INTRODUCTION

Ce que faire sens veut dire :
Sanction pénale et questions de sens

Kevin Ladd
Chercheur associé (philosophie), Université de Bourgogne - Centre Chevrier

avec la collaboration de Diane Bernard
Professeure (droit et philosophie), Université Saint-Louis - SIEJ et GREPEC

La question a-t-elle un sens ?
– Si tu lui donnes un sens, elle a un sens.
WITTGENSTEIN[1]

Le sens est incapable de rester tranquille.
SARAMAGO[2]

Les champs disciplinaires, s'ils peuvent se croiser, ne se rencontrent pas d'eux-mêmes ; seules des personnes le font, des initiatives l'expliquent, des institutions le permettent. Le lecteur trouvera dans ces pages les fruits d'un colloque tenu à l'université Saint-Louis en novembre 2017, et qui a réuni criminologues, historiens, juristes, philosophes et sociologues autour d'un projet

[1] Wittgenstein 1989, p. 92.
[2] Saramago 1999, p. 131.

conçu et porté par Diane Bernard et moi-même[3]. Ce texte introductif vise à indiquer l'origine de ce projet, sa situation dans le paysage théorique actuel et les principaux axes d'un programme développé avec les contributeurs. Il propose l'esquisse d'un tableau analytique des problèmes que pose l'emploi aussi lâche que récurrent du terme de « sens » dans la pensée de la peine[4]. Il avance un certain nombre de propositions qui ont pu être soumises à l'expertise et à la sagacité de chacun des auteurs, mais qui ne se veulent en rien l'expression de convergences parfaites ni d'accords unanimes. Il fait enfin état de préoccupations d'ordre philosophique qui, nous l'espérons, éveilleront l'intérêt de tous ceux que, à un titre ou à un autre, la question pénale interpelle.

I. Du sens de la peine : la nécessaire clarification d'une formule omniprésente

1. Une question trop peu déterminée

L'initiative est née d'une double frustration de nature conceptuelle : frustration, d'abord, de n'avoir pas rencontré dans la littérature consacrée au sens de la peine d'indication suffisamment précise de ce qu'il faudrait entendre par ces mots, souvent employés à la forme négative ou dans des tournures à la tonalité trop incantatoire pour être éclairante : sans doute « faut-il » que la peine « fasse sens », mais qu'est-ce à dire au juste ? S'il y a « urgence à s'interroger sur le sens de la peine »[5], il faut reconnaître que la répétition inlassable de l'injonction tend à la vider de sa substance, et n'aide en rien à indiquer *à quelle question*

[3] Deux contributions, par Chloé Branders et Célia Carrette, que nous remercions de leur participation au colloque, n'ont pu figurer dans ce volume. La communication de Chloé Branders a paru dans la *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques* sous le titre « Je suis détenu. Le jeu sensible des comédiens incarcérés » (vol. 80, 2018, p. 93-116). Nous remercions également Baudoin Dupret, empêché lors de la tenue du colloque, de son intérêt pour le projet.

[4] Sellin 2017, p. 126, note 3 : « La récurrence avec laquelle cette formule est aujourd'hui employée ne doit pas nous faire oublier qu'elle demeurait très marginale avant l'année 2000. »

[5] Allocution de Madame la Ministre Christiane Taubira, 4 avril 2014, citée par Ferrand 2017, p. 8.

il s'agirait de répondre de façon si pressante. Or la question « y a-t-il un sens à punir ou à être puni ? » n'est pas synonyme de « est-il « efficace », « rationnel », « justifié » ou encore « socialement et moralement acceptable »[6] de punir ou d'être puni ? », questions auxquelles elle est en général alternativement (et artificiellement) réduite. Nulle histoire des *raisons de punir* ne saurait non plus épuiser la question du sens que cette pratique a pu avoir par le passé, ni nous éclairer, sinon très indirectement, sur celui qu'elle peut avoir aujourd'hui.

Frustration corrélative, ensuite, que ne soit pas prise en compte ou bien pas assumée franchement la diversité problématique des acceptions du terme même de « sens ». Jeux de mots et d'analogies servent bien souvent de substitut à l'analyse, tandis que se maintient un singulier (« le sens ») dont on conteste paradoxalement l'univocité. Cet emploi quasi exclusif du singulier dans la littérature et les travaux du législateur, à plus forte raison à une époque qui voit proliférer les pluriels purement cosmétiques, justifiait par conséquent à lui seul un état des lieux. C'est à l'analyse de ce point que sera consacrée ma première remarque introductive, tant il est révélateur des difficultés qui entourent ce qui n'est pas encore une question, tout juste un thème ou une préoccupation, et qui risque toujours de virer à l'injonction creuse[7].

[6] Béal & Delia 2017, p. 1.

[7] Au gré des emplois et des contextes, la formule exprime un peu tout cela à la fois : une mode linguistique du jour (à l'instar des éminemment lourds « mettre en cohérence » et « être en capacité »), une ambiguïté délibérément entretenue (à l'image de la locution « avoir vocation à », ou du terme de « bienveillance », au destin malheureux), un vœu pieux (comme « l'objectif de réduction des inégalités »), une injonction vide (*idem* – en particulier en contexte scolaire), une étiquette commode rassemblant des notions familières et d'apparence plus rébarbative (fondements, fonctions et fins de la peine), ou enfin et au contraire une évolution effective et substantielle des préoccupations et des concepts. Nous soutenons que derrière l'effet de mode qui entoure le vocable, quoique souvent dissimulé par lui, se trouve la véritable portée de la formule : elle signifie simplement qu'*on n'a pas tout dit de la peine* lorsqu'on a étudié ses fondements, ses fonctions et ses fins. C'est à l'exploration de ce *reste à dire* qu'est consacré ce volume.

2. L'unité du sens en question : « sens de la peine » et « sens de la vie »

Si la polysémie du terme de « peine » est de longue date reconnue comme un problème à part entière dans la littérature[8], certains auteurs ou intervenants dans le débat public semblent en revanche croire que parler *du* sens suffirait à redonner à la peine sa belle unité, et par-là sans doute à la justifier. Pour d'autres auteurs, inversement, mettre en question cette unité de sens, ce serait ipso facto dénoncer toute tentative de légitimation de la peine comme une mystification[9]. Le sens d'une chose quelconque est constitutif de son unité (c'est en tant qu'elle a un sens qu'une phrase est *une* phrase), et c'est pourquoi on a tendance à exiger du sens qu'il soit lui-même *un, unique* et *univoque* – d'où le paradoxe d'une prolifération de sens engendrant confusion et, pour finir, non-sens. Si « avoir un sens », c'est avoir *un* sens, comment une pratique sociale si complexe que la sanction pénale pourrait-elle seulement y prétendre ?

Ce paradoxe repose sur une faute de raisonnement[10], mais il se perpétue néanmoins dans la façon qu'on a d'envisager la question du sens de la peine comme une variation sur le thème du « sens de l'existence »[11]. On voit ainsi deux camps s'affronter : d'un côté les tenants d'une herméneutique de la peine plus ou moins teintée de religiosité, de l'autre les partisans d'une exigence de *véracité*[12] qui les conduit à dénoncer la contingence de nos pratiques et de nos croyances morales, et à suspecter tout ce registre du sens de n'être qu'une facile consolation au vernis humanitaire, sinon une diversion ou un contrefeu idéologique. L'accent porté sur le *sens* de la peine serait une manière de promouvoir une *acceptation* qui ne soit pas *résignation,* une

[8] Cf. Ost & van de Kerchove 2002, p. 222-230.
[9] Cf. la deuxième dissertation, §13, de la *Généalogie de la morale* (Nietzsche 2001, p. 87-89).
[10] Ce qui fait l'unité d'une chose quelconque n'a pas soi-même besoin d'être un : une phrase qui a plusieurs niveaux de sens n'est pas *plusieurs phrases,* sauf à la rigueur dans certaines contractions poétiques (« L'aube et l'enfant tombèrent au bas du bois », dans *Les Illuminations* d'Arthur Rimbaud).
[11] Cf. van de Kerchove 2009, p. 10, qui demeure toutefois prudent.
[12] Williams 2006, p. 36.

reconnaissance exempte de soumission ou de domination – toute la question étant de savoir si une telle chose est possible ou même souhaitable. Le sens *de la peine* serait quant à lui l'autre nom du processus par lequel délinquants et simples citoyens acceptent ou reconnaissent la sanction pénale, sans trop s'attarder sur l'élément de contrainte (pour le délinquant) et de nécessité réelle ou supposée (du point de vue du citoyen) qu'elle contient.

C'est sur cet élément *d'acceptation du nécessaire* que se concentre une partie des enjeux. En effet, si comme le déplore Arendt – parlant ici de la politique – la sanction pénale « n'est hélas rien d'autre qu'un mal nécessaire à la conservation de l'humanité, celle-ci a alors effectivement commencé à disparaître du monde, c'est-à-dire que son sens a viré en absence de sens »[13]. Le propre du « nécessaire » au sens fort (la naissance, le temps, la maladie, la mort) comme au sens faible[14] (la politique, l'État, la loi, la sanction pénale) est de prendre une coloration métaphysique ou théologique dès lors que l'enjeu n'est plus de savoir comment l'employer, mais comment l'accepter : c'est ce que veut dire Arendt lorsqu'elle évoque une politique se retirant du monde, et qui mérite bien alors de s'appeler « non-sens » puisque ne restent alors d'elle que la contrainte et la violence. À la différence de ce qu'on observe dans le cas de la politique, toutefois, l'équivoque de *l'usage* et de *l'acceptation* du châtiment ne saurait jamais être entièrement levée : c'est ce qui nous fait dire que le sens de la peine réside tout autant dans ce qui la rend comparable à des choses comme la maladie ou la mort, qu'à ce qui interdit une telle comparaison. Il ne faut donc pas se laisser impressionner par la tournure existentielle ou spirituelle que prend la question dans une partie de la littérature, même s'il est par ailleurs loin d'être indifférent *(insignifiant)* qu'il en aille ainsi[15].

[13] Arendt 1995, p. 67. Ce non-sens, dit Arendt, « ne constitue nullement une aporie imaginaire » mais se manifeste dans la « morosité » et le fatalisme avec lesquels nous envisageons toute question politique particulière.
[14] « Conditions sans lesquelles le bien ne peut ni être, ni devenir, ou sans lesquelles le mal ne peut être évité ou écarté » *(Métaphysique* Δ, chap. 5, 1015a22-24 : Aristote 1991, p. 170-171).
[15] Cf. *infra,* section VIII.

D'autres arguments internes viennent relativiser un peu plus le parallèle entre sens de la peine et sens de l'existence. Je peux dire que ma vie a un sens *malgré* d'inévitables peines, ou encore *parce que* c'est celle que j'ai choisie ; mais il serait étrange de dire que la sanction subie a un sens en dépit des peines endurées, puisqu'elles en font partie et que celle-ci est censée être afflictive, et plus encore au motif que je l'aurais choisie, puisque je peux avoir décidé du geste criminel, mais pas de la peine reçue, que je ne prononce pas moi-même et ne peux à proprement parler pas vouloir en tant que peine[16]. Enfin, là où le « sens de la vie » a directement à voir avec le sentiment que son existence forme une unité et avec la singularité de la personne qui en porte le poids, le sens de la peine doit être aussi bien un sens *pour nous,* le corps politique qui l'infligeons, qu'un sens qui soit propre au seul condamné. Punir est quelque chose que *nous* faisons – que nous faisons *à quelqu'un* ; une partie de l'enjeu réside dans cet écart et cette complémentarité entre qui punit et qui est puni. On mesure ainsi ce qui sépare l'idée irréductiblement singulière d'un « sens de la vie » qui, communicable ou non, sera toujours porté par le sujet seul[17], et l'idée interindividuelle d'un sens de la peine, dont on attendrait que soient à même de l'embrasser non seulement le personnel chargé de la prononcer et de veiller à son exécution, mais le condamné, ses proches, ses éventuelles victimes et le simple citoyen.

Il est donc de la première importance d'éviter cet écueil méthodologique consistant à emprunter des façons de parler qui sont l'expression du souci qu'a chacun du sens *de la vie* (ou de *sa* vie, pour les plus relativistes), et à négliger les difficultés particulières que pose la peine, dont la première tient précisément à la dimension interindividuelle, sinon plurielle, de son sens.

[16] Cf. le §49 de la *Doctrine du droit* (Kant 1994, p. 157).
[17] Pensons à la dernière page des *Quatre soldats* d'Hubert Mingarelli, Prix Médicis 2003 (Mingarelli 2003, p. 202).

3. La peine comme discours et comme pratique : « avoir un sens » et « avoir du sens »

Si par conséquent on cherche *le sens* de la peine, on ne le trouvera pas. On pourrait répliquer que ce serait là, quoi qu'il en soit, se tromper de question, puisqu'en réalité ce sur quoi nous devrions nous interroger, lorsque nous employons cette expression, ce sont bien plutôt les conditions et circonstances auxquelles (et la manière selon laquelle) il y aurait *du sens* à punir. La distinction entre « avoir *un* sens » et « avoir *du* sens » (qui recouvre plus ou moins la distinction entre *meaning* et *sense* en anglais) est de prime importance et est indispensable si on veut pouvoir rendre raison des différents niveaux d'imputation de non-sens.

On dit en général d'une *proposition* qu'elle a *un sens* (qui doit pouvoir être explicité), mais on dit plutôt d'une *action* ou d'une *pratique* qu'elle a *du sens*[18], c'est-à-dire une forme de pertinence, d'à-propos, ou encore un caractère approprié à un contexte, à une situation, à une personne ou à une réalité qui demande à être prise en compte. On ne pose pas la même question lorsqu'on demande s'il y a un sens à dire ou à faire une chose (on demande *lequel*) et si cela a *du* sens de dire ou de faire une autre chose (on demande une forme de justification, non pas générale ni absolue, mais contextualisée[19]). Or une partie des difficultés qui touchent à la notion de sens de la peine tient justement à son double statut de *discours* et de *pratique,* puisque chacun de ces deux aspects pose des problèmes différents et appelle différents

[18] On le dit aussi de paroles prononcées, si on se place dans la perspective d'une pragmatique du langage : on dira par exemple qu'il n'y a pas de sens à « déclarer la séance ouverte » quand on n'est pas président de séance, bien que les mots prononcés, pris en eux-mêmes, aient assurément un sens (cf. Austin 1962).

[19] La formule « avoir du sens » est construite sur un indénombrable (« du pain »), ce qui suggère que l'énoncé ne sera pas analysable comme le serait un énoncé construit à partir de la formule « avoir un sens » : c'est en référence à divers éléments de contexte qu'on peut comprendre qu'un acte ou une parole ait « du sens ». Si on dit qu'il n'y a pas de sens à criminaliser l'adultère ou l'avortement, par exemple, ce n'est pas au motif que de telles dispositions légales seraient incompréhensibles ou absurdes, mais bien plutôt pour souligner qu'elles seraient hors de propos dans une société libérale. Il y aurait là un choix incongru, une erreur de jugement au sens politique du terme, plutôt que des normes incompréhensibles (ce qui se verrait notamment à des tensions avec d'autres dispositions juridiques d'inspiration plus libérale).

ordres de critique. Parler de sens de la peine ne saurait donc se réduire ni à la confrontation des discours et des pratiques, ni à l'analyse des pratiques sous l'angle de leurs vertus symboliques ou de leur « philosophie » implicite ; cela passe aussi par l'évaluation de leur pertinence eu égard à un contexte donné[20], et c'est ce que s'efforcent de montrer plusieurs des contributions contenues dans ce recueil.

Ces quelques remarques viennent ainsi nous rappeler qu'une phrase, ou un assemblage de mots, n'est pas un simple « portrait de groupe »[21]. Sur une photographie, chaque personne est présente à côté des autres et indépendamment des autres ; au contraire, réunir les deux termes de « sens » et de « peine » nous oriente vers des significations propres au couple qu'ils forment.

4. « Les sens de la peine »

Toutes ces raisons nous ont également conduits, dans la conception de cet ouvrage, à nous fonder sur l'idée qu'il est impossible de penser la *signification* et la *pertinence* de la peine indépendamment de son caractère *sensible* (puisque la peine est *pénible*) et de la *direction* ou de *l'orientation* que prend le système pénal (puisque la peine qui est *imposée* par le corps social imprime sa marque en retour sur lui). Autant la polysémie du terme de « peine » peut nous orienter vers des analyses divergentes et en partie indépendantes les unes des autres (ce que Nietzsche nommait « l'élément fluide du châtiment »[22]), autant les significations du « sens de la peine » semblent s'entretenir et ouvrir la réflexion pénale à des horizons auxquels Nietzsche lui-même, en raison de la conception tout intellectuelle qu'il se faisait du « sens »[23], était

[20] Cette distinction entre des justifications absolues et la prise en compte des multiples conditions politiques formant le contexte d'une question fut, par exemple, au cœur de l'argumentation de Ph. Séguin en faveur de l'abolition lors des débats parlementaires de 1981 sur la peine capitale (*Journal officiel de la République Française,* 17 sept. 1981, p. 1146).
[21] Wittgenstein 1989, §327.
[22] Nietzsche 2001, p. 88.
[23] *Ibidem.* Dans le célèbre §13 de la *2e dissertation* de la *Généalogie de la morale,* Nietzsche oppose des pratiques pénales « durables » au sens « fluide », comme si

resté aveugle. C'est par conséquent une double question que nous posons ici, au-delà des entreprises de définition, de justification, de fondation ou de déconstruction de la peine : qu'attend-on de la peine lorsqu'on exige d'elle qu'elle ait un sens, ou du sens, et comment les différentes acceptions du sens contribuent-elles à l'élaboration et à la critique du sens visé ? C'est ainsi à une forme de phénoménologie de la peine que ce projet invite, sans exclusive d'école philosophique ni de méthode.

Nous défendons l'idée qu'une enquête sur *les sens* du syntagme « sens de la peine » représente un enjeu *per se,* et ne fait pas que reconduire d'une autre façon, plus élégante ou pudique, les questions qui sont traditionnellement adressées au pénal (fondements, fonctions ou fins), questions que sous certains aspects elle peut même exclure[24]. En mettant l'accent sur la polysémie du terme de sens, nous n'optons pas pour un commode regroupement thématique, mais nous nous proposons, avec toutes les difficultés propres à ce type d'entreprise, un véritable programme d'étude interdisciplinaire, dont l'actualité de la recherche témoigne du reste de la bonne santé[25].

D'un point de vue méthodologique toutefois, la reconnaissance de cette pluralité de signification contient aussi en creux la difficulté à traiter un même objet dans des perspectives disciplinaires différentes, la théorie du droit, l'histoire du droit, la sociologie et la philosophie, aux régimes de discours souvent hétérogènes (théorique, empirique, historique[26]). Peut-on faire dialoguer différentes logiques disciplinaires autour d'une notion au caractère si fuyant, ce que celle-ci appelle pourtant, par ce caractère même ? C'est aussi de cette incertitude qu'est né ce projet de poser à nouveaux frais la question des sens de la peine, sur un arrière-plan philosophique autant que juridique. La diversité

le sens subsistait à côté des pratiques et des formes de vie, dans un monde éthéré (qui fait par ailleurs l'objet, comme on le sait, de toutes ses critiques).

[24] Quantité de choses qui n'ont ni fonction ni fin, et au sujet desquelles il serait incongru de s'enquérir d'un fondement voire d'une justification, ont bel et bien un sens (cf. le §38 de *L'Intention* ; Anscombe 2002, p. 129-130).

[25] Cf. les publications récentes de Béal et Delia 2017 et Ludwiczak & J. Motte dit Falisse 2018.

[26] Pour un point de vue de juriste sur l'interdisciplinarité, cf. Ost et van de Kerchove 1988, p. 177-206.

des approches retenues (empiriques, juridiques, conceptuelles) n'a d'ailleurs aucune prétention à l'exhaustivité, mais vise plutôt à produire un état des lieux des outils et des catégories d'analyse, et une clarification de certaines des questions importantes qui sont adressées à la peine par nos contemporains.

II. L'indétermination du « problème du sens » dans la littérature

S'il n'est pas évident d'indiquer avec précision ce que recouvrent les débats sur les sens de la peine, parmi les questions anciennes et nouvelles qui structurent le champ pénal, la raison de cette difficulté est en revanche assez facile à identifier. C'est que sous la dénomination générale de « sens de la peine », et en dépit de l'emploi exclusif du singulier, comme nous l'avons indiqué plus haut, les auteurs ne parlent pas toujours de la même chose, ni d'une seule chose. De fait, même les significations les plus communes du vocable, lorsqu'on dit d'une peine qu'elle fait sens ou qu'il y a du sens à punir ou être puni, ne sont jamais clairement analysées dans la littérature. Se trouvent évoquées, dans une certaine confusion, des questions parfois très hétérogènes et sans réelle communication entre elles, ce qui ne contribue qu'à alimenter un scepticisme de bon aloi. Il ne saurait en effet y avoir de réponse convaincante à une question qui ne serait pas clairement posée. Pour illustrer ces difficultés, limitons-nous à quelques références principales.

Parmi les grandes figures de l'histoire de la philosophie, c'est peut-être Nietzsche qui a le plus explicitement œuvré à la critique de ce que lui-même appelle le « sens unique » du châtiment, qui serait bien plutôt, dit le philosophe, « synthèse de sens » ou « cristallisation », héritée de l'histoire, d'une pluralité irréductible et mouvante de fins visées[27]. Mais trop pressé de mettre en évidence l'absence de sens stable du châtiment, les intrications et paradoxes du concept de peine et l'impossibilité corrélative d'une définition, Nietzsche semble considérer que toute approche de la peine qui ne serait pas « généalogique » se

[27] Nietzsche 2001, p. 88. Le jeu de mots sur « sens unique » ne se retrouve pas en allemand.

condamnerait au « bavardage criminologique »[28]. Il faut bien reconnaître que le décalage entre la complexité parfois hermétique des discours et le caractère morne et répétitif de formes pénales inaltérées[29] devrait nous inciter à la retenue quand nous nous engageons dans la voie périlleuse de la justification de la peine. Mais il ne faudrait pas pour autant oublier que la problématique du sens excède celle de la justification.

Comme le laisse pressentir une historiographie de la peine largement dominée par l'arc tutélaire Nietzsche-Foucault, les mutations importantes de l'après-guerre, au plan doctrinal comme au plan positif[30], se sont accompagnées d'un renouveau des catégories critiques qui sont restées toutefois principalement attachées à un travail de déconstruction visant autant les prétentions de la peine à la « rationalité », que son caractère monolithique. Si, dans le contexte houleux du débat sur la peine de mort de 1959, Herbert Hart invite à « développer notre sens de la complexité de la peine »[31], il a toutefois principalement à l'esprit la délimitation du concept dans une perspective de garanties judiciaires. Quant à la philosophie continentale, elle a fréquemment puisé aux sources hégéliennes pour mettre en question la foi placée dans le droit et dans la peine : « Le droit est le phénomène primordial d'une rationalité irrationnelle », écrit Theodor Adorno en 1966, une « survivance du mythe au milieu d'une humanité qui n'est qu'en apparence démythologisée »[32]. C'est cette ligne critique qu'adopte également Paul Ricœur dans une analyse de ce qui « fait mythe dans la notion de peine », avec cette conclusion que la « logique de la peine » n'a pas de « sens propre », qu'elle « ne se suffit pas à elle-même », mais forme bien plutôt un « mémorial » de la Loi de Dieu[33]. Mais n'y a-t-il que l'ordre religieux pour venir *relever* la peine de son essence afflictive ? D'aucuns – que l'on pense seulement à l'auteur de *Caïn* et de *L'Évangile selon Jésus-Christ,* qui en fit un thème de

[28] Pour reprendre le mot fameux de Foucault, en partie désavoué par lui (Foucault 1994a, p. 638).
[29] Archer in Ludwiczak & Motte dit Falisse 2018, p. 10.
[30] Cf. Ancel 1954.
[31] Hart 1959.
[32] Adorno 2003, p. 374.
[33] Ricœur 2013, p. 499.

prédilection – seraient tentés de dire qu'il s'agit là d'un bien curieux « témoignage », ou du legs d'une bien curieuse Loi[34]. Nous ne sortons pas ici de l'opposition entre ceux qui trouvent au châtiment un sens spirituel ou religieux, et ceux pour qui ce sens, pour anthropologiquement déterminant qu'il soit, reste contingent et n'est en rien constitutif de la sanction pénale en tant qu'elle intéresse le débat démocratique et les politiques pénales.

Plus près de nous, Nicolas Frize dénonce une *idéologie* du sens, à la fois confuse et hypocrite. Le caractère pamphlétaire de son essai de 2004[35] ne l'empêche nullement de produire quelques éléments importants d'analyse, bien au contraire : Frize rappelle qu'on ne *donne* pas un sens à la peine, pour ainsi dire, de l'extérieur ; *imposer* un sens ne serait qu'une violence supplémentaire, et imposer au condamné, en particulier dans le cas des peines lourdes, de leur « trouver » un sens, serait une violence au carré. L'une des difficultés majeures qui structurent (ou déstructurent, c'est selon) de façon souterraine notre question porte en effet sur le hiatus entre « donner » et « trouver » du sens, qui restent trop souvent employés l'un pour l'autre[36] : on *donne* ou attribue une chose à quelque chose ou à quelqu'un qui en était dépourvu, tandis qu'on *trouve* quelque chose qui préexistait à sa découverte.

On pourrait débattre du caractère absolu de cette distinction, en particulier dans le cas de certains types de problème dont on hésiterait peut-être à dire que la solution préexiste à leur résolution – spécialement dans le domaine pratique, où la façon d'agir ou de s'abstenir d'agir contribue à constituer le problème comme tel. Or il est certain que le problème du *punir* et de *l'être puni,* même s'il est loin de se réduire à une question pratique, en possède certains des caractères[37]. Peut-être semblerait-il en effet curieux de dire que la peine contiendrait un sens préalable, mais inaperçu, qu'il

[34] Saramago 1993 et 2011.
[35] Frize 2004.
[36] Parmi quantité d'autres exemples, cf. Besmond de Senneville 2014. Cet entretien du quotidien *La Croix* (28/03/2014) cite un aumônier qui, au fil de remarques très pertinentes propose une élucidation elle-même suggestive, qui serait à interroger : « Trouver un sens à sa peine signifie trouver des raisons qui justifient un changement. »
[37] Cf. la note conclusive de ma propre contribution à ce volume.

s'agirait de mettre au jour (par quel genre d'effort ou d'opération de l'esprit ?)[38]. On voit bien où réside la difficulté : si la sanction pénale est un « problème » qu'on ne peut résoudre qu'en pratique, alors rien ne dit qu'on pourra expliciter son sens dans un discours ; or il est difficile de contester que la sanction pénale *s'adresse*, au sens fort, au délinquant et au citoyen. Tout dépend par conséquent de ce qu'on entend par « problème » et du genre de résolution qu'il appellerait (théorique ou pratique, individuelle ou collective, etc.), même si on pourrait aussi dire qu'il y a peut-être, dans l'omniprésence du discours sur la « crise du sens », davantage un phénomène à analyser qu'un problème à résoudre. Il reste qu'entre les deux modèles du *don de sens* et de la *découverte du sens,* un choix clair n'est pas toujours fait, raison pour laquelle les auteurs oscillent le plus souvent entre les deux pointes extrêmes de la découverte et du don que sont la *révélation* et la *mystification.*

C'est ce double caractère de mythe et de mystification qu'affronte Michel van de Kerchove dans la monographie intitulée *Sens et non-sens de la peine*[39]*,* dans laquelle l'auteur s'efforce d'éviter le piège d'une interprétation moniste et retraduit la question du sens selon trois perspectives successives (origine et fondement, fonctions et justification, confrontation avec les pratiques et la jurisprudence), sans entrer toutefois dans la dimension sensible et interpersonnelle. Or une partie de la question qu'on se pose quand on interroge le sens, celle qui ne peut précisément pas être réduite à une interrogation sur les fondements, les fonctions ou les fins (« de quel droit, pourquoi et *pour quoi* punit-on (en général) ») est bien la suivante : « pourquoi suis-je puni *comme cela,* et que suis-je censé *faire* de ma peine ? » L'écart entre ces deux ordres de préoccupation est manifeste, une fois admise cette évidence qu'il serait saugrenu d'expliquer ou d'« interroger » le sens de la peine reçue auprès du condamné, en se contentant de discuter le *Léviathan* ou la *Doctrine du droit*[40].

[38] Cf. Bouveresse 1973, p. 211 : « Le sens n'est pas quelque chose que nous découvrons comme on découvre une loi : ce n'est pas parce que les phénomènes recèlent un sens caché que nous pouvons les interpréter, c'est parce que nous les interprétons avec succès qu'ils prennent leur sens. »

[39] Van de Kerchove 2009.

[40] O. Razac fait une remarque semblable au sujet du personnel pénitentiaire (cf. *infra,* section 1).

Qui ne s'est jamais senti plus proche du zèle amical de Criton que de l'intransigeance de Socrate, à la lecture de la très didactique prosopopée des lois imaginée par Platon[41] ?

La conclusion de ce bref passage en revue, c'est qu'il existe un espace théorique et méthodologique entre une herméneutique attachée à relever la peine dans l'élément spirituel et sa réduction à une pure mystification ou a l'expression d'une idéologie dominante masquant de simples rapports de force. L'une des choses que la présente étude vise à mettre en évidence est que cet espace peut être occupé par une philosophie plus attentive *au phénomène du sens lui-même,* par l'analyse du langage et de l'action.

III. Une préoccupation normative nouvelle

Toutes ces incertitudes s'expliquent. Si la formule « sens de la peine » est source de perplexité, c'est que peu de choses sont à la fois aussi intuitives et aussi opaques que la notion de sens. On devrait en dire ce qu'Augustin dit du temps dans un célèbre passage des *Confessions :* « Si personne ne m'interroge, je le sais ; si je veux répondre à cette demande, je l'ignore »[42]. Chacun pressent confusément ce que c'est, pour un événement, ou pour une peine, ou pour la vie même, que d'« avoir un sens » ou au contraire de « ne pas faire sens ». Et pourtant, comme Augustin, nous nous heurtons à la difficulté d'une définition, et comme lui nous sommes acculés à une conclusion tout à la fois faible et essentielle : de la même façon que le temps est ce sans quoi rien ne pourrait avoir lieu, le sens est ce sans quoi la peine ne serait pas vraiment une peine, ce sans quoi elle ne serait pas vraiment vécue comme la peine légale ou légitime qu'elle devrait être. En dehors de l'élément du sens il n'y aurait que la contrainte dans sa nudité.

[41] Platon 1965, 50c-54d.

[42] Augustin, *Les Confessions,* Livre XI, chap. XIV (Augustin 1993, p. 422). Wittgenstein propose ce même rapprochement dans un passage des *Dictées à Waismann* qui suit cette remarque : « Des mots comme "la vérité", "le sens", "la réalité", ont une magie qui leur est propre. Le philosophe voudrait pénétrer jusqu'au sens plus profond qu'il pressent confusément derrière ces mots. » (Wittgenstein 2015, p. 306).

Et comme le temps est autre chose que la marche des aiguilles qui le découpent et le mesurent en unités, on voudrait pouvoir penser la peine au-delà de la seule sphère du « droit abstrait » au sens hégélien[43], c'est-à-dire au-delà de l'arbitrage entre les droits subjectifs, au-delà même de la seule mesure des peines et de leur caractère efficace. C'est cela d'abord qu'on veut dire, semble-t-il, quand on s'enquiert du « sens » de la peine, au singulier : viser un au-delà de la mécanique pénale, de la logique fin-moyen ou de la simple réaffirmation du droit de punir. En même temps que sur la pertinence, c'est aussi mettre l'accent sur la *façon* de punir – pas seulement sur les modalités mais sur la *qualité,* pour ainsi dire, de la peine. C'est insister sur le fait que ce n'est pas parce qu'on a le *droit* de faire quelque chose qu'il y a toujours un sens à le faire, ni à le faire sans se soucier de la manière[44]. Le condamné devrait alors être le premier témoin d'un tel souci, par sa faculté à saisir le sens de la peine reçue. Le risque demeure évidemment de verser dans le subjectivisme ou dans la tonalité, disons « impressionniste », qui caractérise bien des discours sur la pédagogie de la peine, le « travail sur soi » et la réintégration du condamné dans la communauté du droit.

Cela montre quoi qu'il en soit qu'il y a dans la formule « faire sens » un élément d'appréciation d'ordre normatif. La comparaison fondée sur le caractère insaisissable du temps et du sens s'arrête en effet là : la contribution d'Aude Leroy Couderc met bien en évidence l'hétérogénéité des phénomènes de temps et de sens. Le terme de « sens » fait partie de ces mots qui illustrent cette remarque de Wittgenstein, que « nous conférons des mots, de même que nous conférons des titres déjà existants »[45]. Nous accordons ou bien refusons à la peine ce titre, « faire sens », tout comme nous accordons le titre de bachelier, de général ou de président, pour nous demander ensuite si le titre est mérité. En l'espèce, dire d'une peine qu'elle a ou non du sens, ce n'est pas produire une description, mais bien plutôt, en général, émettre un

[43] Hegel, *Principes de la philosophie du droit,* §94 (Hegel 1998, p. 139).
[44] Spinoza, *Traité politique,* V, §1 : « Autre chose est de cultiver un champ en vertu d'un droit, autre chose est de le cultiver le mieux possible. » (Spinoza 1966, p. 37).
[45] Wittgenstein 1989, p. 36 (§116).

jugement de valeur. Dès lors, prendre la mesure de ce jugement de sens et de non-sens impliquerait d'assumer la distinction entre de *bonnes* et de *mauvaises* peines. Parler d'une peine qui fasse sens, c'est se situer sur un plan normatif où il devient pertinent de désigner certaines modalités de la peine comme injustes et mauvaises[46], *parce* qu'incompréhensibles ou absurdes.

Le double problème est que parler d'un critère de la *bonne peine* interfère avec le discours de la peine *juste,* et vient de surcroît heurter le bon sens humanitaire. Parler d'une peine juste, soit : mais la simple pudeur et le plus élémentaire bon sens ne nous interdisent-ils pas de parler de « bonne peine » ? Foucault avait raison de contester la mauvaise interprétation du « radicalisme » en matière pénale, qui reviendrait à dire : « De toute façon, tout système de punition sera catastrophique ; il n'y a rien à faire ; quoi que vous fassiez, ce sera mal »[47]. Au contraire, Foucault lui-même concédait que « ce serait, à coup sûr, l'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 à la punition légale »[48]. C'est une façon de dire qu'on ne peut parler du non-sens de la peine sans laisser entendre qu'existent des formes de sanction préférables à d'autres[49].

---

[46] Descombes 2008, p. 242.
[47] Foucault 1994c, p. 692.
[48] Foucault 1994a, p. 641.
[49] Si on affirme que toute peine est nécessairement mauvaise, ce ne sera pas en tant qu'elle ne fait pas sens, mais en tant qu'elle est une peine. Or cette position est intenable, puisqu'on parle communément de « bon poison » ou de « bon dictateur », les notions de « bon » et « mauvais » se construisant par référence au concept de la chose et de ce qui en est attendu par celui qui emploie le terme (y compris de façon ironique, comme dans le cas du dictateur). Cf. Foot 2014, p. 33-34 : le terme « bon » ne fonctionne pas comme comme « rouge » ou « vert » (adjectifs « prédicatifs »), mais comme « grand » et « petit » (adjectifs « attributifs »), car il varie selon l'aspect sous lequel on considère la chose. Cf. aussi Foot 1978, p. 112-113 ; Williams 1994, p. 37 ; Descombes 2008, p. 37. On pourrait toutefois répondre que ce que l'on veut dire, c'est qu'il est mauvais qu'*il y ait* des peines, comme il est certainement mauvais qu'il y ait des dictateurs. On répondra alors que lorsqu'on parle de « bonne peine », on ne fait pas nécessairement référence à sa dimension *pénible,* pas plus que lorsqu'on parle de « bon père » on ne fait référence au géniteur (cf. Williams 1994, p. 47-48). Bernard Williams fait remarquer que là où on parle volontiers d'un « bon père », on ne parle pas d'un « bon beau-frère » (mais on pourrait imaginer une culture dans laquelle cette expression serait usitée, parce qu'au beau-frère serait dévolues

Le problème de la peine bonne ou mauvaise est difficile à prendre de front[50]. C'est certainement pour contourner cette difficulté qu'on préfère souvent se contenter, même si ce souci est essentiel d'un point de vue politique et pas seulement moral ou humanitaire, de s'enquérir des *conditions* auxquelles la peine pourrait « faire sens ». On déplace ainsi l'évaluation de l'objet en direction de l'un de ses aspects, et on fait comme si la peine pouvait en quelque sorte être *transfigurée* par le don de sens. Surtout, on peut continuer à déplorer la « perte de sens » de l'institution sans la mettre en question dans ses caractères essentiels, et en consacrant a contrario son caractère incontournable[51] – tout en affectant, c'est là le paradoxe, de prendre très au sérieux cette « crise de sens ». Mais il nous semble qu'au contraire l'enjeu est bien d'assumer un discours normatif sur la *bonne peine* sans tomber dans les facilités purement verbales d'une justification ad hoc, et de réaffirmer qu'une peine dont plus personne n'apercevrait le sens doit tout simplement être supprimée. C'est pour cette raison qu'il est fondamental d'expliciter davantage le désormais coutumier grief de non-sens.

IV. Expliciter le grief de non-sens

Quelques remarques y faisaient allusion plus haut : un point qui n'est pas toujours clair, c'est de savoir si les critiques les plus virulents du système pénal (et carcéral en particulier) reprennent ou non à leur compte la préoccupation affichée par les pouvoirs

---

des tâches relativement déterminées). Ce serait sans doute le rôle d'une société évoluée que de rendre plus *naturel* le fait de parler de bonne et de mauvaise peine, avec la même prudence dans le jugement (pour filer la comparaison) que lorsqu'on parle de « bons » ou de « mauvais parents ».

[50] C'est ce à quoi je me suis employé dans « Le Bien des règles : raisons de punir et modèle du jeu » (Ladd 2018).

[51] Par exemple, on peut bien déplorer la « perte de sens » de l'institution scolaire sans vouloir dire par là qu'il faudrait abolir l'école, ni l'altérer dans son principe – même si dans certains cas, le « constat » de non-sens peut se faire entièrement à charge (comme lorsqu'il s'est agi très récemment en France de se débarrasser du baccalauréat). On connaît le dicton : « Qui veut tuer son chien l'accuse de la rage. » Le paradoxe est ainsi formé, dans le cas du système pénal, que le chien n'a pas la rage (les pouvoirs en place ne comptent nullement l'abattre) mais un banal eczéma, ce dont chacun est tout de même prié de considérer que c'est très grave.

publics pour le sens de la sanction pénale : s'ils dénoncent le non-sens, ou bien l'emploi de la formule elle-même, son caractère incantatoire et creux.

« Donner du sens », « expression vague [qui] permet à celui qui l'entend d'imaginer à peu près ce qui lui convient et ce que, de toute façon, il pense déjà »[52], fait assurément partie, dans la plupart de ses emplois exotériques, de ces « formulations relâchées et irresponsables » que dénonce Adorno[53]. Ainsi en va-t-il des mots trop familiers et usés qui évoquent davantage qu'ils ne parlent, discours très généraux et lénifiants sur tel condamné qui aurait, par la peine prononcée, « pris conscience » ou « pris la mesure » de la gravité de ses actes, etc. À l'image de Camus qui plaçait en son temps la formule convenue « payer sa dette à la société » au rang « des formules toutes faites, destinées à camoufler des expériences désespérantes »[54], nous pourrions balayer d'un revers de main le verbiage bien contemporain et la rhétorique du « faire sens » qui inondent toutes les institutions en crise ou maltraitées[55] – simple supplément d'âme d'un monde bureaucratisé, art du contrepoint dans la ritournelle des nécessaires restrictions budgétaires.

Les raisons de dénoncer une herméneutique pénale consolatoire ne manquent pas. Dans l'essai déjà cité, Frize évoque des « objectifs » incertains[56], un « sentiment d'injustice », des « verdicts abstraits »[57], la perplexité quant à « ce qu'"on" cherche à dire »[58] au condamné, le tout couronné par l'injonction nouvelle et

[52] Th. Adorno, *Minima moralia*, §64 (Adorno 2003b, p. 137).
[53] Adorno 2003b, p. 136.
[54] Camus 2006, p. 1672.
[55] Pour banale qu'elle paraisse, une remarque mérite d'être faite : quiconque se mettrait en tête de recenser les domaines dans lesquels s'élève cette injonction au sens aboutirait sans doute à une liste assez complète des institutions et des sphères d'activité qui de l'avis général dysfonctionnent dans nos sociétés. Outre à la justice et à l'institution pénitentiaire, on pensera au monde du travail, à l'école, à la presse et la vie démocratique en général. En France, la formule « donner du sens » (aux apprentissages) s'est ainsi répandue dans le jargon de l'Éducation Nationale à la vitesse d'une maladie infantile – ou d'un bâillement, aurait dit Hobbes (Hobbes 1971, p. 720). Cf. par exemple B.O. n° 2014-081 du 18-6-2014.
[56] Frize 2004, p. 17.
[57] Frize 2004, p. 20.
[58] Frize 2004, p. 22.

paradoxale à « faire sa peine »[59] – à la faire sienne, à se l'approprier. L'auteur fait très justement observer que « dans n'importe quelle situation, l'homme est capable d'élaboration, même sous les coups »[60], et juge qu'il y a par conséquent de « l'insolence » (le terme revient plusieurs fois sous sa plume), et une forme de *double peine,* à attribuer unilatéralement des vertus à la peine (vertus de prise de conscience, de correction ou d'amendement).

En s'attaquant spécifiquement à la question carcérale, Frize veut vraisemblablement d'abord dire que *ça n'a pas de sens* de punir *comme cela* – occurence que nous n'avons pas encore rencontrée dans cette introduction. L'expression courante « ça n'a pas de sens », employée de façon intransitive, est la forme condensée d'expressions construites sur les notions de *bon sens* ou de *sens commun* (« ça n'a pas le sens commun »), aujourd'hui un peu tombées en désuétude. Elle ne fait pas référence à une propriété signifiante, mais désigne une faculté d'attention au réel, de prudence ou de rationalité pratique qui déterminerait des conduites ayant *du* sens. Mais ce *critère du bon sens* en est-il seulement un ? Peut-on se contenter de dire que punir est dépourvu de sens quand on le fait *en dépit du bon sens ?* C'est une question sur laquelle Diane Bernard revient dans son article conclusif.

Pour toutes ces raisons, il ne va pas de soi qu'on ait toujours à l'esprit une série de griefs précis lorsqu'on déplore le « déficit de sens » qui paraît affecter le système pénal dans son ensemble, aussi bien du point de vue des « usagers » que de leurs proches, des personnels que des administrés qui voient les choses, pour ainsi dire, de beaucoup plus loin. La convergence apparente des discours méritait donc d'être examinée, tant on peut suspecter qu'elle masque de profondes divergences dans le genre de sentiments ou de jugements qu'elle est censée exprimer. Entre le sentiment d'impuissance des professionnels (voir la contribution d'Olivier Razac), la consternation des associations et familles au contact de la réalité carcérale (voir les contributions de Sandra Lehalle et de Frédéric Mégret) et la simple et ordinaire mauvaise conscience des citoyens d'une part, et les réactions ataviques de la frange

[59] Frize 2004, p. 27.
[60] Frize 2004, p. 74.

réactionnaire de la population et les usages cyniques de ce repoussoir qu'est « l'impunité » par la classe politique (un aspect du « populisme pénal » régulièrement dénoncé[61]) d'autre part, existe-t-il une véritable communication ou des points d'accord possibles ? On a des raisons d'en douter, au point qu'on peut se demander dans quelle mesure la dénonciation répétée, par les progressistes, de ce non-sens, n'est pas contreproductive et, dans la concurrence qu'elle se livre avec les tenants du perpétuel tour de vis sécuritaire, si elle ne risque pas de semer un peu plus le trouble dans l'esprit des citoyens plutôt que d'éclairer leurs intuitions et leurs attentes (voir à ce sujet la contribution de Virginie Gautron et Cécile Vigour). Sans doute s'expose-t-elle en effet à une réplique en deux temps : 1/ l'objet premier d'une peine n'est pas de « faire sens », mais de dissuader[62] voire de neutraliser pour un temps plus ou moins long ; 2/ puisqu'aucun système pénal ne convient jamais aux yeux des progressistes, à quoi bon se soucier de le réformer dans un sens plus libéral[63] ? Il faut savoir reconnaître quand une critique porte, et quand bien même le bon sens pénal ne contiendrait aucune prescription utile, au moins a-t-il cette vertu de nous obliger à préciser nos griefs, et à indiquer de façon plus précise ce qui relierait la rhétorique humanitaire du sens à une légitime recherche d'efficacité de la sanction pénale. C'est là l'occasion de pointer la confusion permanente entre le registre du sens et celui de l'efficacité des peines.

V. L'incommensurabilité des fins, des fonctions et du sens

La confusion est récurrente, dans la littérature mais plus encore dans la litanie d'articles de presse consacrés au sujet, entre le sens de la peine en tant qu'*instrument* plus ou moins efficace, et le sens *pris en lui-même* (mais pas expliqué pour autant). Sauf à supposer une presse acquise aux thèses de Peirce ou de Dewey ou ayant développé sa forme propre de pragmatisme (le sens résiderait

[61] Cf. Salas 2005.
[62] Hobbes 1971, p. 334.
[63] On retrouve là l'idée schmittienne selon laquelle il n'y a pas de politique libérale, mais seulement une critique libérale de la politique, de la législation et des institutions (Schmitt 1992, p. 114-115).

dans les conséquences[64]), le plus probable est qu'un utilitarisme vulgaire ait fini par coloniser les esprits. Si le genre de discours qui consiste à se situer dans le registre du sens pour *justifier* la peine semble de moins en moins audible aujourd'hui, en raison de la convergence entre la critique de l'institution carcérale et la formation d'une opinion publique focalisée sur la récidive, en revanche est devenu monnaie courante le discours qui exige de la peine qu'elle soit efficace, et *pour cela* qu'elle fasse sens[65]. Pour en montrer le caractère confus, il n'est pas nécessaire d'entrer dans un débat sur la pertinence générale d'une théorie utilitariste de la peine, c'est-à-dire sur la possibilité ou non, pour une une théorie de la peine, d'être avant tout une théorie des *fonctions* ou des *objectifs* de la peine[66].

Ce qui fait difficulté est ailleurs : aborder la question du sens animé du *seul* souci utilitariste, c'est se précipiter dans trois impasses. D'abord, l'utilitarisme n'a pas les moyens théoriques d'appréhender la question du sens[67] : même si, de façon banale, « faire sens » implique de pouvoir répondre de façon intelligible à la question *«* dans quel but fais-tu cela ? », il faut dire à nouveau que nous faisons quantité de choses qui ne visent aucune fin ni n'occupent aucune fonction, et qui ont pourtant un sens pour nous. La peine pourrait donc très bien avoir un sens sans être pour autant « efficace », à aucun sens de ce mot[68]. Nous sommes donc là face à des questions et des attentes différentes, qui relèvent chacune de registres distincts. On a besoin de posséder un concept (une définition, une délimitation) de ce qui est institué dans le but de remplir une fonction quelle qu'elle soit, pour pouvoir non seulement mesurer mais se représenter son efficacité. Ce n'est pas

[64] Russell 1969, chap. XXIII.
[65] Cf. à titre d'exemple « Restaurer le sens de la peine pour mieux lutter contre la récidive » (Goldman, Huber & Rigollot 2012).
[66] Cf. Poncela 2000, p. 74.
[67] Cf. l'article d'A. Leroy Couderc dans ce volume.
[68] On ne peut atteindre le sens en énumérant des raisons, des fins visées, des moyens employés et des bénéfices obtenus, du fait que ceux-ci sont objectifs et de forme universelle, ou en tout cas exprimables à la *troisième personne,* ce qui n'est pas le cas lorsqu'on parle du sens que toutes ces choses peuvent revêtir *pour moi,* personne singulière. Il ne s'agit pas là d'une proposition subjectiviste ni relativiste, mais seulement d'une remarque sur la *forme,* nécessairement subjective ou intersubjective, d'un énoncé comportant le terme de « sens ».

nécessaire dans le cas d'une pratique dont on dira qu'elle a un sens ou non : je n'ai pas besoin de disposer d'un concept déterminé de la « balade en forêt », de la « sortie au cinéma » ou de la « lecture d'un bon roman » pour pouvoir dire que ces activités sont importantes ou ont du sens pour moi (ou bien qu'au contraire elles n'éveillent que peu mon enthousiasme ou ne stimulent guère mon imagination). Encore une fois, si la façon la plus raisonnable de donner un sens à la pratique pénale, du point de vue de l'institution qui l'administre, est de se montrer capable de répondre à la question des fins visées (dissuasion, réinsertion, réparation, restauration, etc.), cette perspective est loin d'épuiser le sens que la peine peut revêtir pour ses usagers et pour les citoyens. En l'espèce, la question des fonctions ou de l'efficacité de la peine relève sans doute davantage de la politique pénale que de la conceptualisation de la peine en tant que telle, comme Antoine Garapon le soulignait[69]. Cela ne veut pas dire, bien entendu, que ces questions soient sans rapport l'une avec l'autre, puisque l'analyse du sens permettrait de distinguer, parmi ces fonctions, celles dont la désuétude est patente[70], et dont l'effectivité sociale serait ainsi compromise. De même, l'inefficacité même d'une pratique qui se maintient contre vents et marées contribue à la constitution de son sens social, et jette une lumière nouvelle sur l'idée durkeimienne de renforcement de la « conscience commune » ou des « sentiments collectifs »[71]. Enfin, là où on admet généralement sans réserve que le sens serait à mettre au crédit de la peine, il pourrait bien se trouver, par son absence même, être de l'ordre du repoussoir, sinon du tabou. Le tabou est ce dont on ne parle pas, mais dont le silence qui l'entoure contribue à l'effroi qu'il inspire : or le caractère dissuasif de la peine, s'il était attesté, ne tiendrait-il pas aussi à ce caractère mystérieux et opaque, qui a tout de

[69] Garapon 2000, p. 8 : « Cette question de la peine est une question bien insolite à proprement parler parce que nous l'avons envisagée dans nos travaux en termes de sens de la peine et qu'elle ne recouvre pas complètement celle, beaucoup plus commune, de la fonction de la peine. »

[70] Lévi-Strauss 1958, p. 17 : « [Il faut opérer] une distinction essentielle : celle entre fonction primaire, répondant à un besoin actuel de l'organisme social, et fonction secondaire, qui se maintient seulement en raison de la résistance du groupe à renoncer à une habitude. Car dire qu'une société fonctionne est un truisme ; mais dire que tout, dans une société, fonctionne est une absurdité. »

[71] Durkheim 1967, p. 76-77.

l'irrationnel et du non-sens ? Serait-ce vraiment forcer le paradoxe que de suggérer que bon nombre de nos concitoyens se détournent du crime ou du délit sous l'effet d'une crainte irrationnelle et ignorante du système pénal ?

Une deuxième aporie se présente encore : le propre de ce qui possède un sens, c'est d'être *compréhensible* ou non, plausible ou invraisemblable, intime ou partagé, ou encore communicable ou ineffable[72] ; au contraire, le propre d'un instrument ou d'un dispositif, dont le mode d'existence est objectif et mesurable, est d'être ou non efficace, coûteux, réformable et améliorable. Il s'agit manifestement là de questions catégorialement différentes ; ainsi, dès lors qu'on attend de la peine qu'elle soit utile en tant qu'elle posséderait une qualité qu'on ne prête pas habituellement à un outil (« avoir un sens »), on tombe dans l'abus de catégorie : si j'attends d'une montre qu'elle indique fidèlement l'heure en vertu de la valeur sentimentale qu'elle a pour moi, je m'expose à des déconvenues.

Bien sûr, on ne va pas déplorer que les politiques pénales affichent un souci pour le sens des peines infligées[73]. Le délinquant *vit* sa peine, et si « vivre » ne signifie pas seulement patienter et survivre, il est aussi naturel que nécessaire de s'interroger sur le sens de cette expérience. Puisque même le criminel de sang est censé survivre à sa peine, on suppose qu'il doit en apprendre quelque chose, et qu'il ne peut le faire qu'en prenant en charge sa propre peine.

[72] Laissons ici de côté la question de savoir s'il existe quelque chose comme un « sens ineffable ».

[73] Cf. Sellin 2017. Cf. aussi le discours de Madame Nicole Belloubet, Garde des Sceaux et Ministre de la Justice, du 6 oct. 2017, qui lie de façon systématique « sens » et « efficacité des peines » (dont les occurrences sont significativement plus nombreuses), sans expliciter la nature de la relation. La seule mention positive de ce qu'il faudrait entendre par « sens » fait signe du côté de l'individualisation (« Fondées sur le principe d'individualisation, les peines ne prennent tout leur sens que si elles sont adaptées à la situation de celui qui doit la subir *[sic]* dans un contexte précis »). Mais on sait par ailleurs que ce principe d'invidualisation est souvent incompris du public.

Pourtant, troisième aporie, l'injonction à ce que le condamné soit « acteur de sa peine » et qu'il sache lui donner un sens[74], processus dont le résultat se mesurerait principalement au taux de récidive, témoigne d'une conception particulièrement rudimentaire du langage et du sens.

Si en effet parler de sens de la peine, ce n'est pas nécessairement poser un problème *au sujet* du langage, ou qui puisse être résolu par la seule analyse du langage[75], c'est du moins envisager la question en tant qu'elle existe *dans un certain rapport* au langage. Deux difficultés sont à signaler ici : d'une part, si on peut bien dire que rendre la justice consiste entre autres choses à délivrer un certain message, alors c'est plutôt le jugement, qui dit la culpabilité et *prononce* la peine, qui devrait en être porteur. On est d'ailleurs tenté de demander : quel *contenu* ce message aurait-il au juste, puisqu'il ne peut par hypothèse se résumer à un simple commandement, ni à un conseil (« tu dois, ou tu gagnerais, à te ranger ») ? *Ce qui a un sens doit pouvoir ne pas être compris* : cette remarque « grammaticale »[76] ne devrait jamais être oubliée. Or, qu'est-ce qui, dans la peine reçue, pourrait ne pas être entendu ? On veut peut-être dire, en mettant implicitement en avant la connotation dynamique voire poïetique du syntagme « faire sens » (par opposition à la tournure statique « avoir un sens »), que la peine qui échoue à faire sens est celle qui ne parvient pas, tel un locuteur maladroit, à transmettre un message ou à susciter une certaine disposition d'esprit. Il est vrai qu'une phrase, par exemple, peut très bien être pourvue de sens et néanmoins n'éveiller l'intérêt de personne (c'est ce qu'on appelle crier dans le désert) ; par contraste, qu'elle fasse sens signifierait qu'elle est non seulement

[74] Cette deuxième formule, « être acteur de », appelle la même remarque : l'élève, le consommateur, le chômeur, le détenu, sont tous censés être « acteurs ». La contribution de Jérôme Ferrand revient en particulier sur le lien intime entre la peine et le travail, via la catégorie de la dette. Cf. aussi la formule de D. Kaminski : « Aujourd'hui la figure du criminel *coupable* et *avoué* est remplacée, dans certains dispositifs pénaux contractualisés, par celle du justiciable *capable* et *dévoué* » (Kaminski 2008, p. 123).

[75] Puisqu'il « n'est pas possible de réduire toute peine au simple usage des mots » (van de Kerchove 2005, p. 4), ni de réduire la peine à la production d'un sens apparenté à l'usage des mots.

[76] Sur la notion de « grammaire », voir les *Recherches philosophiques,* §494-497 (Wittgenstein 2004, p. 198-199) et les remarques de Russell (Russell 1969, p. 95).

signifiante, mais qu'elle parvient à imposer l'évidence et l'importance de son sens. Le modèle implicite est ici celui de l'émetteur et du récepteur, qui doivent tous deux contribuer à l'élaboration du message, non pas au sens où on « fait » quelque chose en collaboration, comme fabriquer un meuble ou le déplacer, mais au sens où l'effort de communication serait partagé. En bref, tout tiendrait à une simple question de bonne volonté et de bonne communication.

Or l'une et l'autre ne sauraient garantir quelque résultat escompté que ce soit, dans la mesure où un contenu de communication ne peut jamais être *cause* d'un comportement *sous cette description*[77] : le sens d'un message peut bien être la *raison* d'une conduite, mais pas la *cause* d'un comportement[78]. Et même si on envisage les raisons de l'action en termes causaux avec Davidson[79], ce qui importe est que celles-ci ne peuvent faire l'objet au mieux que de « généralisations vraies mais non nomiques », qui impliquent des effets non strictement prévisibles. Autrement dit, même si on peut bien dire que tel contenu d'information produit habituellement une « raison primaire » d'agir de telle façon, qu'on peut considérer comme la cause de cette action, voilà qui ne saurait fonder autre chose qu'un art de la sanction, et non une science criminologique. Ce que *fait* la peine et ce qu'elle *dit* sont deux choses différentes. Ainsi, il faut distinguer la peine en tant qu'elle engendre des comportements déterminés, liés ou non à des souffrances *causées* par elle, et en tant qu'elle est *objet* de souffrances[80], ou bien d'amendement, de repentir – voire de martyre, comme le montrent les deux contributions, formant diptyque, de David El Kenz et de Paul Dhaeyer. La peine est *l'objet* d'une attribution de sens, non sa cause ; et si la peine cause un comportement, ce n'est précisément pas en tant qu'elle a un sens. Le sens de la peine, c'est donc la peine saisie sous une certaine description, description qui commande des analyses bien

[77] Sur cette notion, cf. Anscombe 1981 et 2002, §23-26.
[78] Quand quelqu'un crie « attention ! », c'est au cri que je sursaute, non au mot « attention » – à son sens – même si je l'aperçois ensuite par rétrospection. Cf. Wittgenstein 1996, p. 54 ; Bouveresse 2003.
[79] Davidson 2003, p. 35.
[80] Wittgenstein 2004, §476, p. 194 : « Il faut distinguer l'objet de la crainte de la cause de la crainte. »

plus sophistiquées que celles qui reviennent à poser le problème en termes de compréhension d'un message et de production d'un comportement.

VI. Tirer parti de la polysémie du terme de « sens ». Plan de l'ouvrage

C'est en vertu de ces analyses autant que des doutes qui planent sur les discours accompagnant les pratiques pénales que nous avons choisi, comme cela a été souligné plus haut, de mettre l'accent sur (et pas seulement de constater) la polysémie du terme de sens, et d'intituler ce colloque « Les sens de la peine », pluriel. Les choses seraient encore assez simples, en effet, si le sens de la peine se limitait à une question de signification ou d'interprétation : mais il se trouve que toute peine est d'une façon ou d'une autre *sensible*[81], et qu'elle indique une *direction* prise ou à prendre par le système pénal. Ainsi, la *signification*, le *vécu sensible* et la *direction* sont bien des acceptions distinctes du terme, qui correspondent à autant de moments de l'analyse et d'aspects sous lesquels notre problème peut être décrit. Simple effet de polysémie, répondra-t-on : mais demandons-nous si pour penser le sens de la peine, on peut faire abstraction de l'épreuve physique et morale qu'elle constitue et de ce qu'elle vise, au-delà de la seule infraction ? Le sens se trouve donc à la rencontre problématique du sensible (ce qu'elle fait des personnes et des corps) et de l'intelligible de la peine (ce qu'elle vise) : il ne se réduit ni à l'un ni à l'autre. Dans ce tableau de la peine qui peut paraître *confondre les sens,* il faut pourtant repérer des lignes de force : c'est pourquoi ce volume est organisé et les contributions distribuées selon trois axes principaux.

Le premier axe porte sur l'articulation entre la peine vécue et le corps social qui l'impose : ce sens de la peine peut-il être partagé ? Doit-il l'être, même, en ce que ce partage serait

[81] Cass. (belge), 14 janvier 2004 : « Mal infligé à titre de sanction d'un acte que la loi défend. » Dans un passage fameux de *Surveiller et punir,* Foucault évoque « un postulat qui jamais n'a franchement été levé : il est juste qu'un condamné souffre physiquement plus que les autres hommes » et demande : « Que serait un châtiment incorporel ? » (Foucault 1975, p. 23).

constitutif du lien social ou de l'idée de société ? Quelle relation le sens de la peine entretient-il avec le sens civique ordinaire ? Y aurait-il, comme on parle d'un sens de la famille ou des responsabilités, un sens *civique* de la peine ? Existe-t-il, à côté du sens *juridique* de la peine (qui a pour contenu les garanties formulées à l'article 7 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et les principes de nécessité et de légalité établis à l'article 8), un sens politique de la peine ? Avec quel contenu ? Enfin, quand bien même on parviendrait à montrer qu'une personne réussit toujours à trouver un sens à ce qui lui arrive, et pas seulement à ce qu'elle fait, ou à mettre en lien *ce qu'elle a fait* (un délit, un crime) et *ce qui lui arrive* (la peine), comment articuler cette expérience de « l'être puni » avec les justifications et objectifs traditionnels du système pénal (rétribution, prévention, réinsertion, réparation, etc.) ?

Le deuxième axe (détaillé à la section VII, *infra)* a pour objet le vécu physique, psychologique et moral de la peine : au premier chef par le condamné, mais plus indirectement par les victimes, leurs proches et ceux des accusés, le personnel judiciaire et le public. La peine doit-elle être sensible pour viser, comme le dit un auteur, à « restructurer un sujet capable de *sentir* ce qu'il a fait »[82] ? Est-ce en tant que peine ou d'abord en tant qu'elle est subie qu'elle est pénible ? Et ce sens qu'elle contient ne peut-il vraiment passer que par une épreuve sensible ? De l'émotion collective à la souffrance individuelle, de la jouissance du pouvoir aux discours embarrassés sur l'état du système carcéral dans les pays démocratiques, il est nécessaire de s'interroger sur le sens qu'il y a à souffrir et à faire souffrir.

Le troisième axe, enfin (dont certains aspects sont détaillés à la section VIII, *infra*) met en question l'orientation de la peine, ce qu'elle vise ou ce vers quoi elle nous conduit. Au-delà d'une interrogation sur ce que peuvent viser celui qui subit la peine et ceux qui l'imposent (où les conduit-elle ?), avons-nous des raisons d'estimer que les récentes mesures pénales vont *dans le bon sens,* comme on dit d'une mesure qu'elle *va dans le sens* ou bien *à rebours* de l'histoire ? Ce qui est en question ici, c'est

[82] Abel 2005, p. 177.

l'évolutionnisme implicite du réformisme pénal qui impose des marques univoques de progrès : adoucissement des peines, individualisation de la sanction ou « peines alternatives »[83].

VII. Le sensible de la peine et l'ombre de la prison

Nos difficultés n'ont pas seulement trait à la sémantique de la peine, mais bien aux pratiques pénales effectives. Au premier rang de ces difficultés, il faut évoquer l'ombre portée de la prison sur l'ensemble du champ pénal, comme ce put être le cas en d'autres temps pour les châtiments corporels ou la peine capitale.[84] Nous ne souhaitions pas que le colloque et le volume qui en serait issu deviennent un plaidoyer de plus contre la forte coloration carcérale donnée aux politiques pénales d'hier et d'aujourd'hui, autrement dit une méditation (sinon une *rumination)* sur le sens pénal *de la prison*. Mais laisser artificiellement de côté la réalité carcérale, voilà qui était impossible[85]. Aussi le lecteur trouvera-t-il une série d'articles consacrés plus ou moins directement au fait carcéral, de la Belgique au Canada, de la France à la République démocratique du Congo. Dans sa contribution, Charles Kakule Kinombe se penche sur cette situation paradoxale qui voit les enfants des rues rechercher la relative sécurité offerte par les murs de la prison – ce qui met évidemment en question les contours de la peine et le rôle que nous faisons jouer à l'idée de « privation de liberté ».

Cette question des contours de la sanction pénale, autrement dit du *sens propre* du mot, révèle le décalage entre certaines délimitations juridiques et conceptuelles, et la réalité vécue. Les deux contributions de Sandra Lehalle et de Frédéric Mégret soulignent ainsi, à partir d'un matériau empirique et d'analyses prospectives sur le rôle de la famille dans le parcours de détention,

[83] Cf. Ferrand 2017, p. 14, et la contribution de Marie-Sophie Devresse dans le présent volume.
[84] Cf. la contribution de M.-S. Devresse dans ce volume.
[85] D'autant que le colloque se tenait au même moment que les *Journées Nationales de la Prison* (Bruxelles, 18-28 novembre 2017), dont plusieurs participants nous ont fait le plaisir d'assister au colloque et d'intervenir dans les débats.

la difficulté à déterminer non seulement qui a à souffrir de la peine, mais qui est effectivement puni. L'expérience vécue par les familles de détenus impose en effet ce constat que la peine *déborde* pour ainsi dire de sa cible, qu'elle *passe la mesure* et entraîne une catégorie de dommages qui est spécifique à l'entourage des détenus. La question s'impose dès lors : peut-on dire que le condamné est puni en même temps que sa famille, dont les souffrances morales et les difficultés économiques induites feraient alors partie de la peine infligée ?

Il semble y avoir ici deux questions, qui méritent qu'on s'y s'arrête rapidement : 1/ Peut-on légitimement nommer « peine » les dommages et souffrances de la famille ? ; 2/ Peut-on voir dans les contraintes et humiliations subies par la famille une volonté sourde d'infliger des dommages qui *s'apparentent* à une peine ? La première question est juridique et « grammaticale » ; elle suppose la référence à une règle de construction des jugements de culpabilité, et appellerait *stricto sensu* une réponse négative, au motif qu'il serait logiquement impossible de punir un innocent[86]. On est pourtant tenté de dire que l'essentiel n'est pas là, et de donner une réponse positive à la seconde question, qui relève cette fois d'une analytique du pouvoir de nature symbolique, politique et socio-économique : l'opinion dominante n'est-elle pas que les familles, les mères en particulier, sont en dernière instance responsables du devenir délinquant de leur progéniture ? N'assistons-nous pas à une volonté de punir sans incrimination, au nom de motifs moraux intériorisés par tout un chacun mais rarement avoués (puisque seul un franc aveu ferait entrer dans la contradiction) ? *« Prison structure is all over your interactions in*

[86] Cf. Quinton 1954, p. 137-138. Il serait absurde de dire : « je te punis pour quelque chose que tu n'as pas fait ». Parler de peine dans ces conditions, dit Quinton, ce serait employer le terme « comme synonyme plus ou moins élégant d' "infliger une souffrance" ». Ces analyses, fondées sur les « performatifs », sont également discutées par Baier 1955, p. 25-32. Elizabeth Anscombe soutient une thèse similaire, mais en faisant l'économie de la référence aux performatifs (Anscombe 1981b, p. 147-148). Hart met quant à lui en question l'argumentation fondée sur des considérations linguistiques (« *definitional stop* »), en faisant remarquer qu'elles procèdent elles-mêmes du choix de ne punir que les auteurs d'infraction (Hart 1959, p. 6 ; mais Hart a pour cela besoin d'un concept d'étendu de « culpabilité », de sorte que pour l'essentiel il semble qu'Anscombe ait raison). Cf. Foucault 1994b (p. 208-209) pour un éclairage différent.

very particular sorts of ways. […] It's power in its purest form, right ? », dit un enfant de détenu cité par Sandra Lehalle. « *It certainly affects your ability to form close relationships with people as an adult, right ? »* On ne peut qu'être saisi par la formulation objective et générale donnée à ce *supplément* de peine, et par le besoin exprimé de savoir que ce sens du punir, loin de n'être qu'une expérience privée, est partagé. Quoi qu'il en soit de la façon dont on caractérise ce phénomène, il faut conclure non seulement qu'il affecte durablement le sens civique de l'entourage des détenus, mais qu'il nous entraîne, comme le montre Frédéric Mégret, dans des difficultés croissantes dès lors qu'on s'efforce d'en prendre la mesure : sur quel concept de famille s'appuyer ? Comment éviter le soupçon d'iniquité dès lors que tous les détenus n'ont pas une famille, en quelque sens qu'on prenne ce mot ?

VIII. Une question d'orientation : le double sens du « don de sens »

1. En quel sens y a-t-il un « problème » du sens ?

Nous voudrions pour finir souligner un dernier point important relatif à la notion de « sens », trop souvent négligé du fait d'une fâcheuse tendance (philosophique, au fond) à se représenter le « sens » sous la forme d'une *question,* c'est-à-dire de quelque chose à chercher, à interroger, à trouver ou à retrouver. Or, premièrement, même là où il y a crise, doute, incertitude, il n'y a pas toujours question ou problème appelant une solution – du moins pas une solution qui puisse être formulée sur un plan théorique ni mise en œuvre dans une politique.

