

Pénalité, management, innovation

Introduction¹

Je propose de consacrer cette leçon inaugurale à dresser un tableau provisoirement impressionniste des évolutions contemporaines de la pénalité, en réservant aux leçons suivantes le soin d'élaborer avec plus de précision les grands thèmes évoqués aujourd'hui. J'avancerai en trois temps, de façon de moins en moins sûre, en posant de plus en plus de questions. On pourrait voir dans cette progression un dispositif publicitaire: pour les réponses, venez aux leçons suivantes... Pourtant ce n'est pas le cas: pour que des éléments de réponse adviennent, il faut d'abord traiter plus complètement les premières étapes de mes développements. Voilà pourquoi je proposerai aujourd'hui, après la construction de mon objet – la pénalité –, les thèses que je développerai dans les leçons suivantes. Je voudrais m'excuser auprès de mes amis criminologues qui me font le plaisir d'être présents de n'avoir sans doute rien à leur apprendre aujourd'hui. Je voudrais aussi m'adresser aux étudiants tenus de suivre ces leçons pour leur dire que l'éventuelle complexité de mon propos et son caractère parfois elliptique ou référentiel font partie de l'exercice de la leçon inaugurale. Je voudrais les rassurer, s'il y a lieu: les cinq leçons suivantes seront consacrées à concrétiser, à étayer, voire à démontrer mes propositions qu'ils pourraient juger sibyllines...

La sûreté du propos est d'autant plus fragile que de très grands noms du champ d'études sur lequel je me risque rivalisent d'interprétations toutes également sérieuses et convaincantes. La multiplication des interprétations me paraît tributaire d'une complexification de la vie sociale et de la pensée qui la prend pour objet. Comme l'énonce Yves Cartuyvels, «[...] aujourd'hui, la fin de l'histoire n'est plus en vue et laisse la place à une dynamique de changement dont on ne perçoit plus les orientations»². D'autres métaphores plus localisées ne manquent pas pour signifier la difficulté de faire une photographie théorique du «système pénal», ce concept lui-même ayant perdu de sa force persuasive au regard des évolutions que la «réalité pénale» a subies. Ainsi, le droit pénal s'est converti en «matière pénale» dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. De même, en sociologie, la métaphore du rhizome pénal, proposée en 1992 par Jacques Faget, prend acte des effervescences pénales contemporaines et permet de les considérer dans leur imprévisibilité comme une «suite de recompositions aléatoires»³. J'utilise le concept de pénalité dont on retiendra provisoirement qu'il permet d'échapper à

1 Ce texte est celui de la leçon inaugurale (prononcée le jeudi 7 février 2008) de la Chaire Francqui, qui m'a été confiée par la Faculté de droit des Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur. Je remercie la Faculté de droit – et son Doyen, M. Bruno Colson – ainsi que la Fondation Francqui pour l'honneur qu'elles m'ont fait en me permettant d'occuper, entre février et avril 2008, cette chaire prestigieuse. La publication de l'ensemble des leçons données dans le cadre de cette chaire sera assurée dans le courant de l'année 2009 par les Presses Universitaires de Namur.

2 Y. CARTUYVELS, «La sécurité: une solidarité à réinventer?», *Cahiers Marxistes*, 1995, n° 200, pp. 9-17.

3 J. FAGET, *Justice et travail social. Le rhizome pénal*, Toulouse, Eres, 1992, 164.

des cadrages juridiques trop serrés (le droit pénal) ou à des cadrages théoriques mis à mal (tel le recours au concept de système pénal).

Une dynamique de changement dont on ne perçoit plus les orientations... La désorientation est aujourd'hui au programme. Il est même très probable qu'elle constitue le programme⁴.

Ce diagnostic ne délivre pas du devoir de l'intellectuel de mettre au point, malgré tout, *une* perception des changements⁵. Je considère même que la «dynamique de changement»⁶ et la «non-perception des orientations» constituent deux caractéristiques fondamentales de la pratique comme de la théorie pénale contemporaines, sur lesquelles se construit positivement la politique pénale... ou plutôt le management de la pénalité. La correction que je viens d'apporter est le témoignage d'une première «perception» des évolutions dont je voudrais faire état: nous passons de la politique au management.

L'incertitude de l'interprétation du présent est telle que la construction d'une image nette et totalitaire du présent est impossible. J'en cherche une, fondamentalement contestable. J'entends par cette précision, par cette qualification, mon souci scientifique et politique de construire une contestation possible de l'interprétation elle-même, tant règne aujourd'hui dans le champ politique, une sorte d'inconsistance. En quelque sorte l'inconsistance politique est un oxymoron. Là où il y a inconsistance il ne peut y avoir politique⁷. L'inconsistance, c'est ce à quoi l'on ne peut s'opposer au nom d'une représentation adverse du projet politique. Chantal Mouffe⁸ souligne avec force, en écho à Jacques Rancière, que la démocratie est agonistique, dissensuelle, conflictuelle, ou elle n'est pas. O'Malley, à propos de la situation pénale internationale, diagnostique une maladie qu'il nomme l'«inconsistance pénologique»⁹. À ce diagnostic, ne peut s'opposer que la recherche de la consistance, et une fois trouvée, que celle-ci soit combattue au nom d'une autre consistance. Inconsistance, désorientation, insignifiance... autant de termes qui désignent une réalité molle face à laquelle s'impose une dialectique de la totalisation et de la «détotalisation», soit une dialectique de représentations globales adversaires. Je peux articuler maintenant les trois concepts du titre de ma leçon. La *pénalité* en est l'objet, le *management* en est la totalisation contemporaine, et l'*innovation* est la détotalisation qui s'avance ou que j'espère.

4 À suivre l'enseignement d'Alain Badiou, Nicolas Sarkozy est le nom propre du programme de la désorientation politique. Voir A. BADIOU, *De quoi Sarkozy est-il le nom?*, *Circonstances* 4, Paris, lignes, 2007.

5 Voir Y. CARTUYVELS, D. KAMINSKI, «Bougés et flous du pénal», in Y. CARTUYVELS, Fr. DIGNEFFE, A.P. PIRES, Ph. ROBERT (eds), *Politique, police et justice au bord du futur. Mélanges pour et avec Lode Van Outrive*, Paris, L'Harmattan, 1998, pp. 119-129.

6 Dynamique stimulée par des sources multiples et selon un modèle plus réticulaire que pyramidal (voir Fr. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, Bruxelles, Publications des FUSL, 2002).

7 Voir A. BADIOU, *op. cit.*, p. 12.

8 Ch. MOUFFE, «Démocratie et libéralisme politique: est-il possible de les concilier?», in A. M. DILLENS *et al.*, *Questions au libéralisme*, Bruxelles, FUSL, 1998, pp. 15-26.

9 P. O'MALLEY, «Mondialisation et justice criminelle, du défaitisme à l'optimisme», *Déviance et Société*, 2006, vol. 30, n° 3, pp. 323-338.

Le programme de cette leçon inaugurale consistera tout d'abord à définir le premier concept, celui de *pénalité*. Ensuite, il s'agira de faire place à deux thèses paradoxales que représentent les deux concepts suivants qui forment, si j'ose dire, la trinité de mon titre...

Avant d'aborder la signification centrale de ces concepts, je voudrais m'attacher aux suffixes qui les distinguent. Ces trois suffixes (*-ité*, *-ment*, *-ation*) permettent, dans la langue française, la création d'un substantif à partir d'un adjectif ou d'un verbe. Le premier suffixe signifie un état (ou encore de l'institué), le second un esprit (*mens*) qui affecte aujourd'hui cet institué¹⁰, et le troisième une action orientée. Je pourrais encore représenter autrement la complémentarité entre ces trois mots, en indiquant que le premier renvoie à un espace (socialement structuré), le deuxième concerne le temps (l'esprit du temps) et le troisième indique un mouvement (éthique et politique).

I Qu'est-ce que la pénalité ?

