulement

concevoir une peine juste autrement que comme la sanction qui obtiendrait l'adhésion volontaire et simultanée de celui qui l'ordonne et de celui qui la subit ? La possibilité d'une telle sanction existe-t-elle ? Ne faut-il pas au contraire admettre que la peine est toujours injuste dès lors qu'elle est imposée non pas par sa propre nécessité mais par la volonté du plus fort ? Le fait que l'homme soit l'animal malade et souffrant rend-il cela plus acceptable ? C'est l'opinion de l'un de nos auteurs. «Le droit de punir existe dans la mesure où la souffrance est nécessaire et inéluctable en tant que purification et rédemption. Si l'attachement aux biens finis engendre du fait même de cette finitude l'angoisse et la souffrance, une douleur de sens inverse est indispensable pour se détacher d'eux. Or, par rapport aux autres hommes le délinquant est celui qui, pour s'emparer des biens de ce monde, exerce une violence si j'ose dire supplémentaire. Il a donc droit, par rapport à eux, à une douleur purificatrice supplémentaire elle aussi. Et il est nécessaire de la lui imposer si on ne veut pas l'exclure de la société, c'est-à-dire de tout rapport humain». (*Peut-on trouver un fondement au droit de punir ?* J. Parain-Vial). L'idée qui s'exprime là est intéressante, c'est celle que le criminel a le droit de réclamer et d'obtenir une punition. On notera au passage que, selon cette idée, la peine trouverait sa justification et sa finalité dans les seuls intérêts du délinquant mais, indépendamment du fait qu'on ne voit pas pourquoi il bénéficierait d'une telle priorité, il est difficile d'admettre que le délinquant est celui qui exerce une violence supplémentaire pour se procurer les biens universellement convoités. Le plus souvent, en fait, il n'y a aucune proportion entre la quantité de biens appréhendés et la violence exercée. Si la délinquance consiste à s'emparer des biens d'autrui, force est de reconnaître que ceux qui réussissent le mieux dans cette entreprise ne sont pas ceux qui y emploient le plus de violence, à moins d'inclure dans cette notion (ce qui ne serait pas absurde) l'astuce et la ruse. Dans ce cas on verrait que ce sont les affaires où il y a le plus de violence morale qui sont le moins sévèrement punies, ce qui ne servirait pas la thèse.

Au demeurant, la sanction n'est jamais infligée en considération des besoins propres du délinquant ni même de ceux de la victime. Ceux auxquels elle se proportionne sont les besoins de ceux qui punissent et de ceux qui assistent au châtement. Kojève, selon Guy Haarscher, y voit plus clair, qui assimile la justice pénale à une sorte de *pacte* toujours remis en question entre le plus fort qui impose sa volonté au plus faible

et attend de celui-ci, en retour, qu'il lui reconnaisse une valeur existentielle. De cette façon, le maître donne prise à l'esclave et déclenche le processus d'inversion du rapport de forces, de la lutte à mort.

Même si la sanction pénale avait une valeur utilitaire indiscutable (ce qui n'est acquis pour personne), elle conserverait une grande valeur symbolique. C'est ce que Michel Van de Kerchove a bien raison de souligner. La permanence de la norme symbolique, à côté de la norme utilitariste, introduit d'ailleurs l'idée si nécessaire d'un conflit possible entre les deux normes lorsque le symbole attaché à la sanction s'applique à une faute que l'opinion ne reconnaît plus.

Pierrette Poncela (*La philosophie pénale : une inscription en marge et dans le texte*) et Jean Cordier (*La criminologie peut-elle être une science ?*) se sont rejoints pour exiger qu'on tienne compte des indications apportées par chacune de nos vies pour aborder la théorie répressive. «Dans un domaine, écrit Pierrette Poncela, où l'affectif et la politique se mêlent étroitement et commandent les positions, il convient de soutenir un effort constant de distance lucide et de tension vers la connaissance vraie. Participer à la construction de la discipline philosophie pénale ne va pas sans l'exercice préalable d'une ascèse noétique». Jean Cordier lui fait comme un écho quand il désigne l'un des principaux obstacles à la réflexion sur la criminologie : «La loi, l'interdit est, pour chacun de nous, le résultat d'expériences très précoces où se nouent les viscères, la peur, la dépendance à l'adulte tout puissant et aussi la jubilation de l'épanouissement, donc de l'opposition et de la transgression».