Deuxièmement, se représenter le monde (politique) comme une collection de problèmes à résoudre, plutôt que comme un monde à inventer, tend à occulter le fait que nos pratiques sont toutes productrices de sens, pour le meilleur et pour le pire. En l'espèce, il y a bien un double sens du génitif dans le syntagme « sens de la peine ». On le comprend spontanément au sens le plus courant en français, c'est-à-dire comme le sens que devrait *posséder* ou qui devrait être *propre* à la peine (sur le modèle du

génitif subjectif : la peine *a* un sens) ; mais on peut également l'entendre sur le modèle du génitif d'auteur (le *genitivus auctoris* latin), c'est-à-dire comme le sens *que donnerait* ou *qui émanerait de* la peine. C'est ainsi qu'un auteur suggère que si « la peine n'a pas de sens propre », « elle permet simplement que le malheur (du crime commis) en ait un »[87]. La peine serait plutôt donatrice que détentrice de sens, et au-delà du cas du condamné et de ses proches, s'étendrait à la société tout entière et à sa superstructure idéologique. La *peine-type* fournit des schèmes à travers lesquels se donne notre expérience sociale[88]. Mais elle nourrit aussi tout un imaginaire littéraire et philosophique, et contribue à l'élaboration d'un sens au fond relativement partagé de ce qu'est une épreuve morale ou existentielle. Si Dante ou Kafka paraissent aujourd'hui plus profonds que le Sade des *120 Journées,* et l'image de la cellule plus éloquente que celle du taureau de Phalaris, c'est que la solitude et l'isolement ont remplacé la soumission à la fortune et à la torture comme déterminations premières de la condition humaine, en même temps que la prison a remplacé mutilations et tortures dans la vie concrète des sociétés. C'est ainsi qu'Adorno, prenant le généalogiste à son propre jeu, allait chercher les racines de *l'amor fati* nietzschéen « dans les murs de pierre et les fenêtres grillagées », et nous mettait en garde contre toute tendance à nous « humilier devant la domination » et à « attribuer de la réalité aux désirs et un sens à une coercition qui n'en a pourtant pas »[89].

2. La « post-modernité » ou la disparition du sens

Si problème du sens il y a, il réside par conséquent plutôt dans la recherche d'une orientation pénale qui puisse apparaître raisonnable et souhaitable. Or Jacques Bouveresse fait observer que notre modernité se figure toujours que les problèmes d'orientation et de sens sont apparus avec elle – que la modernité est née *de* ou *dans* cette découverte même, dont elle serait aussi devenue la première victime. C'est pourquoi quelque chose sonne si familier, aujourd'hui, dans le fait de dire que « nos sociétés ne

[87] Abel 2005, p. 180.
[88] Foucault 2013, p. 236.
[89] Adorno, 2003b §61, p. 132-133.

savent plus ce que c'est que punir »[90]. Or, dit Bouveresse, on peut trouver « passablement naïve l'idée que le monde savait autrefois à peu près où il en était et où il devait aller, et ne le sait malheureusement plus très bien ou plus du tout aujourd'hui »[91]. Être moderne, selon une définition dite « soustractive » de la modernité, ce serait se délecter non sans morosité de la destruction de l'évidence et de la « déconstruction » du sens pour retrouver des « fondamentaux de la condition humaine » enfin dépris des anciens usages[92]. Mais dans le cas de la peine, ou bien ces fondamentaux restent introuvables sous leurs anciens habits, laissés aussi vides que des loques, ou bien ils se découvrent sans fard sous les traits grossiers de la violence et de la domination la plus vulgaire. Voilà l'alternative moderne ou post-moderne : des illusions inconsistantes, ou bien la dure loi du glaive. Bouveresse, comme Williams, épingle la tendance à interpréter toute prise de conscience comme une crise de foi, tout accès à la lucidité comme un doute jeté sur nos pratiques, toute aspiration à la « véracité » comme un renoncement plus ou moins teinté de cynisme à l'idée d'atteindre quelque certitude que ce soit[93]. Pour notre « modernité post-moderne », « jadis-naguère-autrefois », dans un passé aussi indéterminé que mythifié, on *savait* quels buts viser, individuels et collectifs, et les moyens étaient proportionnés à ce but : on savait comment vivre, et on savait *pourquoi* et *comment punir,* c'est-à-dire qu'on se contentait pour l'essentiel de suivre les usages établis – marqués du sceau de la vengeance, de la recherche du bouc-émissaire ou de l'exclusion. Bien évidemment on se trompait, précisément dans la mesure où on faisait comme si on le savait – où on se contentait d'agir sans se soucier de penser, où on punissait *sans prendre la peine* de se demander à quoi cela pouvait bien servir, sans *se mettre en peine* du sens qu'il pouvait y avoir à punir. Le sens résidait dans son évidence inquestionnée, de sorte qu'interroger le sens reviendrait ipso facto, pour nous modernes, à soupçonner qu'il n'y en a en réalité aucun.

[90] Nietzsche, cité par Foucault 1994c, p. 691.
[91] Bouveresse 2004, p. 1. René Girard pouvait ainsi écrire sans ciller qu'« il allait de soi jadis que la peine était légitime » (Girard 2000*,* p. 13), « jadis » paraissant se situer, d'après le contexte, à peu près au XVIII[e] s.
[92] Cf. Taylor 2011 et le commentaire donné par Descombes 2013, p. 147-156.
[93] Cf. Williams 2006, p. 13.

Mais pour quelle raison cette *inquiétude* moderne du sens devrait-elle nécessairement marquer la disparition de tout sens possible ? N'est-elle pas plutôt le signe qu'on se préoccupe davantage de la façon de *présenter* ou de *représenter* le réel que d'agir sur lui ? – un mal bien contemporain, et fort répandu lui aussi. Le pénal serait affecté du même syndrome que les œuvres de l'esprit, et serait comme elles entré dans ce que George Steiner nomme l'ère de la glose ou de *l'épilogue,* période caractérisée par un climat culturel « alexandrin » ou « byzantin » où dominent les approches techniques et « l'impérialisme du commentaire et du commentaire du commentaire »[94]. Le discours pénal tomberait dans les mêmes ornières que la (mauvaise) avant-garde artistique : le sens ne serait plus immédiatement donné, comme pouvait l'être le Jugement dernier au tympan d'une église, mais « interrogé », « déconstruit », « reconstruit », « démultiplié ». Ainsi, à mesure qu'il se constituerait en problème philosophique ou en objet criminologique, il deviendrait de plus en plus étranger aux pratiques, qui de leur côté se poursuivraient bon an, mal an, sans altérations notables. Avec la perte du double caractère d'évidence et d'univocité du sens, la post-modernité découvrirait enfin que toute tentative de reconstruction du sens ou bien serait vouée à l'échec, ou bien ne serait qu'une mystification qui ne changerait pas grand' chose, au fond, à la pratique établie – pas davantage qu'une publicité n'agit sur la chose dont elle fait la promotion.

3. Les incohérences de l'idée d'une « perte de sens »

Comprendre ainsi la place et le sens de la modernité trahit un évolutionnisme naïf[95] doublé d'une forme étrange de nostalgie : comment peut-on déplorer de ne plus pouvoir s'appuyer sur des évidences qu'on juge à présent totalement infondées[96] ? Et

[94] Steiner 1991, p. 47.
[95] Cf. Benjamin 2000, p. 433 *(Sur le concept d'histoire,* §VIII) et Wittgenstein 1993, p. 53.
[96] R. Girard lui-même semble avoir conscience de la difficulté, puisqu'il écrit que « si un certain équilibre des sociétés archaïques et païennes nous fait défaut, nous ne devons pas vraiment le regretter, parce que cet équilibre est toujours construit sur la croyance dans les victimes, cette croyance que nous sommes incapables de récupérer » (« La violence », article cité, p. 21). Et pour cause, puisqu'il n'y aurait

comment, surtout, dénoncer comme erreur ou illusion les usages du passé si on n'a aucune idée du genre de vérité qui devrait a contrario établir des pratiques plus rationnelles ? Autrement dit : comment peut-on conjointement dénoncer l'irrationalité des croyances passées et la rationalité trompeuse des usages présents, sans se faire une idée minimale de la rationalité en question ? Quand on dénonce le « non-sens » ou « l'irrationalité » de la peine, de toute peine, on doit pouvoir expliquer : 1/ en quoi consiste la « rationalité » d'une pratique sociale, quelle qu'elle soit ; 2/ en quoi il s'agit d'une objection rédhibitoire. Dira-t-on que ce qui est irrationnel, c'est de *croire* à une rationalité de la peine ? ; que ce qui est insensé, c'est de croire au sens de la peine[97] ? C'est se payer de mots : la peine a la rationalité qu'on lui donne[98]. Quant à se demander *s'il y a un sens à s'interroger sur le sens de la peine,* la réponse est dans la question, dans la mesure où celle-ci est intelligible.

Comment, dans le cas contraire, expliquer ce paradoxe : tandis qu'on se plaît à rappeler que bien peu de nos concitoyens semblent encore « croire » aux vertus de la peine, l'indignation, quand ce n'est pas la panique, saisit tout de même l'homme *de bon sens* à la minute où on évoque la sortie du tout-carcéral. La *culture répressive* ne semble pas avoir besoin de s'accompagner d'un *culte de la peine,* mais seulement d'une imagination ou trop faible, ou trop anxieuse. La reconnaissance des « erreurs » supposées du passé ne nous a nullement détournés de certaines pratiques, en particulier du recours massif à l'emprisonnement, bien au contraire, et comme nous l'avons rappelé au début de ce texte introductif, une certaine foi demeure dans le caractère *inévitable* des châtiments, dans ce *mal nécessaire* que constituerait le système des peines. Mais une institution humaine n'est pas comme un phénomène naturel, dont on peut avoir des raisons de penser que l'explication qu'on lui a donné jusqu'à présent est fausse sans pour autant devoir en présenter de meilleure. Dans le cas d'une pratique

là qu'une variation sur le paradoxe de Moore (« je crois cela, mais ce n'est qu'une croyance » ; « ce n'est qu'une croyance (irrationnelle), mais je vais m'efforcer de l'adopter » ; cf. Wittgenstein 2004, p. 269-273).

[97] Genuit, in Ludwiczak & Motte dit Falisse 2018, p. 50.

[98] Cf. Descombes 2007, p. 317 et 339.

humaine qui perdure en dépit des doutes, au contraire, on ne peut juger fausses les raisons qui la soutiennent sans au fond souscrire à d'autres raisons qui invitent à la maintenir[99], sans quoi il nous faudrait reconnaître que nous devrions l'abandonner. En réalité, le fait est que les pratiques non seulement perdurent mais se transforment bien à l'abri des discours résignés sur la perte de sens. Marie-Sophie Devresse rappelle que si la logique de la peine n'a pas sensiblement changé depuis l'époque des grands réformateurs Beccaria et Bentham, en revanche de nouvelles formes, de nouveaux acteurs et de nouvelles pratiques sont bien apparus. Le discours d'impuissance dirigé contre toute tentative de penser des pratiques pénales un peu plus *sensées* fait donc diversion et dissimule des évolutions institutionnelles bien réelles.

4. De nouveaux acteurs

Il nous faut par conséquent battre en brèche le lieu commun d'un effondrement post-moderne du sens de la peine : rien de plus présomptueux que le lieu commun selon lequel les enjeux de notre modernité surpasseraient en ampleur et en gravité tous les problèmes, les modestes problèmes, auxquels nos ancêtres ont pu être confrontés. Jeter un œil sur le *Protagoras* ou la *République* de Platon, qui mettaient déjà en question le caractère réformateur des châtiments, suffit à en convaincre[100].

Ce qui est vrai en revanche est que la modernité politique introduit un acteur nouveau dans le champ pénal : le sens de la peine n'est plus une perplexité réservée au juriste, au philosophe ou au philanthrope ; il l'est peu à peu devenu pour l'honnête homme, et aujourd'hui pour le citoyen. Se garder de la mythologie post-moderne ne veut pas dire verser dans le préjugé inverse – « Rien de nouveau sous le soleil » – et mépriser les doutes pressants qui s'élèvent de toute part lorsqu'une pratique sociale aussi déterminante perd de son évidence. Il faut au contraire

[99] Wittgenstein 2000, p. 14 : « Il peut bien arriver, et il advient fréquemment aujourd'hui, qu'un homme abandonne un usage après avoir reconnu une erreur sur laquelle cet usage s'appuyait. Mais ce cas n'existe précisément que là où il suffit d'attirer l'attention de l'homme sur son erreur pour le détourner de sa pratique. »
[100] Platon 1966 et 1967 *(République I,* 335b-e ; *Protagoras*, 323a *sqq.)*.

reconnaître que ni la philosophie ni les sciences humaines ne peuvent plus s'arroger le privilège d'un certain genre de doute ou de questionnement : comme le souligne Bernard Williams, « la réflexion fait tellement partie intégrante de la vie moderne, et la conscience de soi est tellement fondamentale à ses institutions, que ces caractéristiques ne peuvent plus servir à distinguer la philosophie d'autres activités »[101]. Il est donc important de *construire* le sens politiquement en le confrontant à la diversité des attentes sociales, sans se laisser impressionner par la mythologie de l'effondrement du sens ni par l'abondance de justifications, de doctrines et de perspectives hétérogènes qui pourraient nous réduire au scepticisme.

En définitive, c'est donc bien un problème de *philosophie de la peine* que nous posons, problème qui peut toujours être compris comme un problème d'*orientation* dans un paysage qu'on ne parviendrait pas à embrasser entièrement du regard[102]. On ne sait peut-être dire, au milieu d'un paysage si contrasté, *où nous nous trouvons exactement,* même si c'est ce que le premier éditorialiste venu prétend faire chaque jour : « L'une des maladies les plus répandues est aujourd'hui le diagnostic »[103]. Mais nous pouvons peut-être dire *où nous allons,* comme nous savons parfois où nous nous rendons sans avoir besoin de savoir exactement où nous nous trouvons. Avons-nous une idée de ce vers quoi nous nous dirigeons, en matière pénale ? Quelles orientations les politiques actuelles semblent-elles prendre ?

Conclusion : résister à la tentation de la simplicité

Notre ambition n'est pas de « (re)poser » ou encore de « rouvrir la question du sens », au singulier. Ce serait en effet suggérer qu'une réponse se cache quelque part, dont la découverte viendrait lever toutes les questions, alors qu'il faut savoir résister, comme le dit si bien Bernard Williams, au « désir bien connu de dire quelque chose qui soit à la fois immensément général,

[101] Williams 1990, p. 9. Cf. Bouagga 2015, sur la pénétration du droit en prison.
[102] Cf. Pascal 1963 *(Pensées,* Lafuma 21 et 65) ; Bouveresse 2004, p. 2.
[103] Kraus 2015, cité par Bouveresse 2000, p. 153.

profondément important et rassurant de simplicité »[104]. Il n'est pas du tout certain qu'existe une unité de sens de la peine, et c'est pourquoi il faut se garder à la fois de la sous-détermination du concept de sens critiquée plus haut (qui en fait un synonyme plus ou moins élégant d'« efficacité ») et de la sur-détermination consécutive à un excès d'herméneutique, qui aboutit au genre de proposition simpliste et apaisante qu'épingle Williams.

Mais sont aussi à prendre avec précaution les propositions qui prétendraient dévoiler l'origine honteuse (*« pudenda origo »*[105]) de la peine, pour jeter sur elle un discrédit définitif, car elles tombent dans une erreur symétrique de celles qui lui prêtent des vertus heurtant par trop le simple bon sens. Le trop-plein de justification dénoncé par Nietzsche dans la *Généalogie de la morale* peut à la rigueur être interprété comme l'expression d'une mauvaise conscience ou d'un manque de conviction dans la valeur des justifications en question, mais absolument pas comme une raison suffisante de considérer qu'aucune de ces justifications n'est acceptable par un esprit rationnel[106]. L'accumulation des mauvaises raisons d'une pratique ne suffit pas à prouver qu'elle n'obéit (ou ne peut obéir) à aucune bonne raison – même si ces mauvaises raisons peuvent, il est vrai, donner un mauvais tour à cette pratique. Le généalogiste nietzschéen ressemble parfois à celui qui, ayant trouvé que nous portons des vêtements avant tout par pudeur (« judéo-chrétienne » ?), en conclurait que ceux-ci ne protègent pas du froid – ou du moins que *ce ne peut être pour cela* que nous les portons. Mais il y a toujours plusieurs raisons pour lesquelles nous disons ou faisons quelque chose[107], et rien ne nous permet de décider *a priori* qu'une raison devrait l'emporter sur l'autre, encore moins au motif impossible à établir que celle-ci serait secrète ou

[104] Williams 2006, p. 19.
[105] Selon une habitude bien ancrée chez Nietzsche et Foucault. Cf. Foucault 2015, p. 233, et le commentaire de J. Bouveresse (2016, p. 119). Voir aussi Williams (2006, p. 53 *sqq.*) pour des éclaircissements sur la signification et la portée de la « généalogie ».
[106] Cf. Waismann 2000, p. 281 : agir pour plusieurs raisons hétérogènes et faibles prises individuellement, loin d'être une marque d'irrationalité, est la règle même de l'action, du fait que celle-ci exclut généralement la nécessité (cf. Williams 1981, p. 125).
[107] Wittgenstein 1992, p. 102.

honteuse[108]. On cache aussi des choses sans importance, et la philosophie ne peut se permettre de dire : « Naturellement, il doit en être ainsi »[109].

En vérité, la recherche d'un sens profond du *punir,* du côté d'une logique de l'expiation, ou de la dette (voir la contribution de Jérôme Ferrand[110]), ou encore de l'auto-affirmation du pouvoir de l'État, n'exclut nullement que la peine subie revête d'autres sens, c'est-à-dire tombe sous d'autres descriptions. La recherche du sens ne se confond pas avec celle de l'origine. Ne s'en pose pas moins le problème de l'intersection conflictuelle de *plans* de sens distincts (religieux, moral et politique), dont certains se réclament précisément des origines : c'est manifeste en particulier dans les cas de terrorisme ou de fanatisme religieux (voir à nouveau les contributions de David El Kenz et Paul Dhaeyer).

Nous avons conçu cet ouvrage et le colloque dont il est issu de sorte qu'ils ne fassent pas que témoigner de la persistance d'une question lancinante, mais qu'ils ouvrent de nouvelles perspectives d'élucidation. Les différents contributeurs ont ainsi ouvert et exploré des espaces théoriques et des champs empiriques, chacun à leur manière, en développant notamment ce qu'on pourrait appeler un sens *processuel* (Paul Dhaeyer), *structurel* ou *organisationnel* (Olivier Razac, Thibaut Slingeneyer), ou encore *expressif* de la peine. Les présentes contributions ne visant pas, en dépit de leur diversité, à épuiser le champ des questions posées ou à poser, cette énumération gagnera sans nul doute être complétée. Notre conviction est qu'il n'y a qu'à une série de questions claires que des réponses satisfaisantes peuvent être apportées, et ce qui

[108] Nietzsche et les bien nommés penseurs « du soupçon » affectionnent ce mode d'argumentation, lequel repose sur ce qu'on pourrait appeler le *sophisme du parent suspicieux*. Il fonctionne en deux temps : 1/ si plusieurs raisons (ou excuses) sont avancées, alors celles-ci doivent être fausses, et 2/ si elles sont fausses, c'est qu'elles sont destinées à en dissimuler une autre, inavouable ou très mauvaise. Or il faut des *raisons* de douter (Wittgenstein 2006, §4), des raisons *précises,* et non ces raisons aussi générales qu'impossibles à prouver que sont le « plaisir de faire souffrir » ou le « ressentiment » (Nietzsche 1971, p. 70). La question pénale met bien en évidence chez Nietzsche la tension, pour ne pas dire la contradiction, entre « perspectivisme » et « généalogie ».
[109] Wittgenstein 2008, §444, p. 107 et 2004, §599, p. 222.
[110] Cf. aussi Ferrand 2015.

cherche à s'élucider dans ces pages pourrait par conséquent se résumer à la question suivante : pour quelque chose qui n'est pas qu'un mot, qui comporte une dimension à la fois politique et intime, et qui n'est ni un énoncé ni un « fait brut »[111] mais bien une pratique humaine composite et avant tout réformable, que peut vouloir dire « avoir un sens » ?

[111] Abel 2005, p. 179.

Bibliographie

Abel 2005
ABEL (O.), « Sens et non-sens de la peine », *Études théologiques et religieuses,* 80e année, 2005/2, p. 177-187.

Adorno 2003a
ADORNO (T. W.), *Dialectique négative,* Paris, Payot, 2003.

Adorno 2003b
ADORNO (T. W.), *Minima moralia. Réflexions sur la vie mutilée,* Paris, Payot, 2003.

Ancel 1954
ANCEL (M.), *La Défense sociale nouvelle. Un mouvement de politique criminelle humaniste,* Paris, Cujas, 1954.

Anscombe 1981a
ANSCOMBE (G. E. M.), *« Under a description »,* in ANSCOMBE (G. E. M.), *Collected philosophical papers*, Oxford, Blackwell, 1981, vol. II, p. 208-219.

Anscombe 1981b
ANSCOMBE (G. E. M.), « On the source of the authority of the State », in ANSCOMBE (G. E. M.), *Collected philosophical papers*, 1981, vol. III, p. 130-155.

Anscombe 2002
ANSCOMBE (G. E. M.), *L'Intention,* Paris, Gallimard, 2002.

Arendt 1995
ARENDT (H.), *Qu'est-ce que la politique ?,* Paris, Seuil, 1995.

Aristote 1991
ARISTOTE, *Métaphysique*, Paris, Vrin, 1991, tome 1.

Augustin 1993
AUGUSTIN, *Les confessions,* Paris, Gallimard, 1993.

Austin 1962
AUSTIN (J. L.), *Quand dire, c'est faire,* Paris, Seuil, 1962.

Baier 1955
BAIER (K.), « Is punishment retributive ? », *Analysis,* vol. 16, n° 2 (1955), p. 25-32.

Béal & Delia 2017
BÉAL (C.), DELIA (L.) (dir.), *Le Sens de la peine, Rue Descartes. Revue du collège international de philosophie,* n° 93, 2017/3.

Benjamin 2000b
BENJAMIN (W.), « Sur le concept d'histoire », in BENJAMIN (W.), *Œuvres II,* Paris, Gallimard, 2000.

Besmond de Senneville 2014
BESMOND DE SENNEVILLE (L.), « Comment donner du sens à une peine de prison ? », *La Croix*, (28 mars 2014).

Bouagga 2015
BOUAGGA (Y.), *Humaniser la peine ? Enquête en maison d'arrêt,* Rennes, Publications Universitaires de Rennes, 2015.

Bouveresse 1973
BOUVERESSE (J.), *Wittgenstein : la rime et la raison. Science, éthique et esthétique,* Paris, Les Éditions de Minuit, 1973.

Bouveresse 2000
BOUVERESSE (J.), *Essais I. Wittgenstein, la modernité, le progrès et le déclin,* Marseille, Agone, 2000.

Bouveresse 2003
BOUVERESSE (J.), « La "causalité" des raisons », in BOUVERESSE (J.), *Essais III. Wittgenstein et les sortilèges du langage,* Marseille, Agone, 2003, p. 159-188.

Bouveresse 2004
BOUVERESSE (J.), « Qu'est-ce que s'orienter dans la pensée ? », in BOUVERESSE (J.), *Essais IV. Pourquoi pas des philosophes ?,* Marseille, Agone, p. 2004, p. 1-33.

Bouveresse 2016
BOUVERESSE (J.), *Nietzsche contre Foucault. Sur la vérité, la connaissance et le pouvoir,* Marseille, Agone, 2016.

Camus 2006
CAMUS (A.), *Œuvres complètes,* Paris, Gallimard, 2006, tome 2.

Descombes 2008
DESCOMBES (V.), *Philosophie du jugement politique,* Paris, Seuil, 2008.

Descombes 2007
DESCOMBES (V.), *Le Raisonnement de l'ours et autres essais de philosophie pratique,* Paris, Seuil, 2007.

Descombes 2013
DESCOMBES (V.), *Les embarras de l'identité,* Paris, Gallimard, 2013.

Durkheim 1967
DURKHEIM (É.), *De la division du travail social,* Paris, Puf, 1967.

Ferrand 2015
FERRAND (J.), « Temps mort. Généalogie de la prison comme peine, de la naissance du purgatoire aux errements du temps présent », *L'Irascible,* Revue de l'Institut Rhône-Alpin de Sciences criminelles, n° 5 (2015), p. 69-107.

Ferrand 2017
FERRAND (J.), « Brèves intempestives sur le sens de la peine saisi dans une perspective historique », in *Le Sens de la peine, Rue Descartes,* sous la direction de BÉAL (C.), DELIA (L.), n° 93, 2017/3, p. 8-27.

Foot 1978
FOOT (P.), *« Moral beliefs »,* in FOOT (P.), *Virtues and vices,* Oxford*,* Blackwell, 1978, p. 110-131.

Foot 2014
FOOT (P.), *Le bien naturel,* Genève, Labor & Fides, 2014.

Foucault 1975
FOUCAULT (M.), *Surveiller et punir,* Paris, Gallimard, 1975.

Foucault 1994a
FOUCAULT (M.), « Qu'appelle-t-on punir ? », in FOUCAULT (M.), *Dits et écrits*, Paris, Gallimard, 1994, tome IV, p. 636-646.

Foucault 1994b
FOUCAULT (M.), « Punir est la chose la plus difficile qui soit », in FOUCAULT (M.), *Dits et écrits*, Paris, Gallimard, 1994, tome IV, p. 208-210.

Foucault 1994c
FOUCAULT (M.), « Interview de Michel Foucault », in FOUCAULT (M.), *Dits et écrits*, Paris, Gallimard, 1994, tome IV, p. 688-696.

Foucault 2013
FOUCAULT (M.), *La société punitive. Cours au Collège de France (1972-1973),* Paris, Gallimard/Seuil, 2013.

Foucault 2015
FOUCAULT (M.), *Théories et institutions pénales. Cours au Collège de France (1971-1972),* Paris, Gallimard/Seuil, 2015.

Frize 2004
FRIZE (N.), *Le sens de la peine. État de l'idéologie carcérale,* Paris, Léo Scheer, 2004.

Garapon 2000
GARAPON (A.), in *Sens de la peine et droits de l'homme, Actes du colloque international inaugural de l'ENAP,* Paris, Publication du Ministère de la Justice, 2000.

Girard 2000
GIRARD (R.), « Les violences », in *Sens de la peine et droits de l'homme, Actes du colloque international inaugural de l'ENAP,* Paris, Publication du Ministère de la Justice, 2000.

Goldman, Huber & Rigollot 2012
GOLDMAN (S.), HUBER (P.), RIGOLLOT (G.), « Restaurer le sens de la peine pour mieux lutter contre la récidive », *Le Monde*, (24 avril 2012).

Hart 1959
HART (H. L. A.), « *Prolegomenon to the Principles of Punishment* », *Proceedings of the Aristotelian Society,* vol. 60, n° 1 (1959), p. 1-26.

Hegel 1998
HEGEL (G. W. F.), *Principes de la philosophie du droit,* Paris, Vrin, 1998.

Hobbes 1971
HOBBES (T.), *Léviathan,* Paris, Sirey, 1971.

Kaminski 2008
KAMINSKI (D.), « Prenez la peine d'adhérer : entre police du contrat et police de la responsabilité », in KAMINSKI, (D.) *Le pénal aujourd'hui : pérennité ou mutations*, Montréal, Centre International de criminologie comparée, 2008, p. 119-132.

Kant 1994
Kant (E.), *Métaphysique des mœurs*, Paris, GF-Flammarion, 1994 tome II. *Doctrine du droit.*

Kraus 2015
KRAUS (K.), *Pro domo et mundo*, Paris, Rivages, 2015.

Ladd 2018
LADD (K.), « Le Bien des règles : raisons de punir et modèle du jeu », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques,* vol. 80 (2018), p. 117-142.

Lévi-Strauss 1958
LÉVI-STRAUSS (C.), *Anthropologie structurale,* Paris, Plon, 1958.

Ludwiczak & Motte dit Falisse 2018
LUDWICZAK (F.), MOTTE DIT FALISSE (J.) (dir.), *Du Sens de la peine,* Paris, L'Harmattan, 2018.

Mingarelli 2003
MINGARELLI (H.), *Quatre soldats,* Paris, Seuil, 2003.

Nietzsche 2001
NIETZSCHE (F.), *Généalogie de la morale,* Paris, Gallimard, 2001.

Ost & van de Kerchove 1988
OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), « De la "bipolarité des erreurs" ou de quelques paradigmes de la science du droit », *Archives de philosophie du droit,* 33 (1988), p. 177-206.

Ost & van de Kerchove 2002
OST (F.), VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ?,* Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002.

Pascal 1963
PASCAL (B.), « Pensées », in PASCAL (B.), *Œuvres complètes*, Paris, Seuil, 1963.

Platon 1965
PLATON, *Criton,* Paris, GF-Flammarion, 1965.

Platon 1966
PLATON, *La République,* Paris, GF-Flammarion, 1966.

Platon 1967
PLATON, *Protagoras,* Paris, GF-Flammarion, 1967.

Poncela 2000
PONCELA (P.), in *Sens de la peine et droits de l'homme, Actes du colloque international inaugural de l'ENAP,* Paris, Publication du Ministère de la Justice, 2000.

Quinton 1954
QUINTON (A. M.), « On punishment », *Analysis,* vol. 14, n° 6 (1954), p. 133-42.

Ricœur 2013
RICŒUR (P.), « Interprétation du mythe de la peine », in RICŒUR (P.), *Le conflit des interprétations,* Paris, Seuil, 2013.

Russell 1969
RUSSELL (B.), *Signification et vérité,* Paris, Flammarion, 1969.

Salas 2005
SALAS (D.), *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal,* Paris, Hachette, 2005.

Saramago 1993
SARAMAGO (J.), *L'Évangile selon Jésus-Christ,* Paris, Seuil, 1993.

Saramago 1999
SARAMAGO (J.), *Tous les noms*, Paris, Seuil, 1999.

Saramago 2011
SARAMAGO (J.), *Caïn,* Paris, Seuil, 2011.

Schmitt 1992
SCHMITT (C.), *La notion de politique* suivi de *Théorie du partisan,* Paris, Flammarion, 1992.

Sellin 2017
SELLIN (J.), « Définir le sens de la peine : un travail de Sisyphe ? Le point de vue du juriste », in *Le Sens de la peine, Rue Descartes,* sous la direction de BÉAL (C.), DELIA (L.), n° 93, 2017/3, p. 120-126.

Spinoza 1966
SPINOZA (B.), *Traité politique,* Paris, GF-Flammarion, 1966.

Steiner 1991
STEINER, (G.) *Réelles présences. Les arts du sens,* Paris, Gallimard, 1991.

Taylor 2011
TAYLOR (C.), *L'Âge séculier,* Paris, Seuil, 2011.

van de Kerchove 2005
VAN DE KERCHOVE (M.), *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal,* Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2005.

van de Kerchove 2009
VAN DE KERCHOVE (M.), *Sens et non-sens de la peine,* Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2009.

Waismann 2000
WAISMANN (F.), *Volonté et motif,* Paris, Puf, 2000.

Williams 1981
WILLIAMS (B.), *« Practical necessity »,* in WILLIAMS (B.), *Moral Luck,* Cambridge, Cambridge University Press, 1981.

Williams 1990
WILLIAMS (B.), *L'éthique et les limites de la philosophie,* Paris, Gallimard, 1990.

Williams 1994
WILLIAMS (B.), *La fortune morale,* Paris, Puf, 1994. [NdA : le recueil intitulé *La fortune morale* ne reprend pas l'intégralité de *Moral luck.*]

Williams 2006
WILLIAMS (B.), *Vérité et véracité,* Paris, Gallimard, 2006.

Wittgenstein 1989
WITTGENSTEIN (L.), Remarques sur la philosophie de la psychologie, Mauvezin, TER, tome 1, 1989.

Wittgenstein 1992
WITTGENSTEIN (L.), *Leçons et conversations,* Paris, Gallimard, 1992.

Wittgenstein 1993b
WITTGENSTEIN (L.), *Remarques mêlées,* Paris, GF-Flammarion, 1993.

Wittgenstein 1996
WITTGENSTEIN (L.), *Le Cahier bleu et le cahier brun,* Paris, Gallimard, 1996.

Wittgenstein 2000
WITTGENSTEIN (L.), « Remarques sur *Le Rameau d'or* de Frazer », *Revue Agone,* n° 23 (2000).

Wittgenstein 2004
WITTGENSTEIN (L.), *Recherches philosophiques,* Paris, Gallimard, 2004.

Wittgenstein 2006
WITTGENSTEIN (L.), *De la certitude,* Paris, Gallimard, 2006.

Wittgenstein 2008
WITTGENSTEIN (L.), *Fiches,* Paris, Gallimard, 2008.

WITTGENSTEIN 2015
WITTGENSTEIN (L.), *Dictées à F. Waismann et pour M. Schlick,* Paris, Vrin, 2015.

Discours de Madame Nicole Belloubet, Garde des Sceaux et Ministre de la Justice, du 6 oct. 2017, en ligne, http://www.presse.justice.gouv.fr/archives-discours-10093/discours-de-2017-12856/presentation-des-chantiers-de-la-justice-30909.html, consulté le 15 février 2018.

Bulletin Officiel de l'Éducation Nationale 2014, B.O. n° 2014-081 du 18 juin 2014.

Journal Officiel de la République Française 1981, 1ère séance du 17 septembre 1981, p. 1135-1152.

PREMIÈRE PARTIE

FAIRE SENS

Les représentations sociales des peines en France : une approche par entretiens collectifs

Virginie Gautron
Maître de conférences (droit), Université de Nantes
et
Cécile Vigour
Chargée de recherches (sociologie politique), CNRS, Sciences Po et Université de Bordeaux - Centre E. Durkheim,

Nombre de parlementaires, de journalistes et d'essayistes affirment porter la voix des citoyens pour réclamer des peines plus fermes à l'égard des auteurs, leur exécution systématique et immédiate, ou encore la construction de centres de détention afin d'accueillir davantage de condamnés. Pour autant, rares sont les enquêtes approfondies qui permettent aux citoyens eux-mêmes de s'exprimer.

C'est l'enjeu de recherches réalisées lors des projets ManaJustice et JustiRep[1], que d'étudier le regard que les citoyens –

[1] Les entretiens collectifs auprès des citoyens ont été réalisés dans le cadre du projet ManaJustice, principalement financé par le Conseil Régional d'Aquitaine, et Sciences Po Bordeaux. Concernant le projet JustiRep « Les rapports des citoyens à la justice : expériences et fonctionnement », un questionnaire a été administré auprès du panel ELIPSS par le DIM-quanti (Sciences Po Paris) et l'analyse des résultats comparés est financée grâce au soutien de la mission de recherche Droit et Justice. L'équipe pluridisciplinaire comprend Cécile Vigour

et non seulement les justiciables – portent sur le système judiciaire (la police et la justice notamment). En rupture avec les enquêtes ponctuelles par sondage qui s'inscrivent principalement dans une perspective évaluative, il s'agit de reprendre le chantier de recherche pluridimensionnel initié par P. Robert et C. Faugeron (1973 et 1978), poursuivi par F. Ocqueteau et C. Diaz (1984 et 1989) et largement délaissé depuis, à l'exception de N. Languin et *al*. (2004 et 2006)[2]. Conçu par une équipe pluridisciplinaire associant politistes, sociologues et juristes, le protocole de recherche adopté ici combine aussi approches qualitatives et quantitatives, sans se limiter à la justice pénale. Nous avons d'abord constitué et animé 17 entretiens collectifs (ou *focus group*) en France, entre novembre 2015 et juin 2017, auprès de citoyens « ordinaires ». L'analyse porte sur les points d'accords, les lignes de fracture et dynamiques d'échange observé au cours des entretiens[3]. Puis nous avons adapté la trame d'entretien semi-directive, sous la forme d'un questionnaire d'une demi-heure administré en janvier 2018 auprès d'un panel aléatoire de 2 800 Français, à l'aide d'une tablette. Les entretiens couvrent de nombreuses thématiques : les rapports ordinaires au droit et à la justice[4] ; les fonctions et rôles de la justice ; le fonctionnement du système judiciaire par rapport aux attentes des citoyens ; la fabrique du jugement ; justice, inégalités et domination (controverses autour d'une « justice de classe », d'une « justice genrée », …) ; (im)partialité de la justice ; les images de la justice et les sentiments qui y sont liés...

Ce chapitre se focalise sur une seule dimension – les représentations sociales des peines et la pluralité des finalités que leur attribuent les citoyens. Il se situe à l'articulation de deux significations du mot sens : le sens social et politique de la peine d'une part, son vécu par l'auteur, les victimes et leurs proches d'autre part. Ce chapitre met aussi à jour certaines situations dans

(coordinatrice des projets), Bartolomeo Cappellina, Laurence Dumoulin, Jacques Faget et Virginie Gautron. Elle incluait aussi en 2015-2016 Pierre Vendassi (qui a notamment constitué les groupes d'entretiens collectifs) et Martine Kaluszynski.

[2] Ainsi qu'en attestent les revues de la littérature de Dubouchet 2004 et Robert 2005.

[3] Duchesne & Haegel 2004a et 2004b ; Barbour et *al*. 2002.

[4] Vigour & Dumoulin 2017.

laquelle la peine ne fait pas sens parmi les citoyens. Le chapitre ne vise pas à présenter une typologie des modèles de représentations sur les sens et les finalités sociales de la peine. Néanmoins, il part du postulat selon lequel les représentations sociales concernant les sens de la peine sont intrinsèquement liées aux rôles attribués au système judiciaire, aux schémas de lecture de la délinquance, de ses causes, mais aussi au regard que les citoyens portent sur les pratiques des acteurs du système pénal. L'analyse des entretiens collectifs porte ainsi principalement sur les relations et l'articulation entre ces dimensions. Si des décomptes ponctuels permettent de situer l'importance relative des différentes rationalités pénales pour les enquêtés, il ne s'agit pas de sombrer dans ce que P. Robert et C. Faugeron qualifient de « remord quantitatif », dans un ouvrage qui demeure aujourd'hui encore une référence-clé sur le plan analytique et méthodologique[5]. En effet, cette façon d'opérer conduit à « postuler des catégories non ambiguës, univoques et à laisser de côté le système relationnel qui organise ces unités et qui seul importe »[6]. Or les discours des enquêtés dévoilent des contradictions bien difficiles à déchiffrer, notamment entre ce qu'ils expriment de façon générale sur le fonctionnement de la justice, les peines, leurs finalités, et ce qu'ils disent lorsqu'ils sont confrontés à des cas plus concrets (extraits d'un film documentaire ou cas fictifs soumis à la discussion, cf. encadré 1).

Puisque le travail d'analyse des entretiens collectifs n'est pas encore achevé, nous formulerons ici des hypothèses autour des questions suivantes. Comment s'articulent rationalités pénales, sens des peines et jugements sur le fonctionnement général du système pénal ? Quelles représentations les enquêtés ont-ils des peines de manière générale et confrontés à des cas précis ? Comment expliquer les décalages importants qui se font jour en la matière ? Comment collectivement, à partir de leurs propres catégories et d'arguments construits politiquement et médiatiquement, les participants s'interrogent-ils pour établir ce qu'est une peine juste ? Certaines variables et caractéristiques des enquêtés (profession et stabilité de l'emploi, sexe, orientation

[5] Robert & Faugeron 1978.
[6] Robert & Faugeron 1978, p. 59.

politique) sont-elles discriminantes pour comprendre les différences de représentation ? Dans une première partie, nous montrerons à quel point les enquêtés s'accordent sur les finalités plurielles assignées à la peine. Ils ne soulignent pas tant les tensions que la complémentarité entre ces finalités. Puis nous mettrons en évidence des perceptions différenciées de la capacité du système pénal à atteindre ces objectifs socialement valorisés.

Encadré 1

Étudier le regard que portent les Français sur l'institution judiciaire

Les 17 groupes d'une durée de 3 heures ont réuni 80 personnes. Conduits par l'équipe ManaJustice, ces entretiens collectifs visaient à saisir les représentations ordinaires de la justice, des juridictions et de leur fonctionnement en France – le cas échéant, leurs expériences de la justice. Les participants n'ont pas été recrutés par une société de sondage, afin d'éviter les habitués des *focus groups*, mais directement par annonce. Chaque participant a reçu un chèque-cadeau de 40 euros en remerciement.

Les entretiens collectifs ont été constitués de façon à explorer la diversité des représentations en fonction de trois principales variables : les milieux sociaux (ouvriers, employés ou travailleurs précaires vs. professions intermédiaires et cadres), le fait d'avoir eu ou non affaire aux tribunaux, et le type de juridiction expérimentée (civile ou pénale ; dans ce dernier cas, les groupes comportaient aussi bien des auteurs, des victimes ou leurs proches, des jurés de cour d'assise que des témoins), en veillant à un équilibre du point de vue du genre, de l'orientation politique et dans une moindre mesure de l'âge du fait d'une sous-représentation des plus de 60 ans (cf. annexe 1). Le protocole de recherche a ainsi permis de reconstituer des groupes sociaux relativement homogènes.

L'enjeu a été de croiser les conceptions globales de la justice et des avis sur des affaires précises. C'est pourquoi la trame d'entretien comporte trois séquences.

Les entretiens collectifs commencent par une discussion générale (1h20), la moins directive possible, depuis leurs représentations générales – « qu'est-ce que la justice pour vous ? » – jusqu'à celles des tribunaux et des professionnels qui y concourent, en reprenant l'ordre dans lequel les enquêtés les citent.

Une deuxième étape (40 minutes) consiste dans le visionnage, puis la discussion de trois extraits du documentaire *Aux marches du Palais* réalisé par C. de Bragança en 2004 (8 minutes). Ce film montre des cas précis et diversifiés relevant de la justice pénale et civile ; et la diversité des professionnels intervenants : le suivi d'un homme interpellé depuis son déferrement devant la substitute du procureur par la police, jusqu'à l'audience et au prononcé de la décision par le tribunal correctionnel ; un extrait d'une audience dédiée aux contestations d'infractions routières lors de laquelle le juge explique le sens de la peine à un condamné ; un extrait d'une audience aux affaires familiales montrant les interactions entre les conjoints, les avocates et la juge. Les animateurs demandent alors : Les extraits correspondent-ils à l'image que les participants se font de la justice, des juges et avocats ? Font-ils écho à leur(s) propre(s) expérience(s) ?

La troisième phase (50 minutes) consiste en l'imagination de *scenarii* sur des cas concrets de la vie quotidienne, auxquels les participants ou leurs proches peuvent avoir été confrontés. Le début d'une histoire est proposé, que les participants complètent.

- Le premier cas (conflit de voisinage), discuté collectivement, porte sur le recours ou non à la justice par rapport à d'autres modes de régulation sociales ; il incite les enquêtés à parler des intermédiaires en droit et des facteurs qui orientent leurs choix. Les consignes sont les suivantes : d'abord : Qu'est-ce qu'il faudrait faire pour résoudre ce conflit ? Qui devrait intervenir ? Ensuite : Dans quel cas, vous semblerait-il légitime de faire appel à la justice dans un tel conflit ?

- Les deuxième et troisième cas sont complétés en sous-groupes de deux ou trois participants, suivis d'un débat avec tout le groupe. Les consignes sont les suivantes : Qu'est-ce qui se passe ensuite ? Qui intervient ? D'après vous, quelle sera la sanction ? Dans un monde idéal, quelle devrait être la sanction ? Le deuxième cas correspond à une conduite en état d'alcoolémie – l'une des infractions les plus fréquentes en France. Un chauffeur-livreur, 30 ans, marié et père de deux enfants est arrêté au volant avec trois fois plus d'alcool dans le sang que le maximum autorisé ; il reconnaît les faits sans protester. Dans le troisième cas, des jeunes sont pris en flagrant délit alors qu'ils dégradent des voitures ; ils reconnaissent en avoir dégradées d'autres antérieurement.

Les points de vue des participants sur les peines, proviennent de réponses à la question « qu'est-ce que la justice pour vous ? », d'échanges entre les membres du groupe dans la première phase générale, relativement aux cas fictifs ou tirés du documentaire. À partir des retranscriptions, nous avons thématisé les passages où les participants parlaient des peines : finalités, complémentarités, contradictions et limites ; critères mobilisés pour définir une peine… Puis nous avons identifié les caractéristiques socio-politiques des personnes qui s'étaient exprimées. Enfin, nous avons étudié ce qui suscitait un consensus ou des désaccords dans le groupe, en essayant de comprendre les logiques de prise de position publique.

I. La peine : des finalités plurielles socialement partagées

Parmi les 80 participants aux focus groups, 67 ont tenu des propos permettant de saisir précisément les finalités qu'ils attribuent à la peine, soit quatre cinquièmes. L'ensemble des rationalités pénales recensées dans la littérature scientifique apparaissent : rétribution, dissuasion, protection de la société et de l'ordre social, réparation et amendement du condamné, sans que l'on puisse identifier, à quelques exceptions, de forts et nets clivages selon les positions sociales ou les orientations

idéologiques. L'influence modérée des déterminants identitaires et sociaux a été posée par les chercheurs[7].

1. Une finalité rétributive

Une finalité rétributive, qui consiste à « compenser » le mal infligé à travers l'infraction en attribuant en retour un mal équivalent[8] sous la forme d'une peine, apparaît régulièrement dans les discours des enquêtés (environ deux fois sur cinq, soit 33 personnes). Cette finalité est plus souvent mise en avant par des hommes (18 sur 37 *vs.* 14 femmes sur 43), surtout lorsqu'ils sont issus de milieux populaires ou intermédiaires. Mais cette dimension n'est pas univoque. C'est « l'œuvre de vengeance » évoquée par E. Durkheim, au niveau social, à distinguer de la fonction expiatoire qui se réfère au niveau individuel.

Beaucoup envisagent la peine comme un mal nécessaire, seul à même de garantir l'ordre social, d'assurer effectivement l'autorité de la loi et la force des interdits. La justice doit faire prendre conscience de la « faute » commise (selon Virginie du groupe G7[9]) en rappelant certains principes (Guy G8) : « [avec la peine] on lui aura démontré [à l'auteur], que dans une vie en société, y a des choses qui ne se font pas. » De même, Véronique (G12), au sujet de son propre fils incarcéré, juge la peine légitime, au motif qu'il est nécessaire de le sanctionner, et de lui rappeler la loi :

> « La peine, je la voulais. Alors là, la peine, je la trouve normale. Il a fait une bêtise que je trouve dégueulasse. Donc, bien sûr qu'il fallait le punir, évidemment qu'il fallait le punir ! […] Le droit] C'est ce qui représente les conduites à suivre. […] La justice, c'est la loi, ce qui fait appliquer la loi, et la loi, ça ne se discute pas. Quand on dit à quelqu'un qu'il a enfreint la loi, ça se discute pas, c'est comme ça ! »

[7] Languin 2004, par contraste avec les enquêtes de Robert & Faugeron 1978, puis de Ocqueteau & Diaz 1989 et 1990, sur la base d'enquêtes menées dans des décennies aux clivages sociaux plus marqués.
[8] van de Kerchove 2005 ; Debuyst *et al.* 1995 et 1998 ; Garapon *et al*. 2001.
[9] Tous les prénoms, et certains détails ont été modifiés pour garantir l'anonymat des propos. Le numéro du groupe est mentionné par l'expression Gx.

La peine constitue aussi pour certains le « symbole conventionnel d'une réprobation publique » [10]. Reprenant régulièrement les propos d'un juge dans l'extrait de documentaire diffusé, selon lequel « une peine, c'est fait pour peiner », plusieurs participants considèrent que le châtiment doit *a minima* « embêter » (Suzanne G6), « gêner » (Édith G16). C'est ce qui explique le très faible crédit accordé au sursis simple, du moins lorsqu'il s'agit d'un sursis total, car la sanction paraît alors purement symbolique, sans générer le moindre désagrément. La peine comprend pour quelques-uns une dimension infamante, la justice permettant de désigner les « méchants » (Virginie G7), de susciter de la honte. Ainsi, Monique, du groupe 13, suggère que les condamnés à un travail d'intérêt général portent un gilet orange permettant de les identifier comme tels. Parfois pointe également un désir d'expiation, mais qui se confond avec une visée réparatrice, symbolique.

La dimension rétributive de la peine est notamment visible dans les échanges des participants sur la légitimité des peines, et leur proportionnalité selon la gravité des faits. Par exemple, lorsqu'ils évaluent cette gravité à l'aune des risques pour la vie et l'intégrité physique d'autrui, les enquêtés ne sont pas tous d'accord sur les risques respectifs posés par l'usage d'une arme prohibée dans un espace public, ou la conduite en état alcoolique, et partant sur le degré de sévérité à privilégier dans les réponses pénales. Ainsi en est-il dans le groupe 3, constitué de sept personnes issues de professions intermédiaires (dont 5 se situant à gauche) qui ont une expérience de la justice civile. Alors que l'utilisation d'une arme semble beaucoup plus grave à Magali, de leur côté, Martian et Chantal jugent la probabilité d'un accident de la route mortel plus importante, méritant donc une sanction plus sévère, tandis que Nathalie ne perçoit aucune différence sur ce plan entre les deux comportements (cf. encadré 2). Il n'y a pas de réel dialogue, vu que chacun campe sur ses positions, même si Magali et Martian partagent une même crainte de la prison (cf. section suivante).

Toutefois, si cette visée rétributive se tourne essentiellement vers le passé, comme le signifie sa définition littérale (« attribuer

[10] J. Feinberg cité *in* van de Kerchove 2005, p. 29.

en retour »[11]), les enquêtés se réfèrent davantage aux fonctions de dissuasion, de protection et d'amendement moral, abordées par les théories utilitaristes.

Encadré 2

Proportionnalité des peines et gravité de l'infraction

Entretien collectif 3

- Magali (s'adressant au deuxième sous-groupe) : Ceci dit, je vous trouve beaucoup plus durs pour quelqu'un qui a bu une première fois, que celui qui se baladait avec son fusil. Le fusil, moi je suis beaucoup plus…

- Martian : En termes de gravité, même s'il n'a rien fait, il [le chauffeur en état d'alcoolémie] aurait pu tuer quelqu'un, gravement.

- Magali : Mais avec le fusil, c'était beaucoup plus évident**.**

- Chantal : Mais là il est dans la voiture, tu vois ce que je veux dire ?

- Martian : Y a plus de risques de tuer quelqu'un dans cette situation.

- Magali : Sous l'effet de la colère, il aurait pu…

- Nathalie : Pour moi, c'est pareil.

2. Une finalité dissuasive

L'approche rétributive s'articule régulièrement avec une finalité dissuasive, qui apparaît environ une fois sur trois (25 personnes). Elle associe prévention générale et spéciale.

[11] van de Kerchove 2005.

D'un côté, la peine remplit une fonction d'intimidation collective, grâce aux espérances placées dans la « peur de la sanction », qu'ils déduisent le plus souvent de leur propre appréhension de la prison, comme Emeline, Martian et Magali (G3 ; cf. encadré 3).

Encadré 3. La finalité dissuasive de la peine

Entretien collectif 3

- Martian : En fait, depuis que je suis petit, j'ai toujours peur, je vais porter plainte, je vais finir en prison. C'est très dissuasif en fait.

- Magali (en riant) : Ben tant mieux !

- Emeline : Je veux pas être hors la loi parce que je veux surtout pas être en prison. Surtout pas qu'on m'enlève ma liberté !

- Magali : Moi c'est pareil. La prison, ça me fait super peur. Le cauchemar c'est « vous rentrez en prison, vous avez pas le droit de prendre vos affaires » ; ça, c'est une horreur.

De l'autre, la prévention spéciale, tournée vers le condamné et destinée à éviter la réitération, est un peu plus souvent portée par les classes populaires, dont 7 personnes favorables à la réintroduction de la peine de mort pour garantir la force dissuasive des interdits (6 d'entre elles sont ouvriers ou employés de maison, et 3 en souhaitent la mise en œuvre). Eric, dans le groupe 10, insiste particulièrement sur ce processus :

> « Ca commence toujours par un petit truc. Et si ce petit truc est pas soigné et calmé, eh bien, ça devient de plus en plus grand et ça devient quelque chose de gros. [… L'homme qui a tiré deux coups de fusil en l'air suite à une dispute] Il faut quand même qu'il y ait ça, même si la peine est lourde. Il faut quand même qu'il save

> [sic], pour pas recommencer parce qu'il va pas comprendre [sinon], et un jour retomber dans la même situation, et c'est là où il va tuer quelqu'un. Et c'est là où il faut éviter ces choses-là. »

Le caractère dissuasif est davantage mis en avant par les hommes que par les femmes (15 hommes contre 10 femmes). Il est aussi plus présent chez les enquêtés issus de milieux populaires ou intermédiaires que chez les plus favorisés (respectivement 13 sur 30, 8 sur 21, 4 sur 29). À la différence de la rétribution un peu plus souvent évoquée par les enquêtés de gauche ou qui ne s'identifient à aucun parti, la dissuasion est davantage évoquée par ceux qui se déclarent à droite ou proches d'aucun parti, que chez les participants de gauche (9 sur 23, 10 sur 25 et sur 5 sur 30).

3. Une fonction de protection et de réparation

Les fonctions de protection de la société (1 personne sur 5, soit 15 enquêtés), de réparation (1 sur 5 également), ainsi qu'une visée thérapeutique apparaissent un peu plus souvent dans le discours des femmes. La réparation peut être pécuniaire, à la mesure du préjudice, mais aussi symbolique, pour « rééquilibrer la balance » (Marion G9). Les catégories sociales intermédiaires et les plus modestes semblent également plus attachées à ces fonctions protectrice et surtout réparatrice, plus sensibles sans doute aux conséquences d'un préjudice matériel pour les moins favorisés. La réparation est aussi plus fréquemment avancée par les enquêtés proches d'aucun parti ou ceux qui se positionnent à droite. La protection se confond parfois avec une rationalité rétributive, lorsque l'enfermement à vie est justifié à l'aune du préjudice de la victime dans le cas de graves atteintes aux personnes.

Le fait que la peine soit au fondement du contrat social et du lien social d'une part, du lien civique d'autre part, est souvent mis en relation avec sa finalité protectrice. Les termes de contrat et de lien social sont rarement utilisés (6 enquêtés). Mais quand c'est le cas, c'est surtout afin de protéger la société et de préserver « l'équilibre social » (4 personnes) ; pour un participant, la référence au contrat social se réfère à la fonction punitive (« la définition de la justice, c'est punir les infractions à la loi, aux

contrats sociaux [sic] », selon Denise G1). Une seule fois, une enquêtée (Olivia G5, qui a fait des études de droit) explique le sens de l'aménagement des peines comme l'occasion de créer un lien social suffisamment fort avec le condamné pour que ce dernier ne recommence pas. Un enquêté sur 7 situe explicitement la peine quant aux liens entre un auteur et la société. La référence à la « société » revêt jusqu'à sept significations distinctes (un enquêté mentionnent deux d'entre elles, et un autre les sept[12] ; cf. encadré 4). Dans l'échange présenté ci-dessous qui les explicitent, deux des quatre participants qui ont été confrontés à la justice pénale, interviennent à titre principal[13]. Alain est un ancien détenu et père d'un commissaire de police. La soixantaine, il se pose en « sage » tout au long de l'entretien et est perçu comme tel par les autres participants. Tout en défendant son point de vue qu'il présente comme celui de la société, il présente des arguments *pro* et *contra* par rapport aux positions avancées par les autres. De son côté, Géraldine est très marquée par sa première expérience de la justice dont elle retient le caractère protecteur lors du jugement de son agresseur, un sans-domicile fixe. Elle s'exprime à plusieurs reprises en faveur de la légitimité à se faire justice soi-même quand son intégrité ou celle de ses proches (enfants) est menacée ou atteinte. Par son mode de raisonnement, Alain s'efforce de dépasser leurs divergences par la recherche d'un terrain commun d'entente, incluant les autres participants.

La quasi-totalité des occurrences du mot citoyen (une par entretien, soit un cinquième des participants) se réfère aussi à la finalité de protection : « la première fonction du droit pénal, c'est pas de sanctionner, c'est […] de protéger les citoyens […] des personnes dangereuses » (Morgane G2 ; Martian G3). L'enjeu est que « chacun puisse vivre en sécurité et en bonne intelligence » (Valentin G12), afin d'éviter que « la loi du plus fort l'emporte » (Guy G8 et Yael G14). « Le rôle de l'État » est « d'assurer la sécurité et le travail. [Or] il n'y a ni la sécurité ni le travail ! »

[12] Dans cet entretien, le terme « société » est utilisé 38 fois, presque toujours par le même participant, alors qu'il n'est ailleurs jamais utilisé plus de sept fois.
[13] Groupe 15 constitué de deux ouvriers, d'une employée et d'une personne exerçant une profession intermédiaire.

(Alain G13)[14]. Au-delà de cette finalité socio-politique de protection, à laquelle les participants des milieux populaires ou de classe moyenne expriment particulièrement leur attachement, un dernier enjeu, plus individuel, s'affirme.

Encadré 4

La multiplicité des liens entre la peine, la société et les auteurs

Entretien collectif 15

- Géraldine : C'est une dame, on a parlé de son affaire à la télé, qui a tué son mari parce qu'elle était battue, etc. [référence à Jacqueline Sauvage, graciée par le président de la République quelques jours avant l'entretien] Et là, comme par hasard, oh, monsieur Hollande a décidé de la libérer pour la grâce présidentielle. Depuis le temps pourtant, ça me paraissait d'une logique implacable. C'est pour ça et de par mon expérience avec la justice, voilà, pour moi la justice aujourd'hui, on en a besoin ; mais pour moi, elle est mal faite et y a trop de dysfonctionnements.

- Animatrice : Par rapport à cette affaire, la grâce présidentielle aurait dû intervenir plus tôt ? Ou c'est les juges qui auraient dû prendre d'emblée…

- Géraldine : Les juges, qui auraient dû prendre d'emblée cette décision. Je comprends même pas qu'il y ait eu un procès.

[14] Trois autres dimensions du lien constitutif entre la peine et le politique, sont présentes dans les entretiens collectifs. Le sens civique de la peine est explicite dans le cas du « jury populaire » où « les gens du peuple » rendent la justice (Dominique G9) ; Laure (G4) et Pascal (G9) l'associent à la « démocratie », à l'instar du droit de toute personne à être défendue ; Azedine (G16) parle d'un « devoir civique ». La dimension civique est aussi présente dans la grâce que le Président de la République peut accorder à un condamné (G13 et 15). Enfin, certains enquêtés regrettent que leurs attentes à l'égard du système pénal ne soient pas prises en compte : « Mais les simples citoyens comme nous, les gens d'en bas, quand ils voient des choses comme ça, mais ils en ont marre. Ils en ont marre de payer - parce que quelque part, la justice, c'est nous qui la payons - de payer pour des gens comme ça ! » (Fabrice G17).

- Alain : Mais, y a le fait quand même que cette personne ait ôté la vie à quelqu'un. Donc il faut quand même que le peuple, qui est représenté par les juges statuent. C'est-à-dire *la société elle-même, à une époque donnée, ne peut pas permettre certains faits, la société ne le permettra pas* et donc la justice est un contre-pouvoir. [...] En tant qu'être humain, victime et en étant femme, vous avez donc une opinion. […] (Se tournant vers Anthony) Justement, vous parliez d'empathie…

- Anthony : C'est exactement ça.

- Alain : […] dans ce cas bien particulier, *cette femme-là elle a, normalement, souffert. Mais a-t-elle le droit de supprimer la vie à quelqu'un ?* Si on regarde par rapport à cette personne même, on dit « elle a le droit ». Mais *par contre, si on regarde par rapport à la société, on se dit que personne n'a le droit de tuer. Sinon la société elle tourne comment ? À l'anarchie.* […] Tu as le juge lui-même, il est indépendant. Le procureur représente le ministère public qui lui, représente la société. Donc il défend l'intérêt de la société, plus que de la victime. Lui le juge, il se réfère, par rapport au Code civil, le Code pénal, le Code du commerce… bon, *les lois qui ont été votées par les représentants du peuple*. Le juge, il statue en son âme et conscience, par rapport à un Code, à la loi. Ce qu'il y a, c'est que lorsqu'il y a un article de loi, il y a toujours les cas de jurisprudence, *la loi évolue selon les conditions de la société*, etc., mais elle est mise à jour toutes les années. Y a le Dalloz qui est mis à jour. Mais le juge n'est pas dépendant du procureur. Vous dites qu'ils sont d'accord. C'est parce que *le procureur représente la société, les intérêts de la société, que c'est la société qui a décidé d'une loi commune.* Donc il se réfère à cette loi, et le juge lui, il est chargé de faire appliquer la loi. [….] Je parlais de la carotte et du bâton, c'est-à-dire, une personne qui rentre en prison, en étant en préventive, c'est-à-dire en n'étant pas jugé, il a la possibilité d'aller à l'école. Donc, s'il fait cet effort d'aller à l'école, il sera bien noté et il pourra avoir des remises de peine lorsqu'il sera condamné.

- Anthony : C'est-à-dire suivre des cours en prison ? Ça, je savais pas.

- Alain : Donc c'est pour ça que je disais, c'est intéressant, parce que *c'est bénéfique pour la société.* […] *Il faut la punition, parce*

qu'on n'était pas dans les clous de la société, et il faut également encourager les gars à entrer dans la société. Justement le gars, il aura plus envie de retourner en prison. […]

- Clothilde : Et qu'est-ce que tu fais des gens qui ne veulent pas s'en sortir ? […]

- Alain : Justement, pourquoi ils ne veulent pas s'en sortir ? C'est parce qu'ils ne trouvent *aucun intérêt à être dans cette société*. Donc il faut leur faire comprendre, qu'ils ont un intérêt, que chacun apporte quelque chose à la société et que la société dans ce cas-là lui apportera [quelque chose], en étant dans les clous. Mais c'est très dur parce que des gens qui ont été élevés par exemple dans l'économie parallèle […] Parce *qu'il faut que quelqu'un soit écarté de la société s'il est dangereux pour la société, donc il faut qu'il y ait des peines de prison.*

[… concernant le cas de dégradation] : Donc travail d'intérêt général. *Qu'ils réparent par rapport à la société et par rapport aux plaignants.* Travail d'intérêt général et plus obligation d'indemniser les victimes.

4. Une transformation morale du condamné

L'objectif principal de la peine est de produire une transformation morale du condamné. Pour plus de 3 enquêtés sur 5 (45 personnes), sans distinction significative de genre, de catégories socio-professionnelles ou d'orientations politiques, le but de la peine est de faire changer le délinquant pour qu'il respecte les normes pénales à l'avenir. Pour reprendre l'analyse de N. Languin et son équipe, la conception dominante est « *prospectiviste* »[15]. Tournée vers le futur, la peine doit engager un

[15] Languin *et al.* 2004 concluent que le prospectivisme est la conception dominante, que partage près de la moitié de leur échantillon de la population suisse. Les finalités de la peine reposent sur une vision plutôt optimiste de la condition humaine. L'idéal de la réinsertion justifie la sanction pénale. Rendre justice a du sens en tant que projet tourné vers le futur et orienté vers l'amélioration du condamné. La criminalité, pensée comme partie intégrante de la société, n'est réservée à aucune catégorie particulière, mais expliquée par des

processus réhabilitatif. Ici, il est toutefois bien plus souvent question d'amendement moral que de réinsertion sociale. De plus, la peine serait réhabilitative par elle-même, sans que soient évoquées les modalités psychiques de ce processus.

La fonction de la peine est d'abord pédagogique. Il s'agit d'une pédagogie de la loi, du sens des interdits. Différant de la fonction durkheimienne de la peine qui est de maintenir intacte la vitalité de la « conscience commune », elle doit permettre une prise de conscience de la gravité des faits, faire réfléchir sur le passage à l'acte et « inculquer des valeurs » (Olivia G5). C'est la raison pour laquelle les participants plébiscitent les stages, le travail d'intérêt général (TIG), d'autant plus légitimés que coexiste une vision négative de l'enfermement chez près d'un tiers des enquêtés (23), plus souvent parmi ceux qui se déclarent de gauche (10) ou sans parti (9), contre 3 à droite[16]. Cet objectif pédagogique n'exclut pas une dimension rétributive, mais sous une forme plus concrète. En effet, ces mesures apparaissent également comme une façon de payer concrètement sa dette[17], le contenu des TIG ou des stages proposés étant systématiquement rapportés à la nature des faits qui justifieraient cette peine : dans un garage pour le cas fictif de dégradation, un service de grands blessés concernant la conduite en état alcoolique ; un stage de sensibilisation aux dangers de l'alcool ou de la violence. Le TIG est en outre perçu comme un moyen de

facteurs socio-économiques (inégalités…). La peine est vue comme un moyen pour atteindre un objectif (peine à rationalité « prospective » : Poncela 2001) ; elle est liée au fait que l'individu est un être humain vulnérable ; le soigner vise à restaurer la cohésion sociale puisqu'il appartient à la communauté politique. Ce groupe se caractérise globalement par une faible punitivité, et par une préférence pour des peines alternatives à l'emprisonnement.

[16] En revanche, on n'observe pas de différence selon le genre, la catégorie socio-professionnelle. 6 enquêtés seulement se réfèrent à une « prison 4 étoiles », tous issus de milieux populaires et dont 4 femmes.

[17] Onze enquêtés dans 10 groupes évoquent l'image de la dette (cf. aussi le chapitre de J. Ferrand, dans cet ouvrage) : sept se réfèrent au fait que l'auteur « a payé » dès lors qu'il a purgé sa peine, tandis qu'un participant mentionne que, dans les cas de délits sexuels supposés, « l'entourage paie autant que ceux qui sont en prison » en raison de « l'étiquette » accolée à l'auteur. D'autres soulignent que, « pour des faits identiques, un étranger paierait plus cher » (Christine G8) et que les étrangers qui n'ont pas commis de délits, « paient » pour celles et ceux qui en commettent (Eric G10). Enfin, il est aussi fait référence au fait de « payer de sa personne » en effectuant un TIG (Azedine G16).

rééducation par le travail, en valorisant le goût de l'effort, en inculquant le respect des horaires et des ordres hiérarchiques.

Cet objectif pédagogique est d'autant plus mis en avant que nombre d'enquêtés attribuent le passage à l'acte à une société anomique, alimenté par un défaut d'éducation parentale. Dans cette perspective, les explications des juges à l'audience sur la peine, sur ses fonctions et ses raisons, leur semblent aussi importantes que la peine elle-même. Pour parler de leurs attentes envers les juges, il n'est pas rare que les participants mobilisent l'image d'une figure paternelle ou maternelle, ou celle d'un instituteur à l'égard d'un élève. Ainsi en est-il d'Alain (G15) :

> « Le principe éducatif quand on a des enfants. À un enfant, on lui fait comprendre qu'il a du bénéfice à nous obéir. Lorsqu'il ne nous obéit pas, y a une sanction. Bon, eh ben la société, c'est pareil. Elle fait comprendre à l'individu, qu'il a intérêt à être dans la société. Il sort des clous, il est puni ! »

Enfin, sous l'angle de la réadaptation des condamnés et aux fins de réintégration dans la communauté, même les soins, évoqués près d'une fois sur trois (23), ne visent pas tant la guérison d'une pathologie, qu'une réflexion sur le passage à l'acte, aux fins de prise de conscience de la gravité des faits. Pour ces enquêtés, plus souvent des femmes (16) et très rarement des personnes issues de milieu populaire, la thérapie vient en soutien de l'amendement moral.

En revanche, la réinsertion sociale apparaît plus rarement dans les propos des enquêtés, une fois sur cinq seulement (15), un peu plus souvent parmi les plus insérés (9 sur 15). Les participants mentionnent alors le suivi d'une formation professionnelle et un accompagnement pour accéder à l'emploi (G9), notamment comme moyen d'éviter le désœuvrement, et de donner un sens à leur vie en reprenant confiance en eux (par exemple, G10). L'invisibilité sociale du travail socio-éducatif est à mettre en relation avec l'inflexion du référentiel pénal depuis le milieu des années 1990, qui délégitime les dispositifs de resocialisation pour vanter les

mérites de l'emprisonnement, qui constitue la peine de référence dans les représentations sociales et politiques[18].

Autant les participants multiplient les références au TIG et aux stages, autant le sursis avec mise à l'épreuve (SME) est quasiment absent dans leur discours ou leurs propositions de peine dans les cas fictifs. Ils ne différencient guère SME et sursis simple ; surtout, ils ne perçoivent pas l'accompagnement social que le SME permet. Les aménagements de peine sont souvent envisagés comme un cadeau et non comme une réintégration progressive et accompagnée dans la société (un enquêté sur 8, soit 10 participants, partagent cette vision, dont 5 issus de milieu populaire et 4 de professions intermédiaires). À l'identique, si la finalité pédagogique assignée aux peines alternatives est fortement valorisée, celles-ci ne constituent pas toujours à leurs yeux une « véritable peine », mais plutôt son complément. Il s'agit d'une deuxième chance souvent réservée aux primo-délinquants.

Le sursis, critiqué lorsqu'il est total, devient alors nécessaire en surplus, car seule la menace de l'emprisonnement bénéficierait d'une véritable force dissuasive. Dans les cas fictifs, certains ont ainsi ajouté un sursis aux peines alternatives proposées, pour « marquer le coup » (Laura G11, Julian G1) « poser une vraie barrière à la délinquance » (Anthony G8), faire peser une « épée de Damoclès » sur le condamné (Christine G8).