Pour que les choses soient claires, mon propos s'inscrit dans des limites apparemment strictes : celles des modalités de décision et d'action autorisées par le droit pénal et la procédure pénale devant la commission d'infractions. Je reviendrai, lors de ces leçons, sur ces limites, sur ces frontières pour en faire miroiter la fragilité contemporaine que des transformations manifestent.

Je suis certes criminologue, mais je ne vous entretiendrai aucunement du crime ou de quelque autre comportement, sous quelque nom que ce soit, qualifiable de transgression de la loi pénale. Outre le fait que ce n'est pas l'objet de ces leçons, j'en veux pour raison la définition sociologique du crime à laquelle j'adhère. Comme l'énonce simplement Philippe Robert, « est crime tout ce que la loi pénale définit comme tel pour l'assortir d'une peine »¹¹. Il n'y a pas d'unité ontologique du crime ; s'il existe une possibilité de le définir, ce n'est pas par le comportement ainsi qualifié, dont les figures sont hétéroclites, mais par la sanction qui lui est réservée. La peine est ce type de sanction que l'État moderne et centralisé a réussi à imposer contre d'autres formes de sanctions (en ce compris l'indemnisation de la victime ou même la vengeance). La peine trouve, avec le développement des domaines de compétences de l'État, à s'appliquer ainsi à un nombre croissant de comportements. C'est donc la peine qui définit le crime. C'est elle aussi qui ordonne une procédure spécifique de réaction au crime. Et l'on a pris l'habitude de nommer « système pénal » l'ensemble plus ou moins structuré d'agences qui contribuent à la production de la pénalité.

10 Au sens où le mot *esprit* est par exemple utilisé par L. BOLTANSKI et E. CHIAPELLO, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Paris, Gallimard, 1999.

11 Ph. ROBERT, « Essai de construction d'un paradigme pénal », in Ph. ROBERT, Fr. SOUBIRAN-PAILLET, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, t. 2, Paris, L'Harmattan, 1997, pp. 45-76. Voir aussi Ph. ROBERT, *La sociologie du crime*, Paris, La Découverte, Coll. Repères, 2005.

La pénalité est donc dévolue à l'affectation de la peine aux situations problématiques juridiquement nommées « crimes ». À cet égard, deux réserves méritent d'être soulignées.

Tout d'abord, la justice pénale est une modalité de résolution des conflits parmi d'autres; les recherches de délinquance auto-rapportée et de victimation en démontrent la faible capacité à connaître et à traiter les conflits en question; « il est donc nécessaire de ne pas se laisser aveugler par le pénal au point de ne plus voir les autres modes de résolution de conflits, des modalités de « faire justice » qui ne sont pas (ou peu) institutionnalisées »¹². Ensuite, bien que totalement structuré autour de la menace d'une sanction spécifique, appelée peine, le « système pénal » ne semble pas avoir pour fonction principale de punir: une des évolutions symptomatiques de l'action pénale se lit dans l'absence de réaction au crime ou dans la « libération » de formes de réactions que le droit ne peut reconnaître comme « peines »; il s'agira alors de « mesures », de sanctions ou d'épreuves certes pénales (parce qu'un cadre juridique et procédural en légitime l'imposition), mais dont la nature intrinsèque (outre ce cadrage juridique) est variable¹³. Dès lors, le discours « classique » sur les fonctions et objectifs de la *peine* masque la complexité des fonctions et objectifs de la *pénalité*. Je reviens donc à ce concept.

La pénalité est un concept pour le moins abstrait qui ne peut se confondre avec la peine ou avec le système pénal. La pénalité n'est pas un type singulier d'événement, de décision ou de relation sociale, ni une organisation administrative (fût-elle judiciaire), mais une institution sociale¹⁴, dont la définition pourrait d'ailleurs être insérée dans l'analyse de systèmes élargis (non confinés au système pénal au sens strict) d'action sociale et politique et dans une signification culturelle changeante.

Par pénalité, je veux nommer une triple réalité: a) une institution sociale, farcie de rationalité; b) un appareillage destiné à mettre en œuvre cette rationalité et à en fabriquer massivement les produits (des décisions, des populations, des chiffres); c) des usages sociaux de la rationalité et de l'appareillage que révèlent ces productions, mais aussi d'autres « producteurs » (qui peuvent s'avérer différents d'une

12 Voir, par exemple, Ph. ROBERT et R. ZAUBERMAN (dir.), « Enquêtes de victimation et statistiques de police », *Déviance et Société*, 2004, vol. 28, n° 3. Le *Moniteur* (belge) de sécurité est également instructif. I. VAN DEN STEEN, E. VAN DEN BOGAERDE (*Moniteur de sécurité 2006. Résumé de l'analyse de l'enquête fédérale*, Bruxelles, Police fédérale, p. 3) indiquent: « Une grande partie des personnes interrogées [par le *Moniteur de sécurité*] ont affirmé ne pas avoir signalé ou déclaré leur victimisation aux services de police. Il ressort ainsi que, en moyenne, environ 34 % des infractions sont signalées à un service de police. Seuls 25 % sont enregistrées dans un PV. (...) Les menaces avec violence physique et les délits sexuels sont rarement déclarés (moins de 10 %) alors que les cambriolages et les vols de voitures sont presque toujours enregistrés dans un PV (plus de 75 %). (...) ».

13 Il en va de même lorsque des sanctions administratives délivrées au niveau communal (dans un mouvement dit de dépénalisation) masquent leur caractère pénal, mais si mal que le Conseil d'État le rappelle ouvertement. Voir S. SMEETS, « Les amendes administratives communales: une politique qui navigue "à vue" », *L'année sociale*, 2005, pp. 273-286.

14 Les termes ici utilisés sont ceux que j'emprunte au titre du chapitre 12 (« Punishment as Social Institution ») de l'ouvrage de D. GARLAND, *Punishment and Modern Society*, Oxford, Clarendon Press, 1990, pp. 277-292.

époque à l'autre ou d'un lieu à l'autre, différences sensiblement indépendantes de toute modification de la criminalité).

A Une institution sociale

Avant tout, il s'agit donc d'une institution sociale, clôturée (mais non saturée) de juridicité. L'objet social de cette institution, selon les termes provocateurs de Nils Christie¹⁵, provocateurs mais utiles (en tant qu'ils permettent une orientation), est la *livraison intentionnelle de la douleur*.

1° Sa fonction : penser à notre place

Pour bien démarquer la pénalité de tout réductionnisme, je proposerai tout d'abord de la considérer comme une institution, soit une convention sociale stabilisée au point qu'elle en est devenue transparente. En suivant Mary Douglas, on peut dire que la pénalité structure une série d'arrangements conventionnels relatifs au droit de punir, tels que, devant une éventuelle contestation, la réaction «naturelle» fera référence à l'adéquation de la pénalité «à la nature de l'univers»¹⁶. La photo d'un suspect ou d'un prévenu est publiée dans les journaux; un récidiviste reçoit une peine plus lourde qu'un délinquant primaire; un écrivain utilise le nom et la vie d'une personne condamnée pour en faire le titre et l'objet d'un livre dont celle-ci a pourtant refusé la parution. «Et alors? Où est le problème?» Face à ces deux questions, on comprend à quoi sert une institution. Une institution est une entité à laquelle nous transférons la tâche de penser à notre place¹⁷ au point de ne point douter qu'elle pense d'une façon légitime (en nature et en raison). Alain Badiou¹⁸ a souligné qu'une institution est stupide et fonctionnelle. J'ajouterais que sa fonction est de nous rendre stupides. Mary Douglas dira encore que la grande réussite de la pensée institutionnelle est de se rendre complètement invisible¹⁹. La pénalité a, dans l'histoire, pris en charge la grande décision de savoir qui devait mourir; aujourd'hui, si la forme de la peine a changé, et qu'elle recourt moins souvent ou moins directement à la mort, son institution ne consiste pas moins à nous délivrer du devoir de répondre à quelques grandes questions, relatives à «l'exclusion légitime», auxquelles les honnêtes gens lui ont transféré le soin de répondre, pendant qu'ils vaquent à leurs petites affaires. Certes, assez récemment, on a vu naître un mouvement de vigilance et de revendication à l'égard de l'appareil pénal (parce qu'il serait devenu moins fonctionnel), particulièrement axé sur la défense des intérêts des victimes. Cette vigilance, je le crains, renforce plus l'institution qu'elle ne l'interroge. À ce titre, on peut dire qu'elle la rend plus stupide encore...