C'est le même vœu de prudence chez Philippe Robert (*Réflexion sur la crise du système pénal*). «Le questionnement apparemment simple ... ne ménage spontanément guère d'espace de liberté entre les deux tentations jumelles, et complémentaires, du lieu commun et du paradoxe vide ...» C'est lui pourtant qui nous fait l'apport de cette certitude déconcertante : les violences contre les personnes représentent à peine 3 % de l'ensemble des infractions recensées par la statistique de police. C'est lui, également, qui ouvre la voie à une réflexion si importante sur le fait qu'il y a une énorme masse (la grande majorité) d'infractions qui échappe complètement au traitement pénal. Quelle est alors la fonction de la répression pénale actuelle ? Tout le passage mérite d'être cité : «On découvre alors que le terme 'pénal' recouvre des interventions très différentes les unes des autres. D'un côté, des

condamnations pour agressions contre les personnes, les biens, les mœurs ou l'ordre public sanctionnent par l'emprisonnement et des marginaux et des gens appartenant aux franges les plus fragiles des ouvriers (jeunes et étrangers). Le recours à l'emprisonnement sans sursis est particulièrement systématique pour les marginaux. A l'opposé, des condamnations pour infractions liées à l'activité professionnelle sanctionnent par l'amende des gens appartenant à la bourgeoisie industrielle et commerçante, aux cadres du secteur privé et surtout aux petits commerçants et artisans. Entre les deux s'insèrent des condamnations pour infractions aux règles de circulation et d'autres qui couvrent un contentieux de responsabilité (infractions d'imprudence). Ici apparaissent et des sanctions plus mêlées (combinaison de sursis et de l'amende) et des catégories sociales jusqu'alors plutôt absentes : ouvriers français et plus âgés, employés, cadres du secteur public.

C'est en prolongeant ces observations que Louk Hulsman et Jacqueline Bernat de Célis (*Fondements et enjeux de la théorie de l'abolition du système pénal*) arrivent à la conclusion que la crise unanimement dénoncée ne sera surmontée que par l'abolition du système pénal. Rien d'excessif, rien de provocant dans leur thèse paradoxale : la conduite sereine et, jusqu'au bout d'un raisonnement poussé par la réalité. «Deux affirmations complémentaires manifestent le double fondement de la perspective abolitionniste : 1. Loin de résoudre les problèmes auxquels il est censé faire face, le système pénal en crée de nouveaux : il est un *mal social*.

2. Des mécanismes parallèles de résolution des conflits montrent qu'une société sans système pénal fonctionne déjà sous nos yeux. La reconnaître et lui permettre de se développer rendrait le système pénal tout simplement caduc». Il n'y a pas à se demander si la suppression du système pénal est possible dans un contexte socio-politique qui réprovoque a priori une telle perspective, il y a plutôt à constater que le système ne remplit pas du tout les fonctions qui lui sont assignées. «On croit que le système est le produit d'un processus politico-judiciaire réfléchi et cohérent, qui en garde tout le temps la maîtrise. On pense aussi, au moins dans les démocraties occidentales, que le système pénal est l'instrument indispensable d'une justice protectrice à la fois des droits de l'homme et des valeurs que ces régimes proclament essentielles. Et rien de tout cela n'est vrai. Le système pénal est en fait une machine bureaucratique dont les sous-structures agissent indépendamment les unes des autres et produisent des décisions irresponsables.

Et le système pénal méprise les personnes concrètes dont il s'approprie les problèmes en travaillant sans elles et contre elles». Il n'y a donc pas davantage à se demander par quoi on va remplacer le système pénal puisqu'«une société sans système pénal existe déjà». La théorie abolitionniste suggère qu'on fasse le petit effort d'aborder les situations de conflit d'où surgissent les infractions en renonçant à ce qu'elle appelle à bon droit «*le dialecte pénal*». «Quand on parle de crime ou de délit une image surgit immédiatement, qu'on le veuille ou non : celle d'un acteur coupable ... Si on remplace les vocables délinquant et victime par l'expression personnes impliquées dans un problème, on évite de fixer mentalement ces personnes dans des rôles préfabriqués qui limitent leur liberté de conscience et les convertissent ipso facto en adversaires». L'esprit est alors disponible pour observer qu'il y a plusieurs façons de réagir dans une situation dommageable, et plus précisément dans une situation dont on attribue la responsabilité à un tiers. La théorie abolitionniste distingue cinq modèles de réponse : le modèle punitif, les modèles compensatoire, thérapeutique, conciliatoire et éducatif. Il suffit de rapprocher cette classification du fait précédemment observé (de très nombreuses situations génératrices de dommages n'entrent pas dans le système pénal) pour arriver à la conclusion que bien des victimes renoncent volontairement au système pénal parce que ce système ne leur donnerait pas la satisfaction, ou simplement la réponse, qu'elles attendent. Le besoin de comprendre, voire même de se concilier, en tout cas celui d'obtenir une réparation, passe avant – dans bien des cas – le désir d'une stigmatisation criminelle. Il n'y a pas de «notion ontologique du crime». Tout peut basculer du domaine pénal au domaine civil et se trouver ainsi, suivant la jolie formule, «civilisé».