Les finalités assignées à la peine ne sont donc pas exclusives les unes des autres et se cumulent souvent. L'association la plus fréquente est celle de la pédagogie à l'une des autres finalités mentionnées.

II. Des perceptions différenciées de la capacité du système pénal à atteindre ces finalités

Si les écarts ne sont pas très importants, parmi les enquêtés qui assignent quatre ou cinq finalités aux peines, davantage sont issus de milieu populaire, comme si leurs attentes en direction de la justice, et partant leur mécontentement face à ses pratiques, étaient

[18] Gautron 2006.

plus conséquentes. Au fond, ce qui différencie les groupes, ce ne sont pas tant les fonctions assignées à la peine, que leur perception de la capacité du système pénal, et plus particulièrement des juges, à les atteindre. En outre, plus souvent que la moyenne, les moins favorisés portent un regard critique sur le manque de sévérité de la justice « en général ».

Comme le notaient déjà Robert et Faugeron en 1978, les peines prononcées par le système judiciaire, notamment leur gradation, seraient contestables, sans compter la trop grande subjectivité reprochée aux juges. La justice punirait trop quand elle ne devrait pas, et pas assez lorsqu'elle le devrait. Trop laxiste concernant les délinquants sexuels, elle s'acharnerait sur les délinquants routiers, auxquels les enquêtés s'identifient davantage. De gros moyens seraient déployés pour ces infractions, aux seules fins d'alimenter les caisses de l'État, au détriment d'autres formes plus graves de criminalité, commises par de « vrais » délinquants qu'ils placent à bonne distance, parfois à l'aide d'appréciations manichéennes et stéréotypées. À la différence de ce qu'ont constaté Robert et Faugeron dans les années 1970, ce sont ici les ouvriers et employés qui, dans les entretiens collectifs, déplorent majoritairement une trop faible répression des élites politiques et de la finance (20 sur 27), comme si ce groupe s'estimait doublement perdants dans le jeu social conduisant à sur-criminaliser les délinquants routiers et à assurer l'impunité des plus riches, sanctionnés par des peines pécuniaires pour eux indolores.

Toutefois, leurs appréciations apparaissent bien plus nuancées quand ils sont confrontés à des situations précises.

1. Une posture plus répressive dans les propos généraux que face à des cas précis

La confrontation entre ce qu'expriment les enquêtés de façon générale et ce qu'ils en disent à l'occasion de cas précis confirme qu'il est « plus pertinent de parler en termes d'adéquation des mesures et des situations, cette adéquation étant définie par toute une série de facteurs »[19].

[19] Robert & Faugeron 1978, p. 59.

Comme bien d'autres recherches, réalisées pour la plupart au Canada ou dans des pays anglo-saxons[20], notre enquête révèle que les citoyens peuvent adopter une posture très répressive (sans doute de type idéologique), mais considérablement nuancer leurs opinions sur des cas précis, lorsque le contexte de l'affaire leur est détaillé. Ainsi, s'agissant d'un homme condamné pour usage d'armes dans un lieu public, dans l'extrait de documentaire, 12 des 17 personnes trouvant la peine trop sévère appartenaient aux catégories populaires, pourtant très critiques sur le laxisme supposé de la justice. Concernant les cas fictifs, les comparaisons entre les peines que prononceraient les juges selon eux et les peines qu'ils privilégieraient eux-mêmes, montrent que les enquêtés entendent apporter une sorte de « supplément d'âme » aux sanctions dépourvues de sens qui seraient prononcées par les premiers (amende, sursis), sous la forme d'une plus ample pédagogie (stage, TIG). Ainsi, pour 30 participants, les juges retiendraient une peine d'emprisonnement, le plus souvent assortie d'un sursis simple. 16 seulement effectueraient le même choix. À l'inverse, 22 participants pensent que les juges prononceraient un TIG ou un stage, tandis que 59 (dont 36 femmes, 25 personnes ouvriers ou employés) prononceraient ces peines alternatives.

Comment expliquer ce décalage entre les jugements énoncés « en général » et ceux qui sont émis « en situation » ? Plusieurs raisons ou hypothèses peuvent être avancées. Diverses études ont montré que la plupart des citoyens pensent à des crimes graves et violents lorsqu'ils se prononcent sur les sentences des tribunaux « en général »[21]. Ces crimes (viol, pédophilie, autres violences familiales, meurtre) sont effectivement parmi les plus cités dans les échanges lorsqu'il est question du manque de punitivité de la justice. De plus, la discussion générale peut conduire certains enquêtés à reprendre des lieux communs sur la justice développés par les médias (relatifs au laxisme supposé de la justice, au fait qu'« elle relâche aussitôt ceux qui sont attrapés par la police », etc.) ou les représentations politiques et idéologiques développées par certains partis, que la confrontation avec les cas invite parfois à

[20] Frost 2010 ; Dzur & Mirchandani 2007 ; Green 2006 ; Johnstone 2000 ; Hutton 2005 ; Leclerc 2012.
[21] Leclerc 2012.

déconstruire suite à l'échange d'arguments avec d'autres participants. En effet, les entretiens collectifs, comme dispositif d'enquête, favorisent la réflexivité, en conduisant les participants à introduire de nouveaux critères d'appréciation, quitte à ce que ces arguments soient eux-aussi ensuite soumis à la critique ; les différences initiales s'en trouvent réduites. Enfin et surtout, les cas incitent à prendre en compte la complexité de la réalité sociale. La sensibilité des participants est alors davantage sollicitée.

2. Les mêmes critères de modulation des peines que les magistrats

Dans cette recherche d'adéquation des mesures et des situations, sept personnes seulement évoquent le principe d'individualisation ou d'adaptation de la peine, surtout parmi les catégories socio-professionnelles les plus favorisées (6). Ceci n'empêche pas les autres de moduler la sanction selon les profils présentés dans les cas fictifs, au point que certains ont réalisé pendant les entretiens encourir le même reproche de subjectivité qu'ils adressaient aux juges lors des discussions générales.

Les critères pris en compte sont globalement les mêmes que ceux mobilisés par les magistrats, même s'ils varient selon les participants, et même si un même critère peut être jugé aggravant ou atténuant selon les participants, alors qu'aucun critère ne leur était suggéré initialement : la gravité perçue des faits (notamment dégâts matériels *vs*. atteinte à l'intégrité physique ou psychique) ; les antécédents judiciaires ; le degré d'intentionnalité coupable ; la reconnaissance des faits et l'expression d'un repentir ; la situation professionnelle, sociale et familiale ; le préjudice de la victime ; l'âge et plus précisément la minorité.

Dans tous les groupes, certains enquêtés prennent en considération, à l'instar des magistrats, le vécu de l'auteur et de sa famille (possible perte d'emploi, pénalisation de la famille par la perte de revenus), celui des potentielles victimes et de leurs proches de l'autre (notamment le risque d'accident mortel). L'échange suivant, relatif au cas de conduite en état alcoolique, et typique des débats survenant dans les autres groupes, rend compte de l'articulation entre ces différentes positions (cf. encadré 5). Face

aux divergences constatées entre les participants qui ont tous une expérience de la justice civile[22], la discussion les conduit à justifier leurs prises de position ; l'argumentaire progresse de manière itérative : certains participants réutilisent en sens contraire des arguments avancés par d'autres, quand d'autres encore infléchissent leur point de vue. Certains participants jugent ce comportement d'autant plus grave que l'auteur est chauffeur-livreur (Julian, Denise *vs*. Romain, Soraya G1), tandis que cette circonstance n'est considérée comme aggravante que si cette conduite survient pendant son travail (Romain). Pour Soraya, deux facteurs atténuants (le fait qu'il s'agisse d'un « jeune papa » dont la voiture est « l'outil de travail ») devraient conduire le juge à suspendre le permis de conduire, à l'exception de l'activité professionnelle (« permis blanc »[23]). Au contraire, pour Julian, quelqu'un qui par sa profession est toujours sur les routes, « doit être conscient » de la gravité de ses actes et écoper d'une « peine beaucoup plus sévère », « exemplaire » (« une peine qui entrave la liberté ») même en cas de première infraction – autre facteur atténuant que Soraya mobilise. Denise retient finalement aussi la profession comme facteur aggravant, même si le délit est survenu dans le cadre de sa vie privée (argument mobilisé par Romain, puis Soraya) ; elle souligne aussi le risque d'un accident mortel dès la première conduite en état d'ébriété. Enfin, les incidences sur la famille et les enfants sont prises en compte, comme élément devant inciter à l'indulgence (pour Soraya, mais aussi Denise) ou non (Julian pour qui l'auteur doit être mis face à ses responsabilités – familiales ici, professionnelles plus haut).

[22] 4 femmes cadres et 2 artistes hommes ; 3 se situent à droite, 2 ne se positionnent pas.

[23] Le permis blanc est un aménagement de la sanction judiciaire de suspension du permis qui ne peut être accordée que par le juge qui prononce la sanction. Le juge peut accorder le droit de conduire dans le cadre de l'activité professionnelle ou pour des motifs graves d'ordre médical ou familial. En revanche, aucun texte réglementaire ne prévoit de possibilité d'aménagement d'une décision administrative de suspension du permis de conduire (décidée par le préfet ou le sous-préfet, suite à certaines infractions constatées par la police ou la gendarmerie).

Encadré 5

La pondération différenciée du profil de l'auteur et des circonstances du délit dans une mise en situation fictive

Entretien collectif 1

- Soraya : Ce jeune papa dans sa voiture se fait arrêter. Il est beaucoup trop ivre donc on le conduit en cellule de dégrisement. Une fois qu'il a décuvé, on l'entend. Y a un procès-verbal qui est émis : un retrait de permis immédiatement. Ensuite une comparution immédiate où là ben, on lui suspend son permis pendant plusieurs mois. On n'était pas trop… Plusieurs mois, 6 mois… Et puis, comme c'est la première fois quand même, comme c'est… voilà, y a pas d'antécédents, c'est un papa, c'est quand même son outil de travail sa petite pétrolette, ben il a le droit de conduire pour aller travailler la journée. […] Y a un aménagement. On se posait la question justement, est-ce que ça existe toujours ce truc-là qu'on appelait le permis blanc ? Où on pouvait conduire juste pour bosser, de 8h à 17h par exemple. Dans notre histoire, ça existe. […]

- Julian : Non, moi j'étais sur une sanction beaucoup plus sévère que ça. […] Moi je pense qu'il faut, d'autant plus que c'est une personne qui travaille en conduisant, il faut qu'elle ait conscience de ses actes et que, justement, pour une première peine, il faut marquer le coup et que… pour qu'il ait à jamais ce souvenir en fait de la peine qu'il aurait, j'aurais mis prison avec sursis. […] Et moi je pense que le fait qu'il soit chauffeur-livreur, c'est une circonstance aggravante, plus qu'atténuante. […]

- Denise : Non, mais on n'avait pas pensé à ce qu'ils ont dit, c'est une circonstance aggravante ; pour ce type de profession, c'est une circonstance aggravante.

- Romain : Je serais d'accord si c'était 11 heures du matin, mais là, il est dans sa vie privée […]

- Julian : En fait, pour compléter euh… lui, en étant sur la route, avec son métier, il est exposé aux autres personnes, aux autres personnes qui peuvent être en situation d'alcoolémie au volant. C'est pour ça, dans ce sens-là, c'est aggravant, puisqu'il est… il doit être conscient de ça que… que… que boire au vo…

- Soraya : Oui, mais c'est la première fois.

- Julian : Moi justement, je suis pour l'exemple en fait. […]

- Soraya : Oui, moi j'ai trouvé des circonstances atténuantes.

- Denise : Donc quand on vous tue, on vous tue pour la première fois, mais pour la dernière aussi.

- Soraya : C'est pas faux. Mais bon, quand même. Il a été arrêté en sortie de discothèque.

- Denise : C'est vrai, en sortie.

[…]

- Anne : Parce que la prison… il faudrait autre chose que la prison.

- Julian : Du moins une peine qui entrave la liberté, avec un bracelet ou tu vois…

- Denise : Mais la famille aussi, parce que s'il n'a plus de revenus aussi, la famille est punie, les enfants sont punis…

- Julian : Oui mais c'est pas la justice qui punit la famille, c'est le responsable de l'infraction qui punit sa famille ! […]

3. La prison, un mal nécessaire

Comme l'indiquaient P. Robert et C. Faugeron, la pensée des enquêtés s'organise autour d'une dichotomie « gros *vs.* petit délit », gros et petit délinquant, largement fonction de la possible identification ou non au délinquant[24].

[24] Robert & Faugeron 1978.

Au regard de la vision souvent négative que les participants ont des prisons (dans un tiers des cas), il n'est question de neutralisation par l'enfermement que pour les auteurs de violences graves et pour ceux qu'ils perçoivent comme des « incorrigibles » pour deux principaux motifs : soit la multiplication des réitérations entrave toute identification ou la mansuétude réservée au primo-délinquant ; soit la cause de la criminalité est attribuée à des troubles psychopathologiques jugés inguérissables (délinquants sexuels, malades mentaux) ; or l'hôpital psychiatrique ne semble pas aussi sécurisé que les prisons. À cet égard, les mécanismes de construction d'une altérité déviante sont plus forts chez les enquêtés issus de milieux populaires, sous la forme de conceptions plus manichéennes et stéréotypées. La prison devient alors un mal nécessaire, même quand on place peu d'espoir dans son efficacité. En conséquence, la distinction entre individus punitifs versus individus non-punitifs n'est pas aussi simple que les instituts de sondage le laissent entendre.

Cette sensibilité des enquêtés à la dureté de la vie carcérale s'explique à la fois parce que les conditions de détention sont fortement médiatisées depuis le début des années 2000 en France (commission d'enquête parlementaire suite à la démission et au témoignage du médecin-chef de l'ancienne prison de la Santé à Paris ; enjeu politique dans les débats et programmes des partis, reportages…) et par les caractéristiques des participants. Parmi les 80 enquêtés, 5 ont passé entre 1 et 8 ans en prison ; 7 ont (eu) des proches incarcérés (fils, frère, petit ami, ami) et leur ont rendu visite en détention ; 3 travaillent en lien avec l'institution judiciaire, ou des publics ayant fait l'expérience de la détention : la prison relève ainsi du vécu direct ou indirect pour près d'un participant sur 5. La dimension sensible de la peine renvoie d'une part aux « conditions inhumaines » de détention, qui sont majoritairement jugées excessives, même lorsque l'auteur mérite d'être sévèrement sanctionné[25] : promiscuité et bruit dans les cellules liés à la surpopulation carcérale, violences physiques interpersonnelles entre détenus (viol, agressions verbales, …). Le

[25] Un enquêté sur 8 fait référence à la surpopulation et à l'insalubrité des prisons, dont plusieurs, comme Jacinto du groupe 4, pour regretter que cela conduise à l'inexécution de peines privatives de liberté, qui lui semblent pourtant nécessaires.

caractère sensoriel de la peine tient d'autre part à la manière dont le personnel traite les condamnés et leur entourage (accès réduit aux douches, insalubrité, arbitraire de l'administration pénitentiaire…), qui relève d'une violence institutionnelle, comme le souligne le chapitre de S. Lehalle, dans cet ouvrage. Cette double violence de la détention, l'un des enquêtés les estime délibérées, et liées à la mise en œuvre de la loi du talion, c'est-à-dire au fait que « la société glisse, petit à petit, vers de plus en plus de répression et de œil pour œil, dent pour dent » (Valentin G12, ancien détenu). Le caractère sensible de la peine résulte aussi du principe même de l'incarcération : souffrance engendrée par l'isolement, et la coupure des liens avec les proches ; dépression et aggravation d'éventuels problèmes psychiques par les psychotropes fournis par l'administration pénitentiaire. Les termes d'un enquêté, qui ne connaît la prison que par les documentaires qu'il a regardés, évoquent « l'enfer » : « gémissement », « hurlements », « cris », injures, « stress », « angoisse » (Emmanuel G10). La souffrance qui résulte de la peine pour les auteurs au-delà de la privation de liberté, n'est donc pas nécessairement considérée comme légitime, à l'inverse de la pénibilité.

Ces conditions conduiraient à une dépréciation des détenus et, par ricochet, de leur entourage, que certains contestent. Ainsi Véronique, du groupe 12 et mère d'un détenu, s'estime maltraitée par le personnel de l'administration pénitentiaire. Contestant la légitimité d'un tel traitement des condamnés, elle l'estime encore plus injuste pour les familles qui « n'ont rien fait ». Nicolas et Valentin, qui ont connu la prison à leur majorité, confirment ses propos : dès l'arrivée en détention, « d'une minute à l'autre », la qualité d'humain disparaît, le détenu « n'est plus rien » (cf. encadré 6). Cet échange renforce les points de vue partagés par trois des quatre participants, et que la quatrième ne conteste pas, au-delà de leur expérience commune directe ou indirecte de la détention[26].

[26] Les 4 participants du groupe 12, des cadres qui se déclarent de gauche, ont tous une expérience de la justice pénale.

Encadré 6

La déshumanisation des détenus, autre facette de l'incarcération

Entretien collectif 12

- Nicolas : Parce que moi, quand je voyais des mecs à 60 ans, 70 ans, 6 mois de prison. Parce que le gars il a conduit 3 fois bourré. Je discute pas le truc, je dis que c'est grave ; mais le mec, ils le foutent en taule. Sa femme, elle s'est barrée. Il avait une société […], coulée. Le mec, il chialait tous les jours. Il était avec des mecs du quartier, il se prenait la misère. Je sais pas… Il peuvent pas le mettre… Je comprends pas pourquoi il a un mur haut de six mètres, des miradors et des mecs armés. Le mec, il va pas escalader. On le met dans une pièce comme ça, on l'enferme à clé, c'est bon… Et en fait tous ces gens-là, on ferait un bâtiment tout simple, avec une porte d'entrée normale, comme un peu la semi-liberté, les gens y s'échappent pas, on a besoin de leur faire des trucs hyper emprisonnants, et du coup, c'est hyper intimidant pour la famille quand elle vient le voir, les grilles en fer, les murs en béton… On se dit dedans là… Et dans l'inconscient collectif, on voit des murs comme ça, les gens doivent se dire « là-dedans, il doit y avoir des gars !… » […] À quelqu'un, on dit « les gens qui sont en prison à ton avis, c'est quoi qu'ils ont commis ? ». « À Gradignan tu dois avoir des violeurs, des meurtriers », des trucs et en fait, y a 90% des mecs, ils ont volé un sac à main, ou je sais pas ; ils ont grillé des feux, ils ont bu de l'alcool, ils ont volé des voitures…

- Véronique : Et puis c'était aussi pour l'entourage, parce que la semaine dernière, bon, y avait un problème avec mon fils par rapport à une permission, tout ça. Il a vu le SPIP [service pénitentiaire d'insertion et de probation], l'assistante sociale, parce qu'il avait demandé une permission, parce qu'il a trouvé du travail, que le travail est dans un restaurant, donc qu'il risque de travailler le dimanche, donc ce week-end, y avait un petit problème pour être

à la fois à la prison et puis au travail. Et il l'a appris à 17 heures vendredi soir.

Donc qu'est-ce qu'on fait ? Je sais pas. Donc j'ai fini par téléphoner à la prison de Gradignan. Je me suis dit y a peut-être une assistante sociale, quelqu'un à qui parler. Je suis tombée sur quelqu'un, je sais pas qui c'était. Je lui explique un peu le cas ; il s'est même pas présenté. Il me dit « Vous savez où vous êtes ? ». J'ai dit « Oui, à Gradignan » – « Oui ben, vous êtes chez les détenus, vous êtes avec les détenus » – « Vous êtes un détenu ? »

« Ben non, évidemment que non ». Je lui dis « Je cherche quelqu'un à qui parler. On est vendredi soir. Au SPIP, y a personne ». Mais il parlait… J'ai fini par lui dire : « Écoutez, là, l'agressivité, ça va aller. Je vous parle poliment. Je vous pose une question. Si vous ne savez pas répondre, vous me dites "je ne sais pas " et voilà, on s'arrête là. Vous n'êtes pas obligé de me parler… ». Je suis pas un détenu ; mais déjà, je suis pas d'accord pour qu'on parle comme ça à un détenu, mais je suis pas de la merde quoi. C'est vraiment… « Ouais, mais qu'est-ce que vous croyez ? Le vendredi soir y a personne ici ». « Ben d'accord, on me le dit, merci monsieur. Je vais aller me renseigner ailleurs ».

- Nicolas : Le vendredi, ils sont pas là ? Ils sont en soirée ? Qu'est-ce qui se passe ?

- Véronique : Mais on se retrouve face à des choses qu'on ne peut pas, qu'on ne veut pas nous expliquer et puis, on est traité… voilà. Je suis pas d'accord évidemment pour qu'on traite les détenus avec mépris. Bon, il a fait sa bêtise et tout ça. Mais moi, j'ai fait quoi, pour qu'on soit si méprisant et agressif avec moi ? Agressif, alors que je cherche une information, c'est tout, pas plus. Et moi je le ressens ça, une espèce d'agressivité et puis on s'adresse pas à des humains, alors on a l'impression qu'on s'adresse à des sous-hommes.

- Nicolas : Ben c'est ça aussi le passage à la société prison. On n'est pas humain.

- Valentin : Déchéance des droits, etc. D'une minute à l'autre, le mec il est plus rien.

Ainsi, si une majorité s'accorde sur le fait que la peine est destinée à peiner, les modalités de la pénibilité sont discutées en considérant le vécu de l'auteur, celui des victimes (potentielles) et de leurs proches. Au-delà des effets de la privation de liberté, toute souffrance supplémentaire n'est pas nécessairement considérée comme légitime. Surtout, la capacité de l'incarcération à transformer le condamné est alors potentiellement mise en doute[27].

4. Les non-sens de la peine et ses effets pervers

Enfin, les citoyens s'interrogent quant à la capacité du système pénal à atteindre ces finalités, en raison de certains non-sens de la peine. Nombreuses sont les situations concernées : de l'impunité (des élites comme de l'ensemble de la population, en l'absence de poursuite ou de sanctions, à l'instar des classements sans suite) à la non-systématicité des peines (en raison de leur individualisation ou aménagement) ou à leur inexécution (comme le non-recouvrement des amendes), en passant par le sursis simple, le fait qu'une peine ne soit pas assortie d'explication quant à son sens, ou qu'un auteur ne prenne pas conscience de la gravité de ses actes, ou encore le fait que de l'argent (à travers l'indemnisation des victimes) puisse compenser l'atteinte à l'intégrité physique d'une personne.

Les participants soulignent certains effets pervers de la peine, comme le caractère criminogène de la prison : en facilitant la rencontre de délinquants « plus aguerris » (Emmanuel G10) et en élargissant leur « carnet d'adresse » (Nicolas G12). Pour cette raison, un enquêté sur 5 critique le mélange des détenus sans différenciation selon la gravité des faits commis, et leur éventuelle dangerosité, au-delà de la distinction entre maison d'arrêt et prison centrale. En effet, cette cohabitation de « petits délinquants » avec « des caïds » (Monique G13), des « mafiosos » (Alain G14) contribuerait à l'inefficacité de l'incarcération. Ainsi, pour Aurélie du groupe 2, Emeline et Chantal du groupe 3, le mélange des détenus aggraverait la situation des condamnés à la sortie, en

[27] Sur ce point et dans le cas des États-Unis, cf. Lerman & Weaver 2014.

conduisant à une « escalade » aux contacts de détenus plus dangereux ; à « une spirale négative » (Camille G6). Toutes les quatre avancent cet argument pour critiquer la dureté et l'inefficacité d'une peine de prison dans le cas de l'homme ayant tiré en l'air avec son fusil en discothèque. Laura du groupe 11, comme Nicolas et Valentin du groupe 12, mettent en évidence les phénomènes de radicalisation en prison observés dans le cas de plusieurs auteurs d'attentats en France.

Ces réflexions des participants sur les non-sens de la peine permettent *a contrario* de mettre en évidence ce qui fait sens pour eux : l'importance d'une perspective de réparation à l'égard de la victime et d'un amendement moral de l'auteur (réflexion sur soi et sur le passage à l'acte et sa gravité) ; la nécessité pour l'administration pénitentiaire de respecter les condamnés et leur famille, afin de permettre la « reconstruction » des premiers (Olivia G5)…

Conclusion

Ainsi les finalités de la peine avancées par les enquêtés sont plurielles, qu'il s'agisse de leur dimension rétributive et dissuasive, de l'objectif consensuel de transformation morale du condamné, et dans une moindre mesure, de l'enjeu de protection et de réparation pour la société et ses membres. En revanche, la tension entre les fins visées et les moyens mis en œuvre pour y parvenir, l'incapacité du système pénal à atteindre les premières peuvent contribuer au non-sens des peines pour une partie de la population. Il en est de même pour l'écart constaté entre ce que la loi prévoit, les peines prononcées et *a fortiori* celles qui ne sont pas exécutées ou trop longtemps après les faits. De plus, si une majorité s'accorde sur le fait que la peine est destinée à peiner, les modalités de la pénibilité sont discutées en considérant le vécu de l'auteur, celui des victimes (potentielles) et de leurs proches. En revanche, la souffrance qui résulte de la peine au-delà des effets de la privation de la liberté (violence institutionnelle et entre détenus, conditions insalubres de détention, etc.), n'est pas nécessairement considérée comme légitime.

Le recueil des points de vue des citoyens en entretiens collectifs, novateur pour des études sur la justice et le sens des peines, peut conduire certains participants à émettre des arguments qui reviennent comme des leitmotivs dans les discours politiquement et médiatiquement structurés. Mais ce dispositif, par les discussions et la réflexivité qu'il favorise, les conduit aussi à élaborer des points de vue plus complexes sur les thématiques en débat, en favorisant la structuration et l'explicitation de positions divergentes (cf. encadrés 2 et 5), parfois leur dépassement par la recherche d'un terrain d'entente (cf. encadré 4) ou le renforcement de points de vue partagés (cf. encadrés 3 et 6). Ce mode de collecte des données révèle les tensions, voire les contradictions, dont témoignent les réponses individuelles (par exemple, alors que certains enquêtés stigmatisent le fonctionnement des prisons et ne lui reconnaissent guère d'efficacité, l'incarcération reste leur sanction-étalon, même si, excepté pour les faits graves ou perçus comme dangereux, la prison est plutôt conçue comme une solution par défaut, bien qu'inéluctable dans certains cas).

Cette recherche se poursuit dans deux directions. D'une part, concernant les entretiens collectifs, reste à approfondir comment s'articulent dans les représentations des citoyens : les sens de la peine, avec les causes de la délinquance et les figures des délinquants d'une part ; les finalités de la peine avec le degré de punitivité d'autre part. Il s'agira aussi d'analyser plus systématiquement ce que les citoyens perçoivent comme une peine « juste », et les critères qui fondent ce jugement. L'enjeu est enfin de replacer les expériences concrètes très diverses des enquêtés (directes ou médiées par les acteurs politiques, les discours médiatiques ou les productions fictionnelles) dans leur contexte particulier aux niveaux : micro (sociabilité et interactions avec les professionnels de la justice et de la police), méso (modes d'organisation du système judiciaire) et macro (dynamiques de transformations sociales plus larges)[28]. D'autre part, dans le cadre du projet JustiRep, l'analyse des réponses à un questionnaire de 30 minutes (adapté de la trame d'entretien collectif et reprenant les mêmes cas et l'extrait documentaire), administré auprès d'un

[28] Pour un programme de recherche très suggestif en ce sens, cf. Cartuyvels & van Campenhoudt (2005).

échantillon de 2 800 individus représentatifs de la population française, permettra de tester des hypothèses explicatives relatives au fondement des représentations de la justice. Croiser les réponses au questionnaire et les échanges lors des entretiens collectifs permettra de comprendre plus finement les représentations sociales et politiques de la justice. Cela offrira un point de comparaison pour mettre en perspective les dynamiques associées au sens de la peine et au degré de punitivité.

Bibliographie

Barbour *et al.* 2002
BARBOUR (R. S.) *et al.*, « Assessing risk: professional perspectives on work involving mental health and child care services », *Journal of Interprofessional Care*, 16/4 (2002), p. 323-334.

Barker 2006
BARKER (V. A.), « Deliberating Crime and Punishment : A Way Out of Get-tough Justice », *Criminology & Public Policy*, 5/1 (2006), p. 37-44.

Cartuyvels & van Campenhoudt 2005
CARTUYVELS (Y.), VAN CAMPENHOUDT (L.), « Comment étudier les attentes des citoyens à l'égard de la justice », in *Public Opinion and the Administration of Justice. Popular Perceptions and their Implications for Policy-Making in Western Countries*, sous la direction de PARMENTIER (S.) *et al.*, Bruxelles, Politeia, 2005, p. 33-49.

Debuyst, Digneffe & Pires 1995
DEBUYST (C.), DIGNEFFE (F.), PIRES (A. P.), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, Presses de l'Université de Montréal, Presses de l'Université d'Ottawa, Bruxelles, De Boeck Université, 1995.

Dubouchet 2004
DUBOUCHET (J.), « Les représentations sociales de la justice pénale. Retour sur un chantier abandonné », *Déviance & Société*, 28/2 (2004), p. 179-194.

Duchesne & Haegel 2004a
DUCHESNE (S.), HAEGEL (F.), *Les entretiens collectifs*, Paris, Nathan, 2004a.

Duchesne & Haegel 2004b
DUCHESNE (S.), HAEGEL (F.), « La politisation des discussions, au croisement des logiques de spécialisation et de conflictualisation. », *Revue française de science politique*, 54/6 (2004b), p. 877-909.

Dzur & Mirchandani 2007
DZUR (A. W.), MIRCHANDANI (R.), « Punishment and Democracy : The Role of Public Deliberation », *Punishment & Society*, 9/2 (2007), p. 151-175.

Frost 2010
FROST (N. A.), « Beyond Public Opinion Polls: Punitive Public Sentiment & Criminal Justice Policy », *Sociology Compass*, 4/3 (2010), p. 156-168.

Garapon, Gros & Pech 2001
GARAPON (A.), GROS (F.), PECH (T.), *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2001.

Gautron 2006
GAUTRON (V.), *Les politiques publiques de lutte contre la délinquance*, Thèse, Université de Nantes, 2006.

Green 2006
GREEN (D. A.), « Public Opinion Versus Public Judgment About Crime: Correcting the 'Comedy of Errors' », *British Journal of Criminology*, 46/1 (2006), p. 131-154.

Hutton 2005
HUTTON (N.), « Beyond Populist Punitiveness? », *Punishment & Society*, 7/3 (2005), p. 243-258.

Johnstone 2000
JOHNSTONE (G.), « Penal Policy Making: Elitist, Populist, or Participatory », *Punishment & Society*, 2/2 (2000), p. 161-180.

Kuhn, Villetaz & Willi-Jayet 2005
KUHN (A.), VILLETAZ (P.), WILLI-JAYET (A.), « L'influence de l'unité de sanction dans les peines infligées par les juges et celles désirées par le public », *Déviance et société*, 29/2 (2005), p. 221-230.

Languin *et al.* 2004
LANGUIN (N.) *et al.*, « Les représentations sociales de la justice pénale : une trilogie », *Déviance & Société*, 28/2 (2004), p. 159-178.

Languin, Kellerhals & Robert 2006
LANGUIN (N.), KELLERHALS (J.), ROBERT (C-N.), *L'art de punir. Les représentations sociales d'une « juste » peine*, Zurich, Schulthess, 2006.

Leclerc 2012
LECLERC (C.), « Explorer et comprendre l'insatisfaction du public face à la « clémence » des tribunaux », *Champ pénal/Penal field*, vol. IX (2012), en ligne, http://journals.openedition.org/champpenal/8246, consulté le 25 octobre 2018.

Lerman & Weaver 2014
LERMAN (A. E.), WEAVER (V. M.), *Arresting Citizenship. The democratic consequences of American Crime Control*, Chicago, University of Chicago Press, 2014.

Ocqueteau & Diaz 1989
OCQUETEAU (F.), DIAZ (C.), « Le regard des français sur la justice pénale : évolution des représentations », *Sociologie et Justice,* (1989), p. 41-47.

Ocqueteau & Diaz 1990
OCQUETEAU (F.), DIAZ (C.), « Comment les Français réprouvent-ils le crime aujourd'hui ? », *Déviance et Société*, XIV/3 (1990), p. 253-273.

Poncela 2001
PONCELA (P.), *Le droit de la peine*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001.

Robert 2005
ROBERT (P.), « Opinion publique et administration de la justice : recherches françaises », *in Opinion and the Administration of Justice; Popular Perceptions and their Implications for Policy-Making in Western Countries*, sous la direction de PARMENTIER (S.) *et al*., Brussels, Politeia, p. 77-90.

Robert & Faugeron 1973a
ROBERT (P.), FAUGERON (C.), « L'image de la justice dans la société », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 57/7 (1973a), p. 665-719.

Robert & Faugeron 1973b
ROBERT (P.), FAUGERON (C.), « Représentations du système de justice criminelle : Essai de typologie », *Acta Criminologica*, 6 (1973b), p. 13-65.

Robert & Faugeron 1978
ROBERT (P.), FAUGERON (C.), *La justice et son public. Les représentations sociales de la justice pénale*, Paris-Genève, Hygiène-Masson, 1978.

van de Kerchove 2005
VAN DE KERCHOVE (M.), « Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », *Informations sociales*, 7/127 (2005), p. 22-31.

Vigour & Dumoulin 2017
VIGOUR (C.), DUMOULIN (L.), « Les rapports au droit et à la justice des Français. Premiers résultats à partir d'entretiens collectifs », Congrès de l'Association Française de Sociologie, Réseau Thématique « Sociologie du droit et de la justice », 4 juillet 2017.

Annexe : Composition des groupes d'entretiens collectifs

17 groupes ont été organisés selon les principes et avec les caractéristiques suivantes (cf. tableau 2).

Tableau 2. Modalités de constitution des focus groups

Type d'expérience de justice	**Professions et catégories socio-professionnelles**	**Nombre de groupes**	**Nombre de participants**
Pas d'expérience	Ouvriers	**2**	10
	Cadres et professions intellectuelles supérieures, libéraux, chefs d'entreprise	**2**	9
Justice civile (familiale, prud'homale et commerciale)	Ouvriers; employés et professions intermédiaires	**2**	8 intermédiaires 4 ouvriers
	Cadres	**2**	12
Justice pénale (jurés d'assise, auteurs, victimes, témoins)	Ouvriers ; employés et professions intermédiaires	**2 + 2**	8 ouvriers 4 intermédiaires
	Cadres	**2 + 1**	8 + groupe CSP variés Assises (6)
Avec et sans expérience	Ouvriers et employés	**1**	5
Professionnels ou partenaires de la justice (notaire, conseiller d'insertion et de probation, conciliateur, éducateur de la protection judiciaire et de la jeunesse…)		**1**	6

Les participants ont été recrutés par annonce (*newsletters* des mairies ; réseaux sociaux ; affiches dans la rue, dans des institutions publiques ou associatives d'aide dans les démarches juridiques, dans des lieux publics, des associations de quartier ou d'aide aux plus défavorisés, ou des supermarchés) et tractage (devant le palais de Justice, dans la rue, devant Pôle Emploi[29]) par l'un des membres de l'équipe.

Les caractéristiques des participants aux entretiens collectifs sont les suivantes :

Principales expériences de la justice

- 31 participants ont au moins une expérience de la justice civile.

- 31 de la justice pénale.

- 18 participants n'ont aucune expérience de la justice.

Il y a autant de participants avec une expérience de justice civile et pénale (2/5ème) et 1/5ème sans expérience : cet écart est lié au fait que plusieurs participants qui n'avaient pas déclaré d'expérience de justice quand ils se sont portés volontaires, s'en sont remémorés au cours des discussions ; par ailleurs, nous étions plus intéressés par celles et ceux qui avaient une expérience.

Age (entre 20 et 75 ans)

- 14 participants ont entre 20 et 29 ans

- 25 entre 30 et 39 ans

- 21 entre 40 et 49 ans

- 10 entre 50 et 59 ans

- 10 plus de 60 ans

La répartition par âge montre une surreprésentation des trentenaires et des quadragénaires. La moindre représentation des plus de 60 ans, s'explique en partie par l'horaire des groupes (entre 18h30 et

[29] Établissement public qui aide à la recherche d'emploi, et indemnise les chômeurs en France.

21h30 en hiver, alors qu'il fait nuit). La sous-représentation des moins de trente ans est liée au choix d'éviter d'avoir trop de volontaires étudiants.

43 femmes et 37 hommes

Les femmes sont surreprésentées - *a fortiori* dans les groupes civils, où les participantes sont alors assez souvent des femmes divorcées qui élèvent seules leurs enfants et dont le conjoint ne verse pas la pension alimentaire définie par le juge. Les hommes se sont portés moins souvent volontaires (davantage en matière pénale) et ils se sont beaucoup plus souvent désistés en dernière minute. Il a fallu organiser de nouveaux groupes en essayant de recruter presque exclusivement des hommes, pour réduire le déséquilibre entre les sexes.

Situation professionnelle

- 30 ouvriers, petits artisans et employés (y compris de maison)

- 29 cadres, enseignants dans le secondaire ou le supérieur, libéraux

- 19 professions intermédiaires (infirmières, chefs d'entreprise avec 1 employé ou moins)

- 2 artistes

Situation d'emploi

- 20 indépendants (y compris auto-entrepreneurs, aides à domicile, assistantes maternelles)

- 36 salariés (dont 20 fonctionnaires ou salariés d'entreprises publiques)

- 21 chômeurs ou travailleurs précaires (intérim, succession de contrats à durée limitée)

- 3 étudiants

La répartition par catégorie socio-professionnelle est plutôt équilibrée de manière agrégée, avec 30 participants qui relèvent de milieux populaires, 29 de catégories plus favorisées, et 19 de professions intermédiaires. Il en est de même de la relation d'emploi, puisque les groupes comptent 21 chômeurs ou travailleurs précaires, et 20 fonctionnaires ou employés d'une entreprise publique.

Niveau de diplôme

- 21 Brevet-CAP-BEP-Brevet technicien agricole ou aucun diplôme

- 14 Bac à Bac+2

- 24 bac+3/4

- 13 bac+5 et plus

- 8 inconnus (artistes, commerciaux)

La répartition par diplôme met en évidence le fait qu'un quart des participants ont un niveau de diplôme inférieur ou égal ou BEP, 17% pour les Bac à Bac+2, et pour les diplômés à Bac+5 et plus, et 30% un niveau de diplôme 3 ou 4 ans après le baccalauréat : ce peut être lié à la féminisation du groupe, au poids de la fonction publique (où les concours exigent un diplôme de niveau master pour les personnels de catégorie A) et à la difficulté d'insertion sur le marché du travail des diplômés (on observe une surqualification pour 7 participants au moins, soit un dixième - parmi ceux qui ont entre le bac et bac+3).

Intérêt pour le politique (3/4) et orientation politique

- à droite : 29%

- à gauche : 37%

- refus d'exprimer une proximité partisane : 31%

La moitié des participants déclarent être assez intéressés par la politique, un quart beaucoup, un cinquième peu intéressés et 5% pas du tout. Un tiers refuse d'exprimer une proximité partisane ;

moins d'un tiers se situe à droite (1/10 pour l'UDI ou le Modem) ; et plus d'un tiers à gauche (dont 22,5% pour les radicaux de gauche, le parti socialiste et les écologistes ; et 15% pour le Front de gauche, le Nouveau Parti Anticapitaliste et Lutte Ouvrière). Malgré nos efforts (y compris la sollicitation de groupes de soutien et de sections locales du Front National), un seul participant se déclare proche de l'extrême-droite. Cette sous-représentation peut s'expliquer par plusieurs phénomènes : faible ampleur du vote en faveur du Front National à Bordeaux même ; sous-déclaration de cette proximité (même si cette attitude est désormais plus rare concernant les intentions de vote) ; refus de participer à un entretien collectif par peur d'être stigmatisé ou de se trouver en minorité ; plus grande sensibilité et appétence aux débats parmi les personnes qui se situent à l'extrême-gauche sur le plan politique.

Y a-t-il un sens à punir l'hérésie ?
La confessionnalisation d'une peine criminelle en France (v. 1520 – v. 1550)

David El Kenz
Maître de conférences (histoire), Université de Bourgogne – Centre Chevrier

En chrétienté, le crime d'hérésie se constitue définitivement au XIII^e^ siècle[1]. Il est une infraction à l'ordre divin passible des tribunaux épiscopaux et des commissaires de l'Inquisition que Rome désigne. Il converge avec le crime de lèse-Majesté humaine, hérité du droit romain. L'hérésie est à la fois une offense à la majesté de Dieu et à la majesté du prince. Dans le royaume de France, à partir du XIV^e^ siècle, l'expression « lèse-majesté divine et humaine » devient banale pour le crime d'hérésie. Il conduit à des mesures exceptionnelles contre l'incriminé. La dénonciation de l'hérétique est une obligation et la non dénonciation est assimilée à la complicité. En outre, n'importe qui peut être témoin, y compris les infâmes, c'est-à-dire ceux qui ont été condamnés. Les excuses ordinaires, telle la démence, ne peuvent être inférées. Le crime ne s'éteint pas avec la mort du coupable : un cadavre d'hérétique peut être jugé, les lieux qu'il a fréquentés peuvent être rasés et ses proches peuvent pâtir de sa condamnation, exception au principe de la personnalité des peines[2].

[1] Chiffoleau 1993, p. 183-213 ; Gauvard *et al*. 2002, p. 869-870.
[2] Carbasse 1990, p. 299.

Aussi, lorsqu'à la Renaissance, les autorités ecclésiastiques et politiques sont confrontées à de nouveaux hétérodoxes – les protestants –, elles disposent d'un arsenal juridico-législatif solide. Cependant, dans ses recherches historiques sur la répression de l'hérésie en Europe, William Monter a montré qu'une sécularisation des poursuites s'accomplissait dans l'Europe du Nord-Ouest. Seuls les États méditerranéens, dotés de nouveaux tribunaux d'Inquisition, s'appuient sur des juges ecclésiastiques spécialisés, bien que ceux-ci soient désormais soumis à l'autorité politique[3].

Des années 1520 aux années 1550, dans le royaume de France, près de 500 hérétiques sont envoyés au bûcher, sur près de 3000, à l'échelle européenne. La répression s'avère modeste si l'on tient compte des 20 millions de Français, de loin les plus nombreux de l'Occident chrétien et si on la compare, par exemple, à la répression dans les Pays-Bas bourguignons de Charles Quint ou à la persécution des *conversos*, à l'apogée de l'Inquisition, à l'aube du XVI^{e} siècle.

En France, ce sont les magistrats des parlements qui sont les principaux acteurs de la répression. À Paris, vers 1550, ils sont près de cent vingt pour un ressort qui recouvre la moitié du territoire du royaume. Ils jugent en dernier ressort les hétérodoxes condamnés en première instance dans les tribunaux laïcs locaux de bailliage et de sénéchaussée et des officialités. La phase la plus active de la répression se déroule entre 1540 et 1554 (18 exécutions annuelles)[4]. Sur la durée moyenne des poursuites – deux générations –, le contexte géopolitique, la témérité grandissante des hétérodoxes et la politisation de la question confessionnelle expliquent l'augmentation des poursuites. Dans les édits de persécution, le crime de sédition se surajoute à celui du délit de religion, à partir de 1539[5].

Cependant, une grande majorité des poursuivis n'est pas exécutée. De 1540 à 1560, sur près de 1000 prisonniers de la Conciergerie inculpés d'hérésie, un sur sept seulement est condamné à mort. 40 % s'en sortent avec des avertissements et 40 % des appelants sont condamnés à des sanctions *citra mortem*.

[3] Monter 1996a ; Monter 1996b ; Monter 1999c ; Monter 2007d.
[4] Monter 1999c, p. 44 et p. 53-55.
[5] Monter 1996a, p. 50 ; El Kenz 1997, p. 31-32.

Celles-ci comportent des peines souvent humiliantes comme l'amende honorable, des bannissements, parfois des peines afflictives comme le fouet[6]. La question que les appelants au Parlement subissent souvent dans le cas d'un procès pour hérésie est inefficace : au plus 2 cas sur 50 aboutissent à des aveux[7].

Ainsi, même si le condamné doit subir une vie sociale plus compliquée à la suite de telles épreuves, il n'en demeure pas moins qu'il n'est pas éliminé ! Quand finalement l'hétérodoxie réformée est décriminalisée en 1560, le bilan de la répression est négatif. Dans une lettre adressée à son gendre Philippe II, roi d'Espagne et porte-drapeau du combat européen contre les évangéliques, Catherine de Médicis déplore l'inefficacité de la « la mort publique » qui ne fait que renforcer la « contagion de ce mal »[8].

Notre contribution se propose de comprendre pourquoi la logique judiciaire de la peine capitale pour l'hérétique fut inefficace. La mort ne fut que la menace extrême et dissuasive pour, en réalité, réintégrer les hétérodoxes saisis par la justice dans la communauté chrétienne – catholique – et politique – royale –. À cet endroit, l'amende honorable fait fonction de la peine qui marque le succès des juges.

Toutefois, une minorité d'irréductibles répond à la menace par la joute confessionnelle. Au-delà de la source hagiographique insistant sur les enjeux religieux de la répression, une tactique se fait jour pour discréditer la criminalisation pour fait d'hétérodoxie.

La crise de la mercuriale du printemps 1559 révèle le succès de cette stratégie. Les magistrats sont profondément divisés sur le terrain dogmatique. Le roi Henri II tente un coup de force, interprété comme un acte tyrannique par les réformés, mais aussi par des catholiques partisans d'une attitude plus indulgente, à l'égard de ce crime.

[6] Monter 1996b, p. 197.
[7] Monter 1996a, p. 197.
[8] de La Ferrière 1880-1905, p. 577.

I. L'amende honorable : un instrument de conversion

L'amende honorable consiste à une pénitence publique, prononcée à titre principal pour des infractions bénignes, mais le plus souvent précède des supplices plus rigoureux. Le condamné est conduit sur le lieu du forfait ou devant la maison de la victime ou sur le parvis d'une église ; il doit s'agenouiller, nu-tête et en chemise, tenant à la main une torche ou un cierge dont le poids est proportionnel à la gravité du crime commis et demande alors pardon « à Dieu, au roi et à la justice »[9].

À l'origine canonique, la peine devient à partir du XIV[e] siècle, une peine laïque qui vise à humilier le condamné, mais aussi à le réconcilier avec la communauté par son repentir. Les magistrats optent pour cette peine contre les hérétiques.

1. Une peine privilégiée contre l'hérétique

William Monter a montré que les conseillers en Parlement considèrent l'amende honorable à l'égard des hérétiques comme la peine principale pour ceux qui se rétractent. Celle-ci est comprise comme une abjuration formelle en vertu du droit canonique. Elle est ainsi l'outil le plus efficace pour reconquérir les âmes égarées. Des années 1520 à 1560, un millier d'hérétiques a été soumis à l'amende honorable pour près de 400 exécutions capitales. Les autorités poursuivent donc une politique dissuasive plutôt qu'éliminatrice à l'égard des « mal sentans » de la foi[10].

L'amende honorable pouvait accompagner d'autres peines, notamment le bannissement et la flagellation et à Aix et Toulouse dans les années 1540, la condamnation aux galères. Les juges peuvent aussi l'imposer aux condamnés à la peine capitale en échange d'un supplice moins douloureux, notamment la suppression de l'abcision de la langue ou du bâillon lors du cortège au lieu de l'exécution et le bénéfice de l'étranglement avant que le bûcher soit allumé – *retentum* –.

[9] Carbasse 1990, p. 299-300.
[10] Monter 1999c, p. 186-187.

Dans le préambule de la déclaration de Coucy (16 juillet 1535), François I[er] loue l'efficacité de la conversion par l'amende honorable :

> « À la fin de leurs jours et heure de leur supplice [les sectateurs ayant] délaissé de la main de nostre Seigneur, […] ont fait pénitence publique et repentance de leursdites erreurs, et sont morts comme bons chrétiens et catholiques, à la louange de Dieu et exaltation de son église. »[11]

2. Une peine graduelle

Dans le cadre d'une politique de neutralisation de l'hétérodoxie, l'amende honorable constitue une alternative à la peine capitale. Elle distingue subtilement la gravité du délit religieux. Ainsi, l'arrêt de la commission du Parlement de Paris dépêchée à Meaux pour juger 62 réformés surpris lors d'un conventicule en 1546 distingue les 14 obstinés envoyés au bûcher des repentis, mais ces derniers sont aussi différenciés. Cinq hommes sont condamnés à faire amende honorable devant la porte de l'église de la cathédrale avec un cierge de deux livres. Ils sont découverts, en chemise et nu pied. Ensuite, ils doivent assister à l'exécution de leurs compagnons la corde au cou. Enfin, toujours la corde au cou, ils sont fustigés à plusieurs reprises, puis finalement bannis du royaume durant cinq années.

Dix-neuf autres hétérodoxes dont les épouses des condamnés à mort ne subissent que l'amende honorable et l'obligation d'assister à l'exécution. Lors de la cérémonie, ils doivent dire les uns après les autres et à haute voix :

> « Que follement, temerairement et indiscretement, ils se sont trouvez esdits conventicules faits en la maison dudit Etienne Mangin, pour ouyr les lectures en François dudit Pierre le Clerc, dont ils requirent merci et pardon à Dieu, au Roi et à justice. »

Ils participent ensuite avec leur torche à une procession générale, à une grande messe solennelle et à une prédication contre l'hérésie. Dix autres sont condamnés à assister à l'exécution et à la procession, munis d'un cierge d'un quarteron de cire et à la messe

[11] Isambert 1828, p. 405-406.

solennelle. Enfin, deux épouses de condamnés qui n'ont pas participé au conventicule, sont condamnées à assister à la messe et doivent demander pardon pour les fautes commises par leurs compagnons[12].

L'amende honorable fonctionne comme un rituel spectaculaire manifestant la victoire de la justice royale et du catholicisme romain sans être pour autant sanglante. Elle est ainsi conforme à la philosophie générale des magistrats qui visent l'exemplarité de la peine triomphante. En 1538, à Bordeaux, les magistrats du Parlement innovent par une procession derrière la sainte Croix avant qu'onze hérétiques fassent une amende honorable devant la cathédrale. Il semble que par la suite, la procédure perdura[13].

3. Une peine infamante

La peine marque aussi l'infamie des hérétiques. À Meaux, les hommes doivent être découverts afin que le public puisse les reconnaître. Par souci de pudeur, les femmes ont le droit de garder leur coiffe. En revanche, les parents des condamnés n'ayant pas participé au conventicule ne subissent pas l'humiliation publique.

Conscients de la nature infâme de la peine, les juges préservent la réputation des individus remarquables. Les étrangers accusés d'hérésie, en général de luthéranisme, sont dispensés de l'amende honorable[14]. De même, les nobles évitent souvent l'amende honorable ou s'ils y sont soumis, c'est en dehors de leur province d'origine. Le Parlement de Toulouse substitue la peine à une forte amende pour les nobles hérétiques de son ressort[15].

Les dames de la notabilité bénéficient d'un même privilège. Entre 1540 et 1544, sur 80 condamnations à l'amende honorable pour hérésie par le Parlement de Paris, six femmes seulement sont condamnées et six autres ne subissent qu'une sorte d'amende honorable « allégée » ; celles-ci doivent assister à des messes

[12] Crespin 1885-1888, t. I, l. IV, p. 500.
[13] Monter 1999c, p. 187.
[14] Monter 1999c, p. 188.
[15] Mentzer 1973, p. 113-114.

spéciales avec des bougies d'expiation, mais elles sont dispensées de la pénitence publique[16].

Face aux hérétiques, l'amende honorable fonctionne comme un instrument confessionnel tout en demeurant une peine infamante pour l'égaré de la foi. Elle est une alternative efficace à la peine capitale puisqu'elle touche le plus fréquemment des condamnés acceptant de revenir à l'Église romaine et qui, en général, échappent ainsi à la mort. Puisqu'elle est la principale peine infligée aux hérétiques, elle révèlerait l'efficacité de la machine judiciaire. Néanmoins, tous ne succombent pas au chantage et choisissent alors l'affrontement, en dépit des risques encourus.

II. Le choix de la controverse confessionnelle

Dans la première édition de son ouvrage en 1554, Jean Crespin propose un catalogue de 86 martyrs exécutés en France ; 270 dans l'édition de 1570[17]. Jean-François Gilmont, auteur d'une monographie sur l'exilé genevois, a montré son souci de l'exactitude des faits rapportés dans le martyrologe, mais aussi son travail de réécriture pour en faire une œuvre homogène[18]. Toutefois, Crespin ne relate que peu d'amendes honorables dans la mesure où les martyrs ont témoigné par leur sang le refus de toute compromission. De plus, il ne veut pas donner de publicité à un rituel humiliant pour le fidèle. Ainsi, il occulte la peine pour le premier hérétique brûlé en 1523, un dénommé Jean Vallière[19].

Monter souligne également la qualité de l'information de l'hagiographe. Cependant, il nuance la prolixité des propos des martyrs, notamment dans leur confession de foi. La douzaine d'interrogatoires judiciaires conservés, peu nombreux il est vrai, présente des réponses des prisonniers très évasives, cherchant

[16] Monter 1999c, p. 191.
[17] Cameron 1995, p. 276.
[18] Gilmont, 1981.
[19] Crespin 1885-1888, t. I, l. II, p. 264. Selon des chroniqueurs, Jean Vallière fit une amende honorable devant Notre-Dame de Paris, alors que des écrits de Louis Berquin étaient brûlés au même moment. Monter 1999c, p. 58-59.

plutôt l'esquive qu'une déclaration de foi réformée explicite[20]. L'historien doit donc toujours être prudent devant ces récits qui permettent néanmoins de saisir les affrontements entre les juges et les hétérodoxes[21].

1. Les irréductibles : les martyrs de Crespin

Pour obtenir la soumission de l'hétérodoxe à la religion du roi, les magistrats usent de divers moyens de pression. Dans le récit du martyre de Thomas de Saint-Paul, Crespin écrit que l'hérétique est condamné par les commissaires du Châtelet pour sa « pertinacité et opiniastreté », ce que l'hagiographe nomme « constance et perseverance ». Et ce, bien que ses juges « lui promettoyent sauver [sa vie] sans note d'ignominie ni d'amende publique, au cas qu'il voulust se desdire »[22]. Cette pratique, nous dit l'hagiographe, est ce que les juges font « selon leur coustume pour […] mettre en perdition » l'incriminé. En outre, ils tentent ici de profiter de la jeunesse de l'hérétique qui ne semblait pas avoir dix-huit ans[23] !

Selon Crespin, les magistrats font également appel à la prison comme outil pour « rompre la constance » du fidèle. Ainsi, Florent Venot, détenu en prison plus de quatre années à Paris, est enfermé dans une cellule de la Conciergerie durant six semaines où il ne peut ni se coucher ni être debout. Cette pièce est surnommée la « chausse » ou « bottine à l'hippocras » en raison de sa figure « bas etroiste, et grosse en élargissant ». Elle est réputée faire mourir ou rendre insensé celui qui y est enfermé en deux semaines.

Venot n'est pas dupe de ce stratagème. Il s'adresse à ses juges ainsi :

> « Vous pretendez par longs tourmens debiliter la force de l'esprit, ou me faire mourir en la prison ; mais vous y perdez temps, car j'espere que Dieu me fera la grace de perseverer jusques à la fin, et de benir son sainct Nom en ma mort. »[24]

[20] Monter 1999c, p. 179-184.
[21] Lestringant 1993, p. 125 ; El Kenz 1997, p. 14-15.
[22] Crespin 1885-1888, t. I, l. IV, p. 559.
[23] Crespin 1885-1888, t. I, l. IV, p. 559.
[24] Crespin 1885-1888, t. I, l. IV, p. 540.

2. Une joute technique

Dans la procédure inquisitoire, l'hétérodoxe a théoriquement peu d'occasion pour s'exprimer. En effet, elle est secrète et les juges examinent l'affaire, à partir d'un dossier écrit. Cependant, le condamné peut prolonger le procès en appelant de la sentence à d'autres tribunaux. Il lui suffit devant un tribunal de première instance de prononcer après une peine d'affliction ces simples mots : « J'appelle au parlement »[25]. De même, devant un tribunal ecclésiastique, l'hétérodoxe peut faire un appel comme d'abus c'est-à-dire porter une plainte devant une cour souveraine contre un juge ecclésiastique accusé d'avoir excédé ses pouvoirs à l'égard de la juridiction séculière.

En 1559, l'affaire d'Anne du Bourg, conseiller au Parlement de Paris, constitue le modèle de cette instrumentalisation judiciaire. Du Bourg fait trois appels à des juridictions ecclésiastiques et trois appels comme d'abus au Parlement de Paris. Il mobilise toute la société politique, religieuse et judiciaire parisienne, du printemps 1559 à son exécution le 23 décembre 1559, alors que Paris est en pleine ébullition, à la suite de la mort accidentelle de Henri II[26].

Que visent les hétérodoxes ? Prolonger le procès afin de publiciser leur cause d'une part et d'autre part, espérer la mansuétude des juges en les amenant sur le terrain confessionnel plutôt que de celui de l'ordre public.

En 1546, Pierre Chapot conduit un véritable duel judiciaire contre les magistrats de la chambre ardente, créée spécialement pour poursuivre les hérétiques. Il demande avec succès de disputer devant eux, alors qu'à l'accoutumée, les magistrats se prononcent sur un dossier. L'hétérodoxe avance qu'en matière de religion, le devoir des juges est de ne pas s'arrêter au rapport d'autrui, mais de « prendre ceste pierre [sainte Écriture] en la main, et d'en conoistre, sur tout quand il est question d'accuser un homme de fausse doctrine ou heresie, sans donner jugement à l'appetit d'autrui. » Autrement dit, Chapot demande une confrontation avec des théologiens, ce qu'il obtient malgré la réticence de ceux-ci,

[25] Monter 2007d, p. 467.
[26] El Kenz 1997, p. 176-180.

plus habitués à faire un rapport à partir duquel les magistrats se prononcent sur la culpabilité de l'inculpé[27].

La dispute tourne à l'avantage de Chapot selon Crespin. Les trois théologiens conviés à la dispute sont alors en colère. Ils reprochent à la chambre de « s'estre ainsi laissé mener à la fantaisie d'un meschan et rusé hérétique ; de les avoir fait venir pour disputer devant eux des articles ja censurez et condamnez par leur faculté »[28]. Ils écument de rage « frappans leurs poitrines en signe de repentance, d'estre entrez si avant en matiere contre un hérétique »[29]. L'incident provoqua la division entre les magistrats enclins à la mansuétude et le rapporteur du procès, partisan de la peine capitale. Ce dernier avança que les livres interdits avec lesquels Chapot fut capturé, suffisaient à l'exécution. Il convainc les autres juges[30].

3. Vers un scandale religieux

Les irréductibles visent la controverse confessionnelle. L'affaire Geoffroy Guerin en 1558 en constitue une illustration. Cet ébéniste âgé de 25 ans, arrêté à Paris au début du mois de décembre 1557, cède à la pression des juges. Il se repent. Il promet de ne plus participer à des conventicules, des assemblées religieuses secrètes et de nuit, et accomplit une amende honorable le 5 décembre. Mais pour confirmer cette apostasie, il doit se présenter devant le tribunal ecclésiastique de l'official. C'est alors qu'encore en prison, il revient sur son reniement et fait un appel comme d'abus auprès du parlement. Des juges et des théologiens lui rendent alors visite pour l'inciter à revenir à son apostasie. Mais le 4 juin 1558, présenté sur la sellette devant la Grande Chambre – la cour la plus prestigieuse du parlement –, il confirme une confession de foi protestante.

Le tribunal lui offre encore une occasion de se dédire. Le théologien Nicolas Maillard le visite. À la suite d'un interrogatoire sur le thème de la manducation, il considère que l'hérétique a de

[27] Crespin 1885-1888, t. I, l. IV, p. 514-515.
[28] Crespin 1885-1888, t. I, l. IV, p. 514-515.
[29] Crespin 1885-1888, t. I, l. IV, p. 514-515.
[30] Crespin 1885-1888, t. I, l. IV, p. 514-515.

nouveau apostasié. Ce dernier n'affirme-t-il pas qu'il participe « realement, et fait, au vrai corps de nostre Seigneur Jesus Christ » ? Mais Guerin avait ajouté « que cela se faisoit spirituellement » [31]. Le théologien ne retient pas cette dernière précision qui « sent le fagot » !

Des magistrats se réjouissent que Guerin se montre, de nouveau, raisonnable. Ils sont d'avis de sursoir l'exécution. Deux magistrats dont un président, Antoine Minard, sont députés à la cour pour justifier ce coup de théâtre. Mais le 20 juin, le roi fait répondre que ce délai doit être immédiatement rompu, d'autant que Guerin persiste dans sa doctrine. Le 1er juillet, l'hétérodoxe est exécuté[32].

Le cas Guerin devient une « affaire » religieuse. Le pasteur parisien Jean Macar en informe Calvin lui-même, à Genève. Le 21 mars, il se félicite du revirement de son coreligionnaire : « Un autre frère, dont le nom est Guerin qui alors qu'il a ouvertement abjuré le Christ, maintenant [il] déplore son péché et rejette son absolution » [33]. Le 27, il ajoute qu'au côté de deux autres prisonniers, il se comporte comme un « athlète », encouragé par ses sermons et est prêt à confirmer oralement sa foi devant les juges[34]. Comme on l'a vu, l'affaire remonte jusqu'au roi et divise le Parlement entre une chambre criminelle plus encline à la mansuétude, et la Grande Chambre moins indulgente. Dans son martyrologe parisien, le pasteur Antoine de la Roche-Chandieu réserva une place de choix à l'affaire Guerin, reprise par Crespin dans son édition de 1564[35].

[31] La Roche-Chandieu 1563, p. 164.
[32] La Roche-Chandieu 1563, p. 164.
[33] « *Fratrem alterum cui cognorem est Guerino, qui quum palam antea abjuravit Christum nunc deflet peccatum suum et respuit absolutionem.* », Crespin 1885-1888, t. II, l. VII, p. 590, note 2.
[34] « *Tres adhuc sunt (captivi) non spernandi athletae, Sarasier, Faber, Guerin, in pratulo palatii, quos quum nudius tertius confirmarem vicissim valde confirmatus sum ipsorum sermone.* », Crespin 1885-1888, t. II, l. VII, p. 590, note 2.
[35] La Roche-Chandieu 1563, p. 300-305 ; Crespin 1885-1888, t. II, l. VII, p. 644.

III. Le tournant de la mercuriale au printemps 1559

Pour Monter, l'affaire Guérin révèle la « *policy of negociation* » que certains conseillers du Parlement de Paris conduisent dans la décennie 1550[36]. Cette politique est en contradiction avec le raidissement de la législation envers les hétérodoxes. L'édit de Compiègne du 24 juillet 1557 déclare que la peine capitale doit systématiquement être infligée aux sacramentaires obstinés et relaps, c'est-à-dire ceux qui ne croient pas à la transsubstantiation, aux prédicants, aux iconoclastes, aux auteurs de sacrilège et aux colporteurs de livres hérétiques, imprimés à Genève. La Déclaration d'Écouen du 2 juin 1559 enjoint à tout officier royal de mettre les prédicants qu'ils auraient capturés à la disposition de commissaires expressément désignés pour lutter contre l'hérésie. Cette rigidification législative vise à faire pression sur les juges, quitte à passer au-dessus d'eux pour condamner les hérétiques.

1. L'arrêt Séguier : le bannissement plutôt que la mort

Cette contradiction éclate au grand jour dans l'affaire de la mercuriale du 10 juin 1559. Au printemps, une commission de cinq juges de la chambre criminelle du Parlement de Paris commue trois sentences de mort en un bannissement. Cette indulgence est due aux manœuvres dilatoires des présidents de la chambre criminelle Pierre Ie Séguier et Achille Du Harlay. C'est leur chambre qui instruisait alors les appels car la Grande Chambre était en vacances. Dans un premier temps de l'instruction, ils proposent aux prisonniers de « dissimuler, et accorder quelques poincts, desquels ceux qui ne sont encores bien instruits en la religion Chestienne »[37]. Mais les prisonniers refusent. Alors les juges décident de les interroger « simplement sur la manducation du corps de Christ en la Cene, sans faire mention, ni de transsubstantiation, ni de presence charnelle », espérant ainsi leur épargner l'accusation fatale de sacramentaire. Grâce à d'autres interrogatoires, les magistrats savent que la doctrine des hétérodoxes sur le sacrement eucharistique est celle de Genève : les

[36] Monter 1999c, p. 208.
[37] La Roche-Chandieu 1563, p. 300-305 ; Crespin 1885-1888, t. II, l. VII, p. 644.

fidèles considèrent que la communion est « non point par imagination, mais veritablement et de faict, et que les signes ne sont nuds et vides, ains exhibitifs de la verité du sacrement »[38]. Les trois incriminés souscrivent à cette proposition qu'ils consignent dans leur confession rapportée à la Cour « au grand contentement de tous les bons hommes »[39].

Cependant, des juges intransigeants exigent que les prisonniers soient aussi interrogés sur la messe, question beaucoup plus clivante. La chambre demande donc aux hétérodoxes s'ils acceptent d'aller à la messe. Ceux-ci répondent par la négative. « Pour rien ils ne se trouveroyent là où Dieu est tant deshonoré, disent-ils »[40]. Ils développent une réfutation contre la messe dans laquelle ils contestent la transsubstantiation.

Toutefois, en dépit de ce blasphème qui devrait les conduire à la mort, la chambre criminelle persiste à ne leur infliger qu'une peine d'exil. Pour Crespin, cette condamnation a encore « quelque rigueur injuste, mais ce n'estoit rien au prix de la cruauté » exercée auparavant. En outre, pour la première fois, la cause était « absous en pleine cour du Parlement », annonçant une « porte ouverte au regne de l'Evangile »[41], conclut l'hagiographe.

Les procureurs et avocats du roi « remontrent » alors l'arrêt sous le prétexte que celui-ci contredit les sentences de la Grande Chambre. Ils requièrent donc un nouvel arrêt qui tranche entre les deux chambres.

2. Le Parlement, lieu de la controverse du sacrement de l'eucharistie

Dans ce contexte de crise, Henri II convoque une mercuriale le 26 avril qui marquera un retour à la rigueur de la persécution. Une mercuriale désigne les séances plénières du parlement, instaurées en 1539, ayant lieu le mercredi chaque trimestre, d'où son nom, et au cours de laquelle le procureur général ou le premier avocat du roi rappelle aux magistrats leur devoir. Depuis l'édit de

[38] Crespin 1885-1888, t. II, l. VII, p. 645, note 3.
[39] Crespin 1885-1888, t. II, l. VII, p. 645, note 3.
[40] Crespin 1885-1888, t. II, l. VII, p. 645, note 3.
[41] Crespin 1885-1888, t. II, l. VII, p. 645, note 3.

Châteaubriant de 1551, l'accent est mis sur la rectitude religieuse. Un article prévoie que les officiers représentant le roi doivent dénoncer les conseillers jugés trop tièdes à l'égard des hétérodoxes. En vertu de l'article 25, tous les participants doivent jurer qu'ils ne sont pas calvinistes[42].

Des conseillers s'élèvent contre la convocation du 26 avril 1559[43]. Le procureur du roi justifie la convocation par le non respect de l'édit de Compiègne de 1557 en vertu duquel tout sacramentaire mérite la peine capitale[44]. Il vise les conseillers dont la cour soupçonne l'orthodoxie, du moins un laxisme coupable à l'égard des religionnaires. Face à cette exigence, le conseiller Christophe de Thou avance qu'un bon juge doit varier les peines selon les personnes et les cas. « À mon humble avis, précise-t-il, ceux qui niaient la matière et la forme du sacrement devaient être punis beaucoup plus sévèrement que ceux qui niaient seulement la forme »[45].

De Thou reflète l'opinion de ces magistrats qui distinguent deux catégories d'hétérodoxe : ceux qui croient en une réalité du Christ dans les espèces (consubstantiation à la mode luthérienne) et ceux qui rejettent toute présence du Christ, lors de la célébration eucharistique dans la mesure où le Christ est au côté du Père (*symbolisme zwinglien*). C'est ainsi que Séguier justifie l'arrêt de la chambre criminelle en faveur des prisonniers bannis. Ceux-ci sont des « luthériens » ; ils doivent donc échapper à la rigueur de l'édit de Compiègne. En réalité, à partir des années 1550, selon la concorde de Zurich de 1549, les réformés calvinistes ont une position médiane qui insiste sur la présence spirituelle du Fils dans l'assemblée communiante. Mais cet entre-deux théologique sur le principal sacrement échappe à beaucoup, y compris chez les incriminés.