15 N. CHRISTIE, *Au bout de nos peines*, Bruxelles, Larcier, Perspectives criminologiques, 2005.

16 M. DOUGLAS, *Comment pensent les institutions*, Paris, La découverte, 2004 (édition originale 1986), p. 81.

17 *Ibid.*, p. 123.

18 À l'occasion d'une conférence qu'il a donnée à Bruxelles pour les quarante ans du centre Chapelle-aux-Champs.

19 M. DOUGLAS, *op. cit.*, p. 142.

La prétention de mon propos – relevant de la sociologie pénale – sera de visibiliser les contours de l’institution de la pénalité, afin d’en dénaturiser la légitimité et les modalités de pensée qui la respectent et lui donnent sa consistance.

2° Son objet: la livraison intentionnelle de la douleur

La livraison intentionnelle de la douleur est l’objet spécifique de la pénalité²⁰. Nils Christie, en 1981, publiait ceci à propos des douleurs intentionnellement infligées que l’on qualifie de peines:

« Au temps du fouet, de l’ablation de membres ou de la peine de mort, la souffrance était plus manifeste (...). Les lourdes chaînes symbolisaient la dégradation. L’image de la douleur et de la souffrance était nette. Aujourd’hui, certaines prisons ressemblent à des hôtels modernes, d’autres à des pensionnats. Nourriture décente, travail, éducation, (...) visites conjugales (...), tout cela donne l’image de vacances aux frais du contribuable.

Dans le même esprit, la douleur et la souffrance se sont quasiment évaporées, même dans les manuels de droit pénal. La plupart des textes font bien comprendre que la punition rend le mal pour le mal. Les ouvrages modernes ne vont guère plus loin. En comparaison avec l’extraordinaire richesse de détails et de distinctions subtiles que fournissent ces manuels, la réserve affichée par les auteurs contemporains est remarquable lorsqu’il s’agit d’aborder la description des phénomènes centraux que sont les peines. Leur blessure, leur marque, la souffrance et la douleur, autant d’éléments complètement absents des textes. Ce silence ne relève pas de la mégarde; on peut s’en rendre compte en provoquant ces spécialistes du droit criminel sur la stérilité des informations qu’ils fournissent sur le noyau de leur objet et en leur indiquant qu’ils devraient être un peu plus concrets dans leur rédaction. Le mot “pénal” est étroitement relié à la douleur. (...) ce droit devrait fondamentalement s’appeler “droit du mal”. [Mais] Les professeurs de droit pénal n’aiment pas du tout être désignés sous le nom de professeurs de “droit du mal”. Les juges n’aiment pas condamner les gens au mal. Ils préfèrent les condamner à des “mesures” diverses. Les institutions chargées de l’exécution de la peine n’aiment pas être considérées ou se considérer comme des institutions “d’infliction du mal”. Pourtant, une telle terminologie contribuerait solidement à la diffusion d’un message très précis: la [peine], administrée par le système de justice pénale, consiste en l’infliction consciente d’une douleur. Ceux qui sont punis sont supposés souffrir. S’ils jouissaient d’une manière ou d’une autre de la punition, nous changerions de méthode. Les institutions pénales soutiennent le projet de fournir aux destinataires de la sanction quelque chose qui les rend malheureux et les blesse²¹ ».

Nils Christie continue comme suit:

« (S)i mon expression [livraison intentionnelle de la douleur] fait penser à la livraison du lait, c’est parfait. Cette association saisit exactement ce que je veux communiquer. (...) La

20 Celle-ci contribue aussi à d’autres fonctions, mais par une contribution partielle à un dispositif plus large, telle que *l’entretien des peurs officielles*. Voir Z. BAUMAN, *Le présent liquide. Peurs sociales et obsession sécuritaire*, Paris, Seuil, 2007.

21 N. CHRISTIE, *op. cit.*, pp. 15-16.

livraison de douleur est le concept désignant, aujourd'hui, une opération tranquille, experte et hygiénique. Dans la perspective de ceux qui procurent ce service, le drame, la tragédie et les souffrances intenses ne figurent pas au premier plan. La distribution de peine entre en dissonance avec quelques-uns des plus grands idéaux, mais elle peut être exercée, en toute innocence et dans un état de somnambulisme, hors de tout conflit de valeurs. Les douleurs pénales sont livrées à leurs destinataires. À travers le choix des mots, les routines, la division du travail et la répétition des opérations, toute l'opération ressemble dorénavant à la livraison d'une marchandise²²».

B Un appareillage

La pénalité est aussi structurée et organisée. Une institution et sa rationalité ont besoin d'exercice pour subsister. Un appareil, communément appelé système pénal, prend en charge et exerce la fonction institutionnelle de la pénalité. Cet appareil n'est pas composé seulement des tribunaux correctionnels, de police et des cours d'assises, mais aussi, de façon bien plus complexe, de la législation pénale et des services de police en amont et des dispositifs d'exécution des décisions judiciaires pénales en aval. La pénalité se traduit en quelque sorte par le dispositif organisé des activités complexes et séquentielles qui connectent les trois pouvoirs constitutionnels de l'État démocratique. L'appareillage est donc une métaphore qui me permet de représenter assez clairement l'idée qu'une institution sociale, aussi invisible soit-elle, dispose d'une organisation, de rouages, assurant les aspects techniques de sa mission.

Mais l'appareillage est aussi composé de voitures de police, d'ordinateurs et de bases de données, d'échantillons d'acide désoxyribonucléique et de laboratoires, de circulaires, de bracelets émetteurs d'ondes pour la surveillance électronique des condamnés, de détecteurs de métaux à l'entrée des prisons, de formulaires, de réquisitoires, de convocations, de procès-verbaux, de locaux dispersés ou concentrés, de palais et de maisons de justice, de partenaires sociaux et thérapeutiques, de délais, de robes et de greniers poussiéreux, de colsons (ces serre-câbles en plastique qui serrent tout aussi bien des mains), etc. Cet appareillage, dans un vocabulaire foucauldien, est l'instrumentation de l'exercice du pouvoir pénal, l'ensemble des technologies gouvernementales qui lui sont dédiées.

C Les usages sociaux de l'institution et de l'appareillage

Par usages sociaux, j'entends les productions et les producteurs de l'appareil pénal. Quand on parle de productions, on pense évidemment à la productivité macro-sociologique, exprimée quantitativement, soit aux chiffres relatifs aux décisions et

22 N. CHRISTIE, *op. cit.*, pp. 19-20. Je voudrais citer trois noms après cette référence à Nils CHRISTIE. Françoise TULKENS, professeur de droit pénal, juge belge à la Cour européenne des droits de l'homme, a toujours revendiqué d'enseigner le droit du mal tout en travaillant à réduire son empire. Françoise DIGNEFFE, criminologue et philosophe, s'est bien gardée (au contraire d'une tendance revivifiée en France) de justifier ce mal, ce qui sans doute constitue une trahison de la philosophie... Et Philippe LANDENNE, aumônier de prison, qui depuis plus de vingt ans est le témoin du mal, au quotidien, de ce mal qu'il est si confortable de refouler ou de dénier.