Une telle vision des choses n'est pas du tout utopique, elle est au contraire d'un extrême réalisme et c'est la peur de la réalité, le refuge dans le confort symbolique, qui retarde l'abolition du système pénal. C'est aussi, les auteurs le déplorent, l'absence d'une «volonté politique qui ose remettre en cause les conditionnements anciens sur lesquels repose un système désuet».

Il faudrait être aveugle pour croire que le modèle punitif disparaîtra brusquement de la surface de la terre: La punition est une solution simple qui répond à de très nombreuses demandes, physique, psychologique et sociale. Pouvoir punir dans le secret de l'alcôve, c'est la preuve qu'on est le plus fort. Pouvoir punir publiquement, c'est, en

plus, la marque d'une certaine réussite sociale. C'est un *arrangement* qui convient à beaucoup trop de monde pour être relégué d'un coup au musée. Pour autant, la crise de la peine est d'une ampleur particulière. C'est la notion même de *peine juste* qui échappe à l'entendement. Cette incapacité moderne à penser la *peine juste* n'est certainement pas le signe d'une décadence mais plutôt le résultat d'une histoire qui a démontré que l'usage des sanctions pénales engendre toujours plus d'injustice qu'elle n'en supprime.

Punir mon beau souci

Le droit de punir et le dialogue ambigu
du pénaliste et de la conscience publique
par Roger Lallemand

Titre 1 Qu'appelle-t-on punir ?
Entretien avec Michel Foucault

Titre 2 La philosophie pénale :
une inscription en marge et dans
le texte
par Pierrette Poncela

Titre 3 Peut-on trouver un fondement
au droit de punir ?
par Jeanne Parain-Vial

Titre 4 La fonction de la répression
pénale dans un ordre juridique
par François Rigaux

Titre 5 Kojève et le droit pénal
par Guy Haarscher

Titre 6 Idéologie et droit pénal
par Jules Messinne

Titre 7 Symbolique et instrumentalité.
Stratégies de pénalisation et de
dépénalisation dans une société
pluraliste
par Michel van de Kerchove

Titre 8 La deuxième césure.
A propos de la déclaration de
culpabilité, notion complexe du
jugement pénal
par Jacques Verhaegen

Titre 9 Portrait du juge sévère
par Philippe Toussaint

Titre 10 Du droit pénal des affaires
par Henri-D. Bosly

Titre 11 L'extradition des délinquants
d'affaires
par Jean P. Spreutels

Titre 12 Pour un nouvel ordre pénal
international
par Manuel Lopez-Rey

Titre 13 Les dérivés de la procédure
par Michel Franchimont

Titre 14 Réflexion sur la crise
du système pénal
par Philippe Robert

Titre 15 Fondements et enjeux de la
théorie de l'abolition du système
pénal
par Louk Hulsman et
Jacqueline Bernat de Celis

Titre 16 La longue marche des
criminologues
par Georges Kellens

Titre 17 La criminologie peut-elle être
une science ? par Jean Cordier

Titre 18 Juges et psychiatres :
une rencontre aléatoire
par Jean Wilmotte

Titre 19 Le souci de ne pas punir
par Foulek Ringelheim

Titre 20 La réforme du code pénal : vers
quelle stratégie de changement ?
par Françoise Tulkens

Titre 21 Essai de bibliographie raisonnée
par Marc Preumont, Françoise
Tulkens et André Cusson

L'image du droit pénal
par Thierry Levy

Règles d'utilisation de copies numériques d'œuvres littéraires publiées par l'Université libre de Bruxelles et mises à disposition par les Archives & Bibliothèques de l'ULB

L'usage des copies numériques d'œuvres littéraires, ci-après dénommées « copies numériques », publiées par l'Université Libre de Bruxelles, ci-après ULB, et mises à disposition par les Archives & Bibliothèques de l'ULB, ci-après A&B, implique un certain nombre de règles de bonne conduite, précisées ici. Celles-ci sont reproduites sur la dernière page de chaque copie numérique mise en ligne par les A&B. Elles s'articulent selon les trois axes : protection, utilisation et reproduction.