La distinction entre réalité spirituelle et symbolique du sacrement est défendue par Paul de Foix, un autre conseiller durant la mercuriale. Cependant, le magistrat ne sous-entend pas qu'il ne faut pas punir les « luthériens ». Mais il précise que l'on doit

[42] Carpi 2012, p. 98-99.
[43] Houllemare 2011a, p. 116.
[44] Didier 1939, p. 396-435.
[45] Didier 1939, p. 404.

distinguer le crime comme les juges le font pour un assassin homicide et un assassin qui a tué son père, coupable alors de parricide[46]. Cette position relative à l'hétérodoxie conduit une majorité des conseillers à demander la suspension de la répression et la convocation d'un concile national[47].

Toutefois, des juges, partisans de l'intransigeance, informent le roi du débat de la mercuriale. À cette occasion, ils transgressent le secret des délibérations, l'indépendance des magistrats et l'idée d'unanimité des décisions prises à cette occasion[48]. Le 2 juin, Henri II signe à Écouen un nouvel édit qui renforce la répression. Désormais des commissaires doivent être envoyés dans le royaume pour juger tout hérétique séditieux ou en fuite. Le roi court-circuite ainsi le parlement.

Le 10 juin, au matin, Henri II fait une entrée à l'improviste aux Augustins où se tient la mercuriale. Il manifeste son mécontentement auprès de la compagnie. Sept des magistrats les plus suspects sont arrêtés dans l'heure et emprisonnés. Une commission *ad hoc* de 25 commissaires choisis parmi les magistrats non suspects les jugera. La distinction des peines sur le sacrement eucharistique est condamnée par un arrêt du 8 janvier 1560. Paul de Foix, défenseur de la distinction, doit prononcer un désaveu, de vive voix en pleine cour et devant les chambres réunies. Désormais tout individu qui refuse le sacrement tel qu'il est défini par l'Église romaine est considéré comme sacramentaire et comme tel, punissable de mort[49].

3. La remise en cause de la politique pénale à l'endroit des hétérodoxes

Le coup de force des tenants de l'intransigeance rompt avec les privilèges du parlement. Il est d'autant plus retentissant qu'Henri II, à la différence de son père, apprécie le dialogue avec ses conseillers du parlement. Il institutionnalisa par exemple les réponses du conseil royal aux remontrances de la cour souveraine

[46] Didier 1939, p. 413.
[47] Didier 1939, p. 409.
[48] Houllemare 2011a, p. 124-125.
[49] Didier 1939, p. 424.

et jusqu'au 10 juin, il ne vint jamais au parlement pour imposer un édit[50]. Mais les remuements des réformés à Paris, à partir de 1557 d'une part et d'autre part, le renoncement aux prétentions italiques, changent l'état d'esprit du souverain. Désormais, l'extirpation de l'hérésie s'affirme comme une priorité[51].

Les magistrats se considèrent comme directement responsables devant Dieu, conception de leur dignité qui leur garantit une certaine indépendance vis-à-vis du roi. Ne sont-ils pas « prêtres de la justice » et « esclaves » de la loi de Dieu[52] ? Ils se ménagent ainsi une relative autonomie à l'égard du pouvoir. Dans ses *Pourparlers du prince*, rédigés entre 1558 et 1560, l'avocat au Parlement Étienne Pasquier rapporte une anecdote qui la symbolise. En 1481, dans un accès de colère, Louis XI aurait menacé de mort les membres du parlement qui refusaient d'enregistrer l'un de ses édits. Ceux-ci se seraient présentés dans leur robe rouge devant le roi et, par la bouche de leur premier président Jean de La Vacquerie, auraient déclaré être prêts à mourir. Cet incident devient l'*exemplum* des libertés des magistrats parisiens au cours du XVI^e^ siècle[53].

À l'occasion de la crise de la mercuriale de 1559, une autre figure cette fois confessionnelle s'impose dans l'illustration de la défense des libertés du parlement dans la personne d'Anne du Bourg. Ce magistrat, arrêté parmi les sept le 10 juin, est le seul à avoir été exécuté. Dès lors, des plaquettes l'érigent comme un martyr[54]. Le discours qu'il tint devant le roi irrita particulièrement le souverain. Du Bourg, après avoir fait « trois ou quatre grandes reverences […] levant les yeux en haut » rend grâce à Dieu de ce « qu'il luy avoit pleu l'appeler en ceste estat et dignité : et encor plus de luy avoir fait tant de bien et faveur de se trouver devant un si grand Roy pour le conseiller en une matiere de telle consequence »[55]. En dépit de la soumission affichée, du Bourg

[50] Houllemare 2009b, p. 97-98.
[51] Romier 1914, p. 242-266 ; 272-280 ; 366-370.
[52] Krynen 2009, p. 79-82.
[53] Daubresse 2005, p. 58-65.
[54] Thierry Wanegffelen a insisté sur la singularité du conseiller qui dans ses interrogatoires conteste la nature sacramentelle de la messe. Cette remise en cause de la piété eucharistique catholique l'aurait conduit immanquablement au bûcher. Wanegffelen 1997, p. 157-160.
[55] Crespin 1885-1888, t. II, l. VII, p. 703.

souligne ainsi son lien direct avec Dieu qui le conduit à pouvoir s'adresser au monarque.

Le conseiller discute ensuite de l'inadéquation de la peine au crime de religion. Les hétérodoxes préfèrent la mort plutôt que d'accepter que l'on ajoute ou diminue à la « pure parole de Dieu ». Malgré une interruption du premier Président qui lui rappelle que le propos d'une mercuriale n'est pas la controverse religieuse, il continue avec l'autorisation du roi pendant une heure trente. Il constate que les édits de François I[er] et de son fils sont inutiles[56]. En s'adressant au roi, il avance que « ses suppost vous font accusateur, denonciateur, juge et partie, et votre Cour les executeurs »[57]. Le roi se retrouve accusateur en la personne du procureur général. Par l'édit qui condamne à mort, le roi est aussi juge. Enfin, le Parlement qui exécute l'édit est le bourreau de cette iniquité.

Du Bourg conclut sur la liberté des magistrats du Parlement qui confère le droit de « parler selon sa conscience ». La présence du roi ce 10 juin ne confirme-t-il pas ce privilège ? Voilà pourquoi il demande la tenue d'un concile et la suspension des exécutions, à l'exception de celle des anabaptistes qui troublent l'ordre de la République[58].

Ce n'est qu'en 1560, sur la pression des remuements dans le Midi et d'une conjuration avortée à Amboise contre le nouveau roi François II que le délit de religion est décriminalisé. Par un édit au printemps, seuls les hérétiques qui provoquent un scandale public sont justiciables, autrement dit la liberté de conscience est, de faite, reconnue.

Conclusion

La séquence française de la répression des hétérodoxes nous semble révélateur de la complexité de la sécularisation de l'État de justice. À l'aune de la captation de la peine de l'amende honorable par les juges royaux envers les hétérodoxes, les poursuites contre

[56] Crespin 1885-1888, t. II, l. VII, p. 703-704.
[57] Crespin 1885-1888, t. II, l. VII, p. 703-704.
[58] Crespin 1885-1888, t. II, l. VII, p. 704.

ceux-ci semblent un marqueur décisif de cette sécularisation. Cependant, les incriminés les plus intransigeants parviennent à contrer ce processus en confessionnalisant le procès. La peine sanctionnant le perturbateur de l'ordre religieux et public perd de sa logique. Elle est inefficace au regard du succès des idées nouvelles dans l'opinion publique, y compris chez les magistrats. L'arène judiciaire devient une arène religieuse où les magistrats s'estiment compétents pour distinguer les délits, d'un point de vue de la casuistique théologique. Quant aux condamnés à la peine capitale, enfin, ils deviennent les héros de la foi aux yeux de leurs partisans, mais aussi symboles de la résistance à la « tyrannie » politique.

En 1570, les graveurs Jacques Tortorel et Jean Perrissin publient à Genève quarante gravures d'actualité portant sur la décennie écoulée en France, celle des trois premières guerres de Religion. Pour dramatiser la série, ils font notamment débuter la chronique par la mercuriale du 10 juin[59]. L'une des deux versions de celle-ci propose une légende versifiée partisane, alors que dans le corpus, en général, des lettres clés renvoient à des descriptions plus prosaïques[60] :

> « Le roy fut au milieu de sa cour assemblée /Pour aviser au faict de la Religion /Esperant que la force et persecution /Rendroient finalement l'Evangile accablee. /Lors du Bourg remonstra que toute force humaine /Contre Dieu et sa Loy ne peut estre que vaine, /Mais pour avoir bien dit, on l'envoye en prison : /Donnant lieu à la force et non à la raison. »[61]

La scène présente l'instant où Anne du Bourg et Louis du Faur sont arrêtés sur ordre du roi par le connétable Anne de Montmorency. Elle s'appuie sur une relation publiée exclusivement dans l'édition de Crespin de 1564. Elle oppose l'attitude des deux magistrats. La première, héroïque, montre du Bourg qui se soumet au connétable en s'exclamant « Seigneur, c'est ta querelle, je te

[59] Benedict 2012, p. 70.
[60] La variante de la Mercuriale figure de manière beaucoup plus statique et sobre la prise de parole d'Anne du Bourg. En revanche, à sa droite, un second compartiment montre l'embastillement des quatre conseillers du Parlement, à la suite du coup d'éclat.
[61] Benedict 2012, p. 58-59.

recommande et moy et mon affaire ! ». *A contrario*, du Faur, couard, se jette aux pieds du roi pour implorer sa grâce[62].

Pour les graveurs, faire débuter la série des guerres civiles de religion par la mercuriale du 10 juin est une manière de présenter le règne de Henri II comme un échec. Alors que le « bon gouvernement » repose sur des cérémonies qui traduisent le dialogue entre le souverain et ses sujets, l'estampe représente, au contraire, la violence politique au Parlement pour qui le sens de la peine n'est plus celui du pouvoir[63].

[62] Benedict 2012, p. 219.

[63] La violence politique du roi se manifeste par le non-respect de se faire annoncer aux conseillers le 10 juin, ne tient pas compte de la liberté de parole des magistrats, stoppe le déroulement des délibérations qui normalement doivent aboutir à une opinion consensuelle et enfin, arrête certains magistrats, au mépris de leur liberté de conscience. Houllemare 2011a, p. 426.

Bibliographie

Benedict 2012
BENEDICT (P.), *Le Regard saisit l'Histoire. Les Guerres, massacres et troubles de Tortorel et Perrissin*, Genève, Droz, 2012.

Cameron 1995
CAMERON (P.), *Le martyrologe de Jean Crespin, étude de ses éditions au XVI^e siècle*, Montréal, Université de Montréal, 1995.

Carbasse 1990
CARBASSE (J.-M.), *Introduction historique au droit pénal*, Paris, PUF, 1990.

Carpi 2012
CARPI (O.), *Les Guerres de Religion (1559-1598). Un conflit franco-français*, Paris, Ellipses, 2012.

Chiffoleau 1993
CHIFFOLEAU (J.), « Sur le crime de majesté médiéval », in *Genèse de l'État moderne en Méditerranée*, Rome, École française de Rome, 1993, p. 183-213.

Crespin 1885-1888
CRESPIN (J.), *Histoire des Martyrs persecutez et mis a mort pour la verité de l'Evangile, depuis le temps des apostres jusques a present (1619)*, Toulouse, Société des Livres religieux, 1885-1888 [1619].

Daubresse 2005
DAUBRESSE (S.), *Le Parlement de Paris. La Voix de la raison (1559-1589),* Genève, Droz, 2005.

de La Ferrière 1880-1905
DE LA FERRIÈRE (H.) (éd.), « Lettre de Catherine de Médicis à l'évêque de Limoges, ambassadeur d'Espagne (datée du 31 janvier 1561) », *Lettres de Catherine de Médicis*, Paris, 1880-1905, tome I, p. 577.

Didier 1939
DIDIER (N.), « Paul de Foix à la mercuriale de 1559, son procès, ses idées religieuses », *Mélanges d'archéologie et d'histoire*, tome 56 (1939), p. 396-435.

El Kenz 1997
EL KENZ (D), *Les Bûchers du roi. La culture protestante des martyrs (1523-1572),* Seyssel, Champ Vallon, 1997.

Gauvard *et al*. 2002
GAUVARD (C.) *et al*. (dir.), *Dictionnaire du Moyen Âge*, Paris, PUF, 2002.

Gilmont 1981
GILMONT (J.-F.)*, Jean Crespin. Un éditeur réformé du XVI^e siècle*, Genève, Droz, 1981.

Houllemare 2011a
HOULLEMARE (M.), *Politiques de la Parole. Le Parlement de Paris au XVI^e siècle*, Genève, Droz, 2011.

Houllemare 2009b
HOULLEMARE (M.), « Relations formelles, relations informelles entre el roi et le Parlement de Paris sous François I^er et Henri II », in *La prise de décision en France (1525-1559)*, sous la direction de CLAERR (R.), PONCET (O.), Paris, École nationale des Chartes, 2009, p. 90-105.

Isambert 1828
ISAMBERT (F.-A.) (éd.), *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420, jusqu'à la Révolution de 1789*, Paris, Belin-Leprieur, 1828, tome 12.

Krynen 2009
KRYNEN (J.), *L'État de justice. France (XIII^e-XX^e siècle). T. 1 : L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, 2009.

La Roche-Chandieu 1563
LA ROCHE-CHANDIEU, (A.), *Histoire des persécutions et martyrs de l'Eglise de Paris depuis l'an 1557 jusqu'au temps du roi Charles I*, Lyon, s.n., 1563.

Lestringant 1993
LESTRINGANT (F.), « Le martyre mot à mot : les trois martyrs huguenots du Brésil (1558), de Jean Crespin à d'Aubigné », in *Langage et vérité. Études offertes à Jean-Claude Margolin*, édité par CÉARD (J.), Paris, Droz, 1993, p. 120-130.

Mentzer 1973
MENTZER (R. Jr.), *Heresy Proceedings in Languedoc 1500-1560*, Madison, Université du Wisconsin, 1973.

Monter 1996a
MONTER (W.), « Heresy executions in reformation Europe, 1520-1565 », in *Tolerance and Intolerance in the European Reformation*, sous la direction de GRELL, (O. P.), SCRIBNER (R. W.), Cambridge, Cambridge University Press, 1996, p. 48-64.

Monter 1996b
MONTER (W.), « Les exécutés pour hérésie par arrêt du Parlement de Paris (1523-1560) », *Bulletin de la Société de l'Histoire du Protestantisme Français*, 2 (1996), p. 191-224.

Monter 1999c
MONTER (W.), *Judging the French Reformation. Heresy trials by sixteenth-century parlements*, Cambridge, Mass. Harvard University Press, 1999.

Monter 2007d
MONTER (W.), « France : the failure of répression, 1520-1563 », in *La Réforme en France et en Italie. Contacts, comparaisons et contrastes*, édité par BENEDICT (P.) *et al*., Rome, EFR, 2007, p. 465-479.

Romier 1914
ROMIER (L.), *Les Origines politiques des Guerres de Religion. II. La fin de la magnificence extérieure. Le roi contre les protestants (1555-1559)*, Paris, Perrin, 1914.

Wanegffelen 1997
WANEGFFELEN (T.), *Ni Rome, ni Genève. Des fidèles entre deux chaires en France au XVI^e siècle*, Paris, Champion, 1997.

Face au radicalisme, faut-il accorder une confiance radicale à la peine ?

Paul Dhaeyer
Conseiller, Cour d'appel de Liège
Chercheur associé, Université Saint-Louis - GREPEC
Ancien juge d'instruction spécialisé en matière de terrorisme au tribunal de première instance du Hainaut

Introduction

Le terrorisme moderne conteste et interroge de manière radicale le sens de la peine. Celle-ci se conçoit instinctivement comme réponse collective à un membre libre et conscient de la collectivité sociale. Nous souhaitons que le sujet soit appelé à réintégrer la norme commune. C'est ici que nous devons nous interroger sur le caractère collectif ou au contraire individuel des normes démocratiques défendues par la loi pénale. Il nous semble que de ce point de vue le terrorisme – et la radicalité religieuse qui en est actuellement le principal support – met notre modèle pénal traditionnel à l'épreuve. Nos systèmes pénaux modernes sont le produit de la démocratie parlementaire libérale. En conséquence, les normes pénales qu'elle génère sont le fruit des représentations morales de la classe moyenne occidentale qui domine traditionnellement les institutions de ces démocraties. Or, c'est là que la question du radicalisme islamique nous amène à interroger la pertinence de ce modèle. Nos sociétés sont marquées par une

très forte diversité des identités et des idéologies. La sanction pénale trouve difficilement, dans ces conditions, sa légitimité dans un corpus d'idées communes.

Dans la mesure où le discours politique sur la peine se réfère souvent aux attentes de l'opinion publique, nous examinerons dans un premier temps ce qui aux yeux de l'opinion publique donne un sens à la peine. Cette question de la croyance dans l'utilité, voire dans la sacralité de la peine, nous semble essentielle en rapport avec la question du terrorisme. L'acte terroriste est plus que toute autre infraction, un acte de rébellion contre une civilisation.

Nous faisons l'hypothèse que la sanction pénale ne trouve son sens que dans l'affirmation des valeurs que la disposition pénale entend précisément protéger. Il convient donc de se pencher sur les valeurs que défendent les dispositions pénales réprimant le terrorisme. De quel type de valeurs s'agit-il ? Ces valeurs, à supposer qu'elles existent, suffisent-elles à asseoir la légitimité de l'intervention pénale, sans avoir à se référer nécessairement à la défense de la sécurité publique ? Cette réflexion sera nourrie par notre expérience professionnelle de juge d'instruction spécialisé en matière de terrorisme.

I. Le terrorisme et le radicalisme : quelles définitions ?

Il convient de définir le périmètre de la discussion. Par facilité, le radicalisme et le terrorisme sont utilisés comme des synonymes interchangeables. Toutefois ces notions relèvent de réalités distinctes.

Le terrorisme est une notion qui renvoie à la loi pénale, tandis que le radicalisme relève de la psychologie et des motivations religieuses. Cette notion renvoie également à la trajectoire des personnes étant passées à l'acte terroriste ou désireuses de passer à l'acte. Le sens et l'effet qu'aura la réaction pénale varieront donc fortement selon le profil de ces personnes.

Disons, pour faire bref, que toute personne ayant participé aux activités d'une organisation terroriste n'est pas nécessairement radicalisée. D'autres facteurs, psychologiques ou psychiatriques

peuvent amener le sujet au passage à l'acte[1]. Une personne présentant des troubles psychopathiques peut ainsi parfaitement être tentée de participer aux activités d'une organisation terroriste comme l'État islamique, sans être radicalisée sur le plan religieux, ni même adhérer réellement à un islam radical. Les psychopathes, n'ayant pas accès à la transcendance, agiront davantage par opportunisme. Dans cette hypothèse la réaction pénale s'articule davantage autour de la question de la dangerosité. La question du sens de la peine est davantage à situer dans la gestion du risque, ce qui sort nous semble-t-il du cadre de ce colloque. Ce n'est pas sous cet angle mais sous l'angle de la « rationalité »[2] propre au radicalisé que nous envisageons notre contribution.

Il en va de même pour des personnes qui présentent certes des signes de radicalisation religieuse, mais sont en outre marqués par une débilité légère n'altérant toutefois pas leur capacité à contrôler leurs actes.

Nous ne nous intéresserons donc dans cette contribution qu'au sens de la peine face au radicalisme et à ses effets sur le sujet radicalisé et ce dans le cadre de la commission d'infractions terroristes. Il existe en effet des sujets radicalisés qui ne passent pas à l'acte. La loi pénale – nous y reviendrons – ne condamne que les actes matériels et non la simple adhésion à une idéologie.

II. Le sens de la peine se confond-elle avec les attentes de la société ?

Il nous revient dans un premier temps d'interroger la confiance que la société met dans la peine. Cette question est d'actualité puisque l'opinion publique est en attente d'une réponse judiciaire face au terrorisme et au radicalisme islamique qui en est le terreau.

À notre sens, il s'agit d'abord d'une question de foi dans le sens de la peine. La société « croit » en la peine.

[1] Castel 2008, p. 986.
[2] Garcet 2016, p. 572.

Très peu d'études ont été réalisées sur les attentes de l'opinion publique en matière de peine[3]. Toutefois les études réalisées en Belgique et aux États-Unis[4] semblent conclure à l'ambivalence de l'opinion publique sur la question de la peine et de la réactivité pénale. Si les études d'opinion semblent démontrer que le public attend des peines « effectives » voire une plus grande sévérité des peines suite à un évènement particulier ayant défrayé la chronique, les études réalisées[5] montreraient que les opinions publiques s'émeuvent également lorsque la justice d'un pays non européen emprisonne des concitoyens ou leur inflige des peines jugées cruelles. Cette apparente contradiction peut s'expliquer par le fait que les opinions publiques occidentales s'attendent à ce que les peines infligées répondent aux normes des droits de l'homme[6] et à une exigence de réinsertion sociale[7]. L'opinion publique s'attend en effet à ce que la réaction pénale soit digne, c'est à dire qu'elle réponde à l'image idéale que la société projette d'elle-même, même si la société civile accepte que les libertés publiques soient, dans une certaine mesure, mises en balance avec le risque particulier que fait courir le terrorisme à la sécurité publique[8]. Le désir supposé d'une réponse pénale systématiquement implacable serait davantage à mettre sur le compte d'un certain populisme pénal[9], en ce sens que l'État trouverait dans la reconnaissance des attentes des victimes la possibilité d'attribuer à son action répressive une légitimité morale et de regagner de l'autorité sur le corps social[10]. En l'occurrence, il s'agirait davantage de la représentation des attentes pénales projetées par une partie des élites politiques et médiatiques. Les études réalisées en Belgique sur les attentes des victimes d'actes de violence semblent plutôt montrer que celles-ci aspirent à ce que le jugement soit l'occasion pour elles de reconstruire leur vécu de victime[11].

[3] Nous renvoyons à la contribution de V. Gautron et C. Vigour dans ce volume.
[4] Verfaillie 2012, p. 224.
[5] Verfaillie 2012, p. 226.
[6] Goodwin-Gill 2007, p. 101.
[7] Larralde 2011, p. 621.
[8] De Hert 2005, p. 63.
[9] Carlen 2008, p. 14.
[10] Garcet 2017, p. 230.
[11] Lemonne 2011, p. 743.

Dès lors que la peine a été prononcée par un juge, la victime, l'auteur et l'ensemble du corps social reconnaissent que cette peine répond à une rationalité propre qui doit être respectée. De ce point de vue, l'attente que les peines prononcées soient « exécutées » correspondrait effectivement à cette confiance dans la rationalité de la peine, qui ne doit toutefois pas être confondue avec la confiance dans son effectivité. Il semble que lorsque les personnes interrogées sont éclairées sur les réalités concrètes du système carcéral, leurs exigences quant à la sévérité des peines se nuancent[12]. Ceci nous interpelle dans la mesure où le discours politique sur la nécessité de punir le terroriste repose davantage sur un impératif sécuritaire, alors que cet impératif sécuritaire n'est pas le fondement unique de la peine.

La « foi » dans la peine et plus largement dans la nécessité de punir s'appuie au contraire sur deux socles, l'un qui est la confiance dans la rationalité du processus judiciaire et l'autre la conviction que la peine ne peut faire sens que si elle correspond à une image idéalisée de notre civilisation pénale. Cette image nous renvoie immanquablement aux valeurs qui sont véhiculées par la peine. Il semble que la peine, au-delà de sa réalité physique faite de contraintes et d'usage de la force, soit avant tout un discours. Ce discours apparait tantôt comme barbare, tantôt comme légitime. L'épisode dramatique des exécutions d'occidentaux en Indonésie pour possession de drogues en est un exemple marquant. En occident, ces peines sont apparues comme barbares car produites par un système marqué par l'arbitraire, et manifestement disproportionnées – à la fois irrationnelles et indignes. En ce sens elles ont révélé le clivage entre, d'une part, des sujets de droits fragiles et impuissants et, d'autre part, un pouvoir tout-puissant. La peine n'apparaît donc légitime – au sens politique du terme – que si la société a confiance dans l'indépendance des juges qui la prononcent et dans la capacité des procédures mises en place à produire un discours crédible.

C'est à ces conditions, selon nous, que la peine peut être porteuse d'unité tant pour le sujet que pour la société. Elle permet, lorsqu'elle est le fruit d'un discours libre, mais encadré par des

[12] Verfaillie 2012, p. 231.

règles claires et prédéfinies, de réunifier le sujet avec la société. La peine permettra également – et c'est là me semble-t-il, son sens « religieux »[13] d'ancien régime, de rétablir une unité entre l'auteur de l'infraction et sa dignité de sujet. Il se serait éloigné de ses propres valeurs en perpétrant l'acte condamné. La peine rétablirait en quelque sorte cette unité subjective fragmentée par le passage à l'acte. Nous verrons dans l'étude des cas que nous présentons que cette dimension est essentielle pour intégrer le condamné radicalisé dans le discours pénal.

III. L'infraction terroriste : une infraction politique ou une infraction contestataire de l'ordre juridique ?

Quelles sont les valeurs communes que les dispositions du code pénal réprimant le terrorisme défendent ? Pour le saisir il convient de revenir sur l'histoire même du code pénal.

La loi pénale (et en particulier sa codification) est depuis les origines de cette codification éminemment politique[14]. Elle structure une société en en déclinant les valeurs communes, ou communément admises. Les États-nations ont cimenté leurs acquis démocratiques dans le code pénal. La jeune Belgique[15] mit d'abord en chantier son code pénal, bien avant des questions de procédure, de monnaie ou d'institutions. Le code pénal réprime ce qui peut nuire collectivement d'abord puis ce qui contrevient aux intérêts individuels. C'est ainsi que le législateur de 1867 a introduit dans le code pénal une hiérarchie des crimes et délits. Il accorde ainsi une première place aux crimes contre la sûreté de l'État et aux droits constitutionnels pour n'accorder qu'une place symboliquement secondaire aux droits liés à la dignité de l'individu, en ce compris aux coups et blessures et à l'intégrité sexuelle de l'individu. Par un retournement de l'histoire ce sont précisément les infractions au Titre II du Code pénal, c'est-à-dire les dispositions réprimant le terrorisme qui sont au cœur de la politique criminelle depuis plus d'une décennie.

[13] Garcet 2015, p. 651.
[14] Cartuyvels 2010, p. 642.
[15] Bartholeyns 2003, p. 16.

L'Histoire du code pénal nous apprend que l'importance accordée par le législateur de la première moitié du XIX[e] siècle est essentiellement liée à la nécessité d'affirmer la souveraineté du jeune État belge et de rompre avec l'arbitraire qui avait présidé à l'adoption du code impérial de 1810[16]. Les mouvements révolutionnaires de 1848 qui ont secoué l'Europe entière ont achevé de convaincre le législateur de l'urgence qu'il y avait alors à réprimer sévèrement toute atteinte aux structures de l'État, et notamment en s'écartant des règles communes de la tentative punissable[17]. Il convient de relever que notre code pénal fait cohabiter les atteintes à la sureté de l'État avec la garantie des droits constitutionnels. On est évidemment tenté par le parallélisme entre la défense de droits constitutionnels à l'époque et la défense de la structure démocratique de l'État que défendent précisément les articles 137 à 141 du Code pénal, réprimant spécifiquement les infractions liées au terrorisme. Alors que le terrorisme plonge ses racines dans une idéologie politique ou religieuse, notre droit ne réprime toutefois que des actes concrets[18] et non l'idéologie même. La définition du terrorisme – adoptée à la suite d'une décision-cadre de l'union européenne[19] – renvoie à la volonté de renverser la structure politique des États et des institutions internationales par l'usage de la violence ainsi qu'à, la volonté de renverser le caractère démocratique de ces structures[20]. En ce sens, ces dispositions nous renvoient à la notion de société démocratique développée par la cour européenne des droits de l'homme[21]. Il s'agirait donc de défendre des valeurs démocratiques communément admises au sein de la société.

Nous y retrouvons donc au premier plan les valeurs processuelles contenues dans l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme et plus généralement – nous y

[16] De Brouwer 2010, p. 646.
[17] De Nauw 2010, p. 4.
[18] Beernaert 2004, p. 587 ; De Valkeneer 2017, p. 709 ; Lafarque 2017, p. 16.
[19] Décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme.
[20] Cesoni 2002, p. 143.
[21] De Hert 2005, p. 67 ; Krenc & van Drooghenbroeck 2016, p. 464 ; C.E.D.H., 20 octobre 2015, arrêt *Sher e.a. c. Royaume-Uni*, § 149.

reviendrons – l'ensemble des droits fondamentaux qui garantissent à la procédure pénale son humanité et sa fiabilité.

Nos sociétés post-modernes sont marquées par une diversité idéologique, ce qui remet en cause, nous semble-t-il la légitimité même de la norme pénale matérielle. Sans idéologie commune, comment définir les comportements unanimement réprouvés par le corps social ? Il convient de rechercher ce qui au-delà des règles communes à cette société, constituent les prémisses d'une justice cosmopolite[22]. On pourrait être tenté par une démarche purement victimologique. La gravité des faits serait dans ce cas déterminée par le préjudice subi par les victimes et par les attentes qu'elles placent dans la réponse pénale. Cette approche, bien que très répandue, se heurte toutefois à un double écueil. Une telle conception nie par définition la dimension collective de la peine. Ensuite, elle ne permet pas de prendre en compte les attentes réelles des victimes qui se situent davantage sur le terrain de la parole et de la reconnaissance que sur celui de la peine[23]. La gravité pénale des faits – indéniable en ce qui concerne les actes terroristes – se confond souvent avec la gravité politique des faits. C'est-à-dire avec l'importance que la communauté politique accorde à ces comportements.

Cette gravité sociale des faits est en permanence réévaluée et redéfinie au terme du processus judiciaire. La peine n'est plus alors un étalon abstrait de cette gravité pénale et politique, définie *a priori* par la fourchette légale de la peine, mais la démonstration que le juge répressif a pris en compte lorsqu'il détermine la peine, le danger concret que le prévenu représente pour l'avenir. Nous pensons à cet égard, évidemment à la dangerosité du prévenu au sens classique de la théorie de la défense sociale, mais encore davantage au danger que les idéologies radicales qui sous-tendent le terrorisme font courir à l'unité de la société. Le juge pénal évalue donc de manière prospective le comportement et surtout le positionnement futur du prévenu. Il s'agit d'une approche prévisionnelle de son comportement futur et de sa possible adhésion aux processus sociaux de la société dans laquelle il vit.

[22] Hudson 2008, p. 280.
[23] Languin & Robert 2012, p.177.

Avec Françoise Vanhamme [24] nous parlerons alors de gravité sociale de la délinquance, plutôt que de gravité sociale des faits. Son analyse nous semble parfaitement correspondre à la fonction sociale de la peine. Cette gravité sociale se mesure à la capacité du condamné à réintégrer à l'avenir les valeurs partagées dans la société et qui sont précisément signifiés par la réprobation pénale. La peine se conçoit dès lors comme un pari sur l'avenir du condamné. La première condition de réussite de ce pari consiste précisément dans l'acceptation de la peine par le sujet. Mais cela a-t-il un sens face au radicalisme islamique qui rejette par principe les valeurs d'un système qu'il déclare combattre, mais qui considère au contraire cette adhésion comme une trahison ?

Pour les éléments les plus radicaux, le fait d'être « condamnés » est dès lors perçu comme une épreuve « divine » destinée à parfaire l'adhésion du sujet à la lutte armée. Il est dès lors essentiel que la motivation de la peine reflète non seulement les valeurs défendues par la norme pénale consacrée, mais également les valeurs processuelles qui ont conditionné le procès pénal et son aboutissement. En effet, il nous semble que si le fondement matériel qui légitime l'existence du droit pénal, qui renvoie nécessairement à des à valeurs morales supposées communes, peut être mis en cause dans une société idéologiquement morcelée, les valeurs liées à l'exigence du procès équitable sont des valeurs transversales susceptibles d'emporter l'adhésion des différentes composantes de la société[25]. Quelle que soit la sévérité de la peine infligée il nous semble essentiel que celle-ci ne soit pas conçue uniquement comme une réponse à la dangerosité du terroriste pour la société qu'il combat. Le risque est alors de confirmer le sujet radicalisé dans son rôle « d'adversaire combattant ». Le juge ne peut se résumer aux yeux du condamné à un « agent » de l'ennemi. La justice doit au contraire, par la motivation proportionnelle et mesurée de la peine, réintégrer – de gré ou de force – le terroriste dans sa qualité de citoyen en lui retirant sciemment sa qualité de combattant.

[24] Vanhamme 2009, p. 242.
[25] Garapon, Gros & Pech 2001, p. 194.

IV. Quel sens les personnes poursuivies donnent-elles à l'intervention pénale ?

Nous proposons à présent d'illustrer notre propos en exposant brièvement trois cas, qui semblent offrir un panel de personnalités et de motivations très diversifié.

Il est en effet très difficile d'aborder la question du sens de la peine face à des actes de terrorisme, tant les motivations des acteurs peuvent être variées. Nous l'avons dit, Il nous semble hasardeux, d'identifier le passage à l'acte terroriste au radicalisme islamique. Certes le radicalisme islamique est l'idéologie de référence de l'organisation État islamique. Certes, cette organisation revendique une idéologie de rupture et en rupture avec le cadre démocratique et légal en vigueur dans les démocraties occidentales. Mais pas seulement. Elle s'oppose également à tous les régimes qui n'adhèrent pas strictement à sa vision de l'islam guerrier et totalitaire. L'État islamique s'oppose ouvertement à la démocratie, non seulement aux valeurs démocratiques telles que définies par la convention européenne des droits de l'homme, mais également au principe même de la représentation élective. L'élection, comme mode de désignation des responsables politiques est bannie car elle serait contraire à l'islam. Il s'agit donc d'une théocratie au sens strict du terme. De même la dignité humaine devrait céder le pas devant les exigences de la loi coranique. Daesh est par définition anti-cosmopolite. Pour cette organisation, il n'y a pas de rencontre possible entre cultures, puisque l'organisation terroriste a pour but précisément de lutter contre les civilisations existantes qu'elles soient islamiques ou non. Cette organisation possède son idéologie, son corpus de règles et avant la chute de sa capitale, Raqqa en Syrie, un embryon d'État, composée de fonctionnaires et de soldats.

L'examen de la jurisprudence, non publiée en matière de terrorisme, permet de comprendre que les personnes condamnées pour participation, à des degrés parfois très divers, aux activités de cette organisation étaient mues par des motivations personnelles très différentes lorsqu'elles ont adhéré à Daesh. Il s'ensuit que ces condamnés ont pu donner un sens singulier à leur peine, ce qui nous semble illustrer parfaitement notre propos.

1. Laura : la peine comme choc civilisationnel

Laura a été condamnée en 2016 par le tribunal correctionnel de Charleroi à 3 ans d'emprisonnement assorti d'un sursis complet pour participation aux activités de l'organisation terroriste État islamique. Elle est partie en Syrie rejoindre ce groupe en 2014 avec son fils et son compagnon. Elle rejoint ce groupe convaincue de la pertinence des idées de l'organisation et persuadée qu'elle trouvera au Sham, c'est-à-dire au Moyen-Orient contrôlé alors par l'organisation terroriste, une vie conforme à sa vision de l'Islam. Elle était en effet persuadée qu'elle ne pouvait pas vivre sa foi en Occident. Elle part donc essentiellement pour des raisons idéologiques. Son compagnon exercera des fonctions importantes pour l'organisation. Le couple finira par rentrer en Belgique en mars 2015, en prévision de l'accouchement de Laura, et parce que tous deux auraient été déçus des conditions de vie déplorables sur place. À son retour elle sera mise en garde à vue. Toutefois, elle ne sera pas placée en détention préventive en raison notamment de sa situation médicale. Laura se confiera dans un livre qu'elle consacrera à son voyage en Syrie[26]. Elle admettra avoir été très inquiète au moment de son arrestation, n'ayant jamais eu affaire à la justice auparavant. Puis vint la rencontre avec la justice. Avec le juge d'instruction d'abord, puis avec la juridiction de fond. Selon son récit, elle fut surprise par la relative « douceur » de la réaction pénale qui lui a permis de faire un chemin de dé-radicalisation. Cette confrontation – positive – avec un système de valeurs et de droits, pourtant durement combattu a été un choc qui lui a permis de retrouver une certaine unité avec elle-même et avec la société. Lorsqu'elle arrive en Belgique elle est encore « radicalisée » en ce sens qu'elle est encore sous l'effet du lavage de cerveau qu'elle a subi à Raqqa : privation de sommeil, sous-alimentation chronique, exposition quotidienne à la violence, exposition à des atrocités telles que des crucifixions en place publique. L'isolement total auquel elle a été soumise en Syrie a renforcé l'idée que l'occident est le monstre à combattre, que nos sociétés seraient cruelles et sans scrupule. Cette vision réductrice est alimentée par le fait qu'elle a vécu dans une situation de guerre apportant son lot de

[26] Passoni & Lorsignal 2016.

bombardements quotidiens et une angoisse de mort permanente. Compte tenu de ce conditionnement sectaire quel pouvait être le sens de la peine ? Elle décrira dans son livre le « choc » d'être confrontée au discours « bienveillant » de la justice. La peine, en l'espèce une peine « symbolique » puisqu'assortie d'un sursis, fait sens en ce qu'elle est doublement déclarative : la condamnée est réintégrée dans une société qu'elle a pourtant dénoncée et quittée. Le discours pénal, au sens large, fait la démonstration de la légitimité des institutions instituées par une société décriée par l'organisation terroriste à laquelle elle a pourtant librement adhéré. La « douceur » des mesures prise à son encontre – libération sous conditions d'abord, puis une peine avec sursis, fut un démenti cinglant au discours de l'islamisme radical dépeignant les valeurs démocratiques comme étant hérétiques parce qu'elles seraient l'apanage unique des sociétés occidentales. Le discours judiciaire se conclut par la peine qui se vit comme une rencontre – parfois choquante – entre la réalité de la société et les perceptions que le délinquant pouvait s'en faire. Nous ne soutenons pas que la peine doit nécessairement n'être que déclarative, mais nous pensons qu'elle doit toujours être d'abord discursive pour faire sens. Il s'agit d'un discours universel car il s'adresse non seulement au délinquant, mais également à la communauté politique qui se rappelle ainsi la portée axiologique de la peine. Il ne s'agit donc pas de convertir le délinquant en l'amenant par le prononcé de la peine à un amendement hypothétique, mais bien de faire vivre des valeurs par nature universelles au travers du processus judiciaire. Le prononcé de la peine intervient alors comme la légitimation des droits consentis au condamné. Le sujet de droit, se voit mué en acteur du processus qui le concerne. Il se voit par la même, garantir des droits fondamentaux et ce même s'il les réfute ou – dans le cas particulier du terrorisme – s'il les a combattus par les armes.

2. Soufiane[27] : la peine comme contrainte de participation au procès équitable

Soufiane doit être placé dans la catégorie des combattants revendicatifs. Lorsqu'il est arrêté, il ne fait pas mystère de son

[27] Prénom d'emprunt.

adhésion aux thèses de l'État islamique. Il admet participer, tout en contestant que cela soit pénalement répréhensible, au jihad par internet, recrutant des jeunes et tentant de les convaincre de la pertinence des thèses de l'État islamique et de la nécessité de rejoindre la lutte armée. Il adopte au cours de l'enquête préliminaire une attitude identique face à l'ensemble des intervenants ; juges, parquet, policiers et même expert psychiatre. Il est courtois car il les considère comme des soldats d'une armée ennemie. En ce faisant, il réfute de manière subtile et apparemment raisonnée la légitimité même du processus pénal. Il décline par la même occasion l'offre de justice que constitue le procès pénal. Le juge ne peut être impartial, dans son esprit, puisqu'il combattrait pour le camp adverse et qu'il défendrait une idéologie qu'il entend précisément combattre. De même, il ne cache pas que la peine à venir, n'a pour lui aucune valeur pénitentielle, mais est au contraire une épreuve divine destinée à la renforcer dans l'idée qu'il est un combattant choisi pour une lutte sacrée. Quel sens donner à la peine dans ce cas ? Elle apparait de premier abord comme un contre-sens, renforçant le délinquant dans son opposition au système de valeurs dans lequel elle s'inscrit. N'est-il pas contreproductif de sanctionner quelqu'un qui semble précisément attendre cette sanction comme une consécration d'un martyre revendiqué ? Lors de l'instruction, Soufiane a pu manifester ouvertement sa joie de se voir imposer cette épreuve de Dieu, ce qui semblait le conforter dans le fait qu'il aurait été choisi pour combattre et que l'attention que lui portait désormais la justice de son ennemi était in fine la preuve qu'il était un soldat dans une guerre opposant deux camps inconciliables. Dans une certaine mesure cet appel au martyre rappelle les scènes d'exécution de Thomas Cook et de Hughes Peeters[28], régicides du roi Charles 1 Stuart, qui furent atrocement suppliciés lors de la restauration. Malgré le supplice atroce qui les attendait, ils se réjouissaient ouvertement de leur sort tant ils le percevaient comme la preuve qu'ils avaient été élus. La peine est-elle dans ce cas nécessairement contre-productive ? Nous ne le pensons pas. Pour reprendre la comparaison avec les régicides du XVII^{e} siècle, notons d'emblée que la justice moderne a perdu son caractère exceptionnel, en ce

[28] Walter 1963, p. 510.

qu'elle n'use plus, ni pendant la phase préparatoire, ni dans l'exécution de ses sentences de moyens cruels et atroces destinés à marquer au fer, serait-on tenté de dire, les esprits. Il s'agit moins d'affirmer la puissance du prince que d'affirmer la prééminence du droit, comme fait universel et non-négociable. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme insiste à cet égard sur le caractère non violent non seulement de la procédure pénale, mais également de l'exécution des peines[29]. Elle exige en particulier que la répression par les États de toute violence commise à l'occasion de l'imposition ou de l'exécution de la peine soit de nature à renforcer symboliquement la cohérence et la légitimité de la peine. Cette dernière est davantage destinée à restaurer « la vitalité de la conscience commune » qu'à réprimer le délinquant[30]. Peut-être Soufiane et d'autres condamnés radicalisés avec lui souhaiteraient-ils que la justice fut moins équitable, mois proportionnée, pour tout dire moins humaine avec eux. Cela permettrait de conforter les organisations terroristes dont ils se réclament de démonter qu'il existerait un choc des valeurs sinon des civilisations entre un droit prétendument occidental d'une part et un droit porteur de valeurs prétendument islamiques d'autres part. Or la confrontation, contrainte au demeurant, entre le terroriste radicalisé et l'humanité de la procédure pénale, force celui-ci à participer à la procédure et donc à adhérer ou à ré-adhérer à la rationalité du procès pénal. De surcroît le fait que les crimes liés au terrorisme, soient sanctionnés en droit belge par des peines progressives et qui répondent à la même proportionnalité que les autres crimes et délits du Code, renforce l'utilité de cette confrontation. De ce point de vue, le fait qu'il n'y ait en droit belge de peines d'exception pour ces infractions permet de légitimer le discours de la peine. La peine réintègre le condamné radicalisé dans la rationalité de la peine en tant qu'acteur et sujet de droit et non en qualité de combattant.

[29] Tulkens 2012, p. 160.
[30] Durkheim 1973, p. 76.

3. Zoë[31] : la détention vue comme une réintégration dans son identité de base

Le cas de *Zoë* est intéressant dans la mesure où elle semble avoir été radicalisée dans un premier temps au sein d'un huis clos familial. Sa radicalisation très avancée semble en totale opposition avec l'éducation qu'elle a reçue. Elle est issue de l'immigration nord-africaine, mais semble s'être parfaitement intégrée dans la culture européenne. Elle a bénéficié d'une éducation supérieure et a milité dans des organisations féministes. Lorsqu'elle fut arrêtée, elle vivait quasiment en huis clos avec son mari et n'était plus en contact qu'avec un groupe de personnes préparant à des degrés divers des actions terroristes. Il semble que les causes de sa radicalisation puissent être recherchées dans une fracture identitaire. L'adhésion aux thèses radicales de l'État islamique est au départ vécue comme un rachat des « fautes » supposées commises par les générations précédentes qui se seraient compromises à « collaborer » avec l'occident au cours de la colonisation, puis en acceptant l'émigration vers l'Europe enfin l'acculturation et l'intégration dans les valeurs européennes. La détention préventive s'est imposée comme une nécessité dans la mesure où sa radicalisation semblait très profonde, ce qui impliquait à bref délai un risque majeur de passage à l'acte. Toutefois, le choc carcéral s'est accompagné d'une prise de conscience rapide. Une reprise de contact avec sa culture de jeunesse. En réalité la rencontre avec la réponse pénale a été l'occasion de reprendre contact avec son individualité et avec son identité. Elle a été extraite de l'organisation, sortie de la « secte ». Elle avait à répondre de ses actes, commis en tant que personne responsable, c'est-à-dire capable de répondre, de dialoguer avec le système judiciaire et donc avec la société dont il est l'émanation.

[31] Prénom d'emprunt.

V. La proportionnalité de la peine comme nouveau paradigme de la douceur de peine ?

La proportionnalité peut refonder la question du sens de la peine. La théorie classique de la peine a présenté, à la suite de Bentham[32] et de Beccaria[33] la proportionnalité de la peine comme le principal outil de dissuasion. Selon cette conception, la peine est sensée décourager le citoyen – par sa gradation même – de commettre les infractions les plus graves[34]. La peine et l'intérêt retirés de l'infraction sont, selon cette conception classique, censés se compenser et s'annuler. Le problème que pose cette conception de la proportionnalité est qu'elle la réduit à une fonction. En outre, il nous semble que la dissuasion a perdu toute crédibilité[35]. En outre, lorsqu'il s'agit de dissuader des personnes radicalisées de participer aux activités d'une organisation terroriste, cette vison utilitariste de la proportionnalité nous semble illusoire parce qu'elle repose exclusivement sur la rationalité du contrevenant. La vision de Bentham reposait d'ailleurs sur une rationalité prospective[36]. La peine devait agir sur le comportement futur du délinquant, agissant ainsi sur la sécurité future de la société. Le terrorisme met précisément cette conception de la rationalité du sujet à dure épreuve, puisque l'acte terroriste échappe précisément aux calculs de probabilité traditionnelle. La radicalisation est souvent un acte de résistance à la rationalité commune, défiant précisément la capacité des autorités à prévoir et à prévenir. En revanche, il s'est développée dans la littérature[37] une conception de la rationalité de la peine qui nous semble pouvoir donner sens au filet pénal face à la question du radicalisme terroriste. Il s'agit d'une proportionnalité qui ne se fonde pas sur les anticipations du délinquant, mais sur la question de la gravité sociale des infractions. Il s'agit donc de considérer que la peine est uniquement l'expression de l'importance que la société accorde

[32] Bentham 1876, p. 43.
[33] Beccaria 1819, p. 28.
[34] Von Hirsh 2017, p. 46.
[35] Di Vincenzo 2010, p. 313.
[36] O'Maley & Bougen 2008, p. 26-36.
[37] Vanhamme 2006, p. 154 ; Monsieurs, Rozie, & Vanderhallen 2009-2010, p. 90-103.

aux valeurs que les infractions commises blessent précisément. Le quantum et la nature de la peine restaurent la légitimité de norme pénale elle-même. La gradation des peines en matière de terrorisme est précieuse. Cette gradation poursuit un but civilisationnel. Elle signifie en particulier au condamné, qu'en dépit de son rejet des libertés fondamentales, la peine « civilisée » n'est jamais un absolu. Il est de ce point de vue heureux que les infractions terroristes aient conservé des fourchettes de peines particulièrement variées, selon les faits commis et selon les circonstances rencontrées par le juge au cours du procès. Le législateur a conservé l'intégralité du filet pénal pour faire face à ces infractions à caractère terroriste. L'existence même d'une échelle des peines – et la possibilité de sursoir à l'exécution de ces peines – signifie au condamné et à la société que le système pénal entend par une relativité sans cesse réaffirmée réfuter toute idée d'absolu. Il n'y en effet pas de peine absolue capable de répondre à l'absolutisme du terrorisme.

La sanction pénale, même sévère, doit, pour faire sens, être nécessairement plus humaine et plus digne que les actes qu'elle réprime. À titre d'exemple historique, citons les procès de Nuremberg où les vainqueurs ont servi aux bourreaux nazis une magistrale leçon de civilisation en leur accordant des droits qu'ils avaient pourtant dénié à leurs victimes. Le procureur Jackson affirmait avec force dans son réquisitoire introductif[38] que le but premier de la peine et du procès qui la produit est d'être équitable, car selon lui cette équité n'est pas un aveu de faiblesse mais au contraire une démonstration de la force du droit qui s'exprime à travers elle. Il nous semble que ceci est particulièrement pertinent en ce qui concerne le terrorisme. Il serait absurde de rentrer dans une surenchère pénale dans la répression d'actes de terrorisme dont les plus graves ont faits des dizaines de morts. Au contraire, le maintien d'une échelle de peine symboliquement proportionnelle permet de réaffirmer la force du système pénal qui les applique. Cette proportionnalité de la réaction pénale permet enfin au condamné « terroriste », de conserver ou de réintégrer sa qualité de sujet ayant dans la communauté politique et juridique qui le

[38] Attorney Jackson 1946.

condamne. Il n'est pas placé hors du champ de la loi, mais au contraire inviter à y trouver une place.

Conclusion

Le terrorisme est à l'évidence un défi à la sûreté de l'État et à la sécurité publique. En ce sens on serait tenté de rechercher le sens de la peine et de la répression uniquement sur le terrain de l'efficacité de la sanction. Cette approche traditionnelle a toutefois des limites. Si elle rencontre certainement les attentes légitimes des citoyens, elle nous parait manquer sa cible première, le condamné lui-même.

Le terrorisme conteste l'organisation de la société elle-même. Cette organisation repose à son tour sur un socle de valeurs. Il s'agit de valeurs liées aux exigences du procès équitable et de celles liées à la proportionnalité de la peine. Si ces valeurs ne sont pas universellement appliquées, elles sont en revanche universalisables dans la mesure où elles sont en grande partie abstraites des particularismes culturels. À ce titre, ces valeurs processuelles sont inscrites dans la déclaration universelle des droits de l'homme. Nous pensons donc que la résistance du droit au procès équitable face à la pression – souvent consciemment recherchée par les organisations terroristes – que fait peser le terrorisme sur la légitimité d'une peine juste et mesurée permet à la peine de faire sens pour celui qui la subit. Cette peine, produite dans des conditions conformes à la dignité de sujet de droit, contraint le condamné à intégrer les valeurs qu'il contestait précisément par son engagement illicite, sous peine d'abdiquer lui-même dignité de sujet.

Enfin, la réponse pénale au terrorisme tient d'abord dans un rappel de la primauté du droit. La peine est dès lors avant tout un discours sur le droit prononcé en vertu de la loi. Ce discours a vocation à être absolu en ce sens qu'il ne peut céder devant aucune autre considération utilitariste et en particulier devant la tentation sécuritaire.

À ces conditions, le terrorisme moderne ne parviendra pas à priver la peine de sens.

Bibliographie

Attorney Jackson 1946
Attorney JACKSON, « Introductory speech, 26th July 1946 », *Nuremberg Trial Proceedings*, vol. 19 (187th day, Friday, 26 July 1946).

Bartholeyns 2003
BARTHOLEYNS (F.), « La codification en droit pénal : une voie sans issue ? », *rev. dr. U.L.B.*, 2 (2003), p. 16.

Beccaria 1819
BECCARIA (C.), *An essay on crimes and punishments*, Philadelphia, s.n., 1819, p. 28.

Beernaert 2004
BEERNAERT (M.-A.), « La loi du 19 décembre 2003 relative aux infractions terroristes : quand le droit pénal belge évolue sous la dictée de l'Union européenne », *J.T.*, vol. 24, n° 6144 (2004), p. 585-590.

Bentham 1876
BENTHAM (J.), *An introduction to the principles of morals and legislation*, Oxford, Clarendon Press, 1876, p. 43.

Carlen 2008
CARLEN (P.), « Imaginary penalties and risk-crazed governance » in *Imaginary Penalties*, édité par CARLEN (P.), Cullompton, Willan, 2008, p. 1-26.

Cartuyvels 2010
CARTUYVELS (Y.), « Réformer le Code pénal aujourd'hui : un idéal à reconsidérer ? », *J.T.*, vol. 37, n° 6413 (2010), p. 642.

Castel 2008
CASTEL (T.), « Criminologie du passage à l'acte terroriste djihadiste en Europe », *Rev. dr. pén.*, 2008/11, p. 986-1024.

Cesoni 2002
CESONI (M.-L.), « Chronique de criminologie. Terrorisme et involutions démocratiques », *Rev. dr. pén.*, 2 (2002), p. 143.

De Brouwer 2010
DE BROUWER (J.), « Jacques-Joseph Haus et l'esprit de la réforme du Code pénal de 1810 », *J.T.*, vol. 37, n° 6413 (2010), p. 646.

De Hert 2005
DE HERT, (P. J. A.), « Balancing Security and Liberty Within the Europen Human Rights framework », in *Security and Civil Liberties : the case of terrorism*, édité par HOL (A. M.), VERVAELE (J. A. E.), s.l., Intersentia, 2005, p. 37-76.

De Nauw 2010
DE NAUW (A.), « Misdaden en wanbedrijven tegen de veiligheid van de staat », in DE NAUW (A.), *Inleiding tot het bijzonder strafrecht*, s.l., Wolters Kluwer, p. 1-4.

De Valkeneer 2017
DE VALKENEER (C.), « Les réponses face au terrorisme : les glissements du judiciaire vers l'administratif », *J.T.*, vol. 36, n° 6706 (2017), p. 707-711.

Di Vincenzo 2010
DI VINCENZO, (A.), « Les peines incompressibles », *A.D.L.*, 4 (2010), p. 313.

Durkheim 1973
DURKHEIM (E.), *De la division du travail social*, Paris, PUF, 1973 (9e édition), p. 76.

Garapon, Gros & Pech 2001
GARAPON (A.), GROS (F.), PECH (T.), *Et vous vous ferez justice. Punir en démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2001, p. 194.

Garcet 2015
GARCET (S.), « Entre victime agissante et victime passive : analyse des référents symboliques et historiques du procès pénal sur l'image prototypique actuelle de la victime », *R.F.D.L.*, 3 (2015), p. 645-651.

Garcet 2016
GARCET (S.), « Une approche psychocriminologique de la radicalisation : le modèle de "transformation cognitivo-affective de la définition de soi et de la construction du sens dans l'engagement radical violent" », *R.F.D.L.*, 3 (2016), p. 569-585.

Garcet 2017
GARCET (S.), « D'une victime à l'autre : Posture ou (im)posture victimaire ? », *R.F.D.L.*, 1 (2017), p. 230.

Goodwin-Gill 2007
GOODWIN-GILL (G. S.), « Everyone and the citizen : the devaluation of principles and protection », in *Counter terrorism and the post-democratic State*, édité par HOCKING (J.), LEWIS (C.), Cheltenham, Edward Elgar, 2007.

Hudson 2008
HUDSON (B.), « Re-imagining Justice : Principles of Justice for Divided Societies in a Globalized World », in *Imaginary Penalties*, édité par CARLEN (P.), Cullompton, Willan, 2008, p. 280.

Krenc & van Drooghenbroeck 2016
KRENC (F.), VAN DROOGHENBROECK (S.), « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1er juillet - 31 décembre 2015) », *J.T.*, vol. 27, n° 6655 (2016), p. 461-469.

Lafarque 2017
LAFARQUE (V.), « Terrorisme : les actes préparatoires désormais réprimés », *B.S.J.*, 579 (2017), p. 16.

Languin & Robert 2012
LANGUIN (N.), ROBERT (C.), « Victims and the Penal Process, Roles expectations and disappointments », in *Resisting Punitiveness In Europe*, sous la direction de SNAKEN (S.), DUMORTIER (E.), Routledge, New-York, 2012, p. 177.

Larralde 2011
LARRALDE (J.-M.), « Le contrôle des mesures d'aménagement des peines privatives de liberté par la Cour européenne des droits de l'homme. Cour européenne des droits de l'homme, arrêt Maiorano et autres c. Italie, 15 décembre 2009 », *Rev. Trim. D.H.*, 87 (2011), p. 621.

Lemonne 2011
LEMONNE (A.), « Chronique de criminologie. Image(s) de la victime dans le champ de la politique belge à l'égard des victimes », *Rev. dr. pén.*, 7-8 (2011), p. 743.

Monsieurs, Rozie, & Vanderhallen 2009-2010
MONSIEURS, (A.), ROZIE (J.), VANDERHALLEN (M.), « Consistente bestraffing : utopie of realiteit ? De houding van magistraten tegenover consistentie in de strafvordering en de straftoemeting doorgelicht », *R.W.*, 3 (2009-2010), p. 90-103.

O'Maley & Bougen 2008
O'MALEY (P.), BOURGEN (P. D.) « Imaginable insecurities : imagination, routinisation and the government of uncertainty post 9/11 » in *Imaginary Penalties*, édité par CARLEN (P.), Cullompton, Willan, 2008, p. 26-36.

Passoni & Lorsignal 2016
PASSONI (L.), LORSIGNOL (C.), *Au coeur de Daesch avec mon fils,* Paris, La boîte à Pandore, 2016.

Tulkens 2012
TULKENS (F.), « Human Rights as the good and the bad conscience of criminal Law », in *Resisting Punitiveness In Europe*, sous la direction de SNAKEN (S.), DUMORTIER (E.), Routledge, New-York, 2012, p. 156.

Vanhamme 2006
VANHAMME (F.), « Chronique de criminologie. La rationalité de la peine. Une approche sociocognitive des tribunaux correctionnels », *Rev. dr. pén.*, 2 (2006), p. 154-167.

Vanhamme 2009
VANHAMME (F.), *La rationalité de la peine. Enquête au tribunal correctionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 238.

Verfaillie 2012
VERFAILLIE (K.), « Punitive Needs, society and public opinion ; an explorative study of ambivalent attitudes to punishment and criminal justice », in *Resisting Punitiveness In Europe ?*, sous la direction de SNAKEN (S.), DUMORTIER (E.), Routledge, New-York, 2012, p. 224.

Von Hirsh 2017
VON HIRSH (A.), *Deserved Criminal Sentences*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2017, p. 45.

Walter 1963
WALTER (G.), *Le mémorial des siècles. 17e siècle. La révolution anglaise, les derniers moments des régicides*, s.l., Albin Michel, 1963, p. 510.

Pérégrinations sur le *sens-tiers* de la peine. (Excès, Dette, Incommensurabilité)

Jérôme Ferrand
Maître de conférences (histoire du droit), Université Grenoble Alpes et Sciences Po Grenoble - CERDAP²

> Pantagruel : Mais quand serez-vous hors de debtes ?
> Panurge : Es Calendes Grecques ; lors que tout le monde sera content, & que serez heritier de vous mesmes
> (RABELAIS, *Le Tiers Livre*, ch. III, 1546)

Une situation (*emblème*), deux observations (*liminaires*), deux propositions analytiques (*généalogie et archéologie*), et deux évocations littéraires (*contrepoint rigoureux*) baliseront le sentier de ces pérégrinations.

I. Emblème

Le 10 février 2017, un jeune homme de 18 ans comparaît devant le tribunal correctionnel de Marseille[1]. Il lui est reproché

[1] Cette affaire a été diffusée le 20 février 2017 dans une émission de France culture (*Les pieds sur terre*), en ligne : https://www.franceculture.fr/emissions/les-pieds-sur-terre/places-de-la-republique-10-la-fonction-publique.

d'avoir, en l'espace de 3 semaines, « frauduleusement soustrait » trois téléphones portables et commis des violences pour s'en emparer. Jugé en comparution immédiate, il est condamné à une peine de cinq ans d'emprisonnement ferme, dont six mois assortis d'un sursis avec mise à l'épreuve pendant deux ans. La présidente précise que lorsqu'il sortira de ses quatre ans et demi de détention, il aura une obligation de soins et une obligation d'indemniser les victimes.

Que le prévenu n'ait aucun casier judiciaire et qu'au moment des faits il sorte à peine d'un placement en établissement psychiatrique sont des éléments factuels indifférents. Justifier ou comprendre importe peu ici. Seule m'intéresse la situation à laquelle je propose d'assigner un vocable qui lui co-respond sans trop la co-noter. Le terme qui me paraît caractériser cette situation est *excès*. L'excès : voilà ce que je propose de désigner, à titre préliminaire et conservatoire, comme emblème. L'excès, comme fait premier. L'excès comme marque du pénal. J'y reviendrai.

II. Liminaires

Deux séries d'observations me paraissent également nécessaires quand on cherche, ainsi que nous y invitent Diane Bernard et Kevin Ladd, à « dépasser les entreprises de justification » de la peine.

Pour répondre à cette invitation, il me paraît opportun de souligner combien chaque essai de justification de la peine est une démarche pauvre en sens. Quel que soit le brio de celui ou de celle qui s'y abandonne, il revient le plus souvent à faire le constat d'un écart ou d'une dissonance entre la peine prononcée et les buts qu'on lui assigne. L'essai se réduit alors à souligner le hiatus entre

---

À la suite de cette diffusion, le TGI de Marseille a mis fin à la convention qui autorisait la journaliste de France culture à enregistrer les audiences du tribunal correctionnel de Marseille.
Pour les suites de cette affaire, cf. *Mediapart*, 16 mars 2017 : https://www.mediapart.fr/journal/france/160317/surprise-en-plein-derapage-la-justice-censure-france-culture?page_article=1.

le fait générateur, origine de la peine, et le but censément poursuivi par celle-ci. Et lorsque l'écart constaté débouche sur un jugement de valeur (on estime qu'une peine est disproportionnée ou injuste), l'essayiste introduit subrepticement la question du sens en faisant valoir implicitement que la peine ne répond pas aux buts qui lui sont assignés.

Or, à y regarder de près, poser la question des buts, des fonctions ou des finalités de la peine ne revient à rien d'autre qu'à faire état de toutes les astuces que l'on a trouvé pour tenter de la justifier, autrement dit pour tenter de dissimuler, par le récit ou la rhétorique, l'excès que j'ai proposé de désigner comme emblème du pénal. Pour le dire sans ambages, la justification est un cache-sexe, qui n'est jamais qu'une manière plus ou moins adroite de recouvrir l'excès pointé en préambule.

Prétendre que la peine ne permet pas de réaliser le but qu'on vise en la prononçant, revient non seulement à témoigner de notre impuissance, mais aussi de notre incapacité à répondre à la question *Pour quoi punit-on ?* Cette impuissance et cette incapacité sont deux signes qui attestent que le fait poursuivi et la peine consécutive relèvent de deux ordres de réalité incommensurables.

La deuxième série d'observations vise à souligner notre même incapacité à répondre à la question *Pourquoi punit-on ?* Que font en effet celles et ceux qui, pour donner un sens à la peine, se penchent sur ses fondements, si ce n'est donner dans la justification ? Le recours à l'histoire est trop souvent un pis-aller qui se met en quête d'un illusoire sens caché et fait mine de le dévoiler par des trésors d'érudition. Or l'examen des arcanes du récit produit par les historiens du droit fait apparaître que leurs constructions théoriques ne sont rien d'autres que des entreprises de justification plus ou moins adroites du présent de la pénalité[2]. Aussi faut-il admettre avec le philosophe « qu'il est impossible de dire avec certitude pourquoi on punit : tous les concepts où se résume significativement un long processus échappent à la définition ; on ne peut définir que ce qui n'a pas d'histoire »[3].

[2] Ferrand 2017.
[3] Nietzsche, II, § 13.

Si toute définition est impossible, que le sens de la peine glisse toujours entre nos doigts, faut-il en conclure à la vanité de l'entreprise et se borner à constater que nous sommes confrontés moins à une absence qu'à une surabondance de sens ? Quatre « foyers de sens » de la peine ici [4] et quatre « fonctions ou paradigmes » significatifs là[5] ; six « rationalités » par ici[6], et le « dernier sens de la peine » par là[7]. C'est dire combien il est difficile de dépasser le constat de la pluralité des sens de la peine, laquelle confine bien souvent au non-sens ou à l'absurde.

Confronté à cette offre pléthorique de sens, la voie de la sagesse invite au silence érémitique du cénobite cartusien. Mais contraint d'honorer la promesse insensée faite à Diane Bernard et Kevin Ladd, me voici contraint de payer ma dette en me risquant sur les sentiers du *sens tiers* de la peine.

La polysémie d'un terme ne préjugeant pas d'une certaine stabilité de la signification[8], le *sens tiers* est celui qui échappe et qui fugue, le sens nomade ou déserteur, celui qui jalonne les chemins du clandestin, du pirate, du marron et du réfractaire. Il se pourrait bien qu'à le pister, le pénal se révèle être bien autre chose que ce qu'indique le *sens commun* (celui qui témoigne d'une des dernières variations de la langue) et qu'il oriente plus qu'on ne le croit le *sens contemporain* de la peine. Tenter d'en repérer les traces demande de mobiliser deux techniques d'approche que, par économie de mots plus que par fidélité à ceux qui s'en firent les promoteurs, je qualifierai de généalogique et d'archéologique.

[4] Gros 2011, p. 11-138.
[5] Van de Kerchove 2005, p. 22-31 ; Van de Kerchove 2009.
[6] Razac, Gouriou & Salle 2013.
[7] Gros 2010, p. 164-170.
[8] « Ce que l'on appelle la polysémie résulte de cette capacité que la langue possède de subsumer en un terme constant une grande variété de types et par suite d'admettre la variation de la référence dans la stabilité de la signification. » (Benveniste 1996, II, p. 98).

III. Généalogie

Quand le sens fuit, un réflexe archaïque consiste à revenir à la langue, et à tout ce qui s'ensuit. Une rapide étude lexicographique fait d'abord apparaître un rapport *a priori* intime entre la peine et la souffrance. L'expression populaire « souffrir sa peine » semble consacrer ce sens « premier ».

S'en tenir toutefois à ce premier sens n'est pas sans interpeller : si la peine est souffrance, alors l'expression « souffrir sa peine » est un pléonasme. Sauf à considérer que la langue ne sait pas ce qu'elle dit, prendre le vernaculaire au sérieux suppose de ne pas identifier la peine à la souffrance, celle-ci n'étant tout au plus qu'une modalité de celle-là.

Nul besoin d'être prophète en son pays pour corréler la topique de la souffrance au message fondateur du christianisme[9]. Mais pour le dire sans détour, la figure conceptuelle qu'on retrouve aux racines du grand récit de la civilisation chrétienne, ne fait pas de la souffrance le *topos* de la peine : Jésus, alias le Christ, alias le fils de Dieu, est avant tout celui qui rachète – par sa souffrance certes, car chacun sait combien sa bourse était maigre – le péché originel, c'est-à-dire la dette contractée envers Dieu par l'humanité en la personne d'Adam. Ce qui prime est donc moins la souffrance que la dette.

Dans la langue du *quidam*, nombre d'expressions renvoient de manière plus ou moins directe et explicite à la dette : « être bien en peine » (ne pas pouvoir s'acquitter de ce qu'on nous demande) « ne pas être au bout de nos peines » (ne pas avoir encore acquitté ce que l'on doit), en « être pour sa peine » (en être pour ses frais, être quitte), etc. Autant d'expressions qui n'ont que très peu à voir

[9] Pour l'une des dernières prophéties intellectuelles de cet acabit, cf. Fassin 2017, p. 12 : « La conception doloriste du châtiment s'inscrit dans une sotériologie où seule l'infliction d'une peine peut laisser entrevoir la rédemption et le salut ». Et l'auteur de conclure : « De la définition initiale n'a finalement survécu qu'un critère : l'infliction d'une souffrance, dont l'enquête généalogique révèle d'ailleurs qu'elle n'a pas toujours fait partie de la réponse à la violation des codes sociaux et qu'elle procède d'une moralisation de la peine d'inspiration chrétienne. » (p. 79).

avec la souffrance, mais qui renvoient à l'économie générale d'une dette qui suppose un rapport créancier/débiteur. À bien y regarder, la peine n'est donc pas seulement un mal. Elle est bien, comme l'écrivait Jacques Vanderlinden ici même à Bruxelles, « un contre mal »[10]. Quel que chemin que l'on prenne, la peine s'inscrit toujours dans une économie générale de la dette.

Une approche généalogique plus ambitieuse nous mènerait sans doute à interroger les rapports de la langue et de la théologie. Dans la langue des théologiens, celui qui purge sa peine est certes appelé à souffrir le feu purgatoire ; mais il doit surtout s'acquitter d'un solde débiteur envers son créancier, grand usurier devant l'éternel, et qui a fait la fortune de l'église depuis qu'elle a pris soin de convertir la dette spirituelle ainsi contractée en espèces sonnantes et trébuchantes. Une approche généalogique plus ambitieuse nous amènerait probablement à poursuivre ce cheminement et à croiser les pensées stimulantes de Pierre Legendre, Norbert Rouland et tant d'autres qui considèrent que la figuration du grand créancier a glissé de Dieu vers l'État. Mais dans l'espace de cette communication, je me bornerai simplement à constater que la dette est si centrale qu'elle colonise le devenir historique du vocable peine, de ses origines supposées à ses expressions les plus contemporaines.