aux populations que la pénalité produit. Nous trouverons ici une signification éprouvée de la pénalité, conçue comme phénomène de masse, exprimée en taux, en pourcentages, en nombre de détenus, en nombre de peines prononcées, etc. souvent confondue avec la criminalité. On se sert par exemple de chiffres de condamnations ou de statistiques d'activités de police (nombre de procès-verbaux par exemple) pour nous informer sur la criminalité. Si la peine est une réponse au crime, sur le plan individuel (si chaque peine est une réponse donnée pour un crime commis à son auteur reconnu coupable), la pénalité, conçue cette fois comme le produit global de l'action pénale n'est pas une réponse à la criminalité au niveau macrosociologique. Je suivrai ici l'enseignement de Guy Houchon: on fait «jouer un rôle surévalué à la criminalité, comme si la séquence temporelle criminalité-pénalité était une évidence causale. Postuler ce rapport linéaire, c'est suivre une logique juridique reconstruite et axée sur le cas individuel. On prend un grand risque à construire ainsi son objet quand il s'agit de comprendre la dynamique d'un phénomène social récurrent comme la pénalité»²³. À taux de criminalité égal d'une époque à l'autre (pour autant qu'on puisse le mesurer), le taux de pénalité peut être différent. Et pareillement, à taux de pénalité égal, les taux de criminalité peuvent considérablement varier. La pénalité est un système de signes largement autonome par rapport à la criminalité²⁴. De nombreuses recherches portant d'ailleurs sur des territoires et des époques différents – dont pour la Belgique, la thèse de Charlotte Vanneste – concluent très largement à l'indépendance de la pénalité (le phénomène de masse que l'on peut quantifier, exprimer en taux ou en pourcentages) par rapport à la criminalité²⁵. Le taux de la première est bien mieux corrélé à des indices socio-économiques qu'aux fluctuations de la criminalité. C'est aussi ce que Sonja Snacken a remarquablement illustré par son traitement de la question de la surpopulation pénitentiaire²⁶. Les chiffres de la pénalité ne nous parlent que d'eux-mêmes, de ses décisions et de ses populations propres et ne covarient pas avec la criminalité.

Il y a cependant d'autres mises en scène de la pénalité, assurées par d'autres producteurs. La pénalité, au-delà de sa définition comme production macrosociologique (identifiable par des taux), est aussi un phénomène visible; si l'institution est invisible, elle a, outre ses organisations (son appareillage), ses praticiens, ses prévenus, ses théoriciens, ses ministres, ses victimes célèbres, ses symboles, ses relais, ses représentations, ses discours de rentrée, ses débats parlementaires, ses commissions d'enquête, ses formations universitaires, ses professeurs et ses étudiants, ses chroniques judiciaires, ses reportages et – foisonnantes, redondantes – les fictions qui lui sont consacrées: elle s'exprime et s'exerce à travers des discours et

23 G. HOUCHON, *La pénalité et le changement social*, Document de travail, École de criminologie (UCL), n° 20, 1987, p. 14.

24 Une analyse de la pénalité doit être poursuivie à la manière dont DURKHEIM l'a en quelque sorte initiée: de façon «obstinément sociale et historique», en envisageant sa «positivité sociale» et en l'étudiant comme un système de signes (G. HOUCHON, *op. cit.*, p. 15).

25 Ch. VANNESTE, *Les chiffres des prisons. Des logiques économiques à leur traduction pénale*, Paris, L'Harmattan, 2001.

26 S. SNACKEN, «Surpopulation des prisons et sanctions alternatives», in Ph. MARY, (dir.), *Travail d'intérêt général et médiation pénale. Socialisation du pénal ou pénalisation du social?*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 367-401.

des pratiques quotidiennes. La pénalité recouvre donc, au-delà de sa définition comme institution et comme appareillage de production, l'ensemble des usages sociaux de la rationalité et de l'appareillage punitifs.

La pratique de la pénalité n'est pas concentrée dans le lieu juridique de la loi pénale ou dans celui de la décision répressive (le tribunal). La pénalité, comme espace de pratiques discursives, professionnelles, routinières, cinématographiques multiples et plus ou moins coordonnées, est partagée par des acteurs sociaux profanes et des acteurs ou des agences professionnels. Il serait aujourd'hui indécent d'oublier le discours scientifique, et plus modestement le mien, dans la liste des *producteurs* de la pénalité.

La pénalité est en quelque sorte l'ensemble des formes et des normes institutionnelles, organisationnelles, professionnelles et profanes qui soutiennent la légitimité d'une fonction spécifique, la *livraison intentionnelle de la douleur*.

Il me faut maintenant traiter de la pénalité, ainsi définie, de façon dynamique et diachronique, puisque les deux autres termes de mon titre invitent à penser les transformations de la pénalité...

II Une thèse sur les évolutions contemporaines de la pénalité

Je n'ai pas l'intention de faire ici un inventaire détaillé ou raisonné des modifications qui ont affecté la pénalité depuis les années 1980, mais plutôt d'en tenter une représentation globale (au risque de masquer quelques contradictions ou des évolutions contrastées au regard d'une autre lecture). Ceci dit, je ne voudrais pas offrir cette représentation globale sans indiquer dans un premier temps quels sont les indices « concrets » sur lesquels je la fonde. Ainsi je noterai les bougés empiriques suivants, dans une sorte d'inventaire partiel :

- la croissance des incriminations (via parfois des dépénalisations en trompe-l'œil);
- la diversification des peines et mesures;
- le recours accru à l'emprisonnement et son allongement;
- l'accroissement des pouvoirs de la police et le développement des moyens de preuve (pouvoirs et moyens toujours insuffisants dans toute logique guerrière);
- l'accroissement sensible des compétences du ministère public (devenant souvent le premier et le dernier juge de certains contentieux);
- le bouleversement de toutes les organisations pénales (enregistrement, jugement et exécution) sous l'effet d'événements déclenchants (l'extraordinaire gouvernant l'ordinaire, selon le programme néfaste d'une politique du risque);
- la reconnaissance de droits aux détenus (probablement l'intrus dans mon inventaire);
- le repositionnement juridique de la victime dans la procédure pénale;
- le retour partiel d'une conception analogique de la peine;
- la valorisation de la proximité (jusque dans les moyens électroniques de l'instaurer);
- la participation de la collectivité à l'action pénale;

– et l'introduction manifeste d'outils de management dans les agences pénales.

Plutôt que de présenter de façon analytique et fastidieuse les transformations qui troublent l'image de l'action pénale, j'en décrirai ici les caractéristiques transversales²⁷. Je présenterai lors de la deuxième leçon une lecture sociale de ces transformations et j'articulerai à cette lecture la manière dont le rôle de l'État s'y reconfigure.

Il me faut avant tout m'attarder sur l'accroissement de l'activité pénale. Quoi que l'on fasse, la prison, que l'on peut présenter à la fois comme le pavillon de l'activité pénale (le « soleil de la pénalité ») moderne et comme un exemple de faillite radicale, continue à recevoir le *free lunch*²⁸. Et quoi que l'on dise, soit en faveur de la prison sur des tons divers ou contre elle sur un ton critique, son usage s'aggrave en Belgique, surtout en termes de durée des peines²⁹ ainsi que dans son usage présentiel (détention préventive). La prison, plus que jamais, ne représente quantitativement qu'une infime partie de l'activité pénale générale qui, elle aussi s'accroît plus discrètement par l'usage d'autres mesures: lesdites « alternatives » – mieux nommées « diversifications » – produisent le plus souvent ce qu'il est convenu d'appeler une extension du filet³⁰. Ceci n'est même plus un effet pervers du développement des alternatives: en effet les alternatives dites de la seconde génération, telles que la peine de travail, ne sont plus destinées et/ou utilisées à se substituer aux peines plus lourdes, mais à graduer plus finement la livraison intentionnelle de la douleur et à en assurer une progressivité accrue. Quelles qu'en soient les interprétations, l'activité pénale va croissant, depuis l'enregistrement des infractions jusqu'à l'incarcération de leurs auteurs en dépit de et surtout grâce aux multiples bifurcations procédurales et pénales développées dans la seconde moitié du XX^e siècle.

Les quinze dernières années ont par ailleurs été l'occasion d'une réorganisation et d'une redistribution des pouvoirs à l'intérieur du système d'administration de la justice pénale, vers l'amont du système pénal (le ministère public et la police disposant de plus en plus de pouvoirs juridiquement reconnus).