Protection

1. Droits d'auteur

La première page de chaque copie numérique indique les droits d'auteur d'application sur l'œuvre littéraire.

2. Responsabilité

Malgré les efforts consentis pour garantir les meilleures qualité et accessibilité des copies numériques, certaines déficiences peuvent y subsister – telles, mais non limitées à, des incomplétudes, des erreurs dans les fichiers, un défaut empêchant l'accès au document, etc. -. Les A&B déclinent toute responsabilité concernant les dommages, coûts et dépenses, y compris des honoraires légaux, entraînés par l'accès et/ou l'utilisation des copies numériques. De plus, les A&B ne pourront être mises en cause dans l'exploitation subséquente des copies numériques ; et la dénomination des 'Archives & Bibliothèques de l'ULB' et de l'ULB, ne pourra être ni utilisée, ni ternie, au prétexte d'utiliser des copies numériques mises à disposition par eux.

3. Localisation

Chaque copie numérique dispose d'un URL (uniform resource locator) stable de la forme <http://digistore.bib.ulb.ac.be/annee/nom_du_fichier.pdf> qui permet d'accéder au document ; l'adresse physique ou logique des fichiers étant elle sujette à modifications sans préavis. Les A&B encouragent les utilisateurs à utiliser cet URL lorsqu'ils souhaitent faire référence à une copie numérique.

Utilisation

4. Gratuité

Les A&B mettent gratuitement à la disposition du public les copies numériques d'œuvres littéraires publiées par l'ULB : aucune rémunération ne peut être réclamée par des tiers ni pour leur consultation, ni au prétexte du droit d'auteur.

5. Buts poursuivis

Les copies numériques peuvent être utilisés à des fins de recherche, d'enseignement ou à usage privé. Quiconque souhaitant utiliser les copies numériques à d'autres fins et/ou les distribuer contre rémunération est tenu d'en demander l'autorisation aux Archives & Bibliothèques de l'ULB, en joignant à sa requête, l'auteur, le titre, et l'éditeur du (ou des) document(s) concerné(s).

Demande à adresser au Directeur de la Bibliothèque électronique et Collections Spéciales, Archives & Bibliothèques CP 180, Université Libre de Bruxelles, Avenue Franklin Roosevelt 50, B-1050 Bruxelles.
Courriel : bibdir@ulb.ac.be.

6. Citation

Pour toutes les utilisations autorisées, l'utilisateur s'engage à citer dans son travail, les documents utilisés, par la mention « Université Libre de Bruxelles – Archives & Bibliothèques » accompagnée des précisions indispensables à l'identification des documents (auteur, titre, date et lieu d'édition).

7. Liens profonds

Les liens profonds, donnant directement accès à une copie numérique particulière, sont autorisés si les conditions suivantes sont respectées :

- a) les sites pointant vers ces documents doivent clairement informer leurs utilisateurs qu'ils y ont accès via le site web des Archives & Bibliothèques de l'ULB ;
- b) l'utilisateur, cliquant un de ces liens profonds, devra voir le document s'ouvrir dans une nouvelle fenêtre ; cette action pourra être accompagnée de l'avertissement 'Vous accédez à un document du site web des Archives & Bibliothèques de l'ULB'.

Reproduction

8. Sous format électronique

Pour toutes les utilisations autorisées mentionnées dans ce règlement le téléchargement, la copie et le stockage des copies numériques sont permis ; à l'exception du dépôt dans une autre *base de données*, qui est interdit.

9. Sur support papier

Pour toutes les utilisations autorisées mentionnées dans ce règlement les fac-similés exacts, les impressions et les photocopies, ainsi que le copié/collé (lorsque le document est au format texte) sont permis.

10. Références

Quel que soit le support de reproduction, la suppression des références à l'ULB et aux Archives & Bibliothèques de l'ULB dans les copies numériques est interdite.