Dans ses origines supposées, on s'accorde généralement pour penser que la racine du substantif peine ou du verbe punir est issue, par dérivations successives, du latin *poena* ou du grec *poiné*, termes qui évoquent l'idée d'un paiement, d'une « dette qu'on doit payer pour réparer un crime », le sanskrit allant même jusqu'à subsumer sous un même terme « payer, faire payer, punir, châtier »[11]. Ce n'est qu'en latin tardif, aux commencements de l'ère chrétienne, que le terme commence à évoquer l'idée de souffrance ou de tourment.

Outre l'étymologie, tout le champ sémantique de la peine demeure colonisé par le champ lexical de la dette. Partons de la rétribution, si chère aux théories pénales : *retribuere* fait signe vers

[10] Vanderlinden 1991, p. 435.
[11] Benveniste 1969, p. 50.

le « donner en échange », le « payer de retour ». L'individu est comptable d'un crime ou d'un délit, d'un acte qui lui est imputable et que le vocabulaire spécialisé déclinera en imputation ou imputabilité. Aussi doit-il en rendre compte. L'imputabilité vient avant la responsabilité, terme dont l'apparition est tardive et dont les formes latines et médiévales évoquent elles aussi un rapport créancier/débiteur [12]. D'hier à aujourd'hui, la stabilité de la signification demeure troublante : le rapport créancier/débiteur perce d'ailleurs aujourd'hui de manière ostentatoire quand une victime dit de son agresseur « je veux qu'il paye » et lorsque le professeur de droit pénal enseigne à ses étudiants que le délinquant doit « payer sa dette à la société ».

Bref, quels que soient les chemins que l'on prenne, tous semblent converger vers la dette. La dette est le *sens tiers* de la peine, celui qui se dérobe au premier regard, mais qui permet de faire signe vers un sens profondément ancré dans les dispositifs que les historiens, les anthropologues ou les philosophes ont caractérisé comme relevant du pénal.

Encore reste-t-il à caractériser cette dette particulière, dont la peine rend compte. Si le propre du pénal est précisément l'excès, un excès que l'affaire de Marseille révèle comme le bain argentique, il faut alors pouvoir admettre qu'il témoigne de l'incommensurabilité de la dette ; il est la marque d'une dette qu'on ne saurait effacer. L'effet libératoire de celui qui s'acquitte de sa dette en subissant une peine n'est jamais complet, à la différence de ce qui se passe dans une relation de travail lorsqu'un salarié quitte son emploi, et qu'il est libéré pour solde de tout compte.

Le pénal témoigne ainsi de ce que certains débiteurs ne sont jamais tout à fait quittes, que même en ayant souffert leur peine, ils n'en sont jamais véritablement libérés. La singularité du pénal tient

[12] D'après Michel Villey, responsabilité renvoie au latin *respondere*, lequel est issu de *spondere*. À Rome, le *sponsor* est un débiteur. Le *sponsus* est un fiancé (un *promis*), lequel apparaît comme un débiteur puisqu'il s'engage à (promet de) convoler en justes noces. Dans le même ordre d'idées, le *responsor* est une caution, c'est-à-dire un débiteur qui s'oblige à (promet de) répondre de la dette principale d'autrui (Villey 1977, p. 45-58).

à ce que la dette contractée n'est pas recouvrable. À ce compte-là, un individu qui a payé n'est pas pour autant tenu pour quitte : on le soupçonne toujours d'être un mauvais payeur ; on le leste d'un casier judiciaire ou de tout autre dispositif qui permettait hier de le marquer, aujourd'hui de le suivre à la trace.

Qui cherche à cerner la singularité de cette dette exorbitante trouvera une très stimulante proposition dans la deuxième dissertation de la *Généalogie de la morale*. De manière presque désinvolte Nietzsche interroge : « ces généalogistes de la morale ont-ils jamais entrevu jusqu'ici, ne serait-ce que vaguement, que le concept de "*Schuld*" [faute] par exemple, concept fondamental de la morale, remonte au concept très matériel de "*Schulden*" [dettes] ? »[13]. On pourrait prolonger cette remarque par l'étude du vocable « *entschuldigung* » qui, en se déployant sur le registre de l'excuse ou du pardon, assigne l'effacement de la dette à la reconnaissance de la faute. Nietzsche a ainsi de bonnes raisons de considérer que le champ lexical de la peine, constitué de notions qui la fondent ou la justifient moralement (culpabilité, responsabilité, libre arbitre, individualisation, etc.) sont des formes « tardives et même raffinées du jugement et du raisonnement humain » qui « tirent leur force » d'une « idée immémoriale », « d'un rapport aussi ancien que l'existence des "personnes juridiques", et qui ramène à son tour aux formes fondamentales de l'achat, de la vente, de l'échange, du trafic »[14].

Dette il y a donc assurément, mais cela ne suffit pas à expliquer l'excès qui nous préoccupe et qui semble devoir caractériser le pénal. Si on persévère dans la lecture de la *Généalogie de la morale*, on peut faire l'hypothèse que cet excès tient à une promesse, promesse qui caractériserait l'homme « moderne » et par laquelle Nietzsche inaugure sa deuxième dissertation, laquelle débute ainsi : « élever un animal qui puisse promettre, n'est-ce pas là cette tâche paradoxale que la nature s'est donnée à propos de l'homme ? N'est-ce pas là le problème

[13] Nietzsche, II, § 4.
[14] Nietzsche, II, § 4.

véritable de l'homme ? »[15]. Et de poursuivre, quelques pages plus loin : « Pour pouvoir à ce point disposer à l'avance de l'avenir […] combien l'homme lui-même a-t-il dû d'abord devenir prévisible, régulier, nécessaire, y compris dans la représentation qu'il se fait de lui-même, pour pouvoir finalement, comme le fait quelqu'un qui promet, *répondre de lui-même comme avenir* »[16]. Ces derniers mots interpelleront sans doute ceux qui se sont penchés sur le berceau du droit pénal car ils savent que le criminel ou le délinquant ne répond pas seulement de ses actes passés, pour la raison simple que le passé n'est plus. Il répond aussi, et peut-être surtout de son avenir, et cet *à venir* prend la forme d'une promesse que le jargon spécialisé euphémise en le traitant sous l'angle technique de l'exécution de la peine ou de la probation[17].

Répondre de soi-même comme avenir : là gît, me semble-t-il, l'excès.

Si l'on poursuit sur ce chemin, et que l'on accentue un peu le trait, on peut même dire que celle qu'on appelle « la victime » ou « la partie civile », termes qui mériteraient d'être longuement glosés, n'est pas le créancier réel. Il suffit d'observer la place qu'elle occupe dans la procédure pénale pour s'en convaincre. L'État représente le créancier véritable, et comme tel, il la dépasse, la transcende et l'excède, littéralement. La créance qu'il tient et prélève sur le criminel est exorbitante, en ce sens qu'elle est inscrite dans l'avenir d'une promesse en réalité intenable.

Préciser en quoi cette promesse est intenable supposerait de poursuivre la critique de l'individu souverain (celui qui peut promettre) et la généalogie de la dette proposée par Nietzsche, mais il nous faut abandonner cette voie pour faire observer qu'une archéologie de la peine – que nous ne ferons ici qu'esquisser – révèle assez évidement que le propre du pénal n'est pas de libérer

[15] Nietzsche, II, § 1.
[16] Nietzsche, II, § 1.
[17] Il est particulièrement significatif d'observer que tous les ouvrages traitant de l'exécution de la peine occulte une question déterminante : qu'est-ce qu'un *probationnaire* peut donc avoir à *prouver* ? Autrement dit : quel est son dû et, au-delà des mesures qu'on lui inflige, en quoi peut donc bien consister l'affliction qui est la marque de son nouvel état ?

son débiteur[18], mais de profiter du fait qu'un acte puisse être mis à son passif pour le maintenir dans un état de perpétuel redevable.

IV. Archéologie

Une approche archéologique de la peine comme dette, laquelle passe par l'étude de la matérialité de certains dispositifs, présente un intérêt heuristique essentiel car elle permet de dépasser le pont aux ânes qui enjambe le cours tumultueux de nos débats contemporains.

Je m'explique, en prenant un exemple. Lorsque la France a adopté la rétention de sûreté en 2008, mesure toujours en vigueur aujourd'hui, la plupart des spécialistes du champ pénal ont vivement protesté de ce que ces mesures ne relevaient pas du pénal, qu'elles étaient les réminiscences des théories positivistes qui avaient alimenté les politiques criminelles des régimes fasciste et nazi, qu'elles étaient le signe de l'avènement d'un droit pénal de l'ennemi, etc. ? Au-delà du bien ou du mal fondé de ces critiques[19], il me semble intéressant d'observer – et c'est là le pont aux ânes – que leurs auteurs partageaient une même conception de la pénalité. Ils concevaient la peine comme la rétribution d'un acte contraire à la loi ; ils faisaient *comme si* la peine était une mesure qui, une fois intervenue, permettait de tenir l'individu condamné pour quitte, *comme si* sa dette était définitivement soldée.

Ce n'est pas parce que cette croyance est enseignée dans toutes les facultés de droit et qu'elle est communément partagée, qu'on ne se méprend pas sur ce qu'on désigne et fait entrer dans le champ du pénal. C'est d'ailleurs cette méprise qui explique

[18] Les cas où un individu poursuivi est acquitté sont exceptionnels. Ils sont comme les réminiscences d'un temps où le rapport débiteur/créancier n'était pas ancré dans l'à venir. De telles situations n'interviennent au demeurant que dans les situations, rarissimes, où la justice constate non pas qu'elle a affaire à un innocent, mais qu'elle est face à un individu qui peut promettre (qui a l'occasion d'observer le déroulement d'un procès avec un œil un peu distant constate assez rapidement que le rapport à la vérité des faits est indifférent et que le rite judiciaire tourne autour de la question de savoir si l'individu est en capacité de promettre…).

[19] Pour une critique de cette généalogie efficace, mais douteuse, cf. Ferrand 2012.

pourquoi tous les prévenus qu'on interroge ne comprennent pas qu'on prenne en compte leur passé pénal (casier judiciaire). Estimant qu'ils ont payé, les mentions au casier judiciaire de leurs condamnations antérieures sont, pour eux, un non-sens. En ce sens, les prévenus sont plus conséquents intellectuellement que les professeurs de droit, les avocats et les magistrats qui, pour leur part, estiment tout à fait naturel que l'on tienne compte du casier judiciaire du condamné.

Pour le dire encore autrement les pénalistes ont tendance à considérer le pénal sur un registre conceptuel qui relève du civil, et à négliger l'excès qui est la marque du pénal. Cela se retrouve dans le champ théorique puisque la théorie rétributiviste, tournée vers un passé où la peine était sensée rémunérer l'acte illégal, a très vite été complétée, voire supplantée par des théories qui ont préempté l'avenir (théories utilitaristes, prévention spéciale/générale). On retrouve aussi des traces de cela dans certains dispositifs qui témoignent, me semble-t-il, du caractère ex-cessif et ex-orbitant du pénal.

On sait bien le profit que l'on a pu tirer de l'étude de la prison envisagée comme dispositif. Mais on connaît moins bien l'articulation de ce dispositif avec les nouvelles formes de développement économique qui s'imposent progressivement au moyen âge. La prison pour dettes devient alors un phénomène intéressant à étudier sous ce rapport. Reléguant à l'arrière-plan les formes traditionnelles d'éloignement ou d'exclusion de la communauté dont le spectre s'étendait du bannissement temporaire à la mort, le développement de la prison médiévale témoigne d'une évolution significative du régime des pénalités : comme son nom le laisse entendre, la fonction première de la prison est marquée par le geste de la prise qui consiste à mettre la main sur un homme pour le forcer ou le contraindre à payer sa dette. « La coercition servait seulement à forcer le débiteur à s'entendre avec son créancier. Il s'engageait soit à régler la dette en empruntant à un tiers, soit à en verser une partie, soit encore à en échelonner le règlement. Le plus souvent, il contractait donc une nouvelle dette, sauf si son insolvabilité était constatée. La première fonction de la coercition était de forcer les parties à négocier un arrangement. De la même

manière, l'emprisonnement du débiteur d'un temps de service ou d'un travail visait à aboutir, par le biais d'une négociation avec le patron, à un accord qui établissait les conditions d'une remise au travail de l'employé »[20]. On se méprendrait donc si l'on pensait que l'emprisonnement visait l'efficacité car le paiement effectif de la dette n'était pas l'objet principal de cette mesure carcérale : la sortie de prison était conditionnée par l'existence d'un arrangement qui, à tout prendre, n'était que le renouvellement de la confiance accordée au débiteur par son créancier[21].

Pour n'être qu'une pratique de « basse intensité » dans « l'arsenal des pratiques d'atteinte au corps qu'un État s'autorise »[22], l'emprisonnement pour dette témoigne de la manière dont l'État a pu imposer sa puissance, non pas « en saisissant frontalement le champ pénal des violences majeures, mais en empruntant des chemins de traverse, comme celui des litiges civils. [Cette] tierce explication […] [ne] suggère [pas seulement] que cette force publique […] naquit dans […] un temps où le crédit, investi d'affects, était gros de recours à la force »[23]. Elle témoigne d'un mécanisme si étroitement associé à la peine qu'il apparaît dès le premier pli de la prison naissante : « le prisonnier pour dettes délivré était considéré comme quitte par l'administration judiciaire, tandis que l'individu *élargi* était considéré comme toujours prisonnier et était soumis à un contrôle judiciaire »[24]. *L'élargissement,* terme associé au pénal, témoigne que l'individu concerné n'est pas quitte ; à la différence de celui qui est libéré et qui bénéficie de la confiance renouvelée de son créancier, il est toujours suspect.

Ce créancier, Nietzsche l'a dépeint en des termes dépourvus d'équivoque : « considérant l'autre à partir de lui-même, il vénère ou méprise ; et de même que c'est nécessairement qu'il honore ses égaux, les hommes forts et sûrs (ceux qui *peuvent* promettre) donc tous ceux qui promettent en souverains […], qui donnent leur parole comme quelque chose de sûr, parce qu'ils se savent assez

[20] Mayade-Claustre 2005, p. 393.
[21] Mayade-Claustre 2005, p. 393. Sur ce sujet, cf. encore Claustre 2007, p. 815.
[22] Claustre 2007, p. 817-819.
[23] Claustre 2007, p. 820.
[24] Mayade-Claustre 2005, p. 392.

forts pour la tenir malgré toute vicissitude et même "malgré le destin" - : de même il réserve ses coups de pied aux roquets qui promettent sans en avoir les moyens, et son fouet au menteur qui trahit sa parole dans le moment même où il l'a sur les lèvres »[25]. À ce dernier, « l'individu souverain » ne fait plus crédit ! Littéralement et désormais, « celui qui peut promettre » ne peut plus se fier à la parole de celui qui se prétendait son égal. « L'individu souverain » estime que ce dernier n'est pas, ou n'est plus, en capacité de promettre. Il ne peut plus *répondre de lui-même comme avenir.*

Inscrit au cœur de la « forme prison », ce schème permet d'expliquer certains usages dont l'exorbitance nous paraîtrait, sans cette clé de lecture, absurdes et dépourvus de sens. Comment expliquer par exemple la pratique de ces « peines en sus » telles que l'enfermement consécutif à la grâce du roi à la fin du moyen âge[26] ? Comment expliquer encore ces mesures qui viennent « en sus de la grâce », dont l'exécution est subordonnée à un « temps de prison » et qu'un auteur a qualifiées de « surpeine »[27] ? Dans le même ordre d'idées, comment expliquer qu'en d'autres temps, une lingère pourtant « acquittée » ait été « retenue en arrestation comme suspecte »[28] ? Comment expliquer que certaines personnes condamnées et ayant exécuté leur peine aient été placées sous la surveillance de haute police pendant la plus grande partie du XIX^{e} siècle[29] ? Et, plus près de nous, comment qualifier la rétention de sûreté et expliquer les gymkhanas rhétoriques mobilisés par le conseil constitutionnel pour tenter de faire admettre qu'elle n'était pas une peine[30] ?

[25.] Nietzsche, II, § 2.
[26] Gauvard 1991, p. 929-931.
[27] Charbonnier 2005, p. 75-97, spéc. p. 75-77.
[28] Royer *et al.* 2010, p. 374.
[29] Les dispositions de l'article 271 du Code pénal de 1810 sont fameuses à cet égard : « Les vagabonds ou gens sans aveu qui auront été légalement déclarés tels seront par ce seul fait punis de trois à six mois d'emprisonnement, et demeureront, après avoir subi leur peine, à la disposition du gouvernement, pendant le temps qu'il déterminera, eu égard à leur conduite ».
[30] Décision n° 2008-562 DC du 21 février 2008, *Loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.*

Le point commun à toutes ces situations – que l'on qualifie souvent d'exceptionnelles ou d'arbitraire –, est bien cet excès signalé par l'absence de crédit accordé aux personnes concernées : suspectées de ne plus pouvoir promettre, elles ne sont pas seulement punies, surveillées ou contrôlées. Leur statut est marqué de l'infamie sourde et insidieuse d'une nouvelle forme de mort civile[31] scellée par l'incommensurabilité de leur dette. Aussi participent-elles, à leurs corps défendant, de « l'aventure de la dette en tant qu'elle devient elle-même infinie, donc impayable »[32]. Inscrite dans la gangue culturelle du christianisme[33], celle-ci procède de ce que Deleuze nomme la « doctrine du jugement ». À la différence de la dette antique dans laquelle « les corps se marquaient les uns les autres »[34] en fonction de la force respective des partenaires, « dans la doctrine du jugement, les dettes s'écrivent sur un livre autonome, sans même qu'on s'en aperçoive, si bien que nous ne pouvons plus nous acquitter d'un compte infini […] La doctrine livresque du jugement n'est douce qu'en apparence, parce qu'elle nous condamne à un asservissement sans fin et annule tout processus libératoire »[35].

Qui veut donc considérer la peine pour ce qu'elle est, c'est-à-dire la marque d'un excès à destination de toutes celles et ceux qui ne sont pas – ou ne semblent pas – en mesure de *répondre d'eux-mêmes comme avenir*, devra donc délaisser l'analytique traditionnelle de la pénalité (c'est-à-dire en gros, et pour aller à l'essentiel, sa dimension rétributive) pour porter son attention sur ce qui en constitue la raison d'être et qui, d'un point de vue

[31] Nul peut-être mieux que Richer n'a su qualifier la mort civile : « Celui qui y est condamné, ne pouvant plus vivre avec les citoyens, dont on le force d'abandonner la compagnie, il ne peut pas contracter avec eux, il ne peut pas jouir des privilèges réservés à ceux-là seulement qui vivent en France […] elle (i.e. la société) a renoncé à faire jamais aucun contrat avec lui […]. C'est la proscription absoluë d'un citoïen ; c'est l'état d'un homme sur le front duquel on imprime une *infamie* publique ; c'est l'état d'un citoïen avec lequel on défend tout commerce, tout engagement, toute alliance ; c'est l'état d'un homme qu'on retranche du catalogue des vivants. » (Richer 1755, p. 29, 159).
[32] Deleuze 1993, p. 158.
[33] Stimilli 2016.
[34] Deleuze 1993, p. 160.
[35] Deleuze 1993, p. 160.

strictement technique et disciplinaire, relève du champ administratif, lequel permet de saisir et d'englober l'ensemble des mesures d'exécution de peine et de probation. Cheminer sur ce sentier de la peine suppose de dépasser le pont aux ânes de nos représentations et de devenir ainsi étranger aux schèmes explicatifs qui tramaient jusqu'alors le vocable et le concept de pénalité.

Pérégriner sur le *sens tiers* de la peine implique par conséquent une remise en cause radicale de notre perception du pénal : au risque de déplaire à celles et ceux qui – à juste titre et non sans raisons, la question n'est pas là – s'émeuvent des dérives contemporaines de la législation sur le terrorisme et de l'état d'urgence, la conception traditionnelle de la peine – entendue comme rétribution d'un acte illégal qui permettrait de tenir son auteur pour quitte – n'est rien d'autre que civile. Le pénal gît tout entier dans l'excès d'une mesure administrative qu'on qualifiait naguère de mesure de police. Aussi intéressante soit-elle, l'approche historique souffre cependant d'un cruel manque de perspective, si on ne l'étaye pas sur une archéologie des savoirs et des pratiques pénitentiels, pénaux et pénitentiaires. De ce point de vue, et à ce compte-là, l'état d'urgence n'est plus ce « dispositif répressif en rupture avec les principes du droit pénal moderne »[36]. De ce point de vue, il n'y a plus aucune « interférences entre droit pénal et *droit administratif* »[37]. De ce point de vue, « la banalisation de l'état d'urgence » n'est plus un phénomène extraordinaire[38] : elle n'est que le cours trivialement ordinaire des choses. De ce point de vue, l'état d'urgence ne marque pas « l'émergence d'un droit administratif de l'ennemi »[39] : il n'est rien de moins que l'expression très authentique d'un régime de pénalités qui sévit en occident depuis qu'ont changé les termes de l'échange dans l'économie médiévale de la survie[40], que la puissance monarchique a imposé sa

[36] Cahn 2016, p. 97.
[37] Cahn 2016, p. 109.
[38] Salas 2016.
[39] Hennette-Vauchez & Slama 2017, p. 1801-1803. La formule du « droit administratif de l'ennemi » présentée alors comme une préface dangereuse au droit pénal antiterroriste », avait déjà été mobilisée par Denis Salas (Salas 2016, p. 38-39).
[40] Claustre 2007.

souveraineté et qu'a triomphé « la doctrine du jugement ». Un seul mot d'ordre, de ce point de vue : nulle législation d'exception, nul droit pénal ou droit administratif de l'ennemi, rien que du droit commun !

Un très grand danger guette celles et ceux qui risqueront un détour par le sens-tiers de la peine : la conversion du regard. Celles et ceux qui n'auraient pas le goût de l'aventure et qui seraient trop pressé.e.s pour emprunter ce chemin de traverse gagneraient peut-être bien à marquer un temps d'arrêt pour se demander s'il n'est pas plus risqué d'emprunter les autoroutes du journalisme juridique soumis aux ukases du traitement en temps réel et qui risque de perdre de vue l'horizon de sens offert par un sentier escarpé qui conduit à prendre un peu plus de hauteur… de vue. À trop focaliser sur la législation anti-terroriste, phénomène dont la marginalité n'a d'égale que l'émotion et la démesure qui l'accompagnent, ne risque-t-on pas de relayer la morgue sécuritaire des politiciens en mal de suffrages ? À situer la réflexion sur le marché que se disputent celles et ceux qui ont depuis longtemps cessé de susciter la confiance de celles et ceux qui ont eu la faiblesse de la leur accorder en s'associant aux simulacres démocratiques des opérations électorales, on oublie trop volontiers les cohortes de justiciables qui hantent nos palais de justice comme des âmes en peine.

N'y aurait-il pas meilleur compte à se demander quel est le sens contemporain de la peine et quelles sont les formes présentes de l'incommensurabilité de leur dette ? Qu'ont donc à prouver les nouveaux vagabonds qui arpentent la salle des pas perdus de nos palais de justice ?

On pourrait certes tenter de recueillir l'expression contemporaine de cette dette au tamis des modèles intellectuels légués par de glorieux aînés, creuser par exemple le parallèle établi par Foucault entre la « forme-prison » et la « forme salaire »[41], s'associer à ses envolées sur la gestion différentielle des « illégalismes »[42], mobiliser les travaux de Rusche et de son

[41] Foucault 2013, p. 71-72.
[42] Foucault 1975, p. 98-106, p. 322-326.

meilleur ennemi Kirchheimer[43], ou s'appuyer sur nombre d'études sociologiques contemporaines. Mais il est aussi possible de gagner du temps en observant le fonctionnement des institutions chargées du prononcé et de l'exécution de la peine. Et là le sens contemporain de la peine saute aux yeux : il n'est plus la dette d'honneur des sociétés traditionnelles, la dette morale des sociétés médiévales, la dette de vertu des républiques modernes. L'horizon contemporain de la peine tient dans un seul mot, omniprésent dans les bouches du magistrat, de l'avocat, du JAP ou du CPIP : *TRAVAIL*. Ce que nos sociétés exigent des condamnés ne relève ni de la réparation des dommages causés aux victimes, ni d'un retour au *statu quo ante*, mesures qui demeurent accessoires. Ce que nos sociétés leur imposent aujourd'hui avec insistance, c'est leur soumission aux règles du jeu économique, à ce jeu de l'échange dont on ne peut nier qu'il s'appuie sur la dette, et dont le caractère incommensurable transparaît à l'évidence quand on suit le parcours de ceux qui aspirent, ce mot d'ordre est tout un programme, à la réinsertion.

Que disent en effet les centaines de justiciables qui comparaissent chaque jour devant les magistrats ? Quelle attitude adoptent ces centaines de *justiciés* face à leurs CPIP ? Que répètent-ils comme une antienne ?

> « Madame ou Monsieur, je fais tout mon possible : je me soigne, je me rends périodiquement au commissariat pour satisfaire aux obligations de mon contrôle judiciaire, et je me suis inscrit pour une formation à pôle emploi. »
>
> Autrement dit,
>
> « Madame ou Monsieur, je suis votre égal et je m'engage devant vous à répondre de moi-même comme avenir. Je serai ce travailleur docile et policé que vous voulez que je sois. Faites-moi confiance… »

[43] Rusche & Kirchheimer 1994.

V. Contrepoint rigoureux

Dans son *Tiers livre*, Rabelais confie à Panurge le soin de décrire les désastres attachés à un monde sans dette afin de faire l'éloge du crédit. Celui-ci est présenté comme condition du respect mutuel dans la mesure où le lien qui unit le débiteur à son créancier perdure *temps* que le premier ne s'est pas acquitté de ce qu'il doit. La réciprocité réside précisément dans ce que la personne redevable est liée à son créditeur, lequel s'est engagé à prendre soin de son débiteur tant qu'il n'a pas honoré sa dette. Cette forme ancienne de dépendance, qui s'appuie sur une forme de réciprocité caractéristique du lien vassalique ou communal, a cependant cessé depuis l'affirmation d'une souveraineté royale si exorbitante quelle a rendu fictive le soin que l'État crédirentier était censé apporter à ses débirentiers.

Pour le dire d'un mot, et par-delà les modèles théoriques inventés pour en justifier la toute-puissance, l'État n'a jamais eu les moyens d'honorer sa promesse : le contrat qui est censé l'unir à l'individu est d'emblée léonin. La dépendance mutuelle par l'échange des services est une vue de l'esprit car l'asymétrie des puissances conduit le débirentier à supporter la charge – infinie – de la dette. Aussi, pour que l'État perdure, est-il vital que le débiteur survive[44] : « ce monde prestant, doibvant, empruntant, est si bon, que ceste alimentation parachevée, il pense desià prester à ceulx qui ne sont encores nez : & par prest se perpetuer s'il peult »[45].

Là où Rabelais dénoue la dépendance en confiant à Pantagruel le soin de libérer Panurge de sa dette[46], Kafka la dépersonnalise en mettant en scène les pérégrinations d'un quasi-anonyme dont le procès – perpétuel – rend compte d'une dette – aussi indéfinie qu'infinie. Celui qui se pensait « en quelque sorte

[44] Comme l'écrit Deleuze fort à propos, « il faut bien que le débiteur survive si la dette est infinie » (Deleuze 1993, p. 159).
[45] Rabelais, ch. III.
[46] Par une formule aussi heureuse que suggestive : « Du passé je vous délivre » (Rabelais, ch. IV).

déjà puni avant de savoir qu'on avait fait quelque chose de mal »[47] trouve dans le peintre Titorelli un interlocuteur averti qui l'informe qu'il ne peut guère espérer « un acquittement réel » pour la raison que l'artiste n'en a jamais vu.

Aussi lui propose-t-il comme alternative de choisir entre « l'acquittement apparent » et « l'atermoiement illimité ». Alors que le premier nécessite « une grande dépense de forces » en ce qu'il multiplie les états d'arrestation et de libération, laquelle n'est jamais qu'apparente, le second est une « prolongation indéfinie [du procès] qui présente sur l'acquittement apparent l'avantage d'assurer à l'accusé un avenir moins incertain ». Sans doute l'accusé ne se trouve-t-il jamais libre », mais il « peut être à peu près aussi sûr de ne pas être condamné que s'il était en liberté ». Aussi l'avenir, bien que grevé d'une dette impayable, est-il beaucoup plus rassurant : « il faut aller chez le juge intéressé à intervalles réguliers, y retourner à toutes les grandes occasions et chercher de toutes les façons à se conserver ses faveurs […] On peut même, avec certains juges, régler d'avance l'emploi du temps de toute une période ; il ne s'agit au fond que de se présenter de temps à autre au magistrat pour faire son devoir d'accusé »[48].

À l'instar des trois tableaux que Joseph K. finit par acheter au peintre, l'alternative qui lui est présentée est un marché de dupes. Le délai de grâce qui lui est accordé est à la mesure de son humaine condition d'endetté : créance indéfinie, dette infinie, atermoiement illimité…

[47] Kafka *1989,* p. 845. Pour une correspondance dans *le Procès* « On avait sûrement calomnié Joseph K., car, sans avoir rien fait de mal, il fut arrêté un matin. » (Kafka 1976, p. 259).
[48] Kafka 1976, ch. 7.

Bibliographie

Benveniste 1966
BENVENISTE (E.), *Problèmes de linguistique générale,* Paris, Gallimard,1966.

Benveniste 1969
BENVENISTE (E.), *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, Paris, Les Éditions de Minuit, 2e vol., 1969.

Cahn 2016
CAHN (O.), « "Cet ennemi intérieur, nous devons le combattre". Le dispositif antiterroriste français, une manifestation du droit pénal de l'ennemi », *Archives de politique criminelle*, n° 38 (2016/1), p. 89-121.

Charbonnier 2005
CHARBONNIER (P.), « Les rémissions conditionnelles au XVe siècle », *Cahiers de l'Institut d'anthropologie juridique de Limoges*, n° 12 (2005), *La peine. Discours, pratiques, représentations*, p. 75-97.

Claustre 2007
CLAUSTRE (J.), *Dans les geôles du roi. L'emprisonnement pour dette à Paris à la fin du Moyen Âge*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2007.

Deleuze 1993
DELEUZE (D.), *Critique et clinique*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1993.

Fassin 2017
FASSIN (D.), *Punir, une passion contemporaine*, Paris, Seuil, 2017.

Ferrand 2012
FERRAND (J.), « *Vous avez-dit rétention de sûreté ?* La victoire posthume de Saleilles et les préventions de la doctrine pénale française à l'encontre du positivisme », *L'IRASCible. Revue de l'Institut Rhône-Alpin de Sciences criminelles,* n° 3 (2012), Les éclaireurs du pénal, p. 193-233.

Ferrand 2017
FERRAND (J.), « Brèves intempestives sur le sens de la peine saisi dans une perspective historique », *Rue Descartes. Revue du collège international de philosophie*, n° 93 (2017/3), *Le sens de la peine*, sous la direction de DELIA (L.), BÉAL (C.), p. 8-27, en ligne : https://www.cairn.info/revue-rue-descartes-2017-3-page-8.htm, consulté le 19 décembre 2018.

Foucault 1975
FOUCAULT (M.), *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1975.

Foucault 2013
FOUCAULT (M.), *La société punitive*, Paris, Seuil-Gallimard, 2013.

Gauvard 1991
GAUVARD (C.), *« De grace especial ». Crime, État et société en France à la fin du Moyen Âge,* Paris, Publications de la Sorbonne, tome II, 1991.

Gros 2001
GROS (F.), « *Les quatre foyers de sens de la peine »*, in GARAPON (A.), GROS (F.), PECH (T.), *Et ce sera justice*, Paris, O. Jacob, 2001, p. 11-138.

Gros 2010
GROS (F.), « Justice pénale et demande de la victime : le dernier sens de la peine », *Archives de philosophie du droit*, n° 53 (2010), p. 164-170.

Hennette-Vauchez & Slama 2017
Hennette-Vauchez (S.), Slama (S.), « État d'urgence : l'émergence d'un droit administratif de l'ennemi ? », *AJDA*, (2 octobre 2017), p. 1801-1803.

Kafka 1976
Kafka (F.), *Le procès*, in Kafka (F.), *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, 1976, vol. I.

Kafka 1989
Kafka (F.), *Lettre au père*, in Kafka (F.), *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, 1989, vol. IV.

Mayade-Claustre 2005
Mayade-Claustre (J.), « Le corps lié de l'ouvrier. Le travail et la dette à Paris au XV^e^ siècle », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2 (2005), p. 383-408.

Nietzsche
Nietzsche (F.)*, Généalogie de la morale.*

Rabelais
Rabelais (F.), *Le Tiers Livre*.

Razac, Gouriou & Salle 2013
Razac (O.), Gouriou (F.), Salle (G.), *Les rationalités de la probation française*, Rapport de recherche, ENAP, mars 2013, en ligne, http://www.enap.justice.fr/recherche/actualite.php?actu=386, consulté le 10 septembre 2018.

Richer 1755
Richer (F.), *Traité de la mort civile*, Paris, Durand, 1755.

Royer *et al.* 2010
Royer (J.-P.) *et al.*, *Histoire de la justice en France*, Paris, PUF, 4^e^ éd., 2010.

Rusche & Kirchheimer 1994
RUSCHE (G.), KIRCHHEIMER (O.), *Peine et structure sociale*, Paris, Cerf, 1994.

Salas 2016
SALAS (D.), « La banalisation dangereuse de l'état d'urgence », *Études. Revue de culture contemporaine*, (mars 2016), p. 29-40.

Stimilli 2016
STIMILLI (E.), « Exercices pour une vie en dette », *Revue du MAUSS permanente*, 30 avril 2016, en ligne, http://www.journaldumauss.net/./?Exercices-pour-une-vie-en-dette, consulté le 10 septembre 2018.

Van de Kerchove 2005
VAN DE KERCHOVE (M.), « Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », *Informations sociales*, n° 127 (2005/7), p. 22-31.

Van de Kerchove 2009
VAN DE KERCHOVE (M.), *Sens et non-sens de la peine. Entre mythe et mystification*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2009.

Vanderlinden 1991
VANDERLINDEN (J.), « Essai de synthèse générale », in *La peine. Recueil de la société Jean Bodin*, Bruxelles, De Boeck, 1991, 4e partie.

Villey 1977
VILLEY (M.), « Esquisse historique sur le mot responsable », *Archives de philosophie du droit*, tome 22 (1977), *La responsabilité*, p. 45-58.

DEUXIÈME PARTIE

ÉPROUVER LE SENS

Les représentations de la peine chez les enfants de la rue incarcérés à Bukavu

Charles Kakule Kinombe[1]
Assistant (criminologie), Université catholique de Bukavu
Doctorant, UCLouvain – CRID&P

Sur le plan économique et social, la République Démocratique du Congo est en crise depuis environ un quart de siècle mais la situation s'est particulièrement amplifiée depuis les années 1990, au point que d'aucuns la considèrent comme structurelle[2]. Bien plus, la situation de guerre qui sévit dans le pays depuis août 1998 exacerbe cette situation déjà grave. C'est dans ce contexte que s'observe le phénomène des enfants de la rue[3]. La rue n'enfante pas, mais les enfants de la rue foisonnent, car « ils s'identifient à leurs lieux de vie »[4]. Dans cette étude, nous allons nous focaliser sur ces enfants de la rue qui sont incarcérés à la prison centrale de Bukavu, située dans la province du Sud-Kivu, en République démocratique du Congo (RDC).

[1] Je tiens à remercier Dan Kaminski, professeur à l'École de criminologie de l'UCL, pour la lecture attentive de cette contribution et les commentaires enrichissants qu'il a bien voulu y apporter.
[2] Kakudji 2006, p. 126.
[3] Ce phénomène n'est pas limité aux grandes villes du Tiers monde. Lucchini 1992, p. 139, montre dans sa recherche que « l'Occident a connu et connaît encore le phénomène des enfants de la rue ».
[4] Jamoulle 2008, p. 13.

En raison de l'absence de tout établissement de garde et d'éducation de l'État à Bukavu, les enfants « en conflit avec la loi »[5] sont incarcérés dans le même établissement pénitentiaire que les adultes, la « prison centrale de Bukavu » ; un quartier spécial est cependant prévu pour les mineurs masculins[6] – par contre, les filles mineures et les femmes adultes sont emprisonnées dans le même quartier. La plupart des enfants étaient, avant leur incarcération, des enfants de la rue et nombre d'adultes détenus ont connu la même situation, avant leur majorité.

Ce chapitre est consacré aux représentations de la peine chez ces enfants de la rue, à partir d'un constat : en dépit des mauvaises conditions de détention qu'ils subissent, ils préfèrent vivre en prison que dans la rue. Notre préoccupation majeure dans cette étude est donc de comprendre les raisons de cette préférence, et ce que représente la peine de prison pour ces enfants. Nous tenterons de démontrer que la peine ne doit pas seulement être perçue comme une souffrance[7], comme le soutiennent la plupart des pénalistes et criminologues[8] : nous l'envisagerons ici comme un « refuge », un « soulagement », un « accroissement de sécurité » pour ces enfants de la rue.

Les données permettant d'alimenter notre réflexion sont issues de 15 entretiens biographiques à caractère topique, focalisés

[5] L'enfant en conflit avec la loi est l'enfant âgé de quatorze à moins de dix-huit ans, qui commet un manquement qualifié d'infraction à la loi pénale (Article 2 ; point 9 de la loi n° 09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant, JORDC, N° Spécial, 50e année, Kinshasa, 25 mai 2009).

[6] Les quartiers réservés aux adultes à la prison centrale de Bukavu sont le quartier général appelé aussi cour centrale, le quartier spécial et le quartier des femmes.

[7] La souffrance peut présenter le caractère : physique (châtiment corporel), moral (privation ou restriction de la liberté locomotrice), matériel (privation d'argent ou capacité juridique (totale ou partielle). Cf. Merle & Vitu 1984, p. 792.

[8] Plusieurs auteurs affirment que la peine suppose une souffrance. Cf. notamment Vanhamme 2005, p. 25 : « la prison constitue symboliquement et concrètement un mur derrière lequel sont cachées souffrance et violence » ; Kellens 2000, p. 5 : « la peine est une souffrance » ; Schmelck & Picca 1967, p. 63 ; Lazaridis 1983, p. 91-92 ; Kellens 1991, p. 19-20; Walters 1972, p. 15; Gerber & McAnany 1970, p. 351 ; Sutherland & Cressey 1966, p. 277 ; Brzezińska 2011, p. 188 ; Nyabirungu Mwene Songa 2007, p. 342 ; Constant 1966, p. 615, Manganas 1986, p. 407.

sur le *vécu* en milieu carcéral des personnes interrogées[9]. Ces entretiens ont été menés non seulement avec les jeunes garçons âgés de moins de 18 ans logés au quartier spécial pour mineurs, les filles mineures du quartier des femmes, ainsi que de jeunes majeurs de sexe masculin enfermés au quartier général de la prison centrale de Bukavu. Tous étaient « enfants de la rue » avant leur incarcération.

Après avoir défini la notion d'« enfant de la rue » (I), nous réfléchirons au non-sens (II) puis au sens (III) que paraît revêtir la peine pour les enfants de la rue incarcérés à la prison centrale de Bukavu.

I. Le concept d'« enfant de la rue »

« Enfant de la rue » est un concept polysémique. L'exposé qui va suivre ne prétend guère à l'analyse exhaustive de toutes ces définitions mais se fonde sur deux définitions qui nous paraissent les plus fondamentales.

La première est celle donnée de Kaumba, qui considère que les enfants de la rue sont ceux qui ont la rue comme lieu de séjour et de travail[10]. En d'autres termes, ce sont des enfants qui passent leur vie dans la rue sans garder de contact avec leur famille : sans famille ou en rupture avec elle (venant de l'intérieur, issus de réfugiés, des déplacés, etc.), ils se distinguent ainsi des « enfants *dans* la rue » pour qui cette dernière est un lieu de travail ou un milieu d'affaires, qui y passent la journée à travailler mais rentrent chez eux ensuite, et qui conservent des attaches familiales voire participent à la survie du foyer[11]. Dans la même perspective, Filiberti considère que les enfants de la rue sont des enfants qui ont

[9] Ainsi, Pirès entend par « récits topiques » des récits segmentés qui cherchent à couvrir quelques dimensions ou problématiques précises de la vie de l'acteur – cf. Pirès, 1997, p. 136.
[10] Kaumba 2005, p. 2
[11] Marguerat & Poitou 1994.

la rue pour maison et qui trouvent leur famille dans le groupe d'amis avec lesquels ils partagent la rue[12].

Cette première définition du concept d'« enfant de la rue » insiste surtout sur sa dimension physique ou, plus précisément, sur l'espace investi par ces enfants or il nous semble que le fait d'avoir la rue pour maison ne suffit pas à fonder la qualité d'enfant de la rue. C'est pourquoi nous préférons une définition alternative de ce concept, donnée par Masiala ma Solo : celui-ci ajoute un élément important à la première définition susmentionnée, en soutenant que l'enfant de la rue est une fille ou un garçon qui n'a pas atteint l'âge adulte et pour qui la rue au sens large (bâtiment à l'abandon, terrains vagues, etc.) est devenue la demeure habituelle *et le moyen d'existence*[13].

Cette deuxième définition met un accent particulier sur l'âge ; dans le même ordre d'idée, Combier soutient qu' « un enfant de la rue, c'est d'abord un enfant […] »[14], et la Constitution de RDC telle que révisée en 2006, ainsi que la loi de 2009 portant protection de l'enfant et les textes internationaux ratifiés par la RDC (notamment la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989, la Charte africaine des droits et du bien-être de l'enfant) définissent l'enfant comme toute personne âgée de moins de 18 ans. Il faut cependant souligner que les données empiriques attestent – du moins pour notre terrain d'investigation – que certains sujets majeurs (d'âge) entrent dans la catégorie d'enfants de la rue. Ainsi, une étude consacrée à la criminalité à Lubumbashi fixe l'âge des enfants de la rue dans cette ville entre 5 et 23 ans[15] ; s'agissant de la ville de Kinshasa, Tshikaka Biaya donne une classification d'enfants de la rue dont l'âge varie entre de 4 et 30 ans[16]. En considérant, dans nos enquêtes à la prison centrale de

[12] Filiberti 2000, p. 13.
[13] Masiala ma Solo 1990, p. 28.
[14] Combier 1994, p. 153.
[15] Kaumba Lufunda 2004, p. 77.
[16] Tshikaka Biaya 2000, p. 7-14, propose la classification suivante :
- Les Moineaux (4-7 ans) : Ils sont touchés par les accusations de sorcellerie et la violence familiale constituent les facteurs principaux de leur fuite dans la rue.

Bukavu, que certains détenus de plus de 18 ans, incarcérés au « quartier général » (ou « cour centrale »), étaient des enfants de la rue au vu de leur vécu passé, nous nous inscrivons ainsi dans la ligne de travaux antérieurs, qui considèrent que certains atteignent cette majorité dans la rue et, même, que d'autres sont « enfants de la rue » alors même qu'ils y vivent seulement après leur majorité[17].

Dans notre contribution, le concept « enfant de la rue » est donc entendu au sens large, incluant majeurs et mineurs. Cette précision conceptuelle balise ainsi l'objet des deux sections prochaines, consacrées à la représentation de la peine que manifestent les « enfants de la rue » incarcérés à la prison centrale de Bukavu.

II. Le non-sens de la peine pour les enfants de la rue incarcérés à la prison centrale de Bukavu

La définition du concept « peine » renferme *a priori* l'idée de souffrance[18]. Cependant, au regard des entretiens que nous avons menés avec les enfants de la rue incarcérés à la prison

- Les Shege (8-12 ans) constituent le groupe le plus important. Leur appellation dérive de Shengen, et renvoie aux frontières de l'Europe dont les expulsés retrouvent la débrouille quotidienne et leur situation d'indésirable.
- Les Bana inbwa (13-17 ans), dont l'expression signifie chiots. Suivant l'orientation qu'ils prennent au sortir de l'adolescence, les uns deviennent des Phaseurs (15-20 ans), catégorie de jeunes connus pour leur penchant pour les hallucinogènes et les Bailados (17-23 ans) qui forment des bandes redoutées pour leur agressivité envers les passants. Au sommet de la pyramide, se tient le groupe des Bana Mayi (20-30 ans), anciens Bailados et nouveaux caïds dont la réputation se construit sur la maîtrise de certaines activités illégales aux ramifications internationales (faux papiers, proxénétisme...) ou sur le trafic de diamants dont les spécialistes sont appelés Bana Lunda. Ils ne craignent pas de revendiquer des pouvoirs occultes, voire sorciers, et représentent l'aboutissement du rêve absolu de l'enfant de la rue.

[17] Lupitshi 2009, p. 23.

[18] C'est cette idée de souffrance qui permet de distinguer la peine des autres mesures de sureté. C'est ainsi qu'elle se distingue de la simple mesure administrative de la police, qui intervient avant la commission de l'infraction en vue de la prévenir. De même, elle se distingue de la réparation civile qui résulte de la condamnation à des dommages et intérêts (Nyabirungu mwene Songa 2007, p. 343).

centrale de Bukavu, nous avons constaté la perte du sens de la peine en tant que douleur intentionnellement infligée aux délinquants : pour ces jeunes, la prison répond à des besoins fondamentaux, notamment l'alimentation, le logement, les vêtements, les soins médicaux, et la sécurité. Autrement dit, la peine de privation de liberté offre des avantages qui réduisent la dimension pénible de la peine, quand bien même ils paraîtraient moindres au vu de la grande pauvreté observée dans les prisons congolaises. Cette section est consacrée à trois « avantages » exprimés par les enfants de la rue qui ont participé à notre enquête, et qui donnent un sens « non pénible », et donc non pénal, à la privation de liberté.

1. La prison comme réponse aux besoins fondamentaux des enfants de la rue : alimentation, eau potable, soins médicaux, vêtements et logement

Dans la rue, les enfants sont seuls face à leurs besoins fondamentaux. Certains d'entre eux exercent des petits métiers[19] (vente de sachets, vente d'eau, porteurs au marché, laveurs des véhicules, cireurs de souliers, etc.)[20], d'autres s'adonnent à la mendicité, d'autres encore se livrent à divers comportements incriminés, notamment le vol[21] et, pour les filles surtout, la prostitution. Ces activités exercées par les enfants de la rue leur permettent de survivre mais ne sont pas toujours suffisantes, ainsi qu'en témoigne l'un des sujets de notre enquête : « J'avais passé une semaine sans gagner même 100 FC. Je ne trouvais pas de bagages à transporter. C'était vraiment pénible. J'étais donc obligé d'aller ramasser la nourriture jetée dans les poubelles […]. »

Face à pareille situation, les enfants peuvent ressentir un soulagement à être incarcérés, la prison leur procurant des repas (bien que ces derniers soient insuffisants) : le gouvernement

[19] Marguerat & Poitou 1994.
[20] Morelle (2006, p. 340) affirme que « les enfants des rues vivent en permanence dans la rue, devenue leur source de revenus […] ».
[21] De Suremain (2006, p. 122) souligne que le vol reste la spécificité des jeunes de la rue plus âgés.

congolais fournit parfois des vivres aux détenus, d'une part, et les congrégations religieuses, ONG nationales et internationales ainsi que, pour certains, les membres de leurs familles apportent une aide significative aux détenus, d'autre part. Par ailleurs, l'appui de la REGIDESO a permis d'assurer un accès à l'eau potable relativement sûr, malgré les coupures occasionnelles.

La prison centrale de Bukavu dispose d'un nombre insuffisant de lits, couvertures et matelas. Le « gouvernement des capitas » conditionne d'ailleurs l'accès à la literie au payement de « frais pour le confort » : la gestion de la literie est en effet confiée au « personnel détenu », c'est-à-dire à certains prisonniers chargés de maintenir l'ordre au vu de la pénurie de personnel et de la surpopulation carcérale[22].

Bref, comme dans toutes les prisons congolaises, les conditions de détention à Bukavu ne sont pas optimales mais semblent moins pénibles que la vie dans la rue, pour les enfants qui font l'objet de notre recherche : un repas insuffisant laisse l'espoir de manger mieux le lendemain, alors que, dans la rue, personne ne venait à leur secours.

> « La semaine passée, nous n'avions pas trouvé à manger le mercredi. Mais cela ne m'inquiétait pas du tout car j'avais l'espoir que le jeudi nous aurons la visite des chrétiens catholiques qui vont nous apporter la nourriture. Mieux vaut la vie en prison que dans la rue car ici [en parlant de la prison], il y a des gens de bonne volonté qui nous assistent ; ce qui n'est pas le cas dans la rue » (Propos d'un enfant de la rue du quartier spécial pour mineurs).

Dans la rue, les enfants de la rue n'ont accès ni aux soins médicaux ni au logement ou à l'eau potable ; ils ne reçoivent ni vêtements ni repas. Certains dorment à la belle étoile, sans couverture, sur des cartons ou tout simplement à même le sol, et sont ainsi exposés à toutes sortes de dangers ainsi qu'aux intempéries[23] ; d'autres passent la nuit dans des bâtiments

[22] Sur les « *capitas* », ces détenus chargés de la gestion en prison, cf. Hugo 2015 ; Kakule Kinombe 2016b ; Imani Mapoli 2017.
[23] Kaumba Lufunda 2004, p. 77.

abandonnés, en état de vétusté et de délabrement avancé. Tous peinent à trouver de l'eau et un endroit pour se laver, les plus courageux se risquant dans les eaux sales du lac et des rivières, sans aucune intimité.

Ainsi la prison devient-elle un refuge et un moyen de se procurer repas, eau, abri et vêtements. En outre, la prison centrale de Bukavu dispose d'un dispensaire qui prend en charge les détenus malades, veille à l'état de santé des détenus et ordonne le transfert des cas graves vers l'hôpital général de Bukavu lorsque les sommaires équipements pénitentiaires sont insuffisants. Le Comité International de la Croix Rouge (CICR) fournit parfois, en outre, des médicaments aux détenus. Les extraits d'entretiens ci-dessous permettent d'illustrer notre argumentaire :

> « Dans la rue *personne* ne se soucie de toi. Su tu tombes malade, ça te regarde toi seul. Au moins encore ici en prison car si je tombe malade, on me donne les médicaments. Le CICR nous donne des médicaments. Nous avons un dispensaire ici en prison, en cas de maladie, les infirmiers viennent nous soigner. Si c'est un cas grave, on transfère le malade à l'hôpital général de référence de Bukavu. Qui pouvait faire tout cela pour nous dans la rue ? Personne ! […]. » (Propos d'une fille mineure, enfant de la rue logé au quartier des femmes)

> « Dans la rue, on passait la nuit à la belle étoile. Si on me demandait de *choisir* entre la rue et la prison, le choix est clair. Je choisirai la prison car ici, j'ai quand même un logement même si je n'ai plus cette liberté d'aller et de venir […]. » (Propos d'un jeune de la rue logé au quartier général)

> « Le jeudi et le dimanche, nous avons des visites des fidèles catholiques et protestants qui nous apportent beaucoup des choses : les vêtements, la nourriture, que nous avions de la peine à trouver à l'extérieur [dans la rue]. » (Propos d'un enfant de la rue du quartier spécial pour mineurs)

2. La prison comme moyen d'échapper à la maltraitance, au viol et aux accusations de sorcellerie

Outre en tant que réponse à certains besoins fondamentaux, l'incarcération permet parfois aux enfants de la rue d'échapper à des situations de maltraitance, allant du viol aux accusations de sorcellerie.

> « Depuis 2009, année de licenciement de mon père de son travail, notre famille a traversé des moments extrêmement difficiles. Mes parents n'arrivaient même pas à trouver la nourriture quotidienne. On mangeait une fois tous les deux jours. C'était vraiment pénible. En cherchant la cause de cette pauvreté, ma marâtre [la mère de cet enfant était morte et son père s'était remarié avec une autre femme] m'a traité de sorcier. Et pour confirmer cela, elle est allée à la rencontre d'un prophète qui a confirmé que c'est moi la cause de cette situation et que j'étais réellement sorcier. La marâtre en complicité avec mon père a décidé de me chasser de la maison. C'est ainsi que je me suis retrouvé dans la rue contré mon gré. Mais avant que je me retrouve dans la rue, j'étais maltraité par mes parents dès qu'ils avaient eu la confirmation de la part du prophète que c'était moi la cause de la situation de pauvreté que traversait notre famille. J'étais sérieusement battu comme un serpent par ma marâtre, même par mon père, sans pitié ni piété. C'était pénible […] [pleurs]. Pour échapper à cette maltraitance, j'avais pris la décision d'aller dans la rue car mes parents ne voulaient plus de moi. C'est ainsi que je me suis retrouvé dans la rue. Je pensais que la rue était la solution à mon problème. Loin de là. Là aussi, j'ai souffert. Les camarades de mon écurie m'administraient des coups de fouet et ravissaient tout ce que je gagnais en vendant de l'eau dans les sachets au marché de Kadutu car je gagnais beaucoup d'argent, plus qu'eux. Eux se mettaient seulement à voler et à escroquer les gens […]. Nous étions aussi pourchassés voire même fouettés par la police qui nous accusaient d'encombrer la ville […] Dans la rue, je dormais très mal. Je dormais à même le sol au marché de Kadutu […]. En 2016, alors que j'avais 15 ans, j'avais violé une fille de 12 ans qui se promenait seule à 21 h 00 au marché de Kadutu. La fille avait fortement crié au point que les

> gens sont venus sur le lieu et ils ont réussi à mettre la main sur moi et me déposer par la suite au commissariat de la police. Arrivé à la police, l'OPJ m'avait auditionné et placé au cachot. 48 heures après, l'OPJ m'avait envoyé au tribunal pour enfant qui a décidé de me placer au quartier spécial pour mineurs. Ici, où tu me vois [en parlant du quartier spécial pour mineurs], je me sens à l'aise. Je ne suis plus maltraité comme je l'étais sous le toit paternel ou dans la rue. Je ne suis plus accusé de sorcier. » (Propos d'un enfant de la rue du quartier spécial pour mineurs)

Ce long extrait d'un entretien avec un enfant de la rue, incarcéré à la prison centrale de Bukavu, révèle tout d'abord que la détérioration des conditions de vie et le décès d'un parent figurent parmi les causes d'entrée des enfants dans la rue. « L'enfant devient un fardeau pour sa famille qui s'en débarrasse explicitement »[24], souvent au motif (culturel) que l'enfant est un sorcier[25] : cette accusation permet de « le jeter dans la rue »[26] pour une raison « rationnelle » avec un sentiment de culpabilité moindre, d'autant que les accusations de sorcellerie sont *confirmées* par les dirigeants des églises, les prophètes, qui les légitiment[27]. Pour les enfants qui y sont confrontés, devenir « enfant de la rue » permet ainsi de fuir la maltraitance imposée par un parent tyrannique, ou des coups et vexations quotidiens. De Boeck et Jacquemin ont observé que l'enfant accusé de sorcellerie est « battu sévèrement et même, dans certains cas extrêmes, tué par des membres de la famille ou des voisins. La plupart de ces enfants, toutefois, sont simplement rejetés et reniés. Abandonnés, mais en même temps redoutés par la majorité des gens, les prétendus enfants-sorciers finissent dans la rue où ils font souvent équipe avec d'autres enfants pour constituer leur écurie »[28].

[24] Kasongo & Kinable 2010, p. 3.
[25] Yengo 2008, p. 304, montre que c'est au milieu des années 1980 que les premières accusations de sorcellerie furent formulées contre des enfants. Il montre également que ce phénomène n'est pas exclusif à la RDC mais se manifeste aussi, à tout le moins, au Congo-Brazzaville et en Angola.
[26] De Boeck & Plissart, 2005, p. 159.
[27] De Boeck & Plissart, 2005, p. 41.
[28] De Boeck & Jacquemin, 2000, p. 39.

Les entretiens que nous avons menés à la prison centrale de Bukavu révèlent que la rue, d'abord perçue comme une solution à la maltraitance familiale suite aux accusations de sorcellerie, renferme aussi des limites car des conflits parfois violents naissent entre écuries ou au sein de celles-ci, et que les enfants sont parfois maltraités par les membres de leur « écurie »[29]. Autrement dit, leur condition mène les enfants de la rue à commettre des infractions mais, également, à en être victimes. En particulier, « si les garçons [et les filles] subissent des violences corporelles, les filles endurent [en plus] les abus sexuels »[30] ; nous avons ainsi pu *interviewer* une fille mineure, placée au quartier des femmes, qui avait été victime de viols justifiés par les « lois de la rue » :

> « Dans la rue, Il y a le problème de viol. J'ai été violée à plusieurs reprises par le chef de l'écurie. Il y a plusieurs écuries de *maibobo* [enfants de la rue] et chaque écurie a un chef qui est généralement de sexe masculin. Pour adhérer dans une écurie, la règle pour les filles est d'avoir des relations sexuelles avec le chef. Le fait pour moi de me retrouver ici m'a vraiment soulagée car je ne suis plus victime du viol […]. Je préfère rester ici que de rentrer dans la rue pour subir encore ces violences […]. »

Ainsi, le placement au quartier spécial pour mineurs, tout en les privant de leur liberté d'aller et venir, procure à ces enfants un certain « soulagement » face à la maltraitance dont ils étaient victimes en famille et dans la rue. Il permet en outre à certains d'échapper à l'étiquette d'enfant sorcier et au viol.

3. La prison comme moyen d'échapper au lynchage

Enfin, un troisième avantage à l'incarcération s'est dégagé des entretiens que nous avons menés avec les enfants des rues emprisonnés dans certains quartiers de la prison centrale de

[29] Dans le jargon des enfants de la rue de Bukavu, le concept d'« écurie » désigne un groupe ou une équipe d'enfants de la rue. De Suremain 2006 utilise le concept de « bande » pour désigner un groupe d'enfants de la rue à Bolivie ; il paraît comparable à celui d'« écurie ».
[30] Lufunda 2004, p. 117.

Bukavu, outre l'accès à certaines ressources fondamentales et une protection contre diverses violences : pour certains, la privation de liberté constitue un moyen d'échapper au lynchage.

Suite aux dysfonctionnements du système judiciaire congolais, miné par la corruption et l'impunité, on observe un déficit de confiance en la justice étatique. « Quand on parle du palais de justice dans la cité, la population appelle ça le palais de l'injustice »[31] ; « l'État ne convainc plus dans son entreprise d'exercer la violence »[32]. « Pour les acteurs employés par l'État dans le secteur de la justice, notamment les juges, procureurs, policiers, greffiers, […] la justice est devenue une affaire qui leur permet de gagner leur vie non pas au moyen du salaire qu'ils perçoivent, mais de l'argent qu'ils soutirent aux plaignants et aux accusés »[33]. Dans un contexte où le système judiciaire est perçu non comme un mécanisme de rétablissement de l'ordre social mais comme un système de rançon à l'égard de la population[34], la justice communautaire et privée paraît avoir gagné en importance : « un individu va faire appel à la communauté pour lyncher, lapider ou brûler le suspect. Il s'agit d'une justice de rue, sans procédure pour établir la culpabilité de l'accusé et sans prise en compte de différences en termes de gravité de l'acte »[35]. Il s'agit là d'un retour à la vindicte populaire en guise de pratique de justice, qui ne transforme ni ne remplace le système pénal mais l'évite ou le contourne.

Or la plupart des enfants de la rue « violentent, volent, extorquent et blessent des paisibles citoyens »[36], s'exposant donc à

[31] Felices-Luna 2010, p. 8.
[32] Morelle 2006, p. 350.
[33] Felices-Luna 2010, p. 7.
[34] Les thèses de doctorat de Tshinyama Kadima 2009 et de Baby Kabuya 2009, ethnographies d'un poste de police et d'un bureau du parquet, présentent une réalité beaucoup plus complexe de ce phénomène en démontrant que ce que l'on nomme corruption est composé d'une diversité de pratiques aux objectifs eux aussi diversifiés qui peuvent refléter ou servir les intérêts du fonctionnaire, de la population en générale, de l'institution ou encore des parties en conflit (l'une, l'autre ou les deux).
[35] Felices-Luna 2010, p. 9.
[36] Mujinya Bahati 2011, p. 1.

la vindicte populaire. Les travaux de Rodriguez-Torres[37] sur les enfants de la rue à Nairobi, ceux de Morelle à Yaoundé et à Antananarivo[38] ainsi que ceux de Tshikaka Biaya à Kinshasa[39] montrent ainsi que les enfants en Afrique sont souvent victimes de lynchage. « À Yaoundé, les enfants [de la rue] sont frappés avec un bâton, une machette, parfois brûlés. À Antananarivo, les lynchages existent mais sont moins fréquents », observe Morelle[40] ; ceci paraît concordant avec certains témoignages que nous avons récoltés à Bukavu. Population que « personne ne réclame ou qui ne se réclame de personne »[41], les enfants des rues paraissent en effet particulièrement exposés au lynchage[42], comme en témoigne l'un des détenus que nous avons rencontrés :

> « On m'avait attrapé dans une maison en train de voler en pleine journée. C'était vers 12 h 30 alors que le propriétaire de la maison était au travail. Comme il y avait un chemin de passage juste à côté de la maison, un jeune du quartier qui passait par ce chemin a vu que la fenêtre de la maison était ouverte. Alors, il s'est mis à appeler le propriétaire de la maison qui n'y était pas. Pour éviter qu'on me découvre car le jeune en question se posait la question de savoir qui était à l'intérieur, j'ai pris le courage de lui répondre en imitant la voix du propriétaire de la maison. Mais, ce jeune, en entendant ma voix, a constaté que ce n'était pas celle du propriétaire. Alors, il a mobilisé les autres jeunes du quartier qui étaient aux alentours et ils ont réussi à m'arrêter. Ces jeunes étaient prêts à me brûler vif car ils avaient un pneu de véhicule et

[37] Rodriguez-Torres 2003.
[38] Morelle 2006.
[39] Tshikaka Biaya 2000.
[40] Morelle 2006, p. 350.
[41] Imani Mapoli 2017, p. 126.
[42] Tadié 2002, p. 319, souligne que « le lynchage revêt une forme très anonyme : on parle de foule, de masse, d'attroupement. Il n'est donc pas certain que la justice populaire soit un acte délibéré et réfléchi tenant à déclarer et à marquer un pouvoir collectif sur un espace donné. Il y a quelque chose de la fureur et de la transe qui paraît dépasser tous les raisonnements dans ces manifestations. Pourtant, chacun y retrouve ses voisins quitte à déclarer par la suite que tout en observant la personne, il ne la reconnaissait plus. Impossible paradoxe d'une violence illégale qui aboutit pourtant à une tuerie légitimée où le voleur, « l'autre », est nié dans son existence et dans son humanité ».

> de l'essence avec une boite d'allumettes avec eux. Quand ils voulaient me bruler, j'avais aperçu de loin un policier qui avait tiré une balle à l'air. Tous ceux qui me poursuivaient avaient pris la poudre d'escampette. Je suis resté là avec le policier qui m'a demandé pourquoi ces jeunes du quartier voulaient me brûler. Je lui ai expliqué tout ce qui s'était passé sans rien cacher et il m'avait conduit directement au tribunal pour enfant qui avait par la suite décidé de me placer au quartier spécial pour mineurs [...]. Pour moi, être au quartier spécial pour mineurs, c'est une grâce exceptionnelle car je serais déjà mort […]. Même si je mange ici une fois par jour une petite quantité de haricots avec le foufou tant mieux […]. » (Propos d'entretien d'un enfant de la rue logé au quartier spécial pour mineurs)

Ainsi l'incarcération permet-elle aux enfants d'échapper à certains mécanismes de justice populaire, à laquelle leur condition précaire et leur comportement les expose tout particulièrement.

Cette première section a permis ainsi de dégager, à trois égards, le « non-sens » que revêt la détention pour cette catégorie particulière de détenus : aux conditions de vie dans la rue viennent certes répondre les difficultés propres aux établissements pénitentiaires de RDC, mais sans y équivaloir pour autant. La section suivante sera consacrée, un peu plus loin, à ce que ces enfants détenus disent de la prison en tant que telle.

III. Le sens de la peine pour les enfants de la rue incarcérés à la prison centrale de Bukavu

La section précédente nous a permis de constater que leur condition et les causes de leur incarcération poussent les enfants de la rue à considérer la prison sous un endroit assez favorable. La privation de liberté trouve là un sens – l'accroissement de sécurité – qui ne correspond guère au caractère pénible constitutif de la peine. Nous avons cependant observé que ces jeunes manifestent une représentation plus nuancée, presque paradoxale, de la peine : outre cette dévaluation de son sens *pénible*, ils expriment une certaine souffrance propre à la vie en prison. Elle est liée à la perte

de leur liberté de circuler (1.) ainsi qu'à la violence de la vie carcérale (2.).

1. La prison, privation de la liberté d'aller et venir

Si, au vu de la violence qu'ils ont connue *extra muros*, la prison apparaît comme un lieu de refuge pour les enfants que nous avons rencontrés, ces derniers expriment néanmoins une souffrance liée à la perte de leur liberté de mouvement. Deux extraits d'entretien permettent d'illustrer cette observation :

> « […] En prison, c'est bien ! J'ai des médicaments, de la nourriture […] mais je n'ai pas la liberté d'aller où je veux, d'aller saluer mes amis […] Même si, dans la rue, nous souffrions au moins nous avions la liberté de nous promener comme nous voulions. » (Propos d'entretien d'un enfant de la rue logé au quartier spécial pour mineurs)

> « Ici, nous sommes entre les quatre murs, pas de liberté de quitter. C'est souffrant ! J'ai envie d'aller voir mes chéries, mais je ne peux pas. » (Propos d'entretien d'un enfant de la rue logé au quartier spécial pour mineurs)

2. La prison, institution anarchique

Certains entretiens ont permis de mettre en exergue la souffrance que les « *capitas* »[43], les détenus chargés de la sécurité et de la discipline au sein de la prison, infligent à leurs codétenus en cas de manquement disciplinaire.

> « C'est de l'anarchie qui règne ici. Il y a aucun surveillant à l'intérieur de la prison. Ce sont les capitas qui nous gèrent. Ils font du n'importe quoi. Ils nous administrent des coups de fouet même pour une petite faute. On m'a administré 20 coups de fouet pour avoir cassé une assiette. J'ai même été blessé sur le dos suite aux coups. » (Propos d'entretien d'un enfant de la rue logé au quartier général)

[43] Cf. *supra*, note 22, ainsi que Kakule Kinombe 2016a.

Ainsi la peine demeure-t-elle une souffrance : les enfants sont particulièrement fragiles face aux châtiments corporels que peuvent leur infliger les « *capitas* » en cas de manquement à la discipline interne à l'établissement pénitentiaire. Il semble dès lors qu'on puisse considérer qu'une souffrance tant morale (privation de liberté) que physique (châtiments corporels) est *vécue* par les enfants de la rue incarcérés, même si la prison constitue un refuge et atténue donc ce caractère pénible de la peine. Eux comme « la moyenne des condamnés éprouve[nt] un réel désagrément au contact de la sanction pénale »[44].

Conclusion

Les développements qui précèdent soulèvent un double questionnement, par lequel nous conclurons ce chapitre consacré aux sens que revêt la peine pour les enfants de la rue incarcérés à la prison centrale de Bukavu.

Nous considérons qu'il est impératif que l'État congolais améliore les conditions de vie de la population : la dignité humaine l'exige, indépendamment de toute considération d'ordre pénal. Quant au sens de la peine, cependant, la pauvreté généralisée conduit actuellement les enfants de la rue, tout comme tous les plus pauvres parmi les Congolais, à considérer la prison comme un refuge : l'incarcération leur offre des avantages (certes ténus). Dans ce contexte, la peine perd tout son sens. Il s'agit donc de travailler structurellement à améliorer les conditions sociales en RDC, de sorte que les enfants de la rue n'aient pas à considérer l'emprisonnement comme une opportunité : une sécurité d'existence accrue leur serait déjà accessible.

Quant à la peine en tant que telle, cet état de fait pousse à s'interroger. Nous sommes ici confrontés à une peine dont la dimension de souffrance est atténuée – ceci nous paraît constituer un point de départ à la réflexion de principe. Comme nous l'avons constaté, la prison procure un accroissement de sécurité et des

[44] Nyabirungu Mwene Songa 2007, p. 343.

moyens de survie aux enfants de la rue (alimentation, logement, soins médicaux) ; elle constitue donc une souffrance allégée, à l'aune de la vie en liberté – mais, puisqu'elle demeure une peine, et si l'on considère encore qu'elle doive faire sens pour la société et les personnes qui y sont enfermées, n'est-il dès lors pas temps de penser « une peine » dont la « pénibilité » ne serait plus conceptuellement déterminante ?

Bibliographie

Loi n° 09/001 du 10 janvier 2009 portant protection de l'enfant, JORDC, numéro spécial, 50e année, Kinshasa, 25 mai 2009.

Abel 2005
ABEL (O.), « Sens et non-sens de la peine », *Études théologiques et religieuses,* n° 2/80 (2005), p. 177-187.

Bady Kabuya 2009
BADY KABUYA (G.), *Une approche criminologique pour un autre regard sur le travail d'un magistrat du parquet à Lubumbashi*, Thèse de doctorat, École de criminologie, Université de Lubumbashi, 2009.