Enfin, une dernière tendance multiforme peut être traduite par un effort d'intégration dont les quatre composantes sont (je resterai elliptique aujourd'hui): la centralisation (réforme des polices, collège des procureurs généraux, banques de données...); la coordination (de la prévention dans les contrats de sécurité, dans le domaine de la coopération internationale, dans le domaine des relations entre décideurs et techniciens); la colonisation par l'action pénale d'agences extrapénales (locales, sociales, thérapeutiques) ainsi d'ailleurs qu'une forme particulière de

27 Sous ce titre, on trouvera des développements empruntés à D. KAMINSKI, « Troubles de la pénalité et ordre managérial », *Recherches Sociologiques*, 2002, n° 1, pp. 87-107.

28 E. CURRIE, « Market, Crime and Community: Towards a Mid-Range Theory of Post-Industrial Violence », *Theoretical Criminology*, 1997, vol. 1, n° 2, pp. 147-172.

29 H. TUBEX, S. SNACKEN, « L'évolution des longues peines. Aperçu international et analyse des causes », *Déviance et Société*, 1995, vol. 19, n° 2, pp. 103-126.

30 S. COHEN, *Visions of Social Control*, Cambridge, Polity Press, 1985.

colonisation qu'on appelle la responsabilisation (du prévenu ou du condamné lui-même) ainsi que de la communauté dans son ensemble. La sécurité c'est notre affaire à tous, n'est-ce pas (comme le souligne encore le plan national de sécurité adopté il y a quelques jours en conseil des ministres)? Et la peine? C'est dorénavant aussi l'affaire du justiciable.

Ces transformations laissent cependant dans l'ombre deux invariants qu'il importe de mettre en évidence ici. L'existence même d'invariants fondamentaux témoigne du fait que l'institution pénale évolue certes, mais ne change pas. On peut encore utiliser le vocabulaire de Kathleen Thelen pour signifier que l'institution pénale évolue par sédimentation et non par conversion³¹. Aucune des évolutions récentes du champ pénal ne remet en effet en cause sa substantifique moelle, son double noyau «innégociable» qui en assure le statut d'institution: l'imposition d'une peine³² et le devoir de punir³³.

Le premier invariant est la menace ou l'imposition d'une mesure prescrite institutionnellement *a priori* en réponse à un comportement défini par la même opération comme crime. Le développement des sanctions administratives pour des comportements juridiquement dépenalisés ne réduit en rien sociologiquement la consistance de cet «invariant».

Le second invariant est plus puissant encore, car il fournit une clé de la légitimité persistante, malgré les crises et les réformes, du droit pénal: il s'agit de la rhétorique du devoir de punir qui s'est substituée à l'expression d'un pouvoir ou d'un droit que nous avons conféré à l'État (et qui justifie l'adoption de politiques circonstancielles spectaculairement répressives dans des domaines marqués par de hauts taux d'incarcération). Cette substitution permet aujourd'hui de faire l'impasse sur les objectifs de la mobilisation de ce pouvoir et de réactiver le mythe de la souveraineté (perdue sur d'autres terrains) de l'État.

* * *

Que la pénalité se transforme n'est pas un scoop. Rien n'est nouveau dans le principe même d'une pénalité qui suive les transformations sociales de l'espace de son action. Il reste que souvent on ne traite de cette question qu'au regard des modifications légales qui affectent le droit pénal. Je voudrais aller au-delà de cette limite et me consacrer maintenant à la fois au développement d'une thèse et à la présentation du programme des leçons suivantes. La thèse pourrait se formuler en deux temps de la façon suivante.

31 K. THELEN, «Comment les institutions évoluent: perspectives de l'analyse comparative historique», *L'année de la régulation. Economie, Institutions, Pouvoirs 2003-2004*, n° 7, Presses de Sciences Po, 2003, pp. 13-43.

32 Y. CARTUYVELS, Fr. DIGNEFFE, D. KAMINSKI, «Droit pénal et déformalisation», in J. DE MUNCK, M. VERHOEVEN (dir.), *Les mutations du rapport à la norme. Un changement dans la modernité*, Paris-Bruxelles, De Boeck-Université, 1997, pp. 219-242.

33 A. P. PIRES, «Quelques obstacles à une mutation du droit pénal», *Revue Générale de Droit*, 1995, 26, pp. 133-154.

La pénalité subit une déflation politique et morale, une désorientation, une involution de ses finalités (procédant notamment par repli et par cumul) et son indexation aux valeurs (éthique ou pathétique) se voit substituée par une légitimation endogène que je présenterai sous le nom de managérialisme pénal.

Malgré la critique qu'un moralisme simpliste peut adresser à cette transformation de la pénalité, je voudrais suggérer que *la nouveauté, pour le moins inquiétante, des transformations en cours n'exclut pas l'innovation.*

A La déflation morale de la pénalité

Je commencerai par deux images, aidé en cela par un propos de Feeley et Simon³⁴. La justice est représentée par un symbole connu qui mérite d'être décrit : une femme (j'insiste) au maintien droit, soutenue par l'épée, portant deux autres attributs : un bras levé portant une balance et les yeux bandés. Rectitude, armement, impartialité, équilibre des intérêts. En 1967, une commission célèbre nommée par le président Johnson publie pour la première fois une autre représentation de la justice pénale, extrêmement instructive sur les voies d'entrée, de sortie, les trajets diversifiés d'une personne ou de son dossier dans les circuits du « système » pénal. Devant ce diagramme arborescent, si vous me permettez la métaphore, on a le sentiment que dame Justice a fait l'objet d'une sorte de dissection, permettant d'en isoler le système sanguin et d'examiner des flux, la pression plus ou moins forte, les risques d'infarctus là où un engorgement se présente. Je ne continuerai pas la métaphore avec le système digestif, bien qu'elle donne à penser puisque, incontestablement, le système pénal est caractérisé aussi par son alimentation et la sortie des informations qu'il traite...

Que signifie le passage de l'illustration symbolique de la justice à son illustration systémique ? Ce passage « symbolise » la déflation politique et morale de la pénalité, soit le resserrement ou le retournement de son intérêt pour son propre fonctionnement en lieu et place de sa fonction et de sa dimension symbolique. Il y a là une perte incontestable, mais j'insiste (et j'y reviendrai) pour qu'on n'entende pas dans ce constat de perte une quelconque nostalgie.

La promotion politique et morale de la pénalité a été assurée jusqu'ici, depuis le début de la modernité, par des conflits (c'est cette dimension conflictuelle qui la rend politique) sur des justifications du droit de punir. Dissuasion, rétribution, neutralisation, réintégration sociale..., pour ne citer qu'elles, se sont succédé ou superposées au cours des trois derniers siècles. Ces concepts politiques et moraux de la légitimation de la pénalité seront traités au cours de ma deuxième leçon. Incontestablement, avec l'État social qui a marqué le XX^e siècle, s'est développée, contre d'autres conceptions, une conception des objectifs de l'action pénale orientée vers la réintégration sociale ou la réinsertion, le mot de réhabilitation intervenant aussi dans la nébuleuse. L'aspect le plus significatif de la pénalité de l'État social,

³⁴ M. FEELEY, J. SIMON, « Actuarial Justice : the Emerging New Criminal Law », in D. NELKEN (dir.), *The Futures of Criminology*, London, Sage, 1994, pp. 173-201.

c'est l'*homo criminalis* de la pénologie moderne et positiviste, la « vieille pénologie » selon les termes de Simon et Feeley. L'*homo criminalis* en est la base, et la locution latine veut signifier que cet homme, bien que criminel, reste inscrit dans un projet d'inclusion, soutenu par la confiance des institutions dans le façonnage et la capacité de transformer l'homme. Cette conception est confiante dans le progrès social et la capacité de l'individu à changer. Cette conception de l'humain et des aptitudes de la pénalité à y contribuer est résistante, mais fragile : elle privilégie l'intégration sociale et le régime (appelons-le « chaud ») de la confiance et de l'individualisation. Elle est critiquable et critiquée – à tort et à raison – dans son effectivité et dans son succès. Elle est fragilisée aujourd'hui.