Brzezińska 2011
BRZEZIŃSKA (J.), « La peine criminelle, sa spécification et sa dimension dans le droit pénal français », *Acta Erazmiana*, n° 187 (2011), p.187-199.

Chauvenet & Orlic 2002
CHAUVENET (A.), ORLIC (F.), « Sens de la peine et contraintes en milieu ouvert et en prison », *Déviance et Société*, vol. 26 n° 4 (2002), p. 443-461.

Combier 1994
COMBIER (A.), *Les enfants de la rue en Mauritanie. L'initiative de Nouakchott*, Paris, l'Harmattan, 1994.

Constant 1966
CONSTANT (J.), *Traité de Droit pénal général,* Liège, Imprimeries nationales, 1996.

De Boeck & Jacquemin 2000
DE BOECK (P.), JACQUEMIN (J-P.), « Le deuxième monde et les enfants sorciers en République démocratique du Congo », *Politique africaine*, vol.4, n° 80 (2000), p. 32-57.

De Boeck & Plissart 2005
DE BOECK (F.), PLISSART (M. F.), *Kinshasa, récits de la ville invisible*, Bruxelles, La Renaissance du livre, 2005.

de Suremain 2006
DE SUREMAIN (C.-E.), « Affinité horizontale et stratégies de survie parmi les enfants de la rue. La bande solitarios à la Paz (Bolivie) », *Revue Tiers Monde*, vol. 47, n° 185 (2006), p. 113-132.

Felices-Luna 2017
FELICES-LUNA (M.), « La Justice en République Démocratique du Congo : transformation ou continuité ? », *Champ pénal/Penal field*, vol. VII (2010), en ligne, https://journals.openedition.org/champpenal/7827, consulté le 10 octobre 2017.

Filiberti 2000
FILIBERTI (A.), *Les enfants de la rue dessinent la famille. Expériences de liaison entre psychologie et pédagogie avec les jeunes de Lubumbashi*, Lubumbashi, Don Bosco, 2000.

Gerber & McAnany 1970
GERBER (R. J.), MCANANY (P. D.), « The Philosophy of Punishment », in *The Sociology of Punishmnet and Correction*, sous la direction de JOHNSTON (N.) *et al.*, New York, s.n., 1970.

Imani Mapoli 2017
IMANI MAPOLI (M.) (2017), *D'un tribunal pour enfants à une prison sans adulte. Ethnographie d'un quartier spécial pour mineurs en RD Congo*, Thèse de doctorat, École des sciences criminologiques, ULB, 2017.

Jamoulle 2008
JAMOULLE (P.), *Des hommes sur le fil*, Paris, La Découverte, 2008.

Kakudji 2006
KAKUDJI (A.), « Les enfants en rupture en RDC : Analyse d'une expérience d'enquête collective », *Civilisations*, vol. 54, n° 1-2 (2006), p. 125-133.

Kakule Kinombe 2016a
KAKULE KINOMBE (C.), « L'ordre et la sécurité en milieu carcéral : Étude compréhensive des pratiques des acteurs de la prison centrale de Bukavu en RD Congo », *Conjonctures congolaises*, (2016), p. 67-87.

Kakule Kinombe 2016b
KAKULE KINOMBE (C.), « La surpopulation carcérale dans les prisons congolaises : causes, effets et pistes de solution », *KAS African Law Study Library – Librairie Africaine d'Études Juridiques*, n° 3 (2016), p. 603-630.

Kasongo Maloba Tshikala & Kinable 2010
KASONGO MALOBA TSHIKALA (P.), KINABLE (J.), « Enfants de la rue, phénomène pluriel et complexe à Lubumbashi, RD Congo », Actes du Colloque international francophone Complexité 2010, *La pensée complexe : défis et opportunités pour l'éducation, la recherche et les organisations*, Lille (France), mercredi 31 mars et jeudi 1er avril 2010.

Kaumba Lufunda 2004
KAUMBA LUFUNDA (S.), *Approches de la criminalité dans la ville de Lubumbashi*, Lubumbashi, OCU/UNILU, 2004.

Kellens 1991
KELLENS (G.), *Précis de pénologie et de droit des sanctions pénales*, Liège, Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1991.

Kellens 2000
KELLENS (G.), *Punir, pénologie et Droit des sanctions pénales*, Liège, Éditions juridiques de l'Université de Liège, 2000.

Lazaridis 1983
LAZARIDIS (S.), « La rétribution dans la philosophie pénale anglo-saxone d'aujourd'hui », *Archives de philosophie du droit*, 28 (1983), p. 91-108.

Lucchini 1992
LUCCHINI (R.), « La recherche avec les enfants de la rue en Amérique latine. Réflexions méthodologiques », *Revue européenne des sciences sociales*, 30/93 (1992), p. 139-167.

Manganas 1986
MANGANAS (A.), « Approche pragmatique du droit de l'État de punir », *Les Cahiers de droit*, 272 (1986), p. 401–418.

Marguerat & Poitou 1994
MARGUERAT (Y.), POITOU (D.), *À l'écoute des enfants de la rue en Afrique noire*, Paris, Fayard, 1994.

Masiala ma Solo 1990
MASIALA MA SOLO, *Les enfants de personne*, Kinshasa, Enfance et paix, 1990.

Merle & Vitu 1984
MERLE (R.), VITU (A.), *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal géneral*, Paris, Cujas, 1984.

Morelle 2006
MORELLE (M.), « La rue dans la ville africaine (Yaoundé, Cameroun et Antananarivo, Madagascar) / CityStreets in Africa (Yaounde, Cameroon, and Antananarivo, Madagascar) », *Annales de Géographie*, 115e année, n° 650 (juillet-août 2006), p. 339-360.

Mujinya Bahati 2011
MUJINYA BAHATI (H.), *Le phénomène Kuluna ou la violence des jeunes, un défi pour la gouvernance sécuritaire de la ville de Kinshasa*, Rabat, Codesria, 2011.

N'Kulu Ngoy 2015
N'KULU NGOY (H.), *Les stratégies d'adaptations des détenus et du personnel pénitentiaire : le cas de la prison centrale de la Kasapa*, Thèse de doctorat en Criminologie, Université Libre de Bruxelles, École des sciences criminologiques Léon Cornil, 2015.

Nyabirungu Mwene Songa 2007
NYABIRUNGU MWENE SONGA (R.), *Droit pénal général congolais*, Kinshasa, Droit et société, 2007.

Pires 1997
PIRES (A.), « Échantillonnage et recherche qualitative : essai théorique et méthodologique », in *La recherche qualitative. Enjeux épistémologiques et méthodologiques*, sous la direction de POUPART (J.) *et al.,* Montréal, Gaëtan Morin, 1997, p.113-169.

Rodriguez-Torres 2003
RODRIGUEZ-TORRES (D.), « Les jeunes de la rue à Nairobi. D'un problème social ancien à une prise de conscience politique nouvelle », in *Garçons et filles des rues dans la ville africaine. Diversité et dynamique des marginalités juvéniles à Abidjan, Nairobi, Antananarivo*, sous la direction de MARGUERAT (Y.), Codesria, IRD, 2003.

Schmelck & Picca 1967
SCHMELCK (R.), PICCA (G.), *Pénologie et droit pénitentiaire*, Paris, Cujas, 1967.

Sutherland & Cressey 1966
SUTHERLAND (E. H.), CRESSEY (D. R.), *Principes de criminologie*, Paris, Cujas, 1996.

Tadie 2002
TADIE (J.), *Les territoires de la violence à Jakarta*, Paris, Université Paris IV-Sorbonne, 2002.

Tonda 2008
TONDA (J.), « La violence de l'imaginaire des enfants-sorciers (The Violent Imaginaire of Children Sorcerers) », *Cahiers d'Études Africaines*, vol. 48, cahier 189/190 (2008), p. 325-343.

Tshikaka Biaya 2000
TSHIKAKA BIAYA (K.), *Le jeune, la rue et la violence à Kinshasa. Entendre, comprendre, décrire,* Dakar, Codesria, 2000.

Tshinyama 2009
TSHINYAMA (K. I.), *L'observation ethnographique d'un commissariat à Lubumbashi. Une compréhension des pratiques policières en contexte congolais*, Thèse de doctorat, École de criminologie, Université de Lubumbashi, 2009.

Walters 1972
WALTERS (R. H.), *Punishment*, Penguin Books, 1972.

Yengo 2008
YENGO (P.), « Le monde à l'envers. Enfance et kindoki ou les ruses de la raison sorcière dans le bassin du Congo (The World Upside down : Childhood and Kindoki, or the Cunnings of Sorcery in the Congo Basin) », *Cahiers d'Études Africaines*, vol. 48, cahier 189/190 (2008), p. 297-323.

Les sens et non-sens de la peine infligée à l'entourage des personnes détenues

Sandra Lehalle[1]
Professeure (criminologie), Université d'Ottawa

Une réflexion sur les sens de la peine nous invite le plus souvent à réfléchir au sens que la société lui donne ou au sens que la personne condamnée peut (ou pas) y trouver. En effet, la sanction pénale est légalement conçue comme une peine individuelle imposée à un condamné par la société au nom du contrat social. Tout comme le droit, les sciences et les médias portent sur le sens de la peine un regard en grand angle sur le corps social (à travers le prisme d'une victime réelle ou virtuelle) ou en mise au point sur l'individu condamné. Cette dichotomie ignore le plus souvent les individus touchés directement et indirectement par la peine bien que n'en étant pas eux-mêmes légalement la cible et l'objet : les proches des personnes condamnées. Si la littérature a beaucoup analysé l'expérience carcérale du point de vue de l'institution ou de la personne incarcérée, les effets de l'incarcération sur les proches ont été, jusqu'au milieu des années 90, largement ignorés des chercheurs et ceci en dépit de la relation établie depuis longue date entre le support familial et la réintégration des personnes incarcérées. Les recherches existantes,

[1] L'auteure tient à remercier l'Université d'Ottawa et le CRSH pour le financement accordé ainsi que Lisa Plamondon-Dufour pour sa relecture attentive.

rarement canadiennes, se consacrent le plus souvent à un aspect spécifique de l'expérience des proches de détenus et n'abordent pas la question du sens de la peine. Ce chapitre se veut une invitation à s'interroger sur les frontières conceptuelles, légales, physiques et sociales de la peine en analysant les sens de celle-ci pour l'entourage témoin, sujet et parfois acteur de celle-ci.

Notre réflexion se nourrit d'une recherche empirique réalisée en 2016 et 2017 au Canada auprès de proches de détenus[2]. Sur la base d'entrevues semi-directives, nous avons exploré les diverses manifestations de la peine dans leur vie et notamment les défis sociaux, économiques, relationnels et identitaires rencontrés en raison des effets matériels et symboliques de l'incarcération d'un proche. Nous avons analysé comment ces proches font face aux difficultés rencontrées et comment ils mobilisent des stratégies différenciées dans la gestion des dommages collatéraux de la sanction pénale. C'est au fil de ces analyses thématiques qu'il nous a été donné de réfléchir aux sens que la peine prend dans leur vie. Permettant un point d'ancrage qui n'est ni la personne condamnée ni les acteurs du système pénal, l'entourage des personnes détenues - ces tiers partagés entre le monde du dedans et le monde du dehors - nous offrent un nouvel éclairage sur les sens de la peine en dehors des murs.

Au moyen des témoignages recueillis, nous proposons d'analyser dans une première partie le sens de la peine tel que vécu par les proches à travers leurs expériences de celle-ci. Dans une deuxième partie, nous nous intéressons au sens social et civique de la peine dans leur vie de citoyen pour finalement questionner les fonctions de la peine telle que l'expérience des proches nous permet de l'analyser.

[2] Notre corpus de données empiriques se compose à ce jour d'entrevues qualitatives non directives réalisées auprès de 13 proches de personnes étant ou ayant été incarcérées dans un établissement de détention au Canada dans le respect d'un certificat éthique décerné par l'Université d'Ottawa.

I. Le sens de la peine tel que vécue par les proches

Pour l'entourage des personnes incarcérées, la peine a comme premier sens celui d'un vécu. La peine est littéralement *vécue* par les proches des personnes incarcérées. Conjoint(e)s, parents, frères et sœurs, enfants, oncles et tantes, ami(e)s, etc. font l'expérience des composantes physiques et psychologiques, sensorielles et émotionnelles de la peine. Ils sont confrontés, plus ou moins directement, au caractère contrôlant, contraignant, moralisant et infamant que les institutions pénales et sociales attribuent à la sanction pénale.

Pour tenter d'analyser ces vécus, il est pertinent de dissocier ces expériences selon leurs points d'origine et leurs espaces de transmission. Nous proposons de réfléchir au vécu qui émane directement de celui de la personne détenue mais aussi au vécu qui est spécifique au traitement des proches par le système pénal et finalement au vécu rattaché aux effets élargis de la sanction pénale à l'extérieur des murs des prisons.

1. Un vécu du dedans « partagé », transféré et amplifié

L'expérience des personnes ayant un être cher incarcéré est en partie celle d'un vécu indirect émanant des connexions surtout émotionnelles avec ce que vit la personne détenue. La souffrance de la détention est en quelque sorte partagée en raison des liens qui les unissent. « Sa souffrance devient ma souffrance » nous diront certains proches.

En effet, les personnes rencontrées souffrent du fait qu'une peine de prison ne se limite jamais à perdre sa liberté, mais signifie également pour leur proche avoir faim, avoir froid, vivre et dormir dans la peur, être humilié/battu par détenus ou/et gardiens, attraper des maladies, avoir à payer 5$ pour un dentifrice, avoir mal aux dents, devoir porter une combinaison orange, dormir sans oreiller ou par terre dans les douches faute d'espace, ne pas pouvoir recevoir de journaux et de cartes postales, être limité à 3 photos, avoir ses affaires jetées ou oubliées lors de transferts, ne pas avoir de contact humain lors de visites avec séparation…

Ces exemples non exhaustifs illustrent bien l'étendue des sphères de la vie sociale et domestique qui sont concernées par l'aspect englobant et totalitaire de l'institution prison. Ils nous permettent également de constater que les proches reçoivent et éprouvent le vécu de leur être cher incarcéré que celui-ci soit exprimé explicitement ou non. En effet, les proches souffrent de ce qu'ils savent, mais ils ont bien conscience de ne pas tout savoir du vécu de la détention. Ce vécu difficile que la personne détenue relaye « parfois » à ses proches est amplifié, accentué par l'incertitude, l'inconnu de ce qu'elle vit réellement. Les proches en sont le plus souvent réduits à devoir interpréter les expressions corporelles, les signes corporels visibles, les mots prononcés ou encore les silences pour tenter d'appréhender l'expérience de la personne incarcérée. Cette perception, principalement basée sur le sensoriel, va les conduire à apaiser ou le plus souvent exacerber leur peur de la prison qu'ils ne connaissent pas ou mal. Ces indices transmis ou perçus sont parfois alimentés par l'imaginaire collectif le plus sinistre qui existe sur cette institution. Leur préoccupation pour la personne détenue apparaît omniprésente : mange-t-il assez ? est-il en sécurité ? reçoit-il ses soins ? est-il suicidaire ? La grande majorité des personnes rencontrées affirme avoir eu sérieusement peur pour la sécurité et l'intégrité physique de leur proche incarcéré.

> *« There's also, like, terrible, terrible fear. Incredible fear. It's taken me a long time to actually get to the point to realize that he may actually come out of this alive. Like, I had a lot of nightmares where he was dead and I was watching him get killed over and over and over again. Because I really have no illusions that he is safe. He's not. »* (Inès)

Que la crainte soit fondée ou pas importe peu puisqu'elle est ressentie et vécue comme telle par les proches. À de multiples égards, le vécu de l'entourage peut s'analyser comme une caisse de résonance de la souffrance vécue en détention par celui qui y est et qui ne peut pas, au sein des murs, se permettre de l'exprimer, la montrer, la laisser sortir. Il s'agit d'une souffrance qui déborde et transpire des murs de la prison par l'intermédiaire du proche qui « sait », qui « sent », qui « devine » et qui craint souvent le pire.

Il est pertinent de souligner que ce partage de vécu sensible ne prend pas fin à la sortie de prison puisque les effets à moyen et long terme de l'incarcération continuent d'être partagés par les proches. Des témoignages tels que celui de Mona dont le frère qu'elle héberge transforme le salon en cellule en mettant des draps sombres aux fenêtres ou encore celui de Fanny qui constate que son fils de 23 ans dort par terre dans un coin de sa chambre illustrent le vécu partagé de la prisoniérisation[3] prolongée de la personne libérée.

Durant ou après la peine, le sens de celle-ci pour les proches se caractérise donc par la transmission (volontaire ou involontaire) du vécu difficile de la personne condamnée. Mais les proches font également l'expérience d'émotions et de souffrances qui leur est propre et dont le système pénal est grandement responsable.

2. Un vécu spécifique au traitement des proches par le système de justice pénale

Le sens vécu de la peine pour les proches débute dès les premières interactions avec les institutions et les acteurs du système pénal, généralement lors de l'arrestation. Ils sont très fréquemment aux premières loges de l'intervention policière, de la fouille du domicile (souvent le leur), de l'enquête, du procès, etc. Certains d'entre eux se sont sentis malmenés, voire trahis, par les forces de l'ordre et les autorités judiciaires. Une mère évoque le traumatisme d'une intervention policière musclée. Deux autres nous expliquent que leur bonne volonté de collaboration candide avec la police a été manipulée de façon préjudicielle à la défense légale de leurs fils. Certains évoquent ce même sentiment de trahison de la part des travailleurs sociaux venus les rencontrer lors de l'évaluation sociale de la personne détenue.

Concernant les institutions carcérales et leur personnel, leur expérience est très majoritairement négative. S'ils soulignent l'existence d'exception et la présence de personnel attentionné et

[3] Expression utilisée pour la première fois par Clemmer 1940 pour décrire le processus de changement de valeurs et d'attitudes des personnes incarcérées qui assimilent le mode de vie propre à la détention.

respectueux, les proches rencontrés confient être le plus souvent très mal traités par le personnel carcéral. Ce mauvais traitement n'est pas perçu comme ayant un caractère interpersonnel, mais comme étant institutionnel et structurel.

> *« Violated. Made to be criminal. Victimized one more time. Humiliated. Ashamed. Being accused before doing anything wrong. I feel like the Correctional Services of Canada looks at visitors and family as the enemy and I believe that they've set up structures to make you feel that way. »* (Inès)

Ils se sentent traités comme des criminels, de la poussière, des êtres insignifiants.

> *« I would say, for the most part, it was either total disinterest. You could be just a fly on the wall, you know ? Or they could be downright insulting and rude to you. And that happened on several occasions. »* (Erika)

Ce traitement des proches comme une quantité négligeable se manifeste le plus souvent de façon passive. Ils ne sont pas avisés des transferts d'établissement, des blessures et séjours à l'hôpital, des *lockdowns*, des changements des heures de visites, etc. À distance ou en personne, le personnel ignore leur existence. Ce sont des émotions d'humiliation et de honte qui sont engendrées par ces interactions passives avec le personnel.

> *« […] one guy's sitting there and he's got both legs up on the desk and I stood at the window and he didn't even bother turning his head. Like, it is just so disrespectful. And I thought, "I've worked in offices all my life. I would never allow anybody to come in and see me with both legs up on the desk, splayed out like this when I'm supposed to be working." And it just conveys such a level of disrespect to families, right ? And it makes you feel that much more ashamed. And that's what it's designed to do. That whole process when you go in the door is meant to shame and blame. Right? That's what they're doing. And it's working. »* (Jeff)

Mais c'est parfois de façon active que les procédures et techniques carcérales maltraitent les proches. Les procédures en place sont frustrantes, humiliantes et manifestent à leurs yeux un manque évident de respect de leur existence et de leur situation

déjà difficile. Patricia mentionne à ce titre les procédures de réservation des visites qui nécessitent d'appeler 20-30 fois avant d'être mis en attente 35 minutes et se faire dire finalement qu'il n'y a plus de place. Le plus fréquemment, ils vivent très mal les confrontations avec les impératifs sécuritaires qui leur apparaissent disproportionnés et injustifiés. Comment comprendre pour une mère qu'elle ne peut pas envoyer des cartes postales coloriées à son fils ? Comment comprendre que les gardiens ne permettent pas la petite fille de 3 ans d'aller aux toilettes durant la visite ? Comment une mère doit-elle comprendre que pour se rendre aux visites familiales de 48h un gardien doit fouiller ses sous-vêtements de rechange et qu'on exige qu'elle utilise exclusivement des protections hygiéniques achetées préalablement par son fils à la cantine de l'institution ? Comment une mère doit comprendre qu'elle soit obligée de retirer son foulard chimio pour entrer ?

Ce ne sont pas uniquement l'existence et la rigidité des procédures carcérales qui sont mal vécues par les proches, mais également leur manque de consistance d'un établissement à l'autre ou au sein du même établissement. Des permissions explicites ou tacites qui sont accordées par le personnel une semaine sont parfois suspendues et révoquées comme n'ayant jamais existé la semaine suivante. Ces incohérences engendrent des sentiments d'incertitude de stress et d'épuisement qui se répercutent sur l'anticipation et le déroulement de la visite. Même s'il s'agit de permissions aussi banales que d'entrer à la visite avec un gouter pour le bébé, les proches vivent très mal la façon dont ces interdictions sporadiques sont imposées et exprimées comme étant des confusions, des fautes voir des mensonges de leur part.

Sans entrer dans une analyse de leurs justifications institutionnelles, ces pratiques forment les éléments constitutifs de sens (ou plutôt de manque de sens) vécu directement par les proches au contact des institutions pénales. Mal informés des procédures et non informés de leur raison d'être, les contraintes leur apparaissent ridicules et incohérentes.

Pourquoi les dessins d'enfants faits durant la visite ne peuvent-ils pas simplement être donnés au détenu, mais doivent être envoyés par la poste une fois de retour à la maison ? Pourquoi

sont-ils acceptés s'ils sont faits aux crayons de couleur, mais refusés si des feutres sont utilisés ? Pourquoi un tel envoi de dessins « non autorisés » peut-il donner lieu à une mention négative dans le dossier carcéral ?

Leur expérience est ainsi constellée d'épisodes et d'interactions incompréhensibles et donc insensés. Ce qu'ils vivent subjectivement est un manque de considération de leur personne, de leur lien et de leurs efforts qu'ils interprètent comme étant au mieux de la négligence coupable et au pire de la malfaisance intentionnelle. À ces interactions avec les gardiens qui chiffonnent les pantalons repassés avec soin pour le procès ou qui « oublient » de mettre en marche les téléphones durant les 5 premières minutes d'une visite qui en dure 20, ils attribuent par défaut une seule explication : une volonté institutionnelle de les humilier et de miner les liens familiaux déjà fragilisés. Comment à leurs yeux, peut-il s'agit d'autre chose qu'une démonstration de la puissance de l'institution et d'un test de leur soumission à celle-ci ?

Pour eux, il ne s'agit pas de choses anodines. Ne pas leur permettre de donner un baiser, un dessin… signifie en bout de compte que les procédures carcérales modèlent, redéfinissent leur façon d'être avec leur proche incarcéré. Une mère rencontrée s'interroge sur comment être mère si elle ne peut pas le prendre dans ses bras ni même lui colorier une carte postale.

L'institution en charge de l'exécution de la peine a un impact structurel et structurant sur les interactions. La peine s'immisce dans la qualité, la quantité et l'expression des relations interpersonnelles avec la personne détenue. Cette intrusion dans le sensible et l'intime est encore plus marquante quand les proches sont des enfants qui visitent leurs parents en détention.

> *« You know, I remember, you know, just the daunting prison, right ? Just seeing, like, the barbed wire and the big walls and the fences and the gun towers and the being processed and the drug dogs and the X-raying. […] It scares you, right ? It's power in its purest form, right ? […] Being restricted in, like, how I could interact with my father. So, prison structure is all over your interactions in very particular sorts of ways. Where you can sit. How you can sit. How close you can get. When you can hug when*

> *you can't hug. You know ? Or if you think about that experience where I put my hand up against the Plexiglas, the prison is literally mediating the physical contact that I can have with my father, you know ? »* (Nathan)

Un exemple frappant des effets de l'institution pénale sur les interactions et les comportements des proches s'observe dans l'usage actuel des machines de détection de substances illicites *ion scan*[4]. Ces machines engendrent chez les familles visitant les détenus la crainte d'un test positif et de ses conséquences parmi lesquelles la suppression des visites, l'inscription d'un incident au dossier carcéral voire même l'annulation d'un mariage préparé.

> *« The system makes me feel like a criminal. When you go in, they treat you like shit. They make you feel like you can't be trusted. I'm 58 years old. I've never broken the law in my life but every time I go in there, I go past that ION Scanner and I'm terrified, terrified. »* (Inès)

En prévention des tests positifs, les proches témoignent de modifications importantes de leur routine et leurs comportements : ils lavent les vêtements qu'ils vont porter le matin même, ils portent des gants jusqu'à leur entrée dans l'établissement, ils nettoient leurs documents d'identité, leurs bijoux et les pièces de monnaie qui vont utiliser dans le stationnement, ils ne font aucun arrêt toilette sur la route de la prison, ils font le plein d'essence la veille, ils arrêtent de prendre certains médicaments qui peuvent tester positifs, etc. Ces stratégies de nettoyage rituel peuvent prendre parfois un caractère compulsif et être pratiquées en dehors des jours de visite ou mener à une certaine paranoïa. L'enjeu est pour eux crucial puisqu'il s'agit d'éviter que leurs efforts tels que prendre une journée de congé et conduire parfois 3-4 heures soient réduits à néant par l'annulation de la visite. Certains proches vont même renoncer aux visites en détention en raison de la crainte de tester positif et d'engendrer leurs conséquences néfastes pour eux-mêmes et pour la personne incarcérée. Dans de tels cas, les

[4] Les *Ion Mobility Spectrometry Device*, communément appelés *ion scanners* furent implantés dans les pénitenciers fédéraux à partir de 1995 comme méthode de fouille non intrusive permettant de détecter des traces de drogues sur les visiteurs et le personnel.

politiques et procédures carcérales viennent entraver non pas uniquement l'expression des liens familiaux, mais également leur maintien et leur existence.

Au-delà du vécu propre à la personne détenue et celui dont font l'expérience directe les proches, il faut également prendre en compte que le sens de la peine se construit (ou déconstruit) au fil des difficultés rencontrées en-dehors des murs de la prison, dans leur quotidien d'individus libres.

3. Un vécu des effets élargis de la sentence pénale

Être un proche de détenus n'est pas une expérience de vie qui se circonscrit aux 4 murs des prisons. La littérature existante évoque en effet les conséquences collatérales de l'incarcération comme étant une collection de coûts[5], constitués d'impacts négatifs d'ordre mental, émotionnel et physique indirectement causés par la peine privative de liberté. Touraut parle d'expérience carcérale élargie : « L'expérience carcérale élargie traduit l'emprise que les institutions carcérales exercent sur des personnes qui ne sont pourtant pas recluses, comme l'entourage des détenus, et qui vont, de manière singulière, éprouver la prison dont l'action s'étend au-delà de ses murs et de ceux qu'elles enferment. L'expérience carcérale élargie vécue par les proches de détenus est connexe et parallèle à l'expérience carcérale. En effet, une expérience ou épreuve sociale vécue par un individu est créatrice d'expériences sociales différées et singulières éprouvées par ses proches, que je nomme expérience élargie »[6].

Ces effets collatéraux de la peine ont été documentés dans un certain nombre de recherches en Europe[7] et en Amérique[8]. Nos résultats rejoignent les études existantes en identifiant des conséquences touchant l'économie, la santé et le relationnel des proches de personnes incarcérées.

[5] Hagan & Dinovitzer 1999, p. 122.
[6] Touraut 2012, p. 1.
[7] Touraut 2012, p. 1 ; Comfort 2008.
[8] Light & Campbell 2006 ; Matthews 1983 ; Bakker, Morris & Janus 1978.

A. La précarité économique

Notre recherche documente les conséquences matérielles de l'incarcération et la précarisation économique des proches qui subissent une diminution des ressources et une augmentation des charges supportées en raison notamment des appels à « frais virés » (un budget allant parfois jusqu'à 200 euros par mois), des frais d'avocats, des déplacements et parfois des déménagements pour se rapprocher du lieu de détention. Certains mentionnent l'impossibilité d'avoir un emploi afin d'être disponible lors des procès, des visites et des appels.

> *« I could never have got a job with everything that I've gone through with him because the number of times I've been in court. The going to visit him… So, yeah, I could not have held down a job where I had to be there all the time because I would have – Even if I'd been able to do it mentally, I would have had to miss too much, you know, with the crisis of my son… And, you know, like, on a bad day for my son, if it's six phone calls, that's two hours out of my day. Days aren't that long… I think for everybody it's set us back, financially. A big one, you know, because of job and because it's expensive having a kid in jail. And just expectations of what I thought I might do with my life. I kind of have put that on a back burner. »* (Kim)

Dans certains cas, ils se retrouvent à déclarer faillite personnelle ou commettre eux-mêmes des actes illégaux pour subvenir aux besoins de leur famille ce qui illustre un contre sens au niveau des objectifs de la peine.

B. L'impact sur leur santé

L'incarcération d'un proche engendre également des conséquences psychologiques et physiques pour l'entourage parmi lesquelles angoisses, inquiétudes, trouble du sommeil, prise ou perte excessive de poids, problème de tension, grande fatigue physique et morale, etc.

> *« And so, I would say, for the first six months after it happened, I was in shell shock. I was frozen. And I, I really didn't know how to help myself get through it. »* (Erika)

> *« Just the mental – You know, it's affected me. I'm on medication. I have anxiety. […] You know, sometimes I just want to be held. <laughter> And the thought of if I have to, you know, get dressed suitably and go out in society every day kind of terrifies me. So, you know, it's affected my mental health. It's, you know, I still cope. »* (Kim)

Pour certains, cela peut donner lieu à l'adoption de mécanismes de défense néfastes (parfois illégaux) tels que l'utilisation abusive de médicaments prescrits, l'augmentation de consommation de tabac, d'alcool et de drogues, l'automutilation ou encore les tentatives de suicide[9].

C. Les dommages relationnels et le stigmate[10] social

Des études approfondies se sont penchées sur les conséquences relationnelles de l'incarcération en France[11] et au Canada[12]. Nos résultats indiquent en effet que l'incarcération comme événement bouleversant la famille va engendrer des tensions dans les couples de parents, entre les parents et les autres enfants (souvent délaissés pour supporter l'enfant détenu), entre grands-parents et petits enfants (à qui l'on dissimule la vérité) … À cela s'ajoutent les liens véritablement rompus par la séparation avec la personne incarcérée :

> *« I got punished for a crime I didn't commit because I lost my father, you know ?… My father was taken away from me,*

[9] Hannem & Leonardi 2014.
[10] Le stigmate fait traditionnellement référence à la présence d'une marque sur le corps qui représente une souillure plus profonde de la personne. Selon le sociologue Erving Goffman 1963, ce terme fait généralement référence à des « caractéristiques indésirables » qui ne « correspondent pas à notre idée reçue de ce qu'un type de personne doit être ». La sanction pénale est ici analysée comme un stigmate social que porte la personne condamnée et par extension ses proches.
[11] Touraut 2012 ; Ricordeau 2008.
[12] Hannem 2012 ; Hannen 2008.

> *forcefully. […] considering the fact that my father, like I said, was the only person that I actually formed that close attachment with as a child, you know, to have that one relationship taken away, severed, that one connection severed as a young person, you know, it certainly affects your ability to form close relationships with people as an adult, right ? »* (Nathan)

Si quelques-uns affirment que ces épreuves ont solidifié certains liens familiaux, la plupart témoignent de blessures et cicatrices persistantes.

> « J'ai vu combien cela a détruit notre famille. Comment cela détruit encore notre famille. Combien cela tue ma mère à petit feu… » (Mona)

Il n'est pas toujours aisé de dissocier les conséquences sur les liens familiaux qui sont du ressort des dynamiques propres à chaque famille de celles qui découlent des effets multiples de la stigmatisation que suscite l'incarcération d'un membre de la famille. Notre étude, comme d'autres, identifie en effet l'incarcération comme source d'un stigmate qui engendre des ruptures entre la personne détenue et la famille, mais également entre l'entourage du détenu et leur réseau relationnel. Les réunions de famille sont désormais compliquées et scindées entre les camps plus ou moins compréhensifs comme dans le cas de deux sœurs jumelles (dont les conjoints sont respectivement condamné et policier) qui se divisent désormais les horaires des évènements familiaux et ne peuvent plus réunir leurs enfants pour jouer ensemble.

Mais il s'agit bien sûr un stigmate qui s'étend au-delà de la structure familiale et touche le milieu de travail, la communauté religieuse ou encore la communauté locale. Dans certains cas, ce sont des manifestations ostentatoires voir agressives du stigmate que les proches doivent affronter surtout quand le délit est médiatisé et/ou à caractère sexuel. Olivia a fait l'objet d'insultes dans des lieux publics en raison de la criminalité de son père. Diane et Hannah ont reçu des appels anonymes. Fanny a fait l'objet de menaces de voir sa plus jeune fille kidnappée et violée en représailles de délinquance sexuelle de son fils ainé. Ce stigmate de la sanction pénale devient parfois partie prenante de leur vie à

long terme. Erika en vient à espérer que ses autres enfants ne se marieront pas pour ne jamais avoir à gérer les réactions de la belle-famille.

Ce stigmate a des effets bien concrets dans la vie des proches qui le gèrent selon des stratégies diverses entre affrontement (Olivia qui se bat dans les bars du village pour défendre son père) et protection (placer ses enfants en garderie fermée, changer de nom, se retirer des réseaux sociaux). Même si le stigmate s'atténue avec le temps, il reprend de la vigueur à la sortie de prison. Pour certaines personnes comme Fanny, le stigmate est même plus présent dans son voisinage une fois que son fils réintègre la maison.

> *« We were friendly on the street … But it was more, it changed more when he was getting out. That it was okay because he was over there. They didn't have to deal with him and that's, like, you don't have to deal with it. Now that it's getting closer, he is out, that's when it really changed to that, like now you have a monster living on your street sort of thing. Which is so two-faced. So horribly wrong… A couple of them at the bus stop with their kids. They sort of turn away, you know ? In the car they used to at least wave. But if he's in the car, they don't wave. But when he's not in the car, they wave. »* (Fanny)

D. Le stigmate institutionnalisé

Les proches ne sont pas uniquement confrontés aux implications du jugement de leur entourage mais également à celles qui sont intégrées par le système de justice pénale à la condamnation. Dans certains cas, ce sont les conditions attachées à la libération conditionnelle qui viennent sérieusement affecter leur quotidien, surtout si la personne est relâchée sous leur supervision et/ou hébergée à leur domicile. Si le fils libéré ne peut participer à la sortie familiale en raquettes, il faudra décider qui reste à la maison avec lui. Si le fils ne peut être en présence de mineurs, il faudra gérer qu'il ne soit jamais seul à la maison avec sa sœur ou être présent quand les neveux viennent jouer dans la piscine. L'ordinateur de la maison devra parfois être sous clé.

Le plus souvent, c'est l'existence du casier judiciaire et de ses conséquences qui viendra sur une longue période entraver les projets et les activités de la famille. Patricia nous expliquait en détail que son conjoint ne pourra pas se faire assurer, ne pourra pas construire une histoire de crédit dans le futur ou être bénévole accompagnateur des sorties scolaires de leur fille. Pour presque toutes les personnes rencontrées et surtout les parents, il en découle la crainte de ne pas être capable de supporter économiquement la personne condamnée qui n'atteindra sans doute jamais son plein potentiel professionnel en raison du stigmate et du casier judiciaire.

> *« It will impact my, my son's earning potential, even though he's very well educated, already had a university degree and now has, you know, a community college certificate as well from the time he was inside. Very well educated. He will never meet his own potential. We might end up supporting him for the rest of his life, the rest of our lives. Who knows? Because he doesn't make enough money doing what he's doing to support himself. We feel it's important for him that he lives on his own so he, you know, we supplement what he brings in to make sure he has enough to live on. So, his life will never be what we envisaged for him. What he envisaged for himself. So, when we die, you know, will his siblings feel an obligation if he's not been able to get back on his feet ? If he can't get a job that pays more than minimum wage ? To be able to support himself, will they feel a financial obligation ? I have to tell you, I, I have this incredible urge to save, save, save, save, save so that when we die we can leave enough money, you know, for all of them so that they won't have to feel they have to maybe support him. Not fully, because, you know, he is getting work but it's pretty tough to live on minimum wage. »* (Érika)

Les proches portent sur leur épaule la gestion du stigmate des sortants de prison au niveau professionnel et beaucoup en viennent à réorganiser leur vie personnelle et professionnelle pour tenter de compenser. Certains parents vont travailler bien au-delà de l'âge de la retraite et d'autres démarrent une entreprise indépendante pour pouvoir embaucher et financer la personne condamnée à sa sortie. Si la compensation ne peut être financière, elle se fera au niveau de l'engagement personnel des proches tels qu'Olivia qui limite sa vie sociale pour être disponible et présente

pour son père à sa sortie de prison ou Kim qui redéfinit l'intégralité de sa vie comme support 24/24 pour son fils. Pour les proches, le sens de la peine est donc celui d'un impact concret sur leur vie présente et future.

E. Le stigmate intériorisé

Pour certains, c'est le stigmate personnel, par contagion de la personne condamnée, qui persiste sur de longues périodes. « On partage la même honte » nous disaient des parents. Nathan, dès l'âge de 8 ans, a porté le stigmate de l'incarcération de son père au sein de sa propre famille et se débat toujours à 30 ans avec une faible estime de lui-même.

> *« This stigma that had got attached to me… I wore that within my family, right ? Because I was always defending my dad… It was my family members who were the harshest, right ? And, so, that's where the real stigma came. …That's what I became associated with. "You're just like your father because you're bad. " […] that message is still a part of my core, right ? That I still have to work on that, right ? So, the work that I'm doing now as an adult, and I've done a lot of it with some psychologists and elders is to unravel this core belief that I've had, that I'm not worth it. That I'm somehow defective. That somehow something is wrong with me… Those ideas were built over thirty years, essentially. They're not gonna be removed in a couple of weeks or a couple of months, right ? That's something I'm going to have to keep coming back to. »* (Nathan)

Ces témoignages illustrent une intériorisation de la honte et d'une valeur diminuée, ce que Soss[13] nomme *stigma consciousness*, la conscience du stigmate. Il arrive que cette conscience, cette crainte du stigmate combinée au sentiment de honte soit parfois suffisante pour que les proches s'isolent par eux-mêmes. Fanny, mère d'un condamné pour une affaire de mœurs évoque l'impact sur la vie sentimentale, professionnelle et sociale de sa fille aînée.

[13] Soss 2005.

> *« And the impact it has on your family, my eldest was in a relationship. Ended up leaving the relationship and moving back home to be almost like a hermit. She served time, basically, in the house. She didn't leave. We ended up saying, you know, that you've got to get a job or go back to school or, you know, like, we're not gonna have you here… And, so, she ended up, you know, going and getting a job but people would, like, knew and would say something about, "Oh, I know about your brother, " so she would just leave work and they couldn't allow that. So, she lost her job. And then she ended up drinking and, um, basically I would say for seven years she lived in our basement. »* (Fanny)

Le sens de la peine dans leur vie est donc particulièrement complexe puisqu'il englobe de nombreuses sphères de leur vie intime et sociale sur une échelle de temps parfois très longue voir permanente. Les proches souffrent de façon souvent cumulative de ce qui arrive à leur proche, de ce qu'ils craignent qui puisse lui arriver, de ce qu'ils vivent comme traitement de la part du système pénal, de ce qu'ils observent comme souffrance des autres membres de leur famille immédiate et de ce qu'ils affrontent comme difficultés multiples en dehors des murs.

> *« Yeah, you realize that you go for months and think, "I haven't drawn a full breath. Gasping all the time…You know when you paint a room a bright colour and you always have to put a gray primer coat underneath? Even when there are bright days, that primer coat's always there. I'm always sad. I'm never not sad. »* (Inès)

Il s'agit bien de l'essence du sens de la peine entendu ici comme la sensation éprouvée mentalement et physiquement, dans sa dimension intime et même corporelle. La peine doit être pénible et elle l'est définitivement pour les proches des personnes condamnées. Leurs expériences vécues illustrent bien la polysémie du terme sens comme référant aux émotions et à la sensibilité qui s'apparente ici à un état de fragilité et de vulnérabilité.

Ce sens vécu vient immanquablement influencer un deuxième sens, cette fois-ci entendu comme la compréhension et le jugement du domaine intellectuel. L'exercice du jugement des proches sur la peine va, en partie, se fonder sur la réalité sensible

de la peine dans leur vie. Une analyse approfondie du sens de la peine se doit de prendre en compte cette rencontre du sensible et de l'intelligible. Comment les proches jugent-ils la peine, ses institutions, ses acteurs sur la base de leurs expériences ? Comment la dimension intime du sens de la peine pour les proches nourrit-elle la dimension politique de celui-ci et affecte le sens social/civique de la peine ?

II. Le sens social et civique de la peine pour les proches

Les proches des personnes incarcérées découvrent et apprennent à connaître le système de justice pénale à travers leurs expériences. Cette rencontre particulière affecte leurs perceptions des institutions étatiques et influence leur rôle et leurs réactions à titre de citoyens et acteurs politiques.

1. Leurs perceptions des institutions étatiques et leurs positionnements citoyens

Comme pour tous citoyens c'est à travers leurs interactions avec les institutions étatiques que les proches vont se former une idée du fonctionnement et des compétences du gouvernement. Une différence importante réside toutefois dans le fait que pour les institutions pénales contrairement à la plupart des institutions étatiques, l'interaction a pour l'individu incarcéré et pour ses proches un caractère involontaire et rarement anticipé.

Pour les proches, la découverte est brutale et bouleversante. Ils expriment le choc qu'ils ressentent en constatant l'écart entre ce qu'ils croyaient être le système pénal et ce qu'ils en découvrent comme réalité.

> *« Well, it was a shock! It's a shock to think that this is what our jails are like. This, and this was here in Ottawa, right ? So, here we are in the Capital City of Canada. One of the best nations in the world to live in and this is how we treat people who haven't even been found guilty of anything yet, right ? ...It was a shock. It was a shock to my system. I have to tell you, it, it really rocked me. It rocked my world. »* (Erika)

Si l'on s'en tient aux grandes lignes, ils découvrent un système basé sur la vengeance, ridicule, inconsistant, pas fiable, qui ne fournit pas l'aide et le support adapté aux problèmes de santé mentale à l'origine des actes condamnés et qui n'est pas pleinement en contrôle du quotidien de la détention puisque notamment incapable d'assurer la sécurité des détenus. Ils en ressortent bouleversés dans leurs convictions sur le système de justice, les services publics et les figures d'autorité. Le sens de la peine appréhendé intellectuellement sur la base de leur vécu est absent ou tout au moins incohérent et inefficace dans le cadre de leur jugement normatif. L'État non seulement ne les aide pas, mais il est l'origine et l'acteur de nombreux dommages et souffrances.

Certains proches expriment alors leur ressentiment voire leur méfiance envers les institutions et les agents du système pénal.

> *« Growing up as a good citizen, you trust the police. Well, I've learned not to trust the police anymore. I would not share anything with the police ever again because they turn it around and they use it against you. We really learned that lesson. Wow… that was quite, quite a revelation to me. And to this day, it's hard for me not to look at a police officer with some disdain. And it's terrible to paint them all with the same brush but that's not where I would go for help. »* (Erika)

Cette image ternie des autorités pénales transparait d'ailleurs dans la conviction de presque toutes les personnes rencontrées que ce sont les gardiens qui sont responsables de l'entrée des drogues en détention.

Ainsi, dans notre recherche, tout comme dans celle de Lee, Porter et Comfort[14] sur les familles de détenus aux États-Unis, il est possible d'analyser une perception négative du système pénal et ses agents par les proches. Clairement, les expériences des proches viennent non seulement réduire leur niveau de confiance envers les institutions étatiques mais plus sérieusement remettre en question les valeurs du gouvernement. Lipsky[15] affirme que les interactions socialisent les citoyens aux attentes qu'ils peuvent avoir de leur

[14] Lee, Porter & Comfort 2014.
[15] Lipsky 1980.

gouvernement. La socialisation des proches au contact du système pénal engendre une image dégradée des valeurs, des pratiques et des normes démocratiques que le gouvernement personnifie.

Le système devient ainsi une instance de socialisation politique qui joue un rôle sur l'attitude et la participation citoyenne des proches[16]. En effet, si les interactions des citoyens avec les institutions étatiques contribuent à leur socialisation envers ces institutions, elles influencent également leur place dans la communauté politique[17]. Les interactions avec l'État influencent, en effet, les perceptions individuelles des citoyens sur leur propre positionnement politique[18] puisque les institutions leur permettent d'observer comme l'État traite « les gens comme eux ».

> *« Through government contact, citizens "may acquire a sense of their own status in the polity, of how people like them are regarded- for instance, with respect or with stigma- and the extent to which they are included among the citizenry". »*[19]

Les personnes rencontrées dans le cadre de cette recherche témoignent d'un traitement non respectueux qui les choque d'autant plus qu'il émane des institutions publiques et qu'il est en contradiction avec leurs convictions de ce que les relations citoyen-service public devraient être.

> *« I'm a 58-year old, law abiding, tax paying citizen. Don't treat me like garbage. I'm not garbage. I don't treat you that way. I am respectful. I say please and thank-you and I say good morning when I walk in... »* (Jeff)

> *« You feel like you're being treated like you are a criminal as well. They look at you with scowls… the majority of them are absolutely rude. And, I got worried and shocked and, to me, they're doing a public service. Some of the public is coming in and if I go to any other institution or place with a public service, I should not expect to be treated that way. »* (Gina)

[16] Lee, Porter & Comfort 2014.
[17] Lipsky 1980.
[18] Lerman & Weaver 2014, p. 12.
[19] Mettler 2005, p. 12-13.

Si, comme le suggèrent Lerman et Weaver[20], les citoyens apprennent du gouvernement leur statut social et ce qui leur est permis, la leçon est sévère et s'assimilerait à une aliénation politique définie par Cohen comme : « *A subjective condition in which feelings of inefficacy or the belief that formal political decision-making is impenetrable to the average citizen conjoin with feelings of cynicism and distrust toward the government.* »[21]

Les expériences évoquées par les proches illustrent clairement l'échec des institutions à mettre en application et à personnifier les valeurs démocratiques. Confrontés à un gouvernement (incarné par les acteurs du système pénal) qui apparaît à la fois incohérent dans ses politiques, despotique dans ses pratiques et incompétent à contrôler la prison, les proches ressentent une forte asymétrie de pouvoir qui influence leur vécu de citoyenneté ainsi que leur conception subjective de ce qu'est la citoyenneté. Quel est alors l'effet de cette compréhension sur leur relation au milieu carcéral et plus largement au monde politique qu'ils habitent ? Il semble en effet légitime de se demander si ces interactions inhibent les habiletés sociales des citoyens et engendrent un certain désapprentissage de la citoyenneté comme le suggèrent Lerman et Weaver[22]. Si les citoyens sont éduqués aux principes et valeurs démocratiques par les institutions étatiques, l'éducation reçue au contact du système pénal semble susceptible d'engendrer des inhibitions et des barrières à leurs actions citoyennes.

2. Les réactions citoyennes des proches

Le concept de « *custodial citizen* » utilisé par Lerman et Weaver [23] pour analyser ces millions de citoyens américains détenus ou supervisés par le système de justice pénal nous semble particulièrement intéressant à appliquer aux proches de détenus canadiens. Ces auteurs soutiennent que l'expérience de ces individus, marquée par la domination et la soumission à un État

[20] Lerman & Weaver 2014.
[21] Cohen 2010.
[22] Lerman & Weaver 2014, p. 13 et p. 138.
[23] Lerman & Weaver 2014, p. 8.

contrôlant et arbitraire, les socialiserait à un mode de vie particulier « *custodial life world* » caractérisée par deux leçons, deux ensembles de normes qui leur sont spécifiques : un code d'interdictions et des règles du jeu[24].

Si l'on transpose ce concept aux proches de détenus, nous pouvons, en effet, analyser un certain mode de vie qui caractérise l'expérience d'avoir un être cher en détention. Leurs témoignages indiquent bien qu'ils développent des comportements et des stratégies particulières face au système pénal et au monde social qui les entoure.

Les proches rencontrés évoquent clairement l'apprentissage d'une forme de *code d'interdictions* regroupant tous les comportements à éviter face aux divers risques spécifiques à leur situation (témoignages manipulés, tests ioniques positifs, visites annulées, maltraitances par le personnel, conséquences disciplinaires, recommandations négatives pour une libération, sanctions légales, etc.). S'il n'est pas surprenant que les proches tentent d'éviter ces expériences négatives, il est cependant choquant de constater l'étendue des stratégies développées et l'emprise de celles-ci sur de nombreux aspects de leur quotidien. En affectant leurs routines vestimentaires, hygiéniques, organisationnelles et interactionnelles, ce code d'interdiction évoqué (sans être explicitement nommé) par les proches implique une adaptation importante de leurs façons de faire et façons d'être[25].

Les proches rencontrés témoignent également avoir appris ce que nous qualifierons de *règles du jeu* inhérentes à leur situation. Ces règles très diversifiées regroupent tout ce à quoi il faut s'attendre lorsque l'on est proches d'une personne détenue. On y retrouve les trois composantes identifiées par Lerman et Weaver dans la vie des « *custodial citizen* » : les ressources, le rôle de l'espace et du lieu et la marque durable[26]. Les proches insistent,

[24] Lerman & Weaver 2014, p. 8.
[25] Il importe peu à ce stade de dissocier les composantes du code d'interdiction que les proches s'imposent eux-mêmes de celles qui sont imposées par les institutions pénales.
[26] Lerman & Weaver 2014.

en effet, sur l'importance d'avoir les bonnes ressources (avocat, argent, garanties pour la sortie, protection dans la prison). Le rôle de l'espace et du lieu se manifeste lui à travers le lieu géographique d'incarcération dont l'éloignement ou la proximité va imposer ses conséquences multiples, mais également à travers le type d'établissement (provincial ou fédéral, avec ou sans programmes, composition de la population carcérale, etc.). Finalement la marque durable est sans conteste la règle du jeu qui s'impose dans toutes les interactions sociales des proches de détenus de par le silence auto-imposé ou par la gestion du stigmate dévoilé, institutionnalisé et/ou intériorisé.

Ces leçons impliquent-elles, comme le suggèrent Lerman et Weaver[27] que les citoyens *sous garde* en viennent à se démobiliser comme acteurs politiques ? Notre analyse est sur ce point plus nuancée. Nous observons à certains égards que certains proches de détenus apprennent à rester tranquilles, à ne rien demander et à se méfier des autorités. Mais cela signifie-t-il qu'au lieu de réagir en développant des outils de citoyen engagés, ils adoptent tous comme statut maître celui de citoyen de seconde classe réduit au silence ? Au regard de nos résultats de recherche, le caractère passif et soumis du concept de « *custodial citizen* » de Lerman et Weaver[28] semble trop exclusif pour analyser les réactions des proches de détenus canadiens.

Une fois passé le choc initial, certaines personnes interviewées adoptent une attitude réactive. Nous analysons d'ailleurs le simple fait d'avoir accepté de participer volontairement et gratuitement à cette recherche (et il s'agit d'un biais de sélection évident de notre échantillon) comme étant motivé par l'opportunité de dénoncer les contraintes et les injustices du système pénal et de prendre la parole en tant que citoyen engagé. De plus, la plupart des personnes rencontrées ont clairement manifesté le souhait de s'impliquer personnellement pour pallier les faiblesses du système pénal. Certains le font à un niveau individuel à travers leurs proches comme Erika qui a lutté pour obtenir l'accès aux études pour son fils incarcéré et Diane qui a

[27] Lerman & Weaver 2014.
[28] Lerman & Weaver 2014.

insisté pour pouvoir transmettre ses excuses aux victimes. Nombreux sont ceux qui tentent de s'impliquer dans les réformes pénales jugées nécessaires en réalisant des recherches internet sur des meilleures politiques et pratiques correctionnelles à l'étranger, en lisant attentivement les publications du groupe de travail gouvernemental, en créant des associations de support pour les familles ou en entreprenant des études et des recherches abolitionnistes.

Si ces actions s'analysent comme des actes de citoyens impliqués, toutes ne sont pas entreprises de façon publique durant l'incarcération. Pour certains, leur souhait militant est parfois freiné par la peur de représailles sur la personne incarcérée et ils décident d'attendre la fin de la sentence pour pleinement s'impliquer.

Nous en concluons qu'il est possible d'observer un certain mode de vie qui intègre les leçons de ce que signifie être proche d'un détenu. Comme Lerman et Weaver[29], nous observons, chez les proches, une certaine aliénation par la peur et un frein à leur rôle civique. Diverses techniques d'évitement sont, en effet, observables chez les proches qui souhaitent éviter les problèmes et les risques inhérents à une réaction citoyenne contre un système pénal défaillant. Cependant nous observons que certains cherchent d'autres voies de résistance et d'influence en dehors du domaine politique traditionnel. Ces réactions s'inscrivent, selon nous, dans ce que Scott[30] et Cohen[31] qualifient d'actes quotidiens d'opposition et de défiance citoyenne.

Leurs expériences et leurs compréhensions de celles-ci contribuent à modifier et bouleverser le sens qu'ils attribuent au contrat social, à la citoyenneté, au pouvoir étatique et aux valeurs rattachées à la justice et la démocratie. Pour certains proches, leur vécu de la peine les conduit à modifier leur statut de sujets de droit en un statut de sujets critiques (et parfois militants) de l'État de droit impliqués dans la quête d'un sens à *leur* peine et plus globalement d'un sens de la sanction pénale.

[29] Lerman & Weaver 2014.
[30] Scott 1990.
[31] Cohen 2004.

Conclusion

Le sens de la peine vécue par les proches des personnes détenues est caractérisé par des difficultés multiples et des souffrances qui envahissent de nombreuses sphères de leur vie intime et sociale. *Leur* peine se compose d'expériences et d'émotions de fragilité et de vulnérabilité qui bouleversent leur compréhension intellectuelle de la justice et du système pénal. Pour certains, ce non-sens perçu de la peine vient engendrer une redéfinition de leur sens civique comme citoyen en quête de sens. Cette quête est celle d'un sens à la fois subjectif basé sur leur vécu, mais également intuitif, un sens qu'ils perçoivent sans toujours définir ou en donner de critères précis. Ils remettent en question le sens de la peine pour la personne à qui elle est infligée, pour eux même mais également pour la société dans son ensemble.

Ces questionnements nous ramènent une fois de plus au contrat social et à son articulation avec la sanction pénale. Bernard et Ladd[32] posent en introduction de cet ouvrage la question de savoir si la signification de la peine peut et doit être partagée « en ce que ce partage est constitutif du lien social ou de l'idée de société ». La signification de la peine n'est certes pas la même pour la mère de la personne condamnée, la victime ou le citoyen informé de la sentence par le biais de son média favori. Quel sens de la peine peuvent véritablement partager ces citoyens ? Si l'on accepte comme le suggère Frize[33] que le sens de la peine ne puisse être donné ou imposé de l'extérieur, cela signifie que le sens de la peine doit non seulement être partagé, mais également trouvé par chacun !

Le défi semble alors insurmontable et la tentation est grande de se cantonner à un raisonnement simpliste consistant à trouver la peine utile et efficace au regard de certains objectifs qui lui seraient assignés. Pourtant, même si nous acceptions les prémisses réductrices de ce raisonnement utilitariste, les résultats de cette recherche auprès des proches de personnes incarcérées démontrent

[32] Ladd, dans cet ouvrage, p. 34.
[33] Frize 2004.

que la peine ne fait guère de sens et n'atteint en aucun cas le sens souhaité et visé par la philosophie pénale.

Bien au contraire, dans l'expérience des proches, la peine accomplit des *résultats* opposés aux objectifs recensés notamment par Garland[34] et Vanhamme et Beyens[35]. Si la peine est bien porteuse de valeurs et de sentiments, pour les proches elle vient clairement bafouer les valeurs de famille, de respect, de dignité, de justice et de démocratie. La peine n'a pas la valeur communicative et symbolique voulue. Elle n'est pas non plus une pratique sociale signifiante qui confirme une autorité, mais elle génère une distance et une méfiance des proches envers les autorités. Elle n'assure pas la cohésion sociale, mais bien au contraire, à travers le stigmate social et institutionnel, elle engendre des processus individuels et collectifs de disqualification.

Quant à l'objectif pénal de réinsertion sociale, les témoignages recueillis s'accordent sur le fait qu'il n'est ni atteint ni réellement poursuivi. Les proches dénoncent les carences de support, de soins et de programmes dont les personnes incarcérées auraient besoin. Pour eux, la sanction pénale ne fait rien pour aider leur proche dans son agir délinquant. De plus, le désintérêt ou le mauvais traitement que leur réservent les institutions pénales illustrent de façon flagrante les contradictions d'un système qui affiche un discours de réinsertion sociale ancré sur le support familial et social, mais qui, dans ses politiques et ses pratiques, contribue à fragiliser et entraver les liens familiaux. Au-delà de ce paradoxe, le système pénal choisit parfois de s'intéresser aux proches dans une logique utilitaire où ils sont impliqués, parfois contre leur gré dans le processus pénal. À diverses étapes allant de l'arrestation à la libération, les acteurs pénaux vont, en effet, évaluer et prendre en compte dans leurs décisions la qualité de leur relation avec la personne détenue et les ressources qu'ils peuvent (ou non) mobiliser en sa faveur en termes d'emploi, de logement et de surveillance. Les proches se retrouvent alors confrontés au non-sens d'un système qui, durant la peine, place de nombreux obstacles aux liens sociaux de la personne détenue, mais qui, en fin

[34] Garland 1990.
[35] Vanhamme & Beyens 2007.

de mandat, vient évaluer ces liens comme principal critère de libération et garantie de réinsertion.

Finalement, les témoignages des proches de personnes détenues nous invitent à sérieusement questionner les sens de la peine. La peine n'est pas une sanction purement individuelle ; elle affecte un ensemble bien plus large de la population qui fait l'objet de vulnérabilité et d'exclusion. Pour autant, loin de nous l'idée de confiner les proches dans un rôle de victimes de la peine en leur attribuant une étiquette qui ne ferait que les marginaliser et stigmatiser davantage. Indépendamment du fait que certains proches s'identifient ou pas comme victimes secondaires ou dommages collatéraux du crime et/ou de sa criminalisation, nous proposons avant tout de considérer qu'ils doivent être appréciés à leur juste valeur comme des témoins, sujets et acteurs des sens de la peine.

Ce chapitre a avant tout une valeur heuristique : si nous n'avons pas tenté d'identifier des sens de la peine qui seraient généralisables ou au contraire spécifiques à des sous-catégories de l'entourage des personnes incarcérées (entreprise probablement hasardeuse), nous espérons avoir illustré, à travers l'expérience de ces proches, les composantes à la fois interpersonnelles et sociales du sens de la peine, essentielles à sa compréhension comme fait social et concept pénal.

Bibliographie

Bakker, Morris & Janus 1978
BAKKER (L. J.), MORRIS (B. A.), MORRIS (L.M.), « Hidden victims of crime », *Social Work*, 23/2 (1978), p. 143-148.

Cohen 2004
COHEN (C. J.), « Deviance as resistance : A New Research Agenda for the Study of Black Politics », *Du Bois Review*, 1/1 (2004), p. 27-45.

Cohen 2010
COHEN (C. J.), *Democracy remixed*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2010.

Comfort 2008
COMFORT (M.), *Doing Time Together: Love and Family in the Shadow of the Prison*, Chicago, University of Chicago Press, 2009.

Frize 2004
FRIZE (N.), *Le sens de la peine : état de l'idéologie carcérale*, Bruxelles, L. Scheer, 2004.

Garland 1990
GARLAND (D.), *Punishment and modern society : a study in social theory*, Chicago, University of Chicago Press, 1990.

Goffman 1975
GOFFMAN (E.), *Stigmate : [les usages sociaux des handicaps]*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1975 [1963].

Hagan & Dinovitzer 1999
HAGAN (J.), DINOVITZER (R.), « Collateral Consequences of Imprisonment for Children, Communities, and Prisoners », *Crime and Justice*, 26 (1999), p. 121-162.

Hannem 2008
HANNEM (S. N.), *Marked by association : stigma, marginalisation, gender and the families of male prisoners in Canada*, s.l., Carleton University, 2008.

Hannem 2012
HANNEM (S. N.), « The mark of association : Transferred stigma and the families of male prisoners », (2012), p. 95-117.

Hannem & Leonardi 2014
HANNEM (S. N.), LEONARDI (L.), *Family Victim Research: Needs and Characteristics. Final Report to Public Safety Canada*, Kingston, Canadian Families and Corrections Network, 2014.

Lee, Porter & Comfort 2014
LEE (H.), PORTER (L. C.), COMFORT (M.), « Consequences of Family Member Incarceration : Impacts on Civic Participation and Perceptions of the Legitimacy and Fairness of Government », *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, 651/1 (2014), p. 44-73.

Lerman & Weaver 2014
LERMAN (A. E.),t WEAVER (V. M.), *Arresting Citizenship : The Democratic Consequences of American Crime Control*, Chicago, University of Chicago Press, 2014.

Light & Campbell 2006
LIGHT (R.), CAMPBELL (B.), « Prisoners' Families: Still Forgotten Victims ? », *Journal of Social Welfare & Family Law*, 28 (2006), p. 297-308.

Lipsky 1980
LIPSKY (M.), *Street Level Bureaucracy*, s.l., Russell Sage Foundation, 1980.

Matthews 1983
MATTHEWS (J.), *Forgotten Victims : How Prison Affects the Family*, NACRO, 1983.

Mettler 2005
METTLER (S.), *Soldiers to Citizens : The G.I. Bill and the Making of the Greatest Generation*, New York, Oxford University Press, 2005.

Ricordeau 2008
RICORDEAU (G.), *Les détenus et leurs proches. Solidarités et sentiments à l'ombre des murs*, Paris, Autrement, 2008.

Scott 1990
SCOTT (J.C.), *Domination and the Arts of Resistance*, s.l., Yale University Press, 1990.

Soss 2005
SOSS (J.), « Making Clients and Citizens : Welfare Policy as a Source of Status, Belief, and Action », *Deserving and Entitled : Social Constructions and Public Policy*, (2005), p. 291-328.

Touraut 2012
TOURAUT (C.), *La famille à l'épreuve de la prison*, Paris, Presses Universitaires de France, 2012.

Vanhamme & Beyens 2007
VANHAMME (F.), BEYENS (K.), « La recherche en sentencing : un survol contextualisé », *Déviance et Société*, 31/2 (2007), p. 199-228.

Pénalité et familles :
À propos des victimes collatérales de la peine

Frédéric Mégret
Professeur agrégé (droit), Université McGill

Introduction

Cette réflexion s'ouvre sur un hiatus. D'une part, l'individualisme foncier de la peine conçue par la pensée pénale. La peine se veut une peine fondamentalement individuelle. Toute la pénalité moderne est fondée sur un rejet déjà ancien de la punition collective, honnie par la pensée libérale. D'autre part, le caractère diffus et même collectif de la peine dans la réalité et sous son angle sociologique. Une seule personne est censée être « punie » mais ce sont de nombreuses personnes, notamment la famille et jusqu'à la société elle-même, qui subissent les « conséquences négatives » de la peine. Au cœur de l'ambiguïté de la peine, donc, on trouve une hésitation sur ses destinataires qui en problématise le « sens » : à qui en définitive la peine parle-t-elle et de quel message participe-t-elle ?

Ce hiatus est familier pour quiconque s'intéresse au décalage entre les conditions idéologiques et les conditions réelles de la carcéralité, décalage dont on sait qu'il est l'un des moins bien compris et plus problématiques de la pénalité moderne. D'un côté, une pensée fort développée encore qu'un peu circulaire sur les

fondements rétributifs ou conséquentialistes de la peine qui porterait presque à croire que le dilemme fondamental au sujet de celle-ci réside dans un débat philosophique ; de l'autre, la réalité d'un système punitif perpétuellement en crise et dont on a l'impression que la clef en a depuis longtemps été jetée par l'entrebâillement du cachot une fois la porte refermée sur le dernier prisonnier. Comment peut-on espérer dépasser cet enfermement, métaphorique mais aussi bien entendu littéral ?

On se propose ici d'envisager la question de ces victimes « collatérales » de la peine que sont les membres de la famille du condamné. Dans le vaste théâtre du drame pénal, celles-ci font figure de grands absents. La « famille » n'est guère le « clan » d'une autre époque, et l'accusé comparaît bien seul et en son nom propre – c'est là sans doute un grand acquis de la justice pénale moderne. Si victimes il y a dans le procès pénal, c'est celles « directes » du crime, et encore sait-on que la place qui leur est assignée demeure souvent réduite et précaire. Quant aux grandes figures tutélaires de l'« État » ou de la « société » heurtés par le crime, ils représentent depuis longtemps un effort de sublimer les peines privées quelles qu'elles soient par l'entremise du souverain, et nous éloignent donc de cet « échelon intermédiaire » que pourrait être la famille du coupable. Dans la réflexion théorique et doctrinale il faut aller chercher ici et là des bribes éparses d'écrits sur la question, qui ne constituent guère une pensée systématique de ces « autres victimes ».

Pourtant on devine que la question de la « punition » des membres de la famille du condamné est bien potentiellement une des questions lancinantes pour la justice pénale et qui pourrait contribuer à aiguiser notre conception de la peine, notamment carcérale, et de son (non) sens. C'est sans doute pourquoi elle fait l'objet d'un discret renouveau d'intérêt des deux côtés de l'Atlantique depuis quelques années. Côté américain, on pense aux travaux de Lippke[1], Bülow[2], et Manning[3] en matière de théorie punitive, ainsi bien entendu que d'importantes recherches

[1] Lipke 2017b.
[2] Bülow 2014.
[3] Manning 2011.

empiriques sur les effets de la peine sur les familles. Côté européen, on pense notamment à une réflexion en termes de droits humains plus conventionnelle mais procédant de certaines intuitions similaires ou en tous les cas à partir d'un même constat. On remarquera néanmoins que la réflexion en langue française sur la question est beaucoup moins développée[4], une grande partie des écrits en anglais étant une réaction spécifiquement états-unienne à la problématique de la sur-incarcération.

Ces réflexions, en outre, procèdent au sein de traditions qui se recoupent mais se croisent peu. Conformément à l'inspiration de ce colloque, on proposera au contraire d'évaluer leurs contributions dans une perspective interdisciplinaire plus large qui met au cœur de la réflexion et de manière comparative tant les questions de droits humains, de théorie pénale que de justice restauratrice. En quoi différentes manières d'analyser la peine à travers ses effets sur la famille renvoient-elles à des horizons qui déterminent largement la réponse à la question qu'ils posent ? Et en quoi ces limitations iraient elles même jusqu'à empêcher de penser cela même que l'on se propose de penser ? La question serait bien en même temps de penser la peine, mais aussi par cet exercice même de penser le possible *dépassement de la peine*.

Nous avons choisi ici de nous focaliser sur la « famille », qui est une figure intermédiaire permettant de resserrer la réflexion. Nous sommes conscients, néanmoins, de ce que la notion est diffuse et complexe à cerner. La famille à un certain stade se fond avec l'entourage, la communauté ou même la société. Elle est floue à la marge. En outre, en prenant appui sur la notion de famille, nous nous garderons bien d'avancer une quelconque conception de la famille légitime, et reviendrons d'ailleurs en fin d'article sur la problématique du « privilège familial » tel qu'il s'applique notamment aux familles traditionnelles (fondées sur le mariage, hétérosexuelles, etc.). Notre analyse se fonderait plutôt à ce stade sur l'existence de « liens familiaux » n'ayant pas besoin d'être définis légalement ou généalogiquement, et qui consistent en un vécu familial subjectif, tant par le condamné que ceux qui se considèrent liés familialement à lui. Enfin, tout en étant bien

[4] Coninck 1982.

conscient que la famille du condamné peut souvent être la victime directe de celui-ci, notamment dans le cadre des violences familiales et conjugales, nous laisserons ce type de cas de côté pour nous concentrer sur une hypothèse « simple » où la famille du condamné est au pire une victime indirecte de ses agissements à travers sa punition.

Cet article commence par mettre en exergue la tension fondamentale qui est à son principe, à savoir la coexistence entre l'individualisme de la peine en droit pénal et le caractère effectivement collectif des dommages qu'elle inflige (I). Il se penchera dans un second temps sur différentes pistes existantes afin de concilier cette tension, tout en les évaluant de manière critique, notamment à propos d'une réflexion sur les destinataires « réels » de la peine pénale (II). On conclura avec quelques réflexions sur la manière dont la prise en compte de la famille du condamné, en déstabilisant fondamentalement certaines justifications de la peine qui perdurent, permettrait de déboucher sur une théorie de la peine en même temps plus cohérente théoriquement et moins nocive dans la réalité.