Un détour vaut la peine. Philippe Mary me le facilite grandement. Les politiques criminelles font leur apparition en Belgique dans les années 1980. Elles sortent de leur caractère routinier et bureaucratique, la criminalité devenant un thème politique axé sur la montée de l'extrême droite ou sur la crise de la justice. Deux priorités de politique criminelle dominent le champ : la délinquance urbaine et le terrorisme et Philippe Mary en montre les similitudes de traitement politique. La contradiction n'est qu'apparente, mais on peut constater qu'en même temps que se développe le champ de la politique criminelle, s'atrophie celui de la politique pénale. « Parallèlement à une attitude plus répressive, un nouveau discours émerge » qui affecte les critères d'évaluation de l'action pénale : « les paramètres sociaux externes » (permettant d'évaluer la dissuasion, la resocialisation ou tout autre objectif social de la peine) sont remplacés « par la production du système lui-même pour attester de sa performance interne avec une visibilité accrue »³⁵. « Cette atténuation des paramètres externes affaiblit le lien avec les buts sociaux de la peine et, plus généralement, avec des fins sociales substantielles »³⁶.

Deux techniques assurent cet effet d'involution « désorientante » des finalités : le repli et le cumul. La pénalité peut aujourd'hui ne servir à rien, ou plutôt ne répondre qu'à l'ambition la plus réduite (c'est le *repli*, très net en ce qui concerne la prison) ou au contraire elle est présentée comme servant à tout (c'est le *cumul* : par exemple, toutes les fonctions possibles et imaginables de la peine se sont pressées au portillon dans la rhétorique qui a promu la peine de travail en 2002 ; la médiation pénale a aussi présenté des avantages dignes du couteau suisse lorsqu'on l'a promue et adoptée en 1994).

B Deux exemples d'involution des finalités

Le premier sera emprunté à Jean Bérard et Gilles Chantraine à propos de la finalité correctionnaliste de la prison : « De la finalité disciplinaire [couvrant toutes les voies par lesquelles l'*homo criminalis* est pensé comme matière malléable] nous sommes théoriquement sortis : son arrêt de mort a été signé par la phrase si souvent répétée

35 Ph. MARY, « À propos des similitudes entre "guerre antiterroriste" et "lutte contre la délinquance urbaine", chronique de criminologie », *Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé*, 2006, n° 2, pp. 476-484 (spécialement p. 481).

36 *Ibid.*, p. 481.

de Giscard d'Estaing en 1974, «la prison c'est la privation de la liberté d'aller et de venir et rien d'autre». En effet dire cela, c'était évidemment manifester, après des révoltes qui ont eu lieu en Belgique aussi, «une volonté d'adoucir le châtement carcéral dans ses aspects les plus choquants. Mais, à la lettre, ce n'était pas moins prendre acte du renoncement à faire de la prison le lieu du redressement par la discipline»³⁷. «La permanence du non-droit [en prison] et «l'effondrement de tout espoir de correction» reconfigurent alors l'arbitraire de la vie en prison: celui-ci n'est plus conçu comme «finalité thérapeutique, mais comme nécessité pragmatique, non plus comme légitimité de l'institution, mais comme mode de fonctionnement». En quelque sorte, concentrée sur l'ordre et la sécurité, la prison se replie sur sa nécessité – purifiée de légitimations – et la gestion de cette nécessité.

Le second exemple concerne la surveillance électronique étudiée de près en collaboration avec Kristel Beyens, Marie-Sophie Devresse et Heidi Luypaert³⁸. La surveillance électronique est une modalité d'exécution de la peine de prison qui, quel que soit son dispositif technique et administratif (sur lequel je reviendrai dans la quatrième leçon), présente une caractéristique rarement relevée: elle est la seule «mesure alternative» qui, à ma connaissance, ait été soumise à la définition de quotas affichés dans les programmes de gouvernement et dans les déclarations des ministres Verwilghen et Onkelinx. Objectif: 300, 450, 600, 1000... Par ce cadrage rhétorique sur la performance quantitative (sur l'effectivité de la mesure), l'objectif est exprimé en termes de quotas de population à atteindre, sachant qu'elle serait de moindre coût par rapport à l'incarcération et qu'elle n'entraînerait pas de déficit en termes de sécurité publique. Ceci en dit long sur l'objectif principal de la mesure en question. Il n'y a aucune préoccupation que la mesure soit adaptée ou non à celui qui en «bénéficie», qu'elle réalise ou non un objectif «moral» de la pénalité; au contraire, un objectif «intrasystémique», «managérial» de gestion des stocks et des flux de la marchandise humaine incarcérée. Il est intéressant de penser ici aussi la détermination de l'appareillage sur cette exigence d'efficience: le matériel est acquis, il coûte, il faut en rentabiliser les coûts...

La fragilisation des références sociales et morales des justifications (et des critères d'évaluation) de la pénalité est à la mesure même de la fragilisation contemporaine de l'État social et de l'influence de variables (tant externes qu'internes) qui affectent la pénalité: l'État social est en perte de vitesse et le sauvetage partiel de l'État social actif se reflète dans la pénalité (l'activation du justiciable, on le verra dans les quatrième et cinquième leçons, constitue un mot d'ordre très contemporain). Dans ces circonstances, quand le gâteau social ne semble plus pouvoir être distribué à tous, la doctrine de la moindre éligibilité reprend le dessus, selon laquelle les «coupables» sont les derniers à mériter les bénéfices d'une insertion dont ont aussi besoin des «innocents». Ceci constitue un nouvel indice de repli de la pénalité: dans la

³⁷ J. BÉRARD, G. CHANTRAINE, «Ai-je le droit d'avoir des droits?», *Vacarme*, 2007, n° 40, p. 51.

³⁸ K. BEYENS, M.-S. DEVRESSE, D. KAMINSKI, H. LUYPAERT, «Over het 'eigen'aardige karakter van het elektronisch toezicht in België», *Fatik, Tijdschrift voor Strafbeleid en Gevangeniswezen*, oct.-déc. 2007, n° 116, pp. 4-15. Voir aussi, K. BEYENS, R. BAS, D. KAMINSKI, «Elektronisch toezicht in België. Een schijnbaar penitentiair onstoppingsmiddel», *Panopticon*, 2007, n° 3, pp. 21-40.

société du mérite, la pénalité peut se contenter de servir au déclassement du non-méritant.

C Le managérialisme

Une tendance très contemporaine, surtout présente aux États-Unis et en Angleterre, consiste à substituer aux ambitions « politiques », donc « controversées » de la pénalité typique de l'État moderne et de l'État social, un régime « froid » de contrôle, basé sur des technologies objectives et objectivantes et des modalités de management de groupes d'individus caractérisés plutôt par l'identification de profils (*new penology*). Le managérialisme, auquel je consacrerai la troisième leçon, participe à cette transformation, au passage du régime chaud au régime froid. Il s'agit d'une reconfiguration idéologique et pratique de l'institution (observable dans de nombreux domaines d'action publique) concentrée sur sa productivité (sa performance « interne », non indexée à des objectifs politiques ou moraux), son efficacité (la bonne utilisation de ses ressources et la réduction de ses coûts) et un esprit de service à la clientèle. Le managérialisme est un concept trop souvent présenté³⁹ comme une modification localisée dans les opérations techniques de l'administration pénale, comme si l'introduction de l'esprit et des techniques du management n'affectait pas l'ensemble de l'institution, de l'appareillage et des usages sociaux de la pénalité. Au contraire, les discours pénaux, les techniques pénales et les fonctions de la pénalité ne sont pas du tout immunisés contre « l'esprit managérial ». Je proposerai ici de concevoir le managérialisme comme une réponse globale aux troubles de la pénalité⁴⁰ qui affectent tant les discours, les techniques, les fonctions et les opérations gestionnaires. Je proposerai de le concevoir aussi comme un facteur de désorientation accrue de la pénalité.

La quatrième leçon sera consacrée à la présentation de résultats de recherche consacrés à la surveillance électronique et à la peine de travail, permettant de mieux situer concrètement les avancées du managérialisme pénal dans des dispositifs promus récemment en Belgique.

D La participation ou l'activation des justiciables

La cinquième leçon sur laquelle j'ai fait silence jusqu'ici sera consacrée aux phénomènes contemporains de subjectivation des deux protagonistes « naturels » concernés et créés par l'action pénale : le justiciable (auteur soupçonné ou convaincu des faits) et la victime. Dans la foulée des modifications de l'action publique que je viens de suggérer, l'action pénale s'appuie d'une part de plus en plus sur le consentement du justiciable à la mesure qu'on lui inflige et d'autre part sur la revendication de la victime à être reconnue comme sujet de droits dans la gestion du sort du justiciable.

³⁹ Voir, par exemple, A. BOTTOMS, « The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing », in C. CLARKSON, R. MORGAN (dir.), *The Politics of Sentencing Reform*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 17-49 ; L. MCARA, « Modelling Penal Transformation », *Punishment and Society*, 2005, vol. 7, n° 3, pp. 277-302.

⁴⁰ Voir D. KAMINSKI, « Troubles de la pénalité et ordre managérial », *Recherches sociologiques*, vol. 33, n° 1, 2002, pp. 87-107.

L'un est convoqué à participer activement à l'action pénale et l'autre revendique cette participation. On pourrait lire ici un mouvement (non encore évoqué jusqu'ici) de remoralisation du droit pénal, servi par la rhétorique de la responsabilisation et par l'idéologie victimiste et compassionnelle⁴¹. Par exemple, la promotion récente de l'objectif de réparation ou de restauration par la peine n'est pas sans lien avec la sacralisation de la victime dans la politique pénale « post-Dutroux ». La responsabilisation du prévenu ou du condamné et la remoralisation de la pénalité par le souci victimiste protègent provisoirement la pénalité de sa nudité (de sa perte en légitimation).

III Innovation

Je vais reformuler maintenant la transformation au cœur de mon propos: la définalisation de l'action pénale et son recentrement sur ses procédures ou son management. La définalisation signifie la disparition ou la dissolution des évidences (conflictuelles) sur les objectifs de la pénalité: les réponses classiques ou les dilemmes classiques en la matière perdent de leur évidence confortable. La définalisation ne signifie pas que la pénalité n'ait plus de finalité, mais qu'elle préfère aujourd'hui les masquer, soit parce qu'elle n'en a plus besoin, soit parce qu'elles ne sont plus assez « belles » pour nous préserver d'avoir à penser (alors que c'est bien le rôle de l'institution). De l'institution à l'ingénierie: voilà un mouvement dont la formulation, on l'aura compris, est critique, mais qui ouvre aussi un espace pour le retour de la pensée sociale et politique dans les brèches ouvertes par la définalisation et la désorientation qu'elle produit. La pénalité se transforme et subit quelques crises qui nous donnent à penser: est-ce à dire qu'elle ne pense plus tout à fait à notre place? Si l'institution ne pense plus à notre place (qu'elle se réduit en quelque sorte à l'appareillage), nous pouvons y entrevoir la chance de saisir cette crise pour qu'une pensée nouvelle questionne l'institution. Les discours, les politiques et les législations forment un pan de la pénalité, les organisations et les pratiques qui s'y développent forment un autre pan: les agences pénales et les agents pénaux ne réalisent pas nécessairement le programme idéologique, politique et législatif. Les agences et les agents, pour des raisons diverses, sont capables d'autonomie, de résistance à de nouvelles exigences ou aux effets les plus punitifs des transformations envisagées⁴², voire même d'invention de pratiques originales, inattendues dans les espaces où la *professionnalité* peut s'engager au-delà de l'*exécution*; autant de phénomènes qui invitent le chercheur à ne pas se focaliser sur le prêt-à-porter des discours.

À cet égard, il faut bien avouer que les résistances des pratiques relèvent essentiellement des résidus culturels que certains voudraient voir disparaître à juste ou à moins juste titre selon les cas. Ainsi, Kristel Beyens signale que, devant les options nouvelles, la culture judiciaire reste en Belgique à prédominance « classique », basée

41 Voir G. ERNER, *La société des victimes*, Paris, La Découverte, 2006; M. RICHARD, *La République compassionnelle*, Paris, Grasset, 2006; M. REVAUT D'ALLONNES, *L'homme compassionnel*, Paris, Seuil, 2008.

42 Voir P. O'MALLEY, *op. cit.*

sur une conception rétributive et dissuasive de la peine⁴³. Et les plus âgés des travailleurs sociaux des maisons de justice restent fortement imprégnés de la culture politique de l'État social dans la mesure où leur profession en est elle-même issue. Autrement dit, la coordination des rouages n'implique pas une uniformité du sens de l'action. Le BPR (*business process re-engineering*) des maisons de justice, qui vise à rationaliser, uniformiser, enregistrer, comptabiliser et contrôler les pratiques sociales des travailleurs parajudiciaires, montre déjà quelques-uns de ses effets : le management « rend le possible impraticable »⁴⁴. Mais de ce fait même, il ouvre à des contournements, des ruses ou à des radicalisations des formes de résistance, voire même à ses neutralisations les plus nettes. Le possible rentre par la fenêtre quand on le prie managérialement de sortir par la porte. Le comble serait d'en arriver à penser que l'innovation relèverait de la résistance de ce que le discours managérial qualifie d'archaïque...

Et si la managérialisation de la pénalité était une chance pour que soient questionnés et repensés les termes de la convention collective passée il y a plus de deux siècles autour du droit de punir ? Et si elle était une chance pour l'innovation pénale, la condition même de revitalisation et de renouvellement de débats significatifs pour d'autres transformations ou la condition d'une repolitisation de la question pénale (ce sera l'objet de la sixième et dernière leçon) ? C'est dans cet esprit que je voudrais conclure cet enseignement par une réflexion sur l'innovation pénale... On aura peut-être déjà compris que je distingue nettement, avec mon collègue Jean-François Cauchie⁴⁵, *nouveauté* et *innovation*. La nouveauté n'est rien qu'un changement superficiel, quels qu'en soient ses effets. L'innovation est un changement non prédictible (issu de la désorientation) qui affecte la pénalité en la repolitisant, soit en la réorientant de façon dissensuelle.

La conceptualisation que je proposerai de l'innovation relève pleinement de la dimension politique et éthique de mes propos. Je cherche à penser la représentation de l'humain et de son action que les dispositifs institutionnels imposent. Mais je cherche à penser cette représentation jusque dans ses extrémités⁴⁶, parce que l'on ne peut faire semblant : l'extrême s'est déjà réalisé, se réalise et se réalisera encore. Le drame de la pensée contemporaine tient en ceci : ce que permet un dispositif ou une politique fait partie de son programme. Cependant, penser jusqu'aux extrémités ne

43 Voir K. BEYENS, *Straffen als sociale praktijk. Een penologisch onderzoek naar straftoemeting*, Bruxelles, VUBPress, 2000. Voir aussi S. SNACKEN, « Justice et société : une justice vitrine en réponse à une société en émoi ? L'exemple de la Belgique des années 1980 et 1990 », *Sociologie et Sociétés*, 2001, vol. 33, n° 1, pp. 107-137.

44 A. BADIOU, *op. cit.*, pp. 67-68.

45 J.-F. CAUCHIE, D. KAMINSKI, « Éléments pour une sociologie du changement pénal en Occident. Éclairage des concepts de rationalité pénale moderne et d'innovation pénale », *Champ Pénal/ Penal Field*, [En ligne], mis en ligne le 14 mai 2007. URL : <http://champpenal.revues.org/document613.html> ; J.-F. CAUCHIE, D. KAMINSKI, « L'innovation pénale : oxymore indépassable ou passage théorique obligé ? », in J.-F. CAUCHIE, D. KAMINSKI (dir.), *Enjeux autour de l'innovation pénale*, Publication Internet des Actes du séminaire Ottawa-Louvain-la-Neuve (mars et mai 2006) sur le thème de l'innovation pénale, *Champ pénal/ Penal Field*, mis en ligne le 24 mai 2007. URL : <http://champpenal.revues.org/document1353.html>.