I. Des limites de l'individualisation de la peine

1. L'émergence de la peine individuelle

Les origines de la justice pénale sont souvent marquées par la dimension collective de la peine. Si le coupable se soustrait à la justice, c'est toute sa famille qui doit payer l'amende. On retrouve ce genre de pratiques dans de nombreuses cultures. Par exemple, dans la société arabe et musulmane traditionnelle, et notamment chez les bédouins, lorsqu'un meurtre est commis, les membres du clan dont provient la victime peuvent exercer la *qisas* (revanche du sang) en tuant n'importe lequel des membres masculins du clan du meurtrier[5]. À cette vengeance du sang pouvait être substituée une vengeance de l'argent (*diyyat*), une sorte de rançon, à condition que le clan de la victime y consente. La somme en question était

[5] Wasti 2006.

alors payée conjointement par le clan du coupable. On retrouve une institution similaire en droit germanique traditionnel sous la forme du *sippenhaft* en vigueur au Moyen Age. La famille du criminel était obligée de payer le *weregild* – argent du sang dû à la famille de la victime. La même notion se retrouve en droit celtique. Dans la Chine antique, la punition dite des « 9 exterminations familiales » était la peine la plus sévère, et s'étendait aux oncles et tantes, cousins, grand parents et petits enfants...

La modernité pénale, notamment sous l'influence judéo-chrétienne, opère un revirement apparemment complet par rapport à ces approches, considérant que la peine est et ne peut être qu'individuelle. Cela est sans doute vrai avant tout de la pensée rétributiviste, qui voit dans le condamné le site d'une faute morale, fondamentalement détachée de son contexte familial et en tous les cas injustifiable autrement. Pour Beccaria, « si la peine est appliquée à la famille innocente, elle est odieuse et tyrannique, parce qu'il n'y a plus de liberté, lorsque les peines ne sont pas purement personnelles »[6]. La punition individuelle est donc ici un grand progrès des Lumières qui permet d'éviter que l'opprobre soit jetée sur des groupes entiers, comme c'est le cas dans la vendetta ou parfois dans certains processus « punitifs » internationaux à dimension collective[7].

On retrouve également cette insistance sur le caractère individuel de la peine, même si de manière moins évidente, dans sa conception utilitariste qui gagne en faveur au XIX[e]. Malgré la large finalité sociale de ces théories, elles demeurent en effet toutes entières tournées vers la punition de tel ou tel individu, qu'il fasse l'objet d'une dissuasion spécifique ou qu'il serve individuellement à un effet de dissuasion général. Il convient ici de clarifier une équivoque. La pensée utilitaire, en particulier, pourrait parfois être taxée de potentiellement incliner vers une punition des familles, lorsque cela servirait son dessein utilitaire. Dans une démarche utilitaire pure, on pourrait imaginer que la punition des familles soit une éventualité au nom du « *whatever works* ». Si punir les

[6] Beccaria 1870, p. 181.
[7] Blum 2013 ; Brants 2011.

familles peut augmenter l'effet de dissuasion général par exemple, alors un tel objectif serait légitime.

Sans entrer dans une discussion générale de ce genre d'hypothèse extrême qui ont souvent fait le lit de la critique de la démarche utilitaire, notons que la plupart des utilitaristes ont de longue date insisté sur le fait qu'une telle position n'était pas la leur et ne serait pas justifiée dans le cadre de théories utilitaristes bien comprises. Les utilitaristes plaideront, par exemple, que l'injustice manifeste faite aux familles dans ce cas se retournerait contre tout effet dissuasif réel et minerait à terme la légitimité du droit. Bref, les utilitaristes sont des rétributivistes qui se cachent lorsqu'il s'agit de justifier la distribution de la peine pour des particuliers : c'est une chose de justifier la peine d'une manière générale en fonction des objectifs sociaux auxquels elle concoure ; ça en est une autre que de faire chaque individu l'otage aléatoire de calculs conséquentialistes et opportunistes[8].

De fait, Hart dans son célèbre *Punishment and Responsibility*, utilise précisément la punition de la famille du coupable comme un des cas types, avec celui des fausses accusations, de punition qui, même si elle pouvait se justifier dans une démarche utilitaire ponctuelle, violerait un principe fondamental de « distribution dans la rétribution » selon lequel on ne saurait punir que les coupables. Pour Hart :

> *« […] it is supposed that without resort to any fraud more persons may be deterred from crime if wives and children of offenders were punished vicariously for their crimes. […] official resort to this kind of fraud on a particular occasion in breach of the rules […] might save many lives and so be thought to yield a clear surplus of value. Certain vicarious punishment of an offender's family might do so and legal systems have occasionally though exceptionally resorted to this. […] In extreme cases one might still think it right to resort to these expedients but we should do so with the sense of sacrificing an important principle*[9]*. »*

[8] Binder & Smith 2000 ; Sprigge 1965.
[9] Hart 2012, p. 12.

Malgré le caractère apparemment bien ancré du caractère individuel de la peine, le XX^e^ siècle est témoin de retours de la peine collective unanimement honnis par la pensée libérale dans le cadre notamment de pratiques totalitaires. On pense notamment à la pratique du *Sippenhaft* chez les nazis qui exercent des représailles contre les membres de la famille de certains condamnés politiques[10]. Les « Décrets Sippenhaft » mis en œuvre après le complot du 20 juillet 1944 contre Hitler généralisent même ce genre de pratique[11]. Dès 1943, elle avait été utilisée pour s'assurer de la fidélité des soldats allemands, en menaçant leurs familles d'exécution en cas de lâcheté ou de désertion. On pense aussi à la loi sur les traitres à la Mère patrie proclamée par l'URSS pendant les purges staliniennes des années 30[12]. En Corée du Nord, encore aujourd'hui, les citoyens reconnus coupables des pires crimes politiques sont envoyés en prison ainsi que les deux générations (enfants et petits-enfants) les suivant selon la doctrine des « trois générations de punition » mise en place par Kim Il-Sung dès 1948[13].

Ces retours collectivistes de la répression sont bien sûr condamnés par la pensée libérale qui y voit la marque indubitable du despotisme. L'interdiction des punitions collectives est par exemple en droit international un des socles du droit international humanitaire. Il est cependant intéressant de noter à titre liminaire que même au sein de la justice pénale moderne, la « punition pour autrui », notamment dans le cadre familial, fait des retours réguliers, comme si l'individualisation de la peine ne permettait pas toujours de répondre à toutes les questions qu'elle pose. La Russie punit depuis 2013 la famille de personnes impliquées dans le terrorisme en permettant que l'on saisisse leurs biens. Par ailleurs, l'État israélien pratique depuis 1989 la destruction des domiciles des familles des terroristes, ou encore leur « transfert » de Cisjordanie vers la bande de Gaza[14]. Dans certains cas, le groupe puni (par exemple des otages exécutés en représailles) n'a

[10] Loeffel 2007 et 2012.
[11] Loeffel 2007.
[12] Kuhr 1998.
[13] Byman & Lind 2010.
[14] Darcy 2002 et 2010.

même aucun lien direct avec les « coupables ». On pense également à certaines propositions de loi qui auraient vu les parents de mineurs délinquants punis pénalement[15]. Ce retour de la peine pour autrui ne traduirait-il pas en définitive une réalité sous-jacente plus imperceptible mais non moins réelle, et qui tiendrait à la manière dont toute une série de personnes, à commencer par les membres de la famille, sont de fait durement affectées par la condamnation, quand bien même elles ne seraient à vrai dire coupables de rien ?

2. La réalité des victimes collatérales de la peine

À partir du XIX^{e} siècle, la peine consiste principalement en un emprisonnement. Cet emprisonnement a plusieurs dimensions constitutives qui se recoupent mais ne sont néanmoins pas réductibles les unes aux autres. L'emprisonnement est, peut être en tout premier lieu, une privation de liberté ainsi que plus généralement une limitation de certains droits humains : droit à la liberté d'aller et venir, droit à la vie privée, liberté d'expression, droits politiques, etc. Il peut être, en second lieu, l'endroit d'une rigueur toute punitive : inconfort, absence de loisirs, rugosité des contacts, une partie de la peine est en effet parfois conçue comme explicitement déplaisante, tant par les tenants de la vengeance rétributive que par ceux d'une certaine rigueur dissuasive ou même réhabilitative. Enfin et en troisième lieu, la peine de prison se présente comme une *séparation* de l'individu, séparation certes par rapport à la société, mais aussi immanquablement séparation de sa famille et de son milieu. Que cette réalité soit prise en compte dans la détermination de la peine ou pas – et on aura l'occasion de revenir sur cette question – elle demeure une composante incontournable de l'expérience tant quantitative que qualitative de la peine.

[15] *Responsabilité pénale des personnes qui exercent l'autorité parentale sur un mineur délinquant*, N° 36, Sénat, session ordinaire de 2001-2002, Annexe au procès-verbal de la séance du 23 octobre 2001, Proposition de loi tendant à renforcer la responsabilité pénale des personnes qui exercent l'autorité parentale sur un mineur délinquant, présentée par M. Nicolas ABOUT. Voir aussi, en langue anglaise, Geis & Binder 1990 ; Le Sage & De Ruyter 2008 ; Tanck 1987.

En termes quantitatifs, loin d'être l'exception, la parentalité en prison est la norme. Environ la moitié des personnes emprisonnées aux États-Unis sont des parents, la plupart d'enfants mineurs. La proportion de parents parmi les personnes incarcérées ne cesse en outre d'augmenter[16]. On calcule que dans ces conditions environ 2,7 millions de mineurs ont au moins un de leurs parents en prison et qu'environ 10 millions en ont fait l'expérience. Même si l'emprisonnement de leurs parents reste une expérience limitée pour les mineurs européens, elle concerne néanmoins environ 800 000 enfants chaque année dans l'Union européenne.

En termes qualitatifs[17], toute une littérature tente de cerner les effets sur la famille de l'emprisonnement d'un de ses membres, le plus souvent le père[18]. Il existe en outre de nombreux écrits spécialisés sur l'effet de l'emprisonnement sur les épouses[19] et les enfants[20]. Pour beaucoup, l'incarcération de l'un ou des deux parents ou d'un époux se traduit par une très grande précarité économique, sociale et familiale[21]. Cela est d'autant plus le cas qu'elle vient souvent renforcer des situations familiales déjà précaires et désavantagées[22]. Une des conséquences les plus difficiles à vivre, en dehors de la séparation, est la stigmatisation associée au crime commis par le condamné[23]. C'est notamment le cas des familles de personnes accusées de violences sexuelles[24] mais plus généralement de toutes celles qui doivent gérer les répercussions négatives d'une condamnation dans leur milieu de vie.

---

[16] Glaze 2010.
[17] Sur l'importance d'une recherche qualitative en la matière qui aille au-delà des statistiques pour comprendre comment les détenus eux-mêmes perçoivent l'impact familial de leurs vies carcérales, voir Coninck 1982, p. 85.
[18] Codd 2013 ; Hairston 2003 ; Schneller 1976.
[19] Comfort 2009 ; Moerings 1992.
[20] Gabel & Johnston 1995 ; Genty 2002 ; Glaze 2010 ; Huebner & Gustafson 2007 ; Johnston 2006 ; Johnston & Johnston 1995 ; Miller 2006 ; Murray & Farrington 2005 ; Parke & Clarke-Stewart 2003 ; Phillips *et al.* 2002 ; Travis & Waul 2003 ; Wakefield & Wildeman 2014.
[21] Glaze 2010 ; Parke & Clarke-Stewart 2003 ; Travis & Waul 2003 ; Wakefield & Wildeman 2014.
[22] Condry Kotova & Minson 2016.
[23] Moerings 1992.
[24] Arditti, Lambert-Shute & Joest 2003.

Plus que la simple absence du condamné ou même sa stigmatisation par la société, c'est d'ailleurs tout un processus d'adaptation et de soumission à la logique pénale de l'État qui est souligné. Pour Megan Comfort, par exemple, ce qui compte sont « *the ways in which legally innocent people are made to alter their behavior, reorient their expectations, suffer changes in their health, and otherwise experience the social and economic repercussions of punitive surveillance, confinement, and control* »[25]. Enfin, il convient de réserver une mention toute particulière à l'effet de la peine capitale sur les familles, lequel fait l'objet d'un intérêt nouveau aux États-Unis[26], notamment en termes de traumatisme infligé aux enfants[27].

Par ailleurs, on dispose de fragments de recherche sur les effets de la perte de repères familiaux pour les détenus eux-mêmes. Il convient de souligner le fait que la peine pénale connaît souvent des prolongements civils importants en matière de droit à la parentalité[28]. À certains égards donc, le parent condamné souffre bien d'une « double peine ». La séparation des familles est souvent identifiée comme un des aspects les plus difficiles, notamment dans les cas de détention longue. Comme le souligne Troy Williams, un célèbre prisonnier américain :

> *« The most difficult part about doing time in prison is not living in a 4-foot-by-9-foot cage. It's not having to live in that cage with another man. It's not the constant threat of prison riots or interaction with a prison guard who believes it's his duty to enforce punishment. The most difficult part about doing time in prison is being unable to have meaningful contact with your family. »*[29]

L'expérience de la prison et la manière dont celle-ci affecte les familles doivent en outre se comprendre dans une dimension intersectionnelle[30]. Par exemple, la prison comprend une dimension

[25] Comfort 2007.
[26] Beck *et al.* 2002 ; Beck & Britto 2006 ; Beck Britto & Andrews 2007.
[27] Comartin, Kernsmith & Miles 2010 ; Farkas & Miller 2007 ; Levenson & Tewksbury 2009 ; Levenson 2008 ; Mustaine, Tewksbury & Stengel 2006 ; Tewksbury 2005 ; Tewksbury & Levenson 2009.
[28] Jackson 1979.
[29] JD 2011.
[30] Crenshaw 2011.

de genre évidente, les femmes étant nettement moins représentées dans la population carcérale mais par ailleurs souvent perçues comme plus susceptibles de souffrir de la séparation[31]. En outre, le vécu familial de certaines minorités racialisées est souvent durablement perturbé par l'expérience de l'incarcération, celle-ci contribuant à briser des vies déjà fragilisées[32]. On estime par exemple qu'un enfant afro-américain sur 4 né depuis le début des années 80 a eu l'expérience de l'incarcération d'un de ses parents. À ce titre, le niveau de pauvreté de nombreuses familles afro-américaines s'explique en partie par les effets répétés de l'incarcération des pères. L'expérience carcérale est bien, au-delà des spécificités de chaque accusé, vécue comme une véritable « guerre » menée par l'État contre certains groupes dans les mailles de laquelle sont prises les familles[33]. On relèvera par exemple que s'il est bien connu que les Afro-américains sont proportionnellement beaucoup plus carcéralisés que les blancs américains, Wildeman estime qu'un enfant noir sur 5 né en 1990 fera l'expérience de l'emprisonnement d'un parent avant d'atteindre 9 ans, contre seulement 1 enfant blanc sur 40. L'emprisonnement massif des hommes noirs américains participe ainsi d'une déstructuration profonde de leur paternité[34], perpétuant certains cycles de criminalité en même temps qu'elle contribue un peu plus à « racialiser » la société américaine.

On doit donc considérer que, au-delà des effets individuels, s'en prendre aux familles fait partie de stratégies plus ou moins délibérées de discrimination ou de persécution à la vocation politique affirmée. Ces ressorts politiques sont d'autant plus visibles qu'ils prolongent certaines stratégies historiques de contrôle par la déstructuration des familles, fut-ce sous d'autres formes : séparation des membres de familles d'esclave, « écoles résidentielles » pour autochtones au Canada ou en Australie, etc. Dans cette configuration de « guerre contre la famille », le dommage collatéral apparaît bien moins comme un accident que comme une finalité qui s'articule tout naturellement à des fins

[31] Gillespie 2004.
[32] Clear 2009.
[33] Pattillo, Western & Weiman 2004 ; Wakefield & Wildeman 2014.
[34] Lewis 2015.

socio-politiques et prend le relai de pratiques historiques anciennes[35].

3. L'invisibilité normative des victimes collatérales

Cette dimension est-elle assumée, ou du moins intégrée par la réflexion sur la peine ? En réalité, elle serait surtout ignorée. Le paradoxe est qu'une réaction impeccablement libérale par rapport à l'iniquité de la peine collective, aboutisse à ce que les dimensions collectives de la peine individuelle soient entièrement masquées. La justice pénale est non seulement focalisée sur la peine individuelle : elle est également foncièrement individualiste, qu'elle soit fondée sur une notion de libre arbitre voire sur l'idée de « classes criminelles ». Dans le premier cas, c'est bien le criminel qui individuellement a décidé d'agir en ayant la bonne « *mens rea* » et en commettant donc une faute ; dans le deuxième cas, même si l'individu est sur-déterminé par son milieu, il demeure malgré tout un individu, une unité à laquelle va s'attacher la peine. Dans tous les cas, seul le condamné est puni au sens strict. Comme le souligne Tamar Lerer « *it is considered axiomatic that the needs of third persons should have no relevance in (sentencing) determinations* »[36].

Il existe en outre une spécificité pénale et carcérale en la matière, comme si la prise en compte des familles menaçait potentiellement tout l'édifice pénal. Comme le relève Comfort :

> *« Although it is common for social institutions and processes to have a secondary impact on those one step removed from their clientele (for example, a gravely ill person's family is deeply affected by a hospital's routines, policies, and personnel), the criminal justice system stands out for its general disregard of the likelihood of such reverberations occurring and its near total lack of infrastructure for responding to them when they do arise. »*[37]

En la matière, il est relativement facile pour les défenseurs de la peine classique d'arguer qu'il existe une différence entre les

[35] Williams 2017.
[36] Lerer 2013.
[37] Comfort 2007, p. 273.

conséquences *voulues* et les conséquences *simplement prévisibles* de la peine. On pense ici notamment à toute une tradition du « double effet » qui dédouane volontiers les auteurs d'un acte de ses conséquences non-intentionnelles. On distinguera ainsi communément entre la cible de la punition, et d'autres qui pourraient n'être *qu'affectés* par elle. Il existerait une différence incommensurable, sur laquelle on reviendra, entre « subir des conséquences négatives » et « être puni », les membres de la famille étant susceptibles du premier mais pas du second. C'est ainsi que les auteurs d'un ouvrage remarqué aux États-Unis soulignent « […] *although lengthy sentences for minor drug crimes results in the tragic situation of too many children growing up without access to a parent, the primary objective behind drug sentencing laws is generally not to separate parents and children* »[38]. La justice pénale serait ainsi plus généralement « innocente » des tors qu'elle occasionne au-delà de ce qu'elle entend infliger spécifiquement au condamné.

L'ignorance des familles et de l'effet qu'ont les responsabilités familiales sur les condamnés ressortirait également plus fondamentalement du non-intérêt de la part des théories de la peine pour les conditions concrètes de détention. Dans l'approche dominante, une peine de détention d'une durée X en vaut bien une autre d'une même durée X, car tous sont égaux « dans » et non seulement « face » à la peine. Pour Beccaria, « le châtiment se mesure sur le dommage causé à la société, et non sur la sensibilité du coupable »[39]. Comme le souligne Faustin Helie dans son introduction à *Des délits et des peines,* « l'égalité du châtiment ne peut jamais être qu'extérieure, puisqu'il frappe des agents qui n'ont pas le même degré de sensibilité, mais cette égalité extérieure, la seule que la loi puisse rechercher, est aussi la seule qui importe au jugement, parce qu'elle rejette l'influence de tous les faits qui sont en dehors du crime et ne lui livre que le crime lui-même »[40].

Pourtant dans la réalité, comme l'ont montré les travaux d'Adam Kolber[41], la peine de prison sera beaucoup plus pénible

[38] Markel, Collins & Leib 2009.
[39] Beccaria 1870, p. 158.
[40] Beccaria 1870, p. lxxvi.
[41] Kolber 2009 et 2012.

dans une prison à haute sécurité qu'à faible sécurité ; pour une personne endurcie à la vie en détention que pour une personne qui la découvre pour la première fois ; ou encore, dans le cas qui nous intéresse, pour une personne ayant de nombreux liens familiaux et sociaux que pour une personne entièrement désocialisée. À la limite une personne qui vivrait comme un ermite vivrait sans doute moins mal un régime de détention à l'isolement qu'une personne extrêmement dépendante de ses rapports sociaux. Le faible intérêt pour la dimension familiale ressort donc d'un désintérêt plus général pour les conditions de vie réelles des détenus, dans toute leur diversité. Le remarquer n'est pas en soi justifier que l'on prenne en compte les familles au détriment de l'égalité des condamnés, mais prendre la mesure de ce que l'invisibilité des familles, loin de n'être qu'accidentelle, participe de la construction même de la peine.

En réalité, la punition « par la séparation familiale » pourra parfois même être intégrée plus ou moins explicitement dans les théories de la peine. Par exemple, pour un rétributiviste, le fait de séparer le criminel de sa famille peut légitimement faire partie de la punition. Cette dureté serait toute voulue à l'endroit de l'accusé, abstraction faite de la manière dont elle affecte la famille, et participerait d'une pénibilité bien comprise de la peine. Pour un tenant plus utilitaire de la peine, le tort causé aux proches pourrait être justifié par l'avantage que l'on escompte de la punition du coupable, par exemple un effet de dissuasion spécifique supplémentaire (à l'inverse toute modération de la peine pourrait encourager à commettre des crimes)[42].

Il faut ajouter que la collatéralité des victimes familiales peut aussi être plus ou moins voulue ou justifiée *à leur endroit* et donc marquer un retour plus ou moins assumé du caractère collectif de la peine. Il se peut par exemple que l'on considère, même subrepticement, que la famille est bien d'une certaine manière responsable des actes de l'accusé et que l'on souhaite à travers sa punition envoyer ce message. On peut penser par exemple que condamner le mineur à une peine de prison serait une manière de « punir » ses parents pour leur rôle dans sa criminalité. Sans aller

[42] Markel, Collins & Leib 2009.

jusqu'à considérer les membres de la famille comme « coupables », la crainte d'une « punition » indirecte pourrait avoir un effet dissuasif, les forçant à intervenir pour empêcher un membre de leur famille de s'engager sur la voie du crime.

Enfin, l'invisibilité de la famille du condamné participerait plus profondément d'un phénomène de dédouanement de la justice pénale par rapport à ses conséquences, en faisant porter la responsabilité de ces conséquences au seul condamné. Le criminel, en commettant un crime, ne se « punirait pas seulement lui-même » mais devrait concevoir qu'il « punira également sa famille ». Dans une perspective ultra-responsabilisante, le condamné est toujours la seule source du tort causé aux autres qu'il sait découler potentiellement de ses actions, quand bien même on peinerait à justifier l'infliction de ce tort au niveau social. La justice pénale se cacherait ainsi derrière le criminel, refusant de ne voir en celui-ci que l'élément déclencheur d'une sanction dont elle demeure en définitive entièrement redevable.

En dernier recours, le scepticisme par rapport à la prise en compte des familles a souvent pour assise l'horizon d'inévitabilité au sein duquel s'inscrit la peine. On assiste ainsi à un certain fatalisme pénal, souvent rhétorique mais néanmoins efficace. Comment en effet éviter que la peine n'affecte les familles sans… se débarrasser de la peine ? C'est ce contre quoi avait prévenu Bentham, au nom de la défense utilitaire de celle-ci :

> *« Whether in the way and for the purpose of any punishment, or in any other way, and for any other purpose, a man cannot be made to sufer, but his connexions […] are made to suffer along with him; and forasmuch as it can only be by some rare accident that a man can be found who has not […] any connexions; thense it follows, that if, where it is unavoidable, the certainty or probability of its extravasation were regarded as a sufficient cause for forbearing to inflict punishment, it would only be by a correspondingly rare accident that any thing could be done for the prevention of offences of any sort; the consequences of which would be general impunity to crimes of all sorts, and with it the destruction of society. »*[43]

[43] Bentham 1876, p. 476.

En bref, tant les théories du crime que de la punition concourent à considérer les victimes collatérales comme un résultat qui intéresse peu la question pénale et qui est, au pire, la conséquence regrettable mais justifiable d'un processus irréductible. Désapprouvée dans son principe, la peine collective et familiale connaît néanmoins un improbable retour, et à défaut d'être justifiée ne serait pas non plus particulièrement condamné au motif qu'elle découle avant tout de la responsabilité du coupable. L'invisibilité normative de la famille du condamné servirait alors un bien noir dessein : celui de faire porter entièrement sur les épaules du celui-ci les souffrances qu'il « inflige » à sa famille.

II. Limiter les dommages collatéraux de la peine : un effort inabouti

Avec la question des effets de la peine sur les familles, on se trouve au cœur de l'équivoque même de la peine énoncée dans l'introduction à cet ouvrage. La peine ne se justifie *a priori* aucunement *lato sensu* par ce qu'elle affecterait négativement la famille du condamné ; il s'agit, tout au plus comme on l'a vu, d'un effet incident et non-intentionnel. En même temps, la peine individuellement peut être reçue très différemment et communiquer un sens tout distinct de celui qu'elle entend partager. Le sens « herméneutique » de la peine pour les familles et le condamné lui-même n'est pas nécessairement le sens de la peine pour la société conçu en termes de rationalité pratique, et il y a dans cette équivoque tout un espace qui s'ouvre à la critique et la contestation d'un sens commun beaucoup moins partagé que ne tend à le suggérer une certaine doctrine pénale.

Comment, donc, pourrait-on fonder en théorie une approche de la peine qui prendrait en compte l'incidence que celle-ci a sur les familles ? Dans quelle mesure une telle approche est-elle solvable dans les approches existantes de la peine, ou impose-t-elle de la repenser de fond en comble ? Comme souvent (voir l'introduction à cet ouvrage), la réponse à cette question dépendra de l'approche et même du paradigme utilisé. On se propose, dans cette section, de passer en revue la manière dont trois paradigmes ont ou pourraient traiter du sujet, à savoir les droits humains (1), la

pensée criminologique et pénale (2) et enfin, de manière plus indirecte, l'approche restauratrice (3).

1. Limites de l'approche par les droits humains

La problématique des droits humains structure de longue date la question pénale, mais elle le fait dans un sens très particulier, celui d'assurer une médiation entre l'individu, notamment l'individu accusé, et l'État. Il n'est donc pas *a priori* question de prendre en compte les familles, qu'il s'agisse d'ailleurs traditionnellement de celles des victimes ou *a fortiori* de celle de l'accusé. Tout au plus les premières ont-elles un rôle accru dans le cadre de la lutte contre l'impunité, et peuvent-elles être appelées à se plaindre de ce qu'un individu n'a pas été poursuivi ou même suffisamment puni[44]. Quoique l'on pense de cette évolution, de toute évidence elle ne contribue en rien, en l'espèce, à la prise en compte des liens familiaux du condamné lui-même. Elle pourrait même parfois avoir exactement l'effet contraire : celui de présenter la tension entre les intérêts de la famille de la victime et celle de l'accusé comme un jeu à somme nulle. C'est pourquoi une prise en compte de la famille de l'accusé/condamné en termes de droits humains constitue *a priori* une manière de déstabiliser le discours dominant des droits humains, en même temps qu'elle se heurte à des obstacles évidents.

Il n'existe pas, c'est une évidence, un droit humain à ce qu'un proche ne soit pas incarcéré. Il n'existe peut-être même pas, à proprement parler, un droit à ce qu'un proche ne soit pas incarcéré injustement, au sens où le remède dans ce cas-là doit être recherché par la personne condamnée et pas par d'autres en son nom. Il existe sans doute, toutes choses égales par ailleurs, un droit de la personne détenue à la vie familiale qui devrait n'être affectée par la peine que dans une mesure raisonnable[45]. Le droit à la vie familiale constitue ainsi un des socles de certaines évolutions dans *l'administration* de la peine depuis quelques décennies et a des implications concrètes jusque dans le choix du lieu d'incarcération.

[44] Aldana-Pindell 2004 ; Van Boven 2009.
[45] Jackson 2007.

La pensée en matière de droits humains peine cependant à dépasser une approche largement humanitaire à la marge de la peine, comme on peut le constater à travers l'exemple notable de la prise en compte de l'enfant.

Si les penseurs des droits humains ont engagé une réflexion sur la nature de la détention, en effet, c'est surtout au terme d'un détour assez indirect par la question des droits des enfants[46]. Au niveau interne, plusieurs États ont fait l'objet d'initiatives remarquées. En Italie, les lois dites Finocchiaro permettent des sentences conditionnelles non-pénitentiaires pour les mères d'enfants en dessous de 10 ans (une possibilité similaire existe en Argentine et en Allemagne). Même en dehors de telles lois, certaines affaires en Australie ou en Afrique du Sud attestent d'une prise en compte au moins occasionnelle de l'intérêt de l'enfant, par exemple lorsque les deux parents d'une fratrie très jeune encourent simultanément des peines de prison[47]. Par ailleurs, l'organisation italienne Bambinisenzasbarre a obtenu la signature d'un « *memorandum of understanding* » avec le ombdusman pour la jeunesse et l'enfance de ce pays, détaillant la manière dont les droits des enfants doivent être pris en compte au moment de la détermination de la peine et en termes d'aménagement des conditions pénitentiaires[48]. Le groupe de travail « intérêt supérieur de l'enfant » du Défenseur des droits français a produit un rapport sur « le maintien des liens familiaux à l'épreuve de l'incarcération »[49].

Au niveau international, on pense également à certaines initiatives européennes de la Société civile telles que les « *Recommendations on policies for children with imprisoned*

[46] Carnelley & Epstein 2012 ; Donson & Parkes 2016.
[47] Voir par exemple en Australie, *Walsh v. Department of Social Security* (1996) 67 SASR 143 et en Afrique du Sud *S v. Ntikedzeni* (CC 26/2010) [2011] AZLMPHC 2.
[48] *Memorandum of Understanding between The Ministry of Justice The National Ombudsman for Childhood and Adolescence and Bambinisenzasbarre ONLUS-COPE member*, Italy -http://childrenofprisoners.eu/wp-content/uploads/2016/01/Memorandum-of-Understanding-English-16.12.2015.pdf
[49] République française, Groupe de travail « Intérêt supérieur de l'enfant », *Intérêt supérieur de l'enfant et maintien des liens familiaux à l'épreuve de l'incarcération*, octobre 2013.

parents in the 47 Council of Europe Member States » du Conseil de coopération pénologique (réseau COPE) ou encore l'organisation Children of Prisoners Europe qui sous le slogan « *not my crime but still my sentence* » fait campagne de manière résolue. Une déclaration écrite[50] circule actuellement au Parlement européen sur la protection des enfants de parents prisonniers qui s'appuie notamment sur l'expérience italienne et propose de l'étendre à l'ensemble de l'Europe. Au niveau universel, le bureau des Quakers à Genève s'est beaucoup engagé sur la question et il existe même une revue spécialisée, le European Journal of Parental Imprisonment[51]. Incontestablement, la Convention sur les droits de l'enfant a eu un effet significatif sur les discussions à ce sujet. Le Comité des droits de l'enfant[52] ou encore la Comité européen contre la torture et le Conseil de l'Europe se sont saisis de la question à plusieurs occasions. Il convient également de citer les « règles de Bangkok » sur les femmes détenues adoptées par le Bureau des Nations Unies pour les drogues et le crime, lesquelles comportent un important volet familial tourné vers l'enfance[53].

Ces approches ont le mérite de ne pas abandonner le prisonnier à la prison. Elles prolongent et systématisent l'idée que les droits, y compris donc le droit à une certaine vie parentale, ne s'arrêtent pas avec la détention, ou encore que les droits de tiers particuliers – ici les enfants – sont opposables à l'institution pénitentiaire. Le droit des enfants à une vie familiale est incontestablement compromis – sinon nécessairement violé – par l'emprisonnement des parents, les instruments insistant notamment sur le sort des mères d'enfants en bas âge[54]. L'idée du « meilleur intérêt de l'enfant » constitue un argument fort invocable toutes

[50] Written declaration submitted under Rule 136 of the Rules of Procedure on the protection of the children of imprisoned parents, 12 décembre 2016 http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+WDECL+P8-DCL-2016-0084+0+DOC+PDF+V0//EN

[51] http://childrenofprisoners.eu/2015/03/27/european-journal-of-parental-imprisonment/

[52] Comité des droits de l'enfant, rapport et recommandations de la journée de discussion « enfants de parents incarcérés », 30 Septembre 2011.

[53] A/RES/65/229, 16 mars 2011.

[54] Voir à ce propos la Charte africaine sur les droits et le bien-être des enfants, laquelle recommande des sentences n'impliquant pas l'incarcération pour les mères.

choses égales par ailleurs, surtout lorsque l'enfant est vulnérable ou dépendant. L'article 9 de la Convention sur les droits de l'enfant insiste d'ailleurs sur le fait que l'État a une obligation de prévenir toute séparation des enfants de leurs parents – un article qui a peut-être été conçu avec d'autres types de séparation à l'esprit que celle résultant de l'emprisonnement, mais qui n'en souligne pas moins une dimension importante du droit des enfants. Quant à l'article 12 il met l'accent sur le droit des enfants à être entendu sur toute décision susceptible d'avoir des répercussions sur eux… Ces droits peuvent ensuite être déclinés et interprétés par rapport à plusieurs phases du processus pénal : arrestation[55], détention provisoire[56], mais aussi prononcé de la peine, nature de la peine, et administration de la peine, etc.

À ce titre, le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies est allé assez loin dans le lien établi entre droits de l'enfant et peine. Dans une observation générale consacrée au « droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale », le Comité souligne :

> « […] Si des parents ou autres pourvoyeurs primaires de soins commettent une infraction, des mesures de substitution à la détention devraient être proposées et appliquées au cas par cas, une fois pleinement prises en considération les répercussions probables des diverses peines sur l'intérêt supérieur de l'enfant ou des enfants concernés. »[57]

Certaines juridictions nationales semblent également s'orienter vers la prise en compte des « tiers familiaux » dans le prononcé de la sentence[58]. Un travail important tente de traduire certains concepts du droit international des droits de l'enfant dans les catégories du droit constitutionnel, notamment américain[59]. Il s'agit souvent d'aligner le droit pénal sur certaines pratiques de

[55] *Gutsanovic. C. Bulgarie*, Jugement du 15 octobre 2013 (app. no. 34529/10).
[56] *Sari & Colak c. Turquie* (2006) app. no. 42596/98, 42603/98.
[57] Observation générale No 14 - (2013) Le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale (art. 3, par. 1), CRC/C/GC/14, 29 mai 2013, para. 69.
[58] Voir en Australie Markovic [2010] VSCA 105 ; Holland (2002) 134 A Crim R 451 (CCA Vic).
[59] Cf. Boudin 2011.

droit civil ou de droit de la famille, lesquelles mettent beaucoup plus significativement en avant la nécessité de modérer la rigueur du droit par son interprétation *pro familia*.

Cependant, l'approche des droits humains sans autre effort conceptuel se heurte à plusieurs obstacles. Elle ne saurait la plupart du temps porter que sur une sorte d'aménagement de la peine en fonction des droits de l'enfant. La modération pénale est ici largement extrinsèque à ses motivations fondamentales. Elle relève dans le meilleur des cas d'une approche en termes de « droits des prisonniers » dont elle étend le champ en aval, mais sans problématiser la peine elle-même en amont. Même lorsqu'elle prétend que la détermination de la peine devrait prendre en compte les circonstances de l'enfant, elle perçoit la peine entièrement « de l'extérieur » comme créant une externalité négative plus que comme étant fondamentalement problématique. Enfin, toute l'analyse fondée sur les droits de l'enfant porte uniquement sur ces droits là et est plus difficilement généralisable au droit à la vie familiale plus généralement, ce qui pose d'évidentes difficultés pour les relations familiales non parentales. Elle ne s'applique d'ailleurs, c'est une évidence, qu'aux détenus *ayant des enfants*.

Il manque à notre sens à cette analyse une idée précise de la manière dont l'intérêt social légitime à la répression devrait s'incliner face aux besoins de l'enfant. À défaut de s'immiscer dans la logique pénale spécifiquement, on ne peut guère expliquer pourquoi quelqu'un qui est par ailleurs coupable devrait être condamné à une peine différente du seul fait de l'existence de liens familiaux. On n'explique pas non plus en quoi l'État serait spécifiquement responsable du tort causé à la famille de l'accusé, dès lors que l'État ne fait que répondre, de manière égalitaire, à la commission d'une infraction par un individu libre. Afin d'obtenir des débuts de réponse à ce genre de questions, c'est plutôt vers la pensée criminologique et pénale qu'il convient de se tourner.

2. L'approche criminologique et pénale : une esquisse

Un autre type d'approche tente de prendre « au sérieux » la question de la peine et s'essaie à réfléchir sur la manière dont les relations familiales (et non pas seulement le « droit à la vie

familiale » ou les « droits de l'enfant ») devraient affecter sa conception même. Beaucoup plus proches du cœur de la réflexion pénale, ces approches sont en même temps plus difficiles à développer mais potentiellement plus radicales.

Il convient de souligner, en premier lieu, l'importance d'une certaine réflexion criminologique sur les effets familiaux de la peine. En termes économiques entendus au sens large, le « coût » de la peine serait plus que la simple incarcération et ses conséquences sur le condamné, mais inclurait la totalité de ses conséquences sociales et économiques, et leur gestion subséquente par l'État. Par exemple, les difficultés sociales ou scolaires rencontrées par les enfants du condamné seraient de facto une conséquence de la peine qui serait plus ou moins immanquablement absorbée par la société (activement lorsqu'il y a prise en charge, passivement lorsqu'il n'y a pas prise en charge mais un coût social en résulte). Plus fondamentalement, pour l'école criminologique, la déstructuration des familles et même de certaines communautés (voir *infra*) serait en elle-même fondamentalement criminogène. Les statistiques corroborent largement cette intuition[60]. D'ailleurs, certains argumentaires en faveur de la décarcéralisation mettent très clairement en avant ses effets collatéraux et donc, à terme, nocifs pour la société, en dehors de toute considération de principe à l'endroit du condamné[61].

Dans une perspective utilitaire de défense de la société, il faudrait donc, de manière tant générique qu'individuelle, veiller à ce que la peine ne cause pas d'effets collatéraux négatifs qui dépasseraient ses effets directs positifs. Si le prix à payer pour l'incarcération d'un condamné est une génération de « petits criminels », alors de toute évidence l'école de la « protection sociale » se heurte à un important effet pervers, qui a sans doute été minimisé historiquement. Allant bien au-delà de la prison comme « école du crime » et terreau de récidive, l'idée que la peine participe d'un processus de déstructuration plus fondamental qui

[60] Murray & Farrington 2005 ; Murray, Janson & Farrington 2007.
[61] troywilliamsjournal, OP-ED: *The Most Difficult Part of Being in Prison is Separation from Family Troy Williams Journal* (2015), en ligne, http://troywilliamsjournal.com/op-ed-the-most-difficult-part-of-being-in-prison-is-separation-from-family/, consulté le 8 novembre 2018.

devrait rétroagir sur sa nature et sa conception même est radicale. Là où la théorie pénale s'intéresse uniquement traditionnellement à la question « pourquoi punir ? » elle reformule le questionnement dans le sens d'un « comment punir sans que l'effet de la punition ne se retourne contre ses objectifs » ?

Une approche purement criminologique de l'effet sur la famille du condamné se heurte cependant à une logique plus normative et rétributive. Elle ne constitue pas à elle seule une théorie de ce en quoi la peine devrait normativement prendre en compte ces dites familles et ce pour au moins deux raisons. Premièrement, une politique pénale pourrait valoir la peine d'être suivie quand bien même elle ne serait pas optimale en termes conséquentialistes. Un rétributiviste orthodoxe, par exemple, pourrait considérer que l'effet négatif de la peine sur la criminalité est un prix justifié par l'objectif moral poursuivi. Deuxièmement, dans une perspective utilitaire, il convient malgré tout d'affiner les paramètres des conséquences recherchées ou encore de la manière dont différents objectifs pourraient être conciliés afin de bien comprendre en quoi le tort causé à la famille du condamné interfère avec la poursuite d'un résultat « optimal » pour la société.

Remarquons dans un premier temps qu'il n'est pas inconcevable que les « circonstances personnelles » et familiales de l'accusé soient prises en compte du moins indirectement au moment de la sentence, tant dans une perspective rétributive qu'utilitaire[62]. L'existence de liens familiaux pourra par exemple être un gage de réhabilitation, ou même de maximisation de la dissuasion spécifique dans certains cas. La sentence concerne bien le « criminel » et non plus seulement le crime, et il est donc naturel que l'on voie émerger des éléments biographiques personnels à ce stade, parmi lesquels figurent la situation familiale. Cependant, si le moment de la condamnation s'en trouve désigné comme un moment clef, cela ne nous permet guère d'avancer sur la question de savoir pourquoi un objectif de préservation des liens familiaux, par exemple, devrait l'emporter sur ou du moins affecter tout autre objectif punitif. Est-il possible, au-delà d'une certaine flexibilité discrétionnaire quant à la détermination de la peine, de repenser

[62] Heeren 2016.

plus fondamentalement la peine en fonction de ses effets sur autrui à partir de véritables considérations de principe ?

La pensée pénale débouche ici potentiellement sur certaines pistes de réflexion intéressantes que l'on va tenter d'esquisser brièvement. Dans une optique rétributive, tout d'abord, rien n'interdit *a priori* que l'on essaie de minimiser les conséquences sur les familles. Certes, l'emphase mise sur l'individu poursuivi dans cette optique pourrait *a priori* militer pour un désintérêt pour les conséquences familiales plus vastes de la peine. Les tentatives de faire passer l'individu comme sur-déterminé par son environnement social – et notamment par sa genèse familiale – sont interprétées comme visant à le dédouaner et, à un certain niveau, peut-être même défier fondamentalement la notion même de responsabilité pénale.

Mais pour le rétributiviste, il importe de ne punir que l'individu car il n'y a que l'individu qui soit responsable, ce qui implique que l'on voit au minimum d'un mauvais œil les répercussions négatives sur les tiers innocents. La non-pertinence du social, en outre, est ici une non-pertinence du social *comme cause du crime*. Or la prise en compte du milieu familial au moment de la peine, le cas échéant, est uniquement une prise en compte *des conséquences de la réaction sociale au crime*. Elle n'implique nullement, contrairement à la prise en compte du milieu familial comme cause du crime, un quelconque dédouanement de l'accusé car elle ne débouche pas sur une mise à l'index (du moins en tant que telle) de la famille. En réalité, un rétributiviste conséquent qui insisterait sur le fait que seul le condamné doit être puni devrait être également sensible au fait que dans la pratique ce sont aussi les membres par hypothèse innocents de sa famille qui auront à assumer le fardeau de la peine.

Sur le principe, il n'y donc pas d'obstacle rétributiviste de principe à une réflexion sur les conséquences collatérales de la peine, bien au contraire. Bien entendu, un rétributiviste absolutiste pourrait penser que la punition du condamné est tellement importante qu'elle devrait se réaliser quel que soit le tort causé à sa famille. Mais une telle approche fragilise grandement une approche rétributive déjà passablement fragile par ailleurs : est-il vrai que,

confronté à l'évidence d'un mal concret occasionné aux familles, on pourrait le justifier sur le seul fondement métaphysique du besoin impérieux de la punition des coupables ? Ici l'insistance rétributive à l'égard de l'accusé peut, dans sa rigueur, mener à un résultat très peu conséquent d'un point de vue rétributiviste à l'égard de sa famille : la punition des innocents au nom de la punition du coupable[63]. On reviendra bien sûr sur la question de savoir s'il y a à proprement parler « punition » de la famille, mais il s'agit simplement à ce stade de montrer qu'il n'est pas aisé pour un rétributiviste de détourner entièrement son regard des souffrances réellement infligées à des tiers.

A fortiori, dans une optique utilitaire bien comprise, c'est-à-dire sensible à la nécessité de ne pas produire des injustices flagrantes à l'égard des tiers innocents fut-ce au nom de l'effectivité sociale de la peine, les conséquences sur les familles paraissent difficiles à ignorer. Toute peine qui ne serait pas justifiée fondamentalement par son utilité ne serait pas seulement contre-productive : elle serait à proprement parler injustifiable moralement. Cela est d'autant plus le cas que la peine, dès lors qu'elle est perçue comme inique, comme une simple brimade, mine à terme le sens civique et jusqu'à ses finalités propres. Pour Beccaria, pour qui le maître mot de la peine est sa nécessité, un excès de peine (ici de « peine civile ») affligeant indirectement les familles va bien à l'encontre de sa justification :

> « […] par l'usage des confiscations, la tête du faible est continuellement mise à prix ; elles font souffrir à l'innocent, en le réduisant à l'indigence et au désespoir. Quel plus triste spectacle qu'une famille accablée d'infamie et de misère par le crime de son chef, crime que la soumission ordonnée par les lois mêmes, l'aurait empêché de prévenir, quand elle aurait eu pour cela les moyens suffisants. »[64]

On retrouve ce genre d'opposition à la peine superfétatoire dans un contexte moderne s'agissant notamment de punitions connexes – telle que la publication des noms des personnes ayant commis des infractions à caractère sexuel – perçues comme

[63] Bülow 2014, p. 784.
[64] Beccaria 1870, p. 73.

intrinsèquement excessives[65] mais qui le sont d'autant plus et parfois exclusivement du fait qu'elles affectent la famille de l'accusé.

À l'époque contemporaine, la critique de la peine fondée sur ses effets familiaux doit se comprendre comme imbriquée dans un scepticisme plus profond et sans cesse renouvelé par rapport à l'idée même de punition et à la très grande fragilité normative de l'institution carcérale[66]. L'inquiétude quant au sort des familles ne vient donc pas perturber un discours punitif sûr de lui, mais s'ajouterait plutôt à une longue litanie de plaintes, tant théoriques que pratiques, par rapport à la peine, qui trahissent un système profondément en crise. Elle vient notamment s'adjoindre à la critique plus spécifique selon laquelle les théoriciens de la justice pénale ne s'intéressent pas à variabilité de la peine en fonction du condamné et notamment à l'ensemble de ses conséquences non-intentionnelles[67]. Cela n'est pas forcément une raison en soi de se soucier des familles, mais cela inscrit malgré tout la réflexion dans un horizon plus large au sein duquel l'institution pénitentiaire notamment est sur la défensive.

À cet effet, on remarquera que la question porte souvent sur l'utilité de la peine à la marge. Peu nombreux sont ceux, en dehors de certains libertariens, qui s'opposent à toute peine ; nombreux sont ceux qui, en revanche, mettent l'accent sur les rendements décroissants de la peine passée une certaine mesure de punition. Au-delà d'un certain seuil et à la marge, chaque unité supplémentaire de peine (mettons, chaque année supplémentaire) produirait relativement moins d'effet dissuasif spécifique ou général, jusqu'à ce que chaque unité supplémentaire devienne même contre-productive en termes de politique pénale[68]. C'est également à ce stade particulièrement fragile en termes de justification de la peine que les effets négatifs de celle-ci sur autrui prennent d'autant plus d'importance : en effet, chaque année que le condamné passe en prison déstructure un peu plus la famille,

[65] Lippke 2017a.
[66] Cayley 1998 ; McLennan 2008.
[67] Lippke, s. d.
[68] Doob & Webster 2003 ; Lipsey & Cullen 2007 ; Nagin, Cullen & Jonson 2009 ; Owens 2009 ; Pritikin 2008 ; Robinson & Darley 2004 ; Tonry 2009.

fragilise un peu plus les liens et corrompt les bases économiques de l'existence familiale.

Face au défi théorique, politique, social et éthique de la prise en compte des familles plusieurs discours s'articulent potentiellement. Le plus classique, à mi-chemin entre approches rétributives et utilitaires, met l'accent sur la contribution que les liens familiaux peuvent apporter à la réhabilitation des condamnés. Par rapport à une approche qui aurait volontiers vu la réhabilitation consister à « couper » le condamné de son milieu familial, la famille est de plus en plus invoquée comme une forme d'« organisme de tutelle non subsidié »[69] ou encore d'« agent de socialisation et de "béquillage" social » et « premier agent de traitement »[70]. Une littérature importante tente d'établir le lien entre continuité des relations familiales et comportement dans et au-delà de la prison, laquelle conclut généralement de manière positive[71]. Cette idée que la famille du condamné peut être une sorte d'auxiliaire de l'État, lui fournissant le soutien auquel les services sociaux ne sauraient se substituer et servant éventuellement de garant de réintégration, pourrait ouvrir la voie à une sorte de quid pro quo : les familles « engagées » par l'État devraient en retour être « prises au sérieux », à la hauteur de l'effort qui est demandé d'elles.

On n'est néanmoins pas ici dans une réinvention fondamentale de la nature de la peine, mais plus simplement dans le renforcement, par le biais de la famille, d'une certaine conception de ses finalités réhabilitatives. On pense par exemple au rapport de Lord Farmer au Royaume Uni, lequel souhaite « *hammer home a very simple principle of reform that needs to be a golden thread running through the prison system and the agencies that surround it. That principle is that relationships are fundamentally important if people are to change* »[72]. De fait, plusieurs études montrent que la capacité de réintégration de

[69] Coninck 1982, p. 83. Comme le souligne cet auteur « le modèle de choix semble, au départ, humanitaire et vise à alléger les souffrances des parents, de l'épouse et des enfants, mais, en réalité, il démontre la nécessité d'une stabilité conjugale pour éviter la récidive et mener une vie honnête. »
[70] Coninck 1982, p. 93.
[71] Bales & Mears 2008 ; Berg & Huebner 2011 ; Duwe & Clark 2013 ; Hairston 1988 ; Homer 1979 ; Mears *et al.* 2012.
[72] Farmer 2017.

détenus ayant un soutien familial est considérablement accrue[73]. Dans cette optique, la famille est cependant simplement une sorte de garante de la réhabilitation intégrée au processus punitif car elle lui est utile, mais qui serait dépourvue d'une réelle valeur intrinsèque et dont la capacité à faire bouger les paramètres de la pénalité demeure foncièrement limitée.

En termes de pensée pénale, le renouveau plus fondamental de la réflexion à propos de la question du « dommage collatéral » se manifeste notamment à travers la théorisation, depuis quelques années, du « *punishment drift* » par un auteur tel que Richard Lippke. Tout le mérite de l'analyse de Lippke est de prendre bonne note de la pierre d'achoppement majeure de toute théorie visant à prendre en compte le mal infligé aux familles : le fait que, à proprement parler, ce ne sont pas les membres de la famille qui sont « punis » en tant que tels. Pour Lippke, la sensibilité aux dommages collatéraux de la peine renforce néanmoins l'argument en faveur de la dépénalisation, mais il le fait sur une base de principe nouvelle, l'idée étant que « *punishment drift ought to be seen as coming a bit too close to punishment of the innocent to be casually tolerated* »[74]. En cela Lippke réactive un souci marginal mais ancien à propos des théories rétributives de la peine, à savoir leur incapacité à justifier le tort – à défaut de la punition – infligé aux membres innocents de la famille[75].

Comme le reconnaît Lippke, il existe bien une distinction entre les finalités voulues de la peine et celles qui ne le sont pas spécifiquement. Toute « conséquence négative » n'est pas nécessairement une « punition ». Par exemple, l'individu qui boit au volant et a un accident n'est pas « puni » pour autant de ce seul fait, même si cette idée se retrouve dans le langage courant. Toutefois, pour Lippke, « *Although the distinction between intended and merely foreseen consequences of action is important, […] it cannot be invoked to dismiss concerns about punishment drift* »[76]. La différence entre les « conséquences négatives prévisibles » et une « punition voulue » serait trop spécieuse pour

[73] Markson *et al.* 2015.
[74] Lippke 2017b, p. 646.
[75] Ewing 2013, p. 43.
[76] Lippke 2017b, p. 642.

que l'on se désintéresse des premières au motif que l'on ne travaille que sur la seconde[77].

De fait, le droit s'intéresse trop par ailleurs (en matière civile par exemple) à ses conséquences indirectes pour que ses protestations d'innocence en matière pénale soient entièrement convaincantes[78]. Cela est vrai y compris du droit pénal qui dans certains contextes s'avère tout à fait capable de prendre en compte la pertinence des liens familiaux[79]. Plutôt donc que de donner une réponse dans l'absolu à la question de savoir si le système pénal « punit » réellement les familles, on suggérera ici trois facteurs d'incohérence, voire même d'hypocrisie, dans le désintérêt pour les conséquences familiales, qui relativisent fortement la pertinence de la distinction entre effets intentionnels et simplement prévisibles.

Premièrement, la distinction entre effets intentionnels et seulement prévisibles de la peine est particulièrement difficile à soutenir *dans l'optique même du droit pénal*. Elle l'est tout d'abord et surtout pour les tenants utilitaires de la peine : en effet, on ne saurait être « utilitaire » par rapport aux seuls objectifs explicites et formels de la peine, en se masquant les yeux par rapport à ses conséquences sociales plus larges. Un utilitariste conséquent l'est par rapport à la totalité des résultats de la peine, et ne saurait donc considérer comme particulièrement pertinent que ses résultats aient été intentionnels ou non, dès lors qu'ils ont été connus ou prévisibles. On verra par la suite si le tort causé aux familles peut malgré tout être justifié sur une base utilitaire, mais à tout le moins on ne saurait l'ignorer comme une composante de ce même calcul conséquentialiste. La question de savoir si le tort aux familles est une « punition » ou « une conséquence négative » devrait être sans pertinence pour les utilitaristes pour qui ne comptent, justement, que les conséquences.

Pour un rétributiviste, l'idée que ce qui est intentionnel est plus moralement pertinent car plus fautif est sans doute plus

[77] Cf. notamment Christopher 2001, p. 879.
[78] Lerer, *supra* note 26.
[79] On pense par exemple à toute une série de lois exemptant de responsabilité pénale ou adoucissant celle-ci lorsque des membres de la famille d'un criminel l'aident à masquer son crime, refusent de témoigner contre lui, ou lui portent secours lors d'une fuite ou d'une évasion.

familière. Remarquons cependant que pour la plupart des rétributivistes, le privilège de cette distinction est dénié aux condamnés eux-mêmes, pour qui une *mens rea* d'intention n'est souvent pas sensiblement différente d'une mens rea de connaissance subjective des conséquences de ses actes pour de nombreux crimes. Le condamné, lui, l'est bien pour les conséquences délibérées et simplement prévisibles de ses actes. Certes, les rétributivistes ne sont pas accusés d'un crime lorsqu'ils protestent que les résultats seulement prévisibles ne doivent pas être traités comme des résultats intentionnels, mais leurs protestations pourront sonner faux et être taxées d'hypocrisie. Si l'on demande au citoyen ordinaire d'être attentif aux conséquences prévisibles de ses actes et pas seulement de ne pas les vouloir, alors comment justifie-t-on d'exempter la société toute entière d'une responsabilité pour les conséquences prévisibles de ses propres politiques[80]?

L'idée que l'accusé, en outre, endosse l'intégrale responsabilité de ses actes et de leurs conséquences, y compris en ce que ces conséquences ont de peu justifiable sur le principe, paraît moralement indéfendable. Un esclave qui s'échappe et est puni sévèrement par ses maîtres n'est pas « responsable » moralement des conséquences qu'il inflige de ce fait à sa famille au travers de son traitement inique. Le condamné n'est ici que le déclencheur d'une punition dont le principe est bien décidé par la société, qui ne saurait prétendre autrement. La distinction entre « peine » et « conséquences négatives » elle-même peut apparaître spécieuse pour un rétributiviste non-borné. Comme le soulignent Binder et Smith, « *Anyone disturbed by the prospect of undeserved punishment is unlikely to be bothered by the revelation that technically, it is not punishment. Nor are they likely to be persuaded that they should just grow up and accept life's unfairness* »[81]. L'honneur de la justice pénale serait plutôt de s'intéresser à ses conséquences systémiques et ne pas attribuer celles-ci entièrement au criminel. À ce dernier la responsabilité de son crime ; à la société celle qui découle de sa répression. La faute de l'un n'absout pas la responsabilité de l'autre.

[80] Pour un argument similaire, voir Lippke 2017b, p. 652-653.
[81] Binder & Smith 2000, p. 139.

Un second facteur d'hypocrisie a trait au fait que, s'agissant d'individus faussement accusés ou victimes d'erreurs judiciaires, on n'hésitera pas à prendre en compte les conséquences néfastes pour leurs familles pour s'indigner de cette injustice. La défense des conceptions utilitaristes modérée par exemple prend volontiers en compte, dans l'hypothèse d'école d'une dénonciation calomnieuse qui servirait une fin utilitaire bénéfique, le dommage infligé aux membres de la famille du condamné à tort pour mieux condamner le recours à tout bouc émissaire[82]. Plus généralement, il est commun de déplorer, suite à de grandes erreurs judiciaires avérées, le tort causé aux membres de la famille, preuve que celles-ci ne sont pas au-delà de toute considération par la pensée pénale. On retrouve cette intuition fondamentale dans la défiance à l'égard de la détention préventive, toujours susceptible de déboucher sur un acquittement alors même qu'elle est préjudiciable dès l'instant présent pour la famille de l'accusé (Mirabeau s'indignait de ce que l'accusé innocenté serait libéré pour « retrouver sa malheureuse famille dans quelque atelier de charité où la honte et la misère l'ont forcée de se réfugier »[83]).

Certes, il s'agit d'une hypothèse où le condamné n'aurait pas dû l'être et donc où le dommage occasionné aux familles est d'autant plus inadmissible ; mais on voit bien que le système s'attache dans ce cas d'espèce à *l'ensemble* des conséquences d'une condamnation et se refuse à un individualisme réducteur. Relevons également que, dans le cadre de systèmes qui ne sont jamais à l'abri de l'erreur judiciaire et savent que celle-ci est toujours possible, toute souffrance collatérale infligée aux victimes est susceptible d'être un facteur d'amplification de l'erreur judiciaire. Un système de justice pénale libérale bien ordonné est donc un système qui, même par rapport aux condamnés, se doit d'une certaine prévenance par rapport aux familles, ne serait-ce qu'au motif que les condamnés s'avèreront peut-être innocents.

Un troisième facteur d'hypocrisie a trait à notre sens au fait que lorsqu'il s'agit de prendre en compte les *victimes* du crime, l'on n'hésite pas également à aller bien au-delà de la victime

[82] Sprigge 1965.
[83] Cité par Beccaria 1870, p. 119.

intentionnelle pour prendre en compte le tort provoqué à l'ensemble des victimes, notamment familiales. Déjà Bentham avait noté en son temps que le but de la punition était de dissuader le *« mischief »* du crime, au sein duquel il distinguait un *« primary mischief »* (victime principale) d'un *« secondary mischief »* (dommage social). Le *« primary mischief »* incluait le tort souffert par l'individu mais aussi sa famille[84]. La logique victimaire en matière pénale, même si longtemps négligée, englobe désormais bien plus que la victime directe, ne serait-ce qu'en matière d'homicide. Dans la détermination de la peine et l'éventuelle attribution de dommages, la justice pénale va donc tenter de s'adresser à tout un ensemble de victimes. C'est pourquoi d'ailleurs certaines approches prometteuses en victimologie tentent d'étendre cette relative libéralité dans la détermination du statut de victime à la famille du condamné, notamment en matière de peine capitale[85].

Ces inconséquences de la pensée pénale relativisent la dichotomie posée entre conséquences intentionnelles et seulement prévisibles. Elles permettent aussi de mettre en perspective un certain particularisme de la peine au sein des systèmes juridiques. Pour beaucoup de pénalistes rétributivistes, la question demeure bien de savoir si les conséquences négatives subies par la famille sont une forme de *punition*. Mais pour d'autres, il est possible de contourner le caractère excessivement limité de cette question afin de « normaliser » la justice pénale comme institution sociale en mettant plutôt l'accent sur l'idée de *conséquences prévisibles bien que non-intentionnelles*. Une partie de la réflexion, à ce propos, s'est orientée vers un re-examen de la vieille doctrine scolastique du « double effet » pour évaluer la justice d'éventuels effets collatéraux de la peine. Manning insiste notamment sur le fait que l'on est redevable des conséquences négatives non voulues d'une politique elle-même moralement défendable et voulue, *a fortiori* lorsqu'on profite de ses conséquences négatives (le *« guilt by privilege »* qui peut avoir son importance ici si une communauté particulière profite particulièrement de l'incarcération de membres

[84] Bentham 1876, p. 152-153.
[85] Beck & Jones 2008 ; Jones & Beck 2007 ; Sharp 2005.

d'une autre) ou en tous les cas qu'on le connaît sans rien y faire[86]. Pour Bülow, les conséquences négatives infligées aux victimes ne sont pas *a priori* une condition de la punition du condamné et donc bien une conséquence non voulue (sous réserve, bien entendu, des cas de punition collective où elle le serait)[87].

Dès lors que l'on est responsable de tout dommage causé à autrui que l'on tolère, la césure posée entre le condamné et sa famille paraît d'autant plus artificielle. Kolber cite par exemple l'hypothèse extrême de deux frères siamois dont l'un commettrait un crime et serait envoyé en prison. Son frère n'aurait alors d'autre choix que de le suivre[88]. En punissant l'un, la société serait tout à fait consciente qu'elle « impose des conséquences négatives » sur l'autre. L'idée qu'il n'est pas « puni » à proprement parler serait quoiqu'il en soit tout à fait une vue de l'esprit. En tout état de cause, même si l'on considère qu'il n'est pas « puni », on hésiterait à lui infliger des conséquences aussi dramatiquement négatives alors qu'il est innocent, ce qui montre que la question de ce qu'il convient de faire demeure, au-delà des étiquettes. La situation des familles n'est sans doute pas si différente. Celles-ci peuvent être liées au condamné par des liens émotionnels tout aussi forts (les frères siamois pourraient ne pas être affectivement proches là où un enfant aurait des liens très forts avec son parent). On peut même imaginer que la famille du condamné souffre plus concrètement de la peine que le condamné lui-même. Il y a là en tous les cas matière à déstabiliser l'idée que les systèmes pénaux pourraient se désintéresser des conséquences négatives de leurs pratiques, quand bien même elles seraient prévisibles mais non intentionnelles. On finit toujours par vouloir ce que l'on ne cherche point à minimiser…

En outre, il s'agit bien pour Lippke de considérer que les dommages infligés aux familles des condamnés auraient pu être évités. Prenant pour exemple les dommages collatéraux en conflit armé (peut être l'une des illustrations les plus connues de la doctrine du double effet), Lippke montre que les dommages causés

[86] Manning 2011.
[87] Bülow 2014.
[88] Kolber 2012, p. 13.

par la peine ont beaucoup moins de chance d'être considérés comme indépendants de la volonté de la société. Il existe en effet de nombreuses possibilités de minimiser ces dommages. Un avion qui bombarde une cible militaire causera peut-être des dommages collatéraux malgré ses efforts pour les limiter dans le cadre du droit international humanitaire, mais ces dommages seront accidentels plus qu'inévitables et interdits dès lors qu'ils seraient délibérés ; la condamnation d'un accusé implique nécessairement des dommages collatéraux systématiques et profonds « au ralenti » pour les familles que la société devrait être en mesure de limiter sans sacrifier ses buts.

Il s'agira malgré tout de mesurer le « bien » produit par la peine contre le « mal » produit par ses conséquences collatérales, et ce y compris dans une optique de principe qui ne se limite pas à un vulgaire calcul utilitaire. À ce titre, d'aucuns ont bien sûr souligné le caractère particulièrement négatif de la peine pour les membres de la famille du condamné comme un facteur qui devrait être déterminant[89], dans un contexte où les finalités de la peine demeurent assez théoriques là où son effet concret est de plus en plus évident. Dès lors, c'est moins le principe de la peine que la nécessité de sa durée ou de ses conditions qui semble fragilisé. La théorie ici trouverait un relais dans un examen des pratiques pénales – et surtout des pratiques *possibles* – pour grandement relativiser l'idée d'une inévitabilité du tort infligé aux familles. On pense par exemple à toutes les efforts tendant à faciliter la vie familiale en prison, mais aussi certaines initiatives beaucoup plus innovantes au moment du prononcé de la peine, telles que les « *family impact statements* » lesquels prennent en compte l'ensemble des conséquences familiales pour le condamné[90].

3. Un dépassement par l'approche restauratrice et/ou corrective ?

En définitive, la prise en compte des familles vient renforcer tout un arsenal argumentatif en faveur de la limitation de la peine,

[89] Manning 2011.
[90] King & Norgard 1998.

qui s'appuie généralement sur ses effets limités même à l'endroit de l'accusé ou en termes de protection de la société. Ce type d'arguments tend notamment à mettre en avant ce qui devrait être le caractère subsidiaire et de dernier recours de la peine d'emprisonnement, notamment pour toute personne dont l'incapacitation à cause du danger qu'elle pose ne serait pas rendue absolument nécessaire. C'est cette notion qui se trouve désormais renforcée par l'idée que, non seulement la peine dans certains cas décuple le crime, coûte cher et ne réhabilite pas, mais en outre contribuerait à déstructurer le lien familial, laisserait les mineurs à l'abandon, et tout simplement aurait des conséquences préjudiciables sur des « innocents ». Le paradigme pénal classique apparaît à bien des égards rétrograde sous l'angle de ses conséquences et de sa réalité morale, et il convient désormais dans toute discussion pénale d'accorder la place centrale qu'elle mérite à la situation et au statut des familles.

La pensée pénale sur la question a certes fait d'importants progrès mais elle reste comme prisonnière de certains schèmes conceptuels auxquels elle est arrimée. En réalité, l'idée que la peine puisse être ajustée en fonction de son effet social plus immédiat fait plus que la modifier à la marge : elle en change potentiellement la nature. Elle appelle donc une réflexion plus radicale sur les conséquences plus systémiques de la présence de la famille dans l'ombre de la peine. Et si, au contact de la famille et d'une appréciation plus fine de son implication dans le système répressif, c'était la pensée pénale classique qui se trouvait incapable de donner corps à l'intuition qu'il convient de traiter condamné et famille de manière holistique ? Faut-il réinventer la peine ou simplement l'aménager ? Si l'idée de prendre en compte les souffrances de la famille du condamné poussait les justifications de la peine classique à leurs limites théoriques, une telle prise en compte serait-elle plus soluble dans certains des grands paradigmes concurrents, justement, de la justice punitive ?

On pense ici en premier lieu à l'idée de justice restauratrice. L'approche restauratrice est *a priori* associée à une plus grande emphase sur les victimes *du crime* ainsi éventuellement que leurs familles, et donc pas nécessairement particulièrement portée à prendre en compte la famille de l'accusé. Une des caractéristiques

fondamentales de la justice restauratrice est néanmoins qu'elle vise à mettre en rapport l'accusé et la victime. Dans certains cas en outre, il s'agit de résoudre les différends entre toutes les parties en cause et donc, potentiellement, la famille de l'auteur d'un crime. C'est le cas notamment de l'« *ifoga* » samoenne, à laquelle peut participer l'ensemble de la famille de l'accusé ; on pense aussi au « *community conferencing* » inspiré des pratiques Maori en Nouvelle Zélande, et qui implique la famille de l'auteur du crime[91].

De fait, une partie des études en matière de justice restauratrice s'intéresse au rôle de cette famille traditionnellement entièrement négligée par la justice pénale. C'est notamment le cas d'un travail important accompli pour comprendre l'utilité que pourrait avoir le paradigme restaurateur dans le cas du meurtre, comme alternative à la peine capitale[92]. Ce travail prône notamment la forte identité entre les expériences de la famille de la victime et du coupable. Le crime affecte certes la victime et son entourage, mais il est aussi une catastrophe pour la famille du condamné, une cause de suspicion, de déclassement, d'abandon des proches et dépendants. Il fait donc partie intégrante du crime comme fait total. La souffrance de la famille de l'accusé n'est sans doute pas comparable dans de nombreuses hypothèses à celle de la victime, mais le cas particulier de la peine de mort et l'accent mis sur la loi du talion renforcent l'idée que le système tend parfois de fait sinon délibérément à vouloir égaliser les conditions de la souffrance de part et d'autre.

Ces approches restauratrices ne sont pas nécessairement des substituts à une peine plus classique. Dans le cas du *« community conferencing »*, la famille de l'auteur serait plutôt associée au prononcé de la peine au gré d'un processus collectif. En outre, au moins de manière symbolique, certains rituels restaurateurs semblent fondés sur l'idée que la famille du responsable est elle-même responsable, sinon de l'infraction, du moins de la nécessité d'y apporter remède, ce qui pourrait poser problème dans une optique libérale. Quant à certaines suggestions d'intégrer une dimension restauratrice à la peine capitale à travers des rencontres

[91] Maxwell 2008 ; Maxwell & Hayes 2006.
[92] Beck, Britto & Andrews 2007.

avec les condamnés, on voit mal comment un châtiment aussi définitif pourrait être conciliable avec l'idée de réhabilitation que porte la justice restauratrice, notamment dès lors que la famille de l'accusé en fera immanquablement les frais[93] et que la famille de la victime soutient l'exécution[94].

Néanmoins, la participation de la famille donne une tonalité assez différente au processus et à la nature de la peine. Cette tonalité ressort notamment de ce que l'auteur se reconnaît comme ayant causé un tort à la victime *mais aussi à sa propre famille*, laquelle souffrira aussi de sa peine et des stigmates qui lui sont associés[95]. La justice restauratrice est un ici un lieu où la honte est produite avec force et de manière collective. Pour John Braithwaite, l'un des principaux théoriciens de la justice restauratrice :

> *« The discussion of consequences of the crime for victims (or consequences of the offender's family) structures shame into the conference ; the support of those who enjoy the strongest relationship of love or respect with the offender structures reintegration into the ritual. It is not the shame of police or judges or newspapers that is most able to get through to us ; it is shame in the eyes of whose we respect and trust. »*[96]

Pour la famille du coupable, le fait de simultanément se dissocier du crime afin de rassurer la victime et ses proches tout en se solidarisant avec le criminel afin de l'épauler dans sa démarche restauratrice représente en définitive un exercice délicat mais prometteur. Il faut également relever que, indépendamment de ses méthodes, la préférence de la justice restauratrice pour les peines non-carcérales et conditionnelles non seulement minimise grandement les conséquences négatives sur la famille, mais permet à celle-ci d'être associée au processus de réintégration du condamné à la communauté.

Une perspective assez différente encore que complémentaire – que l'on qualifiera ici de « correctrice » – tente de dépasser les limites de la pensée pénale classique par une prise en compte des

[93] Radelet & Borg 2000, p. 89.
[94] Beck *et al.* 2002.
[95] Walgrave & Aertsen 1996, p. 78.
[96] Braithwaite 2002, p. 74.

effets systémiques de la justice pénale, et notamment ses effets distributifs préjudiciables à certaines communautés. On a déjà fait allusion à la manière dont les conséquences familiales de l'incarcération affectent certains groupes, notamment racialisés, plus que d'autres. Ici le débat sur la manière dont « les » familles sont affectées par la condamnation du criminel rejoint un débat plus large sur la manière dont « ces » familles (et pas d'autres) sont affectées de manière disproportionnée par la punition. Par extension, et notamment du fait d'un fort taux d'incarcération et de l'effet de cercles concentriques se recoupant fortement, c'est non seulement telle ou telle famille qui est affectée (comme le suggérerait une approche libérale *« color blind »*) mais tout le tissu familial d'une communauté donnée.

Dès lors, une réflexion sur les conséquences familiales de l'incarcération est indissociable d'une réflexion plus large sur la discrimination systémique dont pâtissent certains groupes sociaux. Prendre en compte la famille ne se réduirait pas à un élargissement « restaurateur » de la justice, mais relèverait plutôt d'une réflexion radicale sur la manière dont, à travers leurs familles, ce sont des communautés entières qui font les frais d'une justice pénale dont l'individualisme dissimule mal ses effets distributifs, systémiques et corrosifs. On sait par exemple que le Canada a été un des pionniers dans le développement de sentences adaptées aux autochtones et prenant notamment en compte la discrimination systémique dont ils ont fait l'objet ainsi que le caractère culturellement peu adapté de l'emprisonnement. Même si la question de la famille de l'accusé n'a pas toujours été au cœur de ces efforts, le devenir des communautés affectées par l'incarcération demeure un souci central. Des suggestions ont par exemple été faites dans le sens d'un plus grand recours à la justice restauratrice à propos de la problématique de la sur-incarcération des afro-américains[97]. Dans cette perspective, la prise en compte de l'effet de l'incarcération sur certaines familles pourrait être une manière de reconnaître le fait qu'elles ont « payé » un prix disproportionné dans le cadre de la « guerre contre la drogue ».

[97] Elechi 2005.

Conclusion : De quelques ambiguïtés persistantes dans la prise en compte des familles

On a dans cet article voulu donner une idée de la teneur des débats sur la question de la prise en compte des familles dans la justice pénale, en confrontant plusieurs paradigmes qui ont tenté de réfléchir à la question directement ou indirectement. La présence des familles à l'ombre de la pénalité permet d'interroger la peine et débouche sur une meilleure conceptualisation, que l'on considère la peine comme une menace aux droits humains des membres de la famille, comme quelque chose qui doit être repensé dans un sens beaucoup plus libéral pour mieux prendre en compte ses conséquences, ou encore comme une occasion de dépassement de la logique punitive au travers d'une véritable logique restauratrice. On souhaite néanmoins dans cette conclusion donner une idée de certaines ambiguïtés persistantes qui continuent de peser sur cette réflexion.

Premièrement, il existe une réelle ambiguïté sur les bénéficiaires de la prise en compte des familles. Le cas échéant, celles-ci doivent-elles être prises en compte pour elles-mêmes ou pour les accusés ? Cette distinction, pas toujours remarquée[98], est pourtant cardinale. Dans certaines approches, l'accent est clairement mis sur l'accusé lui-même. Pour Lippke par exemple, l'accès à la famille est une condition indispensable de la réhabilitation de l'accusé[99]. On est donc dans une optique punitive assez classique, si ce n'est que la punition est justifiée par sa capacité à réintégrer le condamné dans la société et donc le besoin de maintenir les liens familiaux. Kolber va beaucoup plus loin en suggérant que nous ne sommes pas tous égaux devant la peine et qu'une condamnation au même nombre d'années dans la même prison sera vécue très différemment par différentes personnes, y compris du fait de leurs différents liens familiaux[100]. Une théorie rétributive cohérente de la peine devrait prendre en compte le degré de souffrance qu'une peine provoque, et l'insistance rétributive sur le « *just desert* » doit s'incliner face à une approche calculant

[98] Cf. cependant Segal 2001, p. 262.
[99] Lippke 2007.
[100] Bronsteen, Buccafusco & Masur 2009 ; Kolber 2012.

l'ensemble des souffrances réelles infligées à l'accusé. De même, David Hayes insiste sur l'intensité des « *contextual pains* » liées à l'interruption des relations familiales et la séparation des êtres aimés et à la possibilité, à travers une politique pénale adaptée, de les prendre en compte dans le processus de condamnation[101]. La prise en compte des familles déboucherait ici sur une approche réformiste, renforçant un arsenal d'argument en faveur des peines alternatives, de l'ouverture des prisons, voire de leur abolition du moins telles qu'elles existent actuellement.

Dans une autre optique, le point de départ est plutôt la manière dont *la famille elle-même* est affectée. C'est le cas notamment de l'optique des droits humains, mais également de certaines approches pénales qui se méfient de la manière dont la peine tend à s'étendre aux innocents en violation du canon rétributiviste. Là où les membres de la famille sont invisibles, on promouvra au contraire une politique de leur visibilité afin que ceux-ci soient vus comme *« citizens in their own right, not just as prison visitors who only become visible when they walk through the prison gate »*[102]. On insistera par exemple sur le fait que c'est l'enfant du condamné qui souffrira de la peine, quitte à ne pas ou peu se soucier de l'effet pour le condamné lui-même de ne pas pouvoir assumer ses responsabilités parentales. Dans cette perspective, rien *dans ce qu'est ou qu'a fait l'accusé* ne suggère qu'il mérite que sa famille soit moins affectée par sa peine ; c'est bien la famille qui, en son propre nom et du fait de son innocence foncière, mérite de n'être pas indûment affectée par ladite peine.

En réalité, ces approches ne sont pas nécessairement incompatibles : ce qui est bon pour le condamné peut aussi l'être pour sa famille. Mais elles tendent vers des prescriptions assez dissemblables : l'idée que la souffrance imposée aux condamnés varie selon leur existence familiale va dans le sens d'une véritable remise en cause de la théorie du « *just desert* » telle qu'elle s'applique au criminel et donc invite à une modulation de la peine en fonction du mal qu'elle inflige réellement; l'idée de la souffrance imposée aux familles va plutôt dans le sens d'un simple

[101] Hayes 2017.
[102] Condry, Kotova & Minson 2016, p. 636.

aménagement de la peine pour le bénéfice des proches et notamment des enfants, à la coloration simplement réformiste et humanitaire.

Une deuxième série d'ambiguïtés, justement, a trait aux conséquences d'une telle réflexion, à supposer qu'on en accepte les conclusions. La prise en compte des familles doit-elle influer sur le principe, le quantum ou simplement l'aménagement de la peine ? La question relève-t-elle de la pensée pénale à proprement parler ou de la réforme pénitentiaire ? Les suggestions les plus audacieuses vont dans le sens de diminutions de peines, ou en tous les cas renforcent un argumentaire libéral autour de l'idée que la peine devrait être un dernier recours. Une des cibles préférées de ceux qui s'intéressent à la limitation des peines afin de réduire les dommages collatéraux sont les peines civiles, conçues comme une sorte de « double peine ». Mais il ne fait aucun doute que la prise en compte des familles peut aller jusqu'à envisager une décarcéralisation plus fondamentale.

De nombreuses propositions consisteraient plutôt en un aménagement des peines qu'une modification de leur étendue. Ces propositions incluent par exemple l'idée que les visites devraient être grandement facilitées ou encore que les détenus devraient pouvoir être salariés comme s'ils étaient libres afin de pouvoir contribuer aux besoins de leurs familles. Un rapport britannique recommandait par exemple la possibilité de contacts virtuels par Skype pour certains prisonniers avec leurs familles[103]. Dans d'autres cas, c'est l'idée même de ce qui fait la peine qui se trouve remise en question tant et si bien que les distinctions entre prononcé et exécution de la peine, quantum et nature s'en trouve fortement atténuées. On s'acheminerait ainsi vers une conception de la peine plus raréfiée dont seraient évacués tous les effets indésirables. Comme le note très justement Lippke :

> *« It is tempting to think of imprisonment, with its varied restrictions and deprivations, as an indivisible package. On such a conception of the prison, isolation, idleness, and deprivation in all of its forms are simply what prisons, of necessity, inflict on convicted offenders. Yet there are other conceptions of*

[103] Summers 2017.

> *imprisonment according to which it should only deprive offenders of their liberty to move about in society, along with the stunted autonomy and reduced privacy that goes with such liberty deprivation. Any of the other, familiar deprivations of imprisonment—loss of work, poor living conditions, loss of civil liberties, social isolation, and lack of access to recreation or entertainment—are ones that are either unnecessary or must be justified. »*[104]

À un certain niveau, on l'a vu, la prise en compte de la famille de l'accusé/condamné pourrait même aller dans le sens d'un dépassement complet de la peine. En effet, en traitant cette famille comme une composante intégrale du processus de détermination de la peine, on peut aboutir à des mécanismes qui d'une part prennent en compte les besoins et vulnérabilités de la famille, mais aussi le cas échéant sa responsabilité dans la garantie du comportement futur de l'accusé voire, *soto voce,* sa mise en cause comme ayant contribué au crime.

Aux confluents de la pensée réformiste et de la pensée abolitionniste, peut-être est-il utile de remarquer aussi un certain nombre de pratiques « extrêmes » qui relativisent fortement la césure que représente la prison pour la famille. On oublie par exemple que condamné à la prison pour hérésie, Hugo Grotius y fut rejoint par sa famille laquelle ne pouvait pas subvenir à ses besoins seule. Au Mexique, il n'est pas rare de voir des enfants jouer dans les prisons et certaines familles y passer de longs séjours. Dans la prison de San Antonio sur l'île de Margarita au Venezuela les familles des condamnés vivent avec eux. Enfin, il est courant de permettre à des femmes ayant accouché en prison de garder leurs enfants.[105] Ce type d'aménagement « participatif » de la peine a ses défenseurs car jugé préférable au fait de séparer les enfants de leurs parents, mais il est aussi critiqué par ceux qui voient dans la prison un lieu tout à fait inadapté à la croissance de l'enfant[106]. Quoiqu'il en soit, ces exemples trahissent la potentielle

[104] Lippke 2017b, p. 654-655.
[105] Luke 2002 ; Seymour & Hairston 1998.
[106] Plusieurs pays limitent l'âge au-delà duquel un enfant peut demeurer en prison avec ses parents (1 an à Cuba, 3 ans au Mexique), ce qui pose néanmoins la question des conditions éventuelles d'une séparation inévitablement brutale.

fluidité entre les mondes carcéraux et familiaux et par la même occasion la manière dont la peine peut avoir des significations très différentes selon la manière dont elle s'articule par rapport au vécu familial.

Il existe une troisième équivoque qui hante les débats sur la question partout où ils ont eu un certain écho et qui réactive la vieille tension entre individualisation de et égalité devant la peine[107]. Imaginons en effet que l'on allège ou aménage la peine des détenus ayant une famille, qu'on le fasse pour eux ou pour leur famille ou les deux. L'un des arguments que l'on entend à cette occasion est qu'accorder des peines aménagées aux personnes disposant de liens familiaux introduit une sorte de traitement préférentiel non conformé à l'égalité. On pense ici notamment à l'ouvrage *Privilege or Punish* de Dan Markel, Jennifer Collins et Ethan Leib qui posa aux États-Unis cette question avec beaucoup d'intensité[108]. On sait par exemple que certains détenus se plaignent de ce que les quartiers pénitentiaires réservés aux femmes avec des jeunes enfants sont largement plus confortables. Pour ces auteurs, tout « privilège familial » mérite d'être finement justifié dans une société aux ambitions égalitaires, alors que le fait d'avoir des liens familiaux devrait être une variable moralement neutre. Et ce d'autant que toute adaptation à la baisse de la peine à l'endroit des criminels ayant certains liens familiaux pourrait même être interprétée comme pousse-au-crime.

Une crainte connexe est que le privilège accordé à ceux ayant des liens familiaux ne vienne consacrer une forme univoque de famille. Pour certains, l'idée que la famille est un gage de bonne réhabilitation vient renforcer l'idée que le célibat est suspicieux. Pour d'autres, le « privilège familial » aurait même pour effet de renforcer le statut du pater familias, ou en tous les cas serait potentiellement l'héritier malgré lui de toute une tradition juridique visant à protéger l'homme entendu comme garant de la stabilité familiale[109]. En même temps, la prison est un contexte qui consignerait les femmes à un rôle traditionnel de soutien de

[107] Barberger 2010.
[108] Markel, Collins & Leib 2009.
[109] Markel, Collins & Leib 2009.

l'homme. À l'inverse, certain(e)s insistent sur le fait qu'il faudrait discriminer en fonction des responsabilités familiales, et notamment en faveur des femmes, plus porteuses de responsabilités par rapport aux enfants. Dans cette optique, néanmoins, ne risque-t-on pas de fuir l'archétype masculin uniquement pour tomber dans la réification de certains stéréotypes au sujet du féminin « naturellement maternel » ? Alternativement, faudrait-il vérifier dans chaque cas l'intensité et la sincérité des sentiments maternels, voir filiaux ou conjugaux, pour s'assurer qu'ils sont bien réels ?

On le voit, in fine et au travers de la modulation de la peine par la prise en compte de la famille, c'est toute la pertinence de la famille et son rapport à la peine qui doit être problématisé. Dans tous les cas, certains présupposés de genre et hétéronormatifs semblent structurer la réponse à la question, ainsi que certaines tentatives de les contrecarrer[110]. De fait l'interdiction par les « *federal guidelines* » aux États-Unis de la prise en compte de la situation familiales des accusés au moment de la sentence pour justifier d'aller en-deçà d'une peine plancher est souvent défendue comme introduisant un facteur d'égalité contre le biais de juges enclins à privilégier la « famille traditionnelle ». La peine est aussi l'enjeu de ce type de luttes symboliques.

La question qui se pose, dès lors, est de savoir s'il faut ignorer la famille au motif que l'on risque d'en reproduire une définition traditionaliste, désuète et partiale… ou s'il faut au contraire étendre toute l'idée de la prise en compte des familles à l'ensemble des relations affectives de dépendance qui structurent la vie du condamné, quitte à faire preuve de beaucoup plus de créativité dans la compréhension de ces relations. Dans la première hypothèse on reproduirait, au nom de la difficulté à définir les personnes affectées par l'incarcération, l'entier préjugé en faveur

[110] Voir par exemple le paragraphe 14 de la Déclaration de Bangkok sur les droits des femmes détenues (« *Some of these rules address issues applicable to both men and women prisoners, including those relating to parental responsibilities, some medical services, searching procedures and the like, although the rules are mainly concerned with the needs of women and their children. However, as the focus includes the children of imprisoned mothers, there is a need to recognize the central role of both parents in the lives of children. Accordingly, some of these rules would apply equally to male prisoners and offenders who are fathers.* »)

de la personnalisation de la peine ; dans la seconde, on ouvre une voie beaucoup plus audacieuse vers une compréhension holistique de la peine, tant la « famille » désormais, au lieu de n'être qu'un carcan, ouvre des perspectives fuyantes sur la « communauté » et la société au sens large. Dans cette optique, la justice pénale serait peut-être invitée à réfléchir à rien moins que la manière dont en punissant les coupables entendus comme purs individus, elle finit toujours immanquablement par se punir elle-même.

Bibliographie

Aldana-Pindell 2004
ALDANA-PINDELL (R.), « An emerging universality of justiciable victims' rights in the criminal process to curtail impunity for state-sponsored crimes », *Human Rights Quarterly*, 26/3 (2004), p. 605-685.

Arditti, Lambert-Shute & Joest 2003
ARDITTI (J. A.), LAMBERT-SHUTE (J.), JOEST (K.), « Saturday Morning at the Jail : Implications of Incarceration for Families and Children », *Family Relations*, 52/3 (2003), p. 195-204.

Bales & Mears 2008
BALES (W. D.), MEARS (D. P.), « Inmate social ties and the transition to society : Does visitation reduce recidivism ? », *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 45/3 (2008), p. 287-321.

Bargerger 2010
BARGERGER (C.), *Égalité et individualisation de la peine*, s.l., ERES 2010.

Beccaria 1870
BECCARIA (C.), *Des délits et des peines*, s.l., Guillaumin, 1870.

Beck, Blackwell, Leonard & Mears 2002
BECK (E.), BLACKWELL (B. S.), LEONARD (P. B.), MEARS (M.), « Seeking Sanctuary : Interviews with Family Members of Capital Defendants », *Cornell Law Review*, 88/(2002), p. 382.

Beck & Britto 2006
BECK (E.), BRITTO (S.), « Using Feminist Methods and restauratrice Justice to Interview Capital Offenders' Family Members », *Affilia*, 21/1 (2006), p. 59-70.

Beck, Britto & Andrews 2007
BECK (E.), BRITTO (S.), ANDREWS (A.), *In the Shadow of Death : restauratrice Justice and Death Row Families*, s.l., Oxford University Press 2007.

Beck & Jones 2008b
BECK (E.), JONES (S. J.), « Children of the Condemned : Grieving the Loss of a Father to Death Row », *OMEGA - Journal of Death and Dying*, 56/2 (2008), p. 191-215.

Bentham 1876
BENTHAM (J.), *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, s.l., Clarendon Press 1876.

Berg & Huebner 2011
BERG (M. T.), HUEBNER (B. M.), « Reentry and the ties that bind : An examination of social ties, employment, and recidivism », *Justice quarterly*, 28/2 (2011), p. 382-410.

Binder & Smith 2013
BINDER (G.), SMITH (N. J.), « Framed : Utilitarianism and Punishment of the Innocent », *Rutgers LJ*, 32/1 (2000), p. 115.

Blum 2013
BLUM (G.), « The Crime and Punishment of States », *Yale Journal of International Law*, 38/1 (2013), p. 57-122.

Boudin 2011
BOUDIN (C.), « Children of incarcerated parents : The child's constitutional right to the family relationship », *The Journal of Criminal Law and Criminology (1973-)*, 101/1 (2011), p. 77-118.

Braithwaite 2002
BRAITHWAITE (J.), *Restauratrice Justice & Responsive Regulation*, s.l., Oxford University Press 2002.

Brants 2011
BRANTS (C.), « Guilty landscapes. Collective guild and international criminal law » in *Cosmopolitan Justice and its Discontents*, sour la direction de BAILLIET (C.), AAS (K. F.), Routledge, 2011.

Bronsteen, Buccafusco & Masur 2009
BRONSTEEN (J.), BUCCAFUSCO (C.), MASUR (J.), « Happiness and punishment », *The University of Chicago Law Review*, 76 (2009), p. 1037-1082.

Bülow 2014
BÜLOW (W.), « The Harms Beyond Imprisonment : Do We Have Special Moral Obligations Towards the Families and Children of Prisoners ? », *Ethical Theory and Moral Practice*, 17/4 (2014), p. 775-789.

Byman & Lind 2010
BYMAN (D.), LIND (J.), « Pyongyang's survival strategy : tools of authoritarian control in North Korea », *International Security*, 35/1 (2010), p. 44-74.

Carnelley & Epstein 2012
CARNELLEY (M.), EPSTEIN (C. A.), « Do not visit the sins of the parents upon their children : sentencing considerations of the primary caregiver should focus on the long-term best interests of the child : comments », *South African Journal of Criminal Justice*, 25/1 (2012), p. 106-116.

Cayley 1998
CAYLEY (D.), *The Expanding Prison : The Crisis in Crime and Punishment and the Search for Alternatives*, s.l., Anansi 1998.

Christopher 2001
CHRISTOPHER (R. L.), « Deterring Retributivism : The Injustice of Just Punishment », *Northwestern University Law Review*, 96/3 (2001), p. 843-976.

Clear 2009
CLEAR (T. R.), *Imprisoning Communities : How Mass Incarceration Makes Disadvantaged Neighborhoods Worse*, s.l., Oxford University Press, 2009.

Codd 2013
CODD (H.), *In the shadow of prison : Families, imprisonment and criminal justice*, London & New York, Routledge, 2013.

Comartin, Kernsmith &Miles 2010
COMARTIN (E. B.), KERNSMITH (P. D.), MILES (B. W.), « Family experiences of young adult sex offender registration », *Journal of Child Sexual Abuse*, 19/2 (2010), p. 204-225.

Comfort 2007
COMFORT (M.), « Punishment Beyond the Legal Offender », *Annual Review of Law and Social Science*, 3/1 (2007), p. 271-296.

Comfort 2009
COMFORt (M.), *Doing Time Together : Love and Family in the Shadow of the Prison*, Chicago, University of Chicago Press, 2009.

Condry, Kotova & Minson 2016
CONDRY (R.), KOTOVA (A.), MINSON (S.), « Social injustice and collateral damage : the families and children of prisoners » in *Handbook on Prisons*, sous la direction de JEWKES (Y.) *et al.*, London, Routledge, 2016.

Coninck 1982
CONINCK (G. D.), « La famille du détenu : de la suspicion à l'idéalisation », *Déviance et société*, 6/1 (1982), p. 83-103.

Crenshaw 2011
CRENSHAW (K. W.), « From private violence to mass incarceration : Thinking intersectionally about women, race, and social control », *UCLA L. Rev.*, 59/6 (2011), p. 1418-1473.

Darcy 2002
DARCY (S.), « Punitive house demolitions, the prohibition of collective punishment, and the Supreme Court of Israel », *Penn St. Int'l L. Rev.*, 21/2 (2002), p. 477-508.

Darcy 2010
DARCY (S.), « Prosecuting the War Crime of Collective Punishment : Is It Time To Amend the Rome Statute ? », *Journal of International Criminal Justice*, 8/1 (2010), p. 29-51.

Donson & Parkes 2016
DONSON (F.), PARKES (A.), « Weighing in the balance : Reflections on the sentencing process from a children's rights perspective », *Probation Journal*, 63/3 (2016), p. 331-346.

Doob & Webster 2003
DOOB (A. N.), WEBSTER (C. M.), « Sentence severity and crime : Accepting the null hypothesis », *Crime and justice*, 30 (2003), p. 143-195.

Duwe & Clark 2013
DUWE (G.), CLARK (V.), « Blessed be the social tie that binds : The effects of prison visitation on offender recidivism », *Criminal Justice Policy Review*, 24/3 (2013), p. 271-296.

Elechi 2005
ELECHI (O.), « Repairing harm and transforming African-American communities through restauratrice justice », *Safer Communities*, 4/2 (2005), p. 29-36.

Ewing 2013
EWING (A. C.), *The Morality of Punishment : With Some Suggestions for a General Theory of Ethics*, London & New York, Routledge, 2013.

Farkas & Miller 2007
FARKAS (M. A.), MILLER (G.), « Reentry and reintegration : Challenges faced by the families of convicted sex offenders », *Federal Sentencing Reporter*, 20/2 (2007), p. 88-92.

Farmer 2017
FARMER (Lord), *Importance of strengthening prisoners' family ties to prevent reoffending and reduce intergenerational crime*, s.l., UK Ministry of Justice, 2017.

Gabel & Johnston
GABEL (K.), JOHNSTON (D.), *Children of incarcerated parents*, New York, Lexington books, 1995.

Geis & Binder 1990
GEIS (G.), BINDER (A.), « Sins of their children : Parental responsibility for juvenile delinquency », *Notre Dame JL Ethics & Pub. Pol'y*, 5/2 (1990), p. 303.

Genty 2002
GENTY (P. M.), « Damage to Family Relationships as a Collateral Consequence of Parental Incarceration », *Fordham Urban Law Review*, 30 (2002), p. 1671.

Gillespie 2014
GILLESPIE (W.), « Women in prison » in *Living in Prison : A History of the Correctional System with an Insider's View*, sous la direction de STANKO (S.) *et al.*, Westport, Conn, Greenwood Publishing Group, 2014.

Glaze 2012
GLAZE (L. E.), *Parents in prison and their minor children,* s.l., BiblioGov, 2012.

Hairston 2001
HAIRSTON (C.), « Prisoners and their families » in *Prisoners once removed : The impact of incarceration and reentry on children, families, and communities*, sous la direction de TRAVIS (J.), WAUL (M.),Washington D.C., The Urban Institute Press (2001), p. 259-284.

Hairston 1988
HAIRSTON (C. F.), « Family ties during imprisonment : Do they influence future criminal activity », *Fed. Probation*, 52/1 (1988), p. 48-52.

Hart 2012
HART (H. L. A.), *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012.

Hayes 2017
HAYES (D.), « Proximity, pain, and State punishment », *Punishment & Society*, (2017), p. 235-254.

Heeren 2016
HEEREN (M.), *La prise en compte de l'intérêt de l'enfant dans les décisions prononcées à l'égard de parents détenus Analyse de la problématique au regard de la pratique*, Master en droit, Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain (2016).

Homer 1979
HOMER (E.L.), « Inmate-family ties : Desirable but difficult », *Fed. Probation*, 43 (1979), p. 47.

Huebner & Gustafson 2007
HUEBNER (B. M.), GUSTAFSON (R.), « The effect of maternal incarceration on adult offspring involvement in the criminal justice system », *Journal of Criminal Justice*, 35/3 (2007), p. 283-296.

Jackson 2007
JACKSON (E.), « Prisoners, their partners and the right to family life », *Child & Fam. L. Q* 19/2 (2007), p. 239-246.

Jackson 1979
JACKSON (J. H.), « The loss of parental rights as a consequence of conviction and imprisonment : Unintended punishment », *New Eng. J. on Prison Law*, 6/1 (1979), p. 61.

JD 2011
JD (W.C.L.), « Trauma Therapy for Death Row Families », *Journal of Trauma & Dissociation*, 12/5 (2011), p. 482-494.

Johnston 2006
JOHNSTON (D.), « The wrong road : Efforts to understand the effects of parental crime and incarceration », *Criminology & Public Policy*, 5/4 (2006), p. 703-719.

Johnston & Johnston 1995
JOHNSTON (D.), JOHNSTON (D.), « Effects of parental incarceration » in *Children of incarcerated parents*, sous la direction de GABEL (K.), New York, Lexington Books, 1995, p. 59-88.

Jones & Beck 2007
JONES (S. J.), BECK (E.), « Disenfranchised Grief and Nonfinite Loss as Experienced by the Families of Death Row Inmates », *OMEGA - Journal of Death and Dying*, 54/4 (2007), p. 281-299.

King & Norgard 1998
KING (R.), NORGARD (K.), « What about Our Families - Using the Impact on Death Row Defendants' Family Members as a Mitigating Factor in Death Penalty Sentencing Hearings », *Florida State University Law Review*, 26/4 (1998), p. 1119-1176.

Kolber 2009
KOLBER (A. J.), « The Subjective Experience of Punishment, 109 Colum », *Colum. L. Rev.*, 109/2 (2009), p. 185-86.

Kolber 2012
KOLBER (A. J.), « Unintentional Punishment », *Legal Theory* 18/1 (2012), p. 1-29.

Kuhr 1998
KUHR (C.), « Children of" Enemies of The People" as Victims of the Great Purges », *Cahiers du Monde russe*, (1998), p. 209-220.

Le Sage & De Ruyter 2008
LE SAGE (L.), DE RUYTER (D.), « Criminal parental responsibility : blaming parents on the basis of their duty to control versus their duty to morally educate their children », *Educational Philosophy and Theory*, 40/6 (2008), p. 789-802.

Lerer 2013
LERER (T.), « Sentencing the Family : Recognizing the Needs of Dependent Children in the Administration of the Criminal Justice System », *Nw. JL & Soc. Pol'y*, 9/1 (2013), p. 24-56.

Levenson 2008
LEVENSON (J. S.), « Collateral consequences of sex offender residence restrictions », *Criminal Justice Studies*, 21/2 (2008), p. 153-166.

Levenson & Tewksbury 2009
LEVENSON (J.), TEWKSBURY (R.), « Collateral damage : Family members of registered sex offenders », *American Journal of Criminal Justice*, 34/1-2 (2009), p. 54-68.

Lewis 2015
LEWIS (D. J.), *Incapacitated fatherhood : The impact of incarceration on African American fathers*, Ph.D., Ann Arbor, United States, 2015.

Lippke 2007
LIPPKE (R. L.), *Rethinking Imprisonment*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

Lippke 2017a
LIPPKE (R. L.), « Legal Punishment and the Public Identification of Offenders », *Res Publica*, (2017), p. 1-18.

Lippke 2017b
LIPPKE (R. L.), « Punishment Drift : The Spread of Penal Harm and What We Should Do About It », *Criminal Law and Philosophy*, 11/4 (2017b), p. 645-659.

Lipsey & Cullen 2007
LIPSEY (M. W.), CULLEN (F. T.), « The effectiveness of correctional rehabilitation : A review of systematic reviews », *Annu. Rev. Law Soc. Sci.*, 3/1 (2007), p. 297-320.

Loeffel 1944
LOEFFEL (R.), « Sippenhaft, Terror and Fear in Nazi Germany : Examining One Facet of Terror in the Aftermath of the Plot of 20 July 1944 », *Contemporary European History*, 16/1 (2007), p. 51-69.

Loeffel 2012
LOEFFEL (R.), *Family Punishment in Nazi Germany : Sippenhaft, Terror and Myth*, New York, Palgrave Macmillan, 2012.

Luke 2002
LUKE (K. P.), « Mitigating the ill effects of maternal incarceration on women in prison and their children », *Child Welfare*, 81/6 (2002), p. 929-948.

Manning 2011
MANNING (R.), « Punishing the innocent : Children of incarcerated and detained parents », *Criminal Justice Ethics*, 30/3 (2011), p. 267-287.

Markel, Collins & Leib 2009
MARKEL (D.), COLLINS (J. M.), LEIB (E. J.), *Privilege or Punish : Criminal Justice and the Challenge of Family Ties*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

Markson, Lösel, Souka & Lanskey 2015
MARKSON (L.), LÖSEL (F.), SOUKA (K.), LANSKEY (C.), « Male prisoners' family relationships and resilience in resettlement », *Criminology & Criminal Justice*, 15/4 (2015), p. 423-441.

Maxwell 2008
MAXWELL (G.), « Crossing cultural boundaries : Implementing restauratrice justice in international and indigenous contexts » in, *Restauratrice Justice : From Theory to Practice*, sous la direction de VENTURA MILLER (H.), s.l., Emerald Group Publishing Limited, 2008, p. 81-95.

Maxwell & Hayes 2006
MAXWELL (G.), HAYES (H.), « Restauratrice justice developments in the Pacific region : A comprehensive survey », *Contemporary Justice Review*, 9/2 (2006), p. 127-154.

McLennan 2008
MCLENNAN (R. M.), *The Crisis of Imprisonment : Protest, Politics, and the Making of the American Penal State, 1776–1941*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008.

Mears, Cochran, Siennick & Bales 2012
MEARS (D. P.), COCHRAN (J. C.), SIENNECK (S. E.) & BALES (W. D.), « Prison visitation and recidivism », *Justice Quarterly*, 29/6 (2012), p. 888-918.

Miller 2006
MILLER (K. M.), « The impact of parental incarceration on children : An emerging need for effective interventions », *Child and Adolescent Social Work Journal*, 23/4 (2006), p. 472-486.

Moerings 1992
MOERINGS (M.), « Role Transitions and the Wives of Prisoners », *Environment and Behavior*, 24/2 (1992), p. 239-259.

Murray & Farrington 2005
MURRAY (J.), FARRINGTON (D. P.), « Parental imprisonment : effects on boys' antisocial behaviour and delinquency through the life-course », *Journal of Child Psychology and psychiatry*, 46/12 (2005), p. 1269-1278.

Murray, Janson & Farrington 2007
MURRAY (J.), JANSON (C.-G.), FARRINGTON (D. P.), « Crime in adult offspring of prisoners : A cross-national comparison of two longitudinal samples », *Criminal Justice and Behavior*, 34/1 (2007), p. 133-149.

Mustaine, Tewksbury & Stengel 2006
MUSTAINE (E. E.), TEWKSBURY (R.), STENGEL (K. M.), « Social disorganization and residential locations of registered sex offenders : Is this a collateral consequence ? », *Deviant Behavior*, 27/3 (2006), p. 329-350.

Nagin, Cullen & Jonson 2009
NAGIN (D. S.), CULLEN (F. T.), JONSON (C. L.), « Imprisonment and reoffending », *Crime and justice*, 38/1 (2009), p. 115-200.

Owens 2009
OWENS (E. G.), « More time, less crime ? Estimating the incapacitative effect of sentence enhancements », *The Journal of Law and Economics*, 52/3 (2009), p. 551-579.

Parke & Clarke-Stewart 2003
PARKE (R. D.), CLARKE-STEWART (K. A.), « The effects of parental incarceration on children » in *Prisoners once removed : The impact of incarceration and reentry on children, families, and communities*, sous la direction de TRAVIS (J.), WAUL (M.), Washington D.C., The Urban Institute Press, 2003, p. 189-232.

Pattillo, Western & Weiman 2004
PATTILLO (M.), WESTERN (B.), WEIMAN (D.), *Imprisoning America : The Social Effects of Mass Incarceration*, New York, Russell Sage Foundation, 2004.

Phillips, Burns, Wagner, Kramer et Robbins 2002
PHILLIPS (S. D.), BURNS (B. J.), WAGNER (H. R.), KRAMER (T. L.), ROBBINS (J. M.), « Parental incarceration among adolescents receiving mental health services », *Journal of Child and Family Studies*, 11/4 (2002), p. 385-399.

Pritikin 2008
PRITIKIN (M. H.), « Is prison increasing crime ? », *Wis. L. Rev.* 2008/6 (2008), p. 1049-1109.

Radelet & Borg 2000
REDELET (M. L.), BORG (M. J.), « Comment on Umbreit and Vos : Retributive versus restauratrice justice », *Homicide studies*, 4/1 (2000), p. 88-92.

Robinson & Darley 2004
ROBINSON (P. H.), DARLEY (J. M.), « Does criminal law deter ? A behavioural science investigation », *Oxford Journal of Legal Studies*, 24/2 (2004), p. 173-205.

Schneller 1976
Schneller (D.P.), *The prisoner's family : A study of the effects of imprisonment on the families of prisoners*, R and E Research Associates 1976.

Segal 2001
SEGAL (J. A.), « Family Ties and Federal Sentencing : A Critique of the Literature », *Federal Sentencing Reporter*, 13/5 (2001), p. 258-267.

Seymour & Hairston 1998
SEYMOUR (C.), HAIRSTON (C. F.), *Children with parents in prison : Child welfare policy, program, and practice issues*, London, Routledge, 1998.

Sharp 2005
SHARP (S. F.), *Hidden Victims : The Effects of the Death Penalty on Families of the Accused*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2005.

Sprigge 1965
SPRIGGE (T.L.), « A utilitarian reply to Dr. McCloskey », *Inquiry - An interdisciplinary journal of philosophy*, 8/1-4 (1965), p. 264-291.

Summers 2017
SUMMERS (H.), « "Some prisoners should be able to Skype family", says review », *The Guardian*, 9 août 2017.

Tanck 1987
TANCK (N. A.), « Commendable or Condemnable-Criminal Liability for Parents Who Fail to Protect Their Children from Abuse », *Wis. L. Rev.* (1987), p. 659.

Tewksbury 2005
TEWKSBURY (R.), « Collateral consequences of sex offender registration », *Journal of Contemporary Criminal Justice*, 21/1 (2005), p. 67-81.

Tewksbury & Levenson 2009
TEWKSBURY (R.), LEVENSON (J.), « Stress experiences of family members of registered sex offenders », *Behavioral sciences & the law*, 27/4 (2009), p. 611-626.

Tonry 2009
TONRY (M.), « The mostly unintended effects of mandatory penalties : Two centuries of consistent findings », *Crime and justice*, 38/1 (2009), p. 65-114.

Travis & Waul 2003
TRAVIS (J.), WAUL (M.), *Prisoners Once Removed: The Impact of Incarceration and Reentry on Children, Families, and Communities*, s.l., The Urban Insitute, 2003.

Van Boven 2009
VAN BOVEN (T.), « Victims' rights to a remedy and reparation : the new United Nations principles and guidelines » in *Reparations for victims of genocide, war crimes and crimes against humanity*, FERSTMAN (C.) *et al.*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, p. 17-40.

Wakefield & Wildeman 2014
WAKEFIELD (S.), WILDEMAN (C.), *Children of the Prison Boom : Mass Incarceration and the Future of American Inequality*, New York, Oxford University Press, 2014.

Walgrave & Aertsen 1996
WALGRAVE (L.), AERTSEN (I.), « Reintegrative shaming and restauratrice justice », *European Journal on Criminal Policy and Research*, 4/4 (1996), p. 67-85.

Wasti 2006
WASTI (T.), « Islamic Law in Practice : The Application of Qisas And Diyat Law In Pakistan », *YB Islamic & Middle EL*, 13/1 (2006), p. 97-107.

Williams 2017
WILLIAMS (T.), « Parole Denied », *Troy Williams Journal*, (9 juin 2017), en ligne, http://troywilliamsjournal.com/parole-denied/, consulté le 12 décembre 2018.

Un temps pour condamner, un temps pour laisser souffrir, un temps pour en sortir ?

Aude Leroy
Docteure (sociologie), ENS Paris-Saclay

Introduction

> Est-ce que l'on souffre beaucoup en prison ? Oh non, tout ça, c'est la prison d'autrefois ; je ne vois pas du tout de quoi vous parlez ; cachez, s'il vous plaît, cet enfer que je ne saurais voir…

L'univers carcéral fait partie des administrations au sein desquelles s'observe une tendance au déni des liens entre l'institution et les souffrances de ses clients. Dans les démocraties occidentales, la prison a honte d'elle-même[1]. Au sein des discours, les misères de l'existence carcérale ne sont perceptibles qu'à revers. Plans anti-suicide, unités de vie familiale, etc. : dans ce théâtre des innovations perpétuelles, bien des dispositifs relèvent de l'arrangement avec la privation, la pauvreté, l'isolement, la violence parfois extrêmes.

A contrario, le langage officiel opte pour des projets à connotation optimiste. La *réinsertion du détenu* se situe au premier

[1] Rostaing 2010.

plan de cette version souriante du tableau carcéral. Ce répertoire de justifications accompagne les politiques pénitentiaires depuis l'après-Seconde Guerre mondiale. Il produit des schèmes de pensées pluriels et évolutifs[2]. Aujourd'hui, l'un des aspects critiques de cette confiance affichée tient au fait qu'elle situe la souffrance carcérale de l'autre côté du miroir. Car les dispositifs « pro-réinsertion » actent aussi une réalité : comme la prison ne fait pas souffrir seulement parce qu'elle prive de liberté, il s'avère nécessaire de pallier les blessures occasionnées en surcroit. Dans le contexte d'une norme à la fois juridique et morale de l'humanisation de la peine carcérale[3], cette ambivalence inavouée se répercute sur la gestion de la carrière du détenu. On gouverne les personnes au nom de justifications contradictoires. Cela induit des effets pervers en défaveur des détenus, comme nous proposons de le montrer.

Les processus d'examen de demandes d'aménagement de peine sont coincés dans ces contresens. On place l'image d'Épinal du détenu « réinséré » au premier plan de la peinture officielle des aménagements de peine. On ignore dans quel sens va le *refus* d'une demande. Dans le discours du législateur, le sens de la décision se cherche du côté de la mesure *accordée*. C'est aussi ce qui est reflété au détenu dans les motivations formelles d'une décision judiciaire. Pourtant, c'est très concrètement que le *refus* d'un aménagement de peine fait sens pour le même détenu : non pas un sens philosophique, mais celui d'une expérience subie, sentie, vécue, etc. Concrètement, le choix du maintien en prison prolonge la plongée dans un lieu de malheurs, abstraction faite du genre d'expérience que ce détenu aurait vécue dehors. Sur cette image

[2] L'option prison se généralise, tout en se spécialisant, au cours du XIX^e^ siècle. Dès lors, elle se pense comme devant être autre, mieux, que le « lieu de passage vers la mort, vers le bannissement ou un lieu de sûreté avant jugement » symbolisant les prisons d'ancien régime (Roth 1981, p.16). Elle revêt une *finalité officielle* (Goffman 1968). Celle-ci n'est rien moins qu'une intervention sur l'humain : « les philanthropes voulaient faire (de l'enfermement) un instrument propre à transformer les criminels en hommes nouveaux, une prison rédemptrice » (Combessie 2009, p. 55). Dès lors, le prisonnier devra être pris dans un traitement pour « sortir changé », suivant l'une des doctrines pénales, celle de la réhabilitation, dont la généalogie remonte au XVIII^e^ siècle. Voir Roth 1981 ; Pires 2008 ; Debuyst, Digneffe & Pires 2008.

[3] Bouagga 2013.

d'Épinal, on ne voit pas quels types de liens noue l'institution entre « d'où vient la peine » et « où va la peine ». En l'occurrence, on condamne, entre autres motifs légaux, pour faire souffrir.

La dimension dissuasive de la prison, c'est de promettre, à qui enfreindrait la loi, une épreuve affligeante. La dimension rétributive, quant à elle, ce sont la liberté, le corps et la santé du condamné soumis en sacrifice[4], sur la foi d'une valeur réparatrice de cette peine. Si les souffrances des détenus génèrent un non-dit, celui-ci perturbe les réflexions des acteurs chargés au quotidien des décisions d'aménagement des peines en milieu carcéral. Premièrement, le tabou trouble les tentatives de hiérarchiser et de concilier les finalités officielles de l'enfermement (elles-mêmes divergentes : punir, isoler pour protéger la société, réinsérer dans la société). Comment discuter la place du punitif s'il est invisible dans l'équation ? Deuxièmement, ce déni grève l'entreprise (elle-même quasi irréalisable) de faire cohabiter les intentions humanistes avec la réalité quotidienne de la prison. Prison dans laquelle les souffrances outrepassent leur dimension légale, c'est-à-dire la simple privation de liberté. Comment dire qu'il y a eu assez de souffrance, s'il faut faire un peu comme si elle n'existait pas ?

Le thème de la douleur *en tant que vécu du détenu* parcourt la sociologie de la prison, et plus largement la littérature sur ce sujet. En revanche, on a peu exploré *les enjeux judiciaires* d'une expérience de la souffrance considérée informellement par les acteurs sociaux comme une modalité inévitable et normale de l'expérience carcérale. Nous partirons d'une ambiguïté : la dureté de la prison imprègne les considérations d'une décision d'aménagement de peine, mais elle reste de l'ordre de l'allusif, voire du non-dit. Seules des situations « anormales » conduisent les protagonistes à réexpliciter que la prison fait mal. Dans cette structure de tabou, nous voudrions montrer quel rôle joue la référence à la temporalité. Nous pourrions nous demander si cette référence ne permet pas aux acteurs sociaux de gérer certaines des tensions morales liées au « triste sort » des citoyens enfermés. Dans

[4] Cathy Leblanc a bien analysé cela, lors de son intervention « Le sens de la peine », durant les formations à l'école nationale de la magistrature sur « L'humanité du juge, approches philosophiques », Paris, 23-24 novembre 2017.

cette perspective, nous pourrions interroger deux hypothèses progressives.

- Première hypothèse. Pour l'ordinaire des dossiers, la dimension temporelle constitue une justification qui permet de contourner le tabou, de traiter judiciairement cette souffrance comme un ingrédient faisant partie du menu carcéral, sans qu'il soit nécessaire d'expliciter un blâme sur la condition carcérale. La référence au temps dissout les dilemmes, laissant dans l'ombre leurs causes profondes.

- Seconde hypothèse. La référence à la temporalité participe à une rationalité utilitariste. Elle permet de dire que l'enfermement mène le détenu quelque part. En effet, les fonctionnaires de l'administration pénitentiaire et les magistrats scrutent comment le détenu « a donné (ou non) un sens à sa peine » sur la durée. Ils utilisent aussi une expression distinctive à l'égard du reclus pour lequel « la prison n'a plus de sens ». Certes, cela suppose qu'elle ait, dans l'ordinaire, *a minima* une raison d'être, aussi opaque soit-elle. En ce sens, le temps est l'instrument de mesure du niveau de souffrance *a priori* du détenu. Il est également le vecteur de cette souffrance. Il est, enfin, un opérateur d'un travail en tension quant à l'organisation institutionnelle de la carrière du condamné. Ainsi, cette seule justification permet de faire tenir ensemble des ordres de rationalité contradictoires – les unes d'ordre moral, les autres plus pragmatiques. En d'autres termes, dans le cadre des décisions après la peine, l'argument du temps serait l'outil de gestion du caractère tabou et essentiel de la souffrance en prison.

Ces deux hypothèses, nous pourrions les traiter conjointement. Pour le faire, on s'appuie sur un long travail ethnographique en France[5]. Une partie importante de l'enquête s'est déroulée entre avril 2011 et décembre 2012 au sein de deux

[5] 292 entretiens non directifs (137 avec des personnes détenues, 44 avec des surveillants, cadres ou directeurs pénitentiaires, 32 avec des experts-psychiatres, 19 avec des magistrats, 13 avec des professionnels du soin du psychisme, 13 avec des professionnels de la justice, etc.) ; observation d'audiences, d'examens d'expertise psychiatrique ; observation d'autres relations de travail entre professionnels, entre professionnels et détenus ; lecture de dossiers judiciaires ; analyse des statistiques publiées par l'administration pénitentiaire et de statistiques internes des établissements étudiés.

centres de détention[6], c'est-à-dire des prisons classées pour recevoir, en principe, des détenus condamnés à de longues peines – de cinq années à la perpétuité. En simplifiant, la présence d'un détenu en centre de détention fait signe. L'administration pénitentiaire a situé ce condamné en direction d'une possible réinsertion sociale à l'extérieur des murs. C'est ensuite au juge qu'il revient de travailler judiciairement ce classement administratif. Sur un plan organisationnel, les magistrats sectorisent leur travail en se divisant les types d'établissements et les secteurs géographiques. « En centre de détention », et même « au sein du centre de détention x » : ce contexte fait sens pour eux et compte dans l'issue des décisions.

Parmi les matériaux ethnographiques récoltés sur le terrain, on s'appuiera sur des entretiens sociologiques avec des magistrats et des cadres pénitentiaires, sur l'observation d'audiences judiciaires et conversations informelles en prison, et sur la consultation de dossiers judiciaires. Notre approche ethnographique accorde une place importante au recueil systématique des mots courants, expressions typiques, plaisanteries proverbiales, etc., autrement dit, à toutes les spécificités du langage informel d'un monde social donné. Nous citerons entre guillemets ces termes qui font sens sociologiquement. Ce sont les mots d'acteurs que l'on indiquera entre guillemets[7] : le langage du législateur, et, au-delà de cela, le langage du quotidien.

Nous nous centrons ainsi sur les demandes d'aménagement de peine des personnes détenues. La construction institutionnelle des sens de la peine, nous la considérerons avant tout du côté des *magistrats*. Devant une demande d'aménagement de peine, outre le rôle des juges de l'application des peines et du substitut du procureur, différents professionnels interviennent légalement pour donner leur avis : directeur de l'établissement, conseiller d'insertion et de probation pénitentiaire… Lors d'une commission de l'application des peines ou d'une audience au tribunal de l'application des peines, tous ces acteurs sociaux discutent autour de

[6] Il s'agissait de prisons pour hommes. Ces prisons détenaient majoritairement des auteurs d'agressions sexuelles.

[7] Ces mots sont insérés entre guillemets français (« … »). Les guillemets anglais seront utilisés pour le reste.

la table. C'est pourquoi nous appellerons « partenaires » ces protagonistes avec lesquels le juge produit les justifications et l'orientation d'une décision.

Du point de vue d'un juriste, le caractère flou de la notion d'aménagement de peine est avéré[8]. Nous la définissons[9] ainsi : une décision judiciaire qui déplace le détenu hors les murs, temporairement (pour une permission de sortir par exemple), ou plus durablement (par exemple pour une semi-liberté, une libération conditionnelle, etc.). Depuis la réforme pénale du 14 août 2014, le législateur évoque plutôt « la libération sous contrainte ». C'est une volonté bien précise de donner sens à la mesure, en excluant plusieurs interprétations. Ce n'est pas un cadeau. L'optique n'est pas d'améliorer la vie du condamné. Le dehors n'est pas le contraire du dedans.

Notre analyse s'organise en deux grandes parties. Tout d'abord, nous nous intéresserons à la place étrange du châtiment en la matière : ou comment le Code de procédure pénale construit un tabou. Puis, nous explorerons l'ordinaire des décisions judiciaires : ou comment les considérations temporelles contournent ce tabou. Les justifications temporelles orienteraient insidieusement, post-condamnation, vers une persistance de l'intention punitive. Telle est, en somme, notre question.

I. Contradictions du droit

Aujourd'hui, dans les structures mentales des législateurs, des magistrats, des citoyens ordinaires, etc., on appréhende encore la mission carcérale selon des classifications héritées de la fin du XVII^e^ siècle[10]. Les justifications du type rétributif considèrent *le passé* et la gravité des actes. Elles traitent les crimes comme une dette – elles relèvent d'une forme civilisée de vengeance[11]. Les justifications utilitaristes se tournent *vers* les auteurs des crimes et *vers* l'avenir. Elles parient sur les effets supposés de la sanction, sur les plans individuel et collectif : intimidation, neutralisation,

[8] Poncela 1999.
[9] En s'inspirant de Tournier 2010.
[10] Fassin 2015.
[11] Fassin 2015.

réhabilitation. La structuration de ces valeurs idéologiques, par le législateur en amont et par les acteurs professionnels en aval, conditionne l'organisation de la trajectoire du détenu depuis la *condamnation* jusqu'à la *fin* de la peine.

C'est dans cela que s'insère le droit des aménagements de peine. Or, celui-ci est récent — en France, il prit son essor au XX^{e} siècle dans les années d'après-guerre. Il se bâtit sous l'impulsion de collectifs d'acteurs qui en referaient au répertoire « humaniste » de la réhabilitation : après la condamnation, tout l'enjeu serait de faire avancer le détenu dans le bon sens. Ce droit des aménagements de peine n'est donc qu'une matière, récente, au sein d'un vaste ensemble – le droit pénal pluriséculaire. Ce code pénal détermine à quelles conditions et comment on punit. La prison en constitue l'épine dorsale, avec ou sans l'option peine de mort. Dans ces conditions, lorsqu'une rationalité utilitariste incite à déplacer le condamné hors les murs, le droit prescrit-il l'arrêt des mécanismes punitifs d'inspiration rétributive ? En cas de rejet d'une demande d'aménagement de peine, la loi permet-elle de dire que c'est pour continuer à punir le condamné qu'on le garde en prison ? Cette ambiguïté est fondamentale pour élucider nos hypothèses. Ainsi, il nous faut déjà analyser les directives officielles. Nous pourrions commencer par une hypothèse provisoire : la dimension répressive occuperait une place sournoise dans l'économie légale des conditions d'octroi des aménagements de peine.

1. Un emboîtement juridique bancal

Penchons-nous sur deux textes de loi. La partie V du Code de procédure pénale français contient un article de préambule, l'article 707. La version en vigueur en 2018[12] prescrit que la

[12] En France, entre les années 2001 et 2004, des réformes législatives engagent une juridictionnalisation (un transfert vers l'institution judiciaire) des décisions permettant à un détenu : d'être extrait quelques jours de prison (permissions de sortir), de terminer sa peine « autrement » (semi-liberté, libération conditionnelle), et peut-être un peu plus tôt (réforme des crédits de remises de peine supplémentaires). Les détenus demandeurs deviennent des justiciables : ils ont, autrement dit, des droits (cf. article 712 alinéa 12 et 13 du code de procédure pénale). Cela remanie, bien entendu, les positions respectives des protagonistes et la place de ces mesures dans la confection institutionnelle d'un destin pour le

privation de liberté « vise à préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée afin de lui permettre d'agir en personne responsable, respectueuse des règles et des intérêts de la société et d'éviter la commission de nouvelles infractions. Ce régime est adapté au fur et à mesure de l'exécution de la peine, en fonction de l'évolution de la personnalité et de la situation matérielle, familiale et sociale de la personne condamnée, qui font l'objet d'évaluations régulières ». Par ailleurs, tout détenu condamné « bénéficie, chaque fois que cela est possible, d'un retour progressif à la liberté (…) ».

Pendant l'exécution de la peine du condamné, la victime a des droits : celui « d'obtenir la réparation de son préjudice, par l'indemnisation de celui-ci ou par tout autre moyen adapté, y compris, s'il y a lieu, en se voyant proposer une mesure de justice restaurative » ; et « à la prise en compte, s'il y a lieu, de la nécessité de garantir sa tranquillité et sa sûreté ».

L'article 729 est lui aussi un article de préambule. Il pose ce qu'il en est de la libération conditionnelle. Sa justification : « la libération conditionnelle tend à la réinsertion des condamnés et à la prévention de la récidive ». Ses conditions : des « efforts sérieux de réadaptation sociale ». Le législateur fournit une liste de critères envisageables. Les perspectives paraissent très ouvertes : « tout projet sérieux d'insertion ou de réinsertion » peut faire sens. Par ailleurs, la dette envers les victimes n'est pas de nature carcérale, mais financière (critère de l'indemnisation des victimes). À partir de l'exemple de ces deux textes, formulons une série de remarques.

---

condamné (Leroy 2016, p. 55-60). Les juristes appréhendent la loi du 9 mars 2004 (« Perben II ») comme une étape décisive (Mansuy 2007, p. 32 et p. 84-120). Désormais l'article 707, au sein du code de procédure pénale, aiguille les décisions du type aménagement de peine vers les compétences du magistrat, tout en prescrivant à ce dernier d'y recourir « autant que possible » (article 159 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004). Trois ans plus tard, la loi du 24 novembre 2009 affermit ce mot d'ordre : les peines « *sont* » aménagées compte tenu de « l'évolution de la personnalité du détenu » (article 72 de la loi n° 2009-1436 du 24 novembre 2009). La loi du 15 août 2014, quant à elle, redéfinit substantiellement les termes du même article, comme discuté dans le présent chapitre (article 24 de la loi n° 2014-896 du 15 août 2014).

A. L'élision du sens rétributif de la peine

On engage les magistrats à aménager les peines compte tenu d'ordres de considérations différenciées : les victimes, la réinsertion, la dangerosité… Le texte s'exprime comme si diverses communautés épistémiques du champ doctrinal[13] s'étaient relayées la parole. *In fine,* le magistrat est tenu de conduire le condamné vers une remise en liberté progressive et sous contrôle. C'est la « sortie sèche » que proscrivent les politiques pénales contemporaines. Ces principes sont d'orientation utilitariste. Il faut évaluer la situation présente du détenu pour concilier entre eux les intérêts de demain. C'est-à-dire : ce qui s'optimise (la question de la réinsertion), ce qui se répare (la question des victimes), ce qui s'évite (la question de la dangerosité).

Dans ces deux articles préliminaires, la pensée directrice découlerait d'une méritocratie du bon candidat à l'aménagement de peine. C'est un langage de l'« *effort* », du respect des règles, de la progression individuelle. Le trouble-fête serait l'inquiétude quant à la récidive. Seule cette préoccupation paraît susceptible de contrarier la volonté institutionnelle de gratification des efforts des administrés. L'injonction sécuritaire s'exprime sous forme explicite et sous forme détournée. C'est elle, en fait, qui représente le fil directeur des décisions, comme on le découvre au fil des autres articles dans ces blocs de loi. Quant aux pratiques des magistrats sur le terrain, on constate que les efforts ne sont aucunement une condition suffisante pour les longues peines, puisqu'ils ne contrebalancent pas une évaluation alarmante sur la dangerosité.

En définitive, ces textes reflètent le discours politique aujourd'hui majoritaire sur la rationalité des aménagements de peine. C'est l'optique utilitariste séculaire. D'emblée, la privation de liberté va quelque part : elle *vise* une meilleure insertion du condamné, affirme tranquillement le législateur. C'est dans cette abstraction[14] que le droit situe l'expérience vécue, le contexte concret dans lesquels le condamné est tenu de démontrer ses

[13] Enguéléguélé 1998.

[14] On ne rappelle pas que la prison vise aussi à faire souffrir, et tend à le faire au-delà des promesses, la réalité carcérale étant ce qu'elle est.

efforts. Efforts en résistance à quoi, à qui, à quelles difficultés ? Naturellement, les dimensions sensorielles, concrètes, triviales de la peine ne peuvent avoir leur place ici. Le cas échéant, les souffrances du prisonnier ordinaire relèvent du hors-propos. L'aménagement de peine ne montre pas le visage d'un choix induisant une alternative : laisser le condamné en prise avec la réalité carcérale quotidienne, ou l'en éloigner. Or, ce vécu, l'institution l'inflige aussi pour punir. Au programme pénal il y a les efforts, il y a les peines. En un mot, c'est la morale rétributive qu'élude ce discours. Où va l'enjeu répressif de l'enfermement ? Le texte en efface les traces. On discerne mal si cette dimension peut légalement accompagner le juge de l'application des peines, en particulier lorsque la décision s'oriente vers un rejet de l'aménagement de peine.

Pour aller plus loin, il est intéressant de constater que les discours juridico-politiques écartent *crescendo* l'optique prison-souffrance en matière de libération sous contrainte. Les débats publics du Consensus sur la prévention de la récidive, en 2013, suivis de la réforme législative, ont affermi le registre de la réhabilitation/instrument de gestion des risques. Dans les versions antérieures de l'article 707, la dimension punitive était déjà nommément absente. Elle pouvait toutefois s'interpréter au creux des ambivalences sémantiques. Dans le texte en vigueur de 2005 à 2013, les décisions devaient « respecter les intérêts de la société et des droits des victimes[15] ». Que demande « la » société, que veulent « les » victimes ? De quels ordres *ces droits* et *intérêts* (au pluriel) sont-ils ? Autrement dit, suivant la version 2018 du texte, à quelles conditions serait-on « *tranquilles* » ? Les attentes sociétales sont là, posées dans le texte. Elles semblent floues, mais elles font partie

[15] « Sur décision ou sous le contrôle des autorités judiciaires, les peines prononcées par les juridictions pénales sont, sauf circonstances insurmontables, mises à exécution de façon effective et dans les meilleurs délais. L'exécution des peines favorise, dans le respect des intérêts de la société et des droits des victimes, l'insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive. À cette fin, les peines peuvent être aménagées en cours d'exécution pour tenir compte de l'évolution de la personnalité et de la situation du condamné. L'individualisation des peines doit, chaque fois que cela est possible, permettre le retour progressif du condamné à la liberté et éviter une remise en liberté sans aucune forme de suivi judiciaire. » (Code de procédure pénale, article 707 en vigueur entre 2005 et 2014).

des exigences. Les intérêts ou la tranquillité du citoyen ordinaire seraient-ils d'être protégé du criminel ? Il se fut alors agi de l'approche utilitariste-sécuritaire par l'enfermement-isolement. Seraient-ils de recevoir l'assurance que les ennemis sont punis ? C'eût été, alors, l'approche morale rétributive. *A contrario*, si ces sens émergent bien en audience, c'est venus d'ailleurs. Car, entre 2011 et 2013, lors d'entretiens sociologiques, les magistrats qui invoquaient l'article 707 étaient ceux qui pointaient le caractère hors légalité des considérations vengeresses dans une décision en aménagement de peine. Ce n'est pas ce qu'on nous demande de faire, affirmaient-ils, ce n'est pas ce que la loi prescrit. Elle ne le proscrit pas, pour autant. Elle ménage l'absence, dans les différentes versions du Code de procédure pénale. Il n'est aucunement indiqué de continuer à marcher vers la revanche dans les décisions post-condamnation, mais il n'existe pas formellement de sens interdit.

Pour ce qui est des longues peines, les magistrats et leurs interlocuteurs rappellent toujours, en audience, la gravité relative des actes. Ils tiennent également compte des traumatismes persistants des victimes, des vies en miettes dix ou quinze ans après les faits, chez des personnes abusées sexuellement dans leur enfance, chez des individus privés d'une sœur, d'un époux. Les victimes ont droit, sur un plan moral, à l'assurance que le criminel ne s'en sort pas sans dommages. Cette norme-là ressort de l'entre-soi des échanges des professionnels en audience ou hors audience. Elle est également signifiée au détenu, à mots couverts.

B. L'élision de la dimension sensorielle de l'emprisonnement

Il faut souligner aussi que ces articles 707 et 729 éludent les mots *prison* ou *carcéral*. Ils contournent également toute évocation d'une hiérarchisation entre des régimes de peine peut-être inégalement difficiles à vivre. La semi-liberté n'est ni meilleure ni pire que l'enfermement pour le condamné, elle est simplement plus ou moins adaptée. Or il manque logiquement un élément entre « ce qui marche sur le condamné » et « ce qui fait que ça marche (le

condamné veut sa mesure) ». C'est le rouage de la souffrance en prison qui fait défaut dans les discours.

L'article 707, en particulier, dépend d'une interprétation spécifique du répertoire utilitariste. Le retour vers la liberté n'est pas ce que le détenu mérite, mais ce qui fonctionne sur lui. Cette approche de la prison *vue du dehors* est loin d'être exempte de contradictions. Au contraire, elle nourrit les apories d'une construction officielle « du » sens de l'enfermement. L'article 707 élude le fait que le système est monté sur le postulat d'une désirabilité de la sortie et sur une conception précise du mérite. Rappelons que légalement, le détenu fournit des *efforts* puis *demande* la mesure. Ainsi, confrontons les articles 707 et D 523. Le D 523 dépend de normes sociales bien déterminées, lorsqu'il invoque les *efforts* plutôt que les accomplissements du condamné[16]. Le législateur interprète le répertoire de la « réinsertion » dans une optique plus morale que pragmatique (contrairement à l'article 707). Par ailleurs, selon le D 523*,* même si le détenu ne sollicite pas le magistrat, ce dernier doit étudier chaque année l'éventualité d'une libération conditionnelle[17]. Toutefois, ce départ dehors, regardé comme *arrangeant* le condamné, requiert, à un moment ou l'autre, d'être désiré et convoité en échange d'une adhésion active aux programmes pénitentiaires de réformation. La procédure s'enclenche seulement si le justiciable adresse lui-même le formulaire au magistrat. Le magistrat est chargé d'entretenir, chez le détenu, le désir de partir. Dans l'attente, il endosse pour lui cette aspiration à la sortie. Telle est la procédure. C'est parce que la prison est vue comme la situation la plus accablante de l'éventail des peines, le destin le plus pathétique, le schéma de vie le plus repoussant, que l'on s'attend à ce que le reclus préfère continuer sa peine ailleurs, au prix de son acceptation du programme. Le

[16] Sauf exception, l'examen d'une demande libération conditionnelle « porte essentiellement sur les efforts de réadaptation sociale du condamné en fonction de sa situation personnelle, familiale ou sociale ».

[17] Le texte précise que les évaluations annuelles sont organisées afin que le condamné « (puisse) être éventuellement admis au bénéfice de la mesure dès qu'ils (remplit) les conditions prévues par la loi ». Ici encore, la commande est de favoriser au maximum la sortie progressive (semi-liberté, aménagement de peine, etc.) pour éviter la « sortie sèche » en fin de peine, sans mesure(s) de contrôle judiciaire.

dispositif ne peut fonctionner que si le départ succède à la conformation du condamné au projet d'une prison « réhabilitative ». En termes sociologiques : sanction sociale négative du maintien entre les murs, sanction positive de la sortie[18]. En termes familiers, le système marche parce que l'aménagement de peine est « un plus ». L'enfermement-souffrance constitue indéniablement un levier d'action des politiques pénales sous-jacentes. Le sens caché de la logique procédurale renvoie à une prison vue comme lieu de privation ultime.

Nous pourrions maintenant synthétiser ces flottements sur les sens publiquement conférés à la prison lorsqu'il est question d'en faire sortir le détenu. Le système pénal *dans son ensemble* exige de la justice une fonction rétributive tournée vers le passé – un mal se paye par un mal. La sanction est là pour la réformation du déviant ; elle est là pour la défense sociale ; elle est aussi là pour punir. On postule que la prison se prête à ces diverses fonctions. On admet ainsi qu'elle fait souffrir, d'une façon ou l'autre, et que cela fait partie des objectifs. Ces principes fondent l'économie morale et normative du droit pénal d'une manière générale. Mais le discours légal sur les mesures d'aménagement de peine réorganise les relations entre registres de justification. Non sans dissonances. Le magistrat doit concilier des préoccupations sécuritaires et humanistes. On élude la question des privations et de la souffrance, alors même que c'est elle qui donne « sens » aux mesures. Abstraction sera faite du passé, si l'on prend le texte au pied de la lettre. Condamnés, victimes, société : pour ces protagonistes désignés, le juge cherche la configuration bénéfique maintenant et demain. Pour les acteurs sociaux, les mots « les intérêts » n'ont de sens logique que conjugués au présent ou au futur. Un doute demeure quant à l'esprit du texte. L'orientation vers la gestion de la dangerosité/réinsertion est-elle considérée par le législateur comme l'antipode du punitif, ou bien comme l'évolution d'ordre linéaire du chemin que l'on fait prendre au condamné ? Le droit

[18] Dans la perspective d'Émile Durkheim, la sanction est la construction sociale d'un lien entre un comportement social donné et une conséquence donnée. Elle génère la désirabilité (sociale) des règles morales. Ce qui suppose bien sûr que les acteurs sociaux perçoivent à l'unanimité que la valeur « positive » de la sanction positive. Durkheim 1917.

ouvre une incertitude. Il laisse une place clandestine aux attentes sociales selon lesquelles le criminel doit payer sa dette, quoiqu'il arrive, et qu'il ne le fera jamais aussi bien ailleurs qu'en prison.

C. Punir sans punir : une double contrainte

Sur un plan officiel, le punitif est donc un point aveugle, mais en quoi polarise-t-il certains dilemmes professionnels des magistrats et de leurs partenaires ? Pour les mêmes raisons que le droit s'avère être dissonant. La pensée de ces acteurs ne s'arrête pas au cadre des politiques pénales des aménagements de peine. Ces mesures ne représentent qu'un pan de leur expérience professionnelle. Ces protagonistes sont dans un fonctionnement intellectuel qui intègre la hiérarchie des normes. Ils ont assimilé, par la pratique, une approche d'ensemble des processus pénaux et du droit pénal. La prison comme souffrance promise aux transgresseurs fait partie de leurs schèmes cognitifs. On ne défait pas ce que fait la condamnation. Ce qu'elle a difficilement lié – les finalités officielles de la condamnation – que le juge de l'application des peines ne le sépare pas. Car, reconsidérer les modalités d'exécution de la peine, c'est tout de même remanier la mise en équivalence entre des actes et une punition. Aussi, la priorité officielle des aménagements de peine, réhabiliter-protéger, n'a de sens qu'en regard de ce double postulat : la prison punit, la prison est un lieu de souffrance. L'usage de la prison pour châtier est certes escamoté par les discours officiels sur les aménagements de peine. Mais ceux-ci, les aménagements de peine, n'existent, pour les acteurs sociaux, que dans le cadre de celle-là, la volonté répressive.

Ainsi, les contradictions entre ces deux niveaux du droit, le général et le particulier, placent les protagonistes en situation de double contrainte mentale. En matière de droit de l'exécution des peines, les magistrats tendent à considérer que la loi les prive d'appui, lorsqu'il est périlleux d'invoquer explicitement des principes d'ordre rétributif pour justifier un refus d'aménagement

de peine. « Comment motiver ça ? »[19] disent-ils quelquefois en audience, lorsque le contexte se prête aux propos informels. Car en réalité, ce mobile existe, et cela conformément au droit pénal vu dans son ensemble. Le projet punitif n'est pas annulé, mais délicat à formuler dans le cadre précis des demandes d'aménagement de peine. Ce sera l'objet de notre seconde partie. Les magistrats sont obligés de prendre des décisions, donc de prendre position sur la question du répressif au stade post-condamnation. En pratique, comment gèrent-ils le conflit induit par un axe punitif voulu, non-absent, mais quasi-indicible ?

2. L'agenda formel