46 Comme le font les écrivains, tel, par exemple, François EMMANUEL dans *La question humaine*, Paris, Stock, 2000.

signifie pas orienter cette pensée sur la fermeture d'un destin (nécessairement sombre). Ce qui m'intéresse n'est pas ce que la pénalité permet, mais ce qu'elle rend possible, parfois aux risques et périls des sujets, travailleurs ou justiciables. Penser les extrémités sert au contraire «de la fermeture du destin», à orienter la pensée sur les opportunités ouvertes à des alternatives, à des marges de manœuvre, à des ruses, à des récursivités, à des libertés, autant de signifiants féminins, symboles de l'inattendu, de l'inespéré, du surcroît.

L'innovation est une direction, une orientation qu'il faut clarifier. Nils Christie, encore lui, écrit ceci. Et je considère qu'il l'écrit pour moi.

«Qu'il soit dès lors parfaitement clair que je suis (..) un moraliste. Pire: je suis un impérialiste moral. Une de mes prémisses sera qu'il est juste d'essayer d'obtenir la réduction de la souffrance infligée sur terre par l'homme. Je peux très bien considérer les objections que soulève cette position. La douleur fait grandir les gens. Ils mûrissent – renaissent – bénéficient d'une plus grande finesse, découvrent mieux la joie lorsque la douleur s'affaiblit et, selon certains systèmes de croyance, ils se rapprochent de Dieu ou du Paradis. Certains d'entre nous ont certainement fait l'expérience de l'un ou l'autre de ces bénéfices. Mais nous avons aussi éprouvé le contraire: la douleur qui met fin à la croissance, la douleur qui retarde, la douleur qui rend méchant. En tout cas, je ne peux imaginer une position dans laquelle j'essaierais d'obtenir un accroissement de la douleur infligée sur terre par l'homme. Je ne puis non plus croire que le niveau actuel de douleur infligée serait juste ou naturel. Puisque la question est importante et que je me sens contraint de faire un choix, je ne conçois et ne puis défendre aucune autre position que celle qui consiste à s'efforcer de réduire la douleur⁴⁷».

L'innovation, c'est l'invention – légale ou locale, inopinée ou construite, clandestine ou affirmée – des conditions de la réduction de la douleur infligée intentionnellement. Françoise Digneffe et moi-même avons tenté de formuler les guides de notre «pensée» dans un texte portant sur les conséquences éthiques de l'affaire *Dutroux*. Nos présupposés respectifs, plus ou moins implicites, nos convictions concernent la conception du lien social et la vision de l'histoire. 1^o) Le lien social ne peut se construire que sur fond d'exclusion: les sociétés ne pourraient imaginer et organiser des modes de vivre ensemble sans, du même coup, se doter de mécanismes d'exclusion. 2^o) Les changements historiques n'apparaissent jamais comme des «progrès», mais ne font au mieux que déplacer les problèmes ou les souffrances individuelles et collectives. Mais nous avons, malgré tout, à penser et à nous comporter «comme si» du lien social pouvait se former en limitant toujours de plus en plus l'exclusion; nous devons malgré tout penser et agir dans la direction de ce qui paraît être un progrès, afin de résister aux régressions.

Pourquoi faire place à l'innovation? En vue d'éviter deux écueils idéologiques qui se font face aujourd'hui et que je considère comme profondément inadéquats, voire dangereux: celui de la modernisation (autrement dit celui du management) et celui de la nostalgie.

47 N. CHRISTIE, *op. cit.*, p. 11.

Le discours de la «modernisation», de «l'élimination des archaïsmes» est celui de l'inconsistance. La modernisation est le nom donné à une promesse de progrès sans orientation. La rhétorique du changement qui sature les débats politiques fortement personnalisés tels qu'ils sont vécus en France et aux États-Unis par exemple est une rhétorique creuse qui suit une orientation peut-être, mais qui repose sur la désorientation de ceux auxquels elle s'adresse. Je persiste à considérer que «(t)out processus qui est fondé à se présenter comme le fragment d'une politique d'émancipation doit être tenu pour supérieur à toute nécessité de gestion»⁴⁸ que le discours de la modernisation privilégie.

Il y a lieu aussi d'éviter la tentation nostalgique. La critique du managérialisme consiste à faire valoir, ce qui est vrai, que le management de la pénalité occulte les objectifs au profit des moyens, fabrique des procédures au détriment des normes substantielles de justice⁴⁹, diffuse le contrôle et la peine dans des réseaux d'action sociale qui n'y étaient pas destinés (pénalisation du social), masque la spécificité des prisons sous un discours clientéliste⁵⁰, formate des justiciables dans des groupes actuariellement définis au mépris d'une attention clinique pour le sujet condamnable ou condamné⁵¹, transforme la performance sociale d'un appareillage en performance interne, en vertu de laquelle l'important est de faire bien les choses et non de faire les bonnes choses⁵²...

Cette critique, à laquelle je contribuerai dans les troisième et quatrième leçons, s'appuie trop souvent sur un regret exagérément nostalgique relatif aux bienfaits des justifications de la peine, qu'elles soient classiques (la dissuasion ou la rétribution) ou positivistes (le traitement, la neutralisation, la réhabilitation...). La «déflation morale de la pénalité», le régime «froid» du managérialisme contemporain et le régime «chaud» de la pénalité moderne: ce vocabulaire peut faire croire à la représentation d'un passé regrettable et regretté, encourager la lecture nostalgique d'une pénalité paradisiaque, perdue dans un sombre présent. Je pense qu'il n'y a pas de quoi et que la nostalgie, que certains cultivent tout en la déniaient, est la meilleure manière de ne pas prendre acte de transformations inéluctables et qui exigent la construction de nouveaux débats.

J'ajouterai ici que les justifications morales de la livraison intentionnelle de la douleur coïncident toutes avec la définition que Kant donnait du mal «suprême». Le mal, dans sa version la plus pure, c'est la justification du mal, rien de moins. En

48 A. BADIOU, *op. cit.*, p. 67.

49 M. TONRY, «Symbol, Substance and Severity in Western Penal Policies», *Punishment and Society*, 2001, vol. 3, n° 4, pp. 517-536 (spécialement pp. 519-520).

50 M. BOSWORTH, «Creating the Responsible Prisoner: Federal Admission and Orientation Packs», *Punishment and Society*, 2007, vol. 9, n° 1, pp. 67-85 (spécialement pp. 80-81).

51 Voir les travaux de Marion Vacheret sur cette question: M. VACHERET et M.-M. COUSINEAU, «L'évaluation du risque de récidive au sein du système correctionnel canadien: regards sur les limites d'un système», *Déviance et Société*, 2005, vol. 29, n° 4, pp. 379-397; M. VACHERET, «Prisons et réinsertion. Les ambivalences d'un modèle», *Revue Internationale de police scientifique et technique*, 2005, n° 3, pp. 259-280; G. CHANTRAINE, M. VACHERET, «Expertise psychologique, gestion des risques et rapports de pouvoir dans les pénitenciers canadiens», *Questions pénales*, 2005.

52 J. MÖNKS, «La nouvelle gestion publique: boîte à outils ou changement paradigmatique?», in M. HUFTY, *La pensée comptable: État, néolibéralisme, nouvelle gestion publique*, Genève, PUF, 1998, pp. 77-89.

paraphrasant Alvaro Pires⁵³, présenter la livraison intentionnelle de la douleur comme poursuivant un bien, qu'est-ce d'autre qu'une justification du mal? Bien sûr, lorsque le mal n'est plus justifié, mais qu'il est transformé en opération technique, il peut être banalisé, pour reprendre l'expression – elle-même banalisée – d'Hannah Arendt. La justification morale et la banalisation managériale sont toutes deux des manières différentes de nous permettre de rester indifférents, de permettre à l'institution (c'est sa fonction) de penser à notre place. Il reste à cet égard une tension à tenter de résorber: entre le mal justifié et le mal sans justification, où se situent les meilleures conditions pour sa réduction? Je ne suis pas sûr de connaître la réponse à cette question.

Dan KAMINSKI,
Professeur,
École de criminologie de l'Université de Louvain (U.C.L.)

⁵³ A. P. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », in Chr. DEBUYST, Fr. DIGNEFFE, A.P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, t. 2, Bruxelles, De Boeck, 2008 (1^{re} éd. 1998), p. 227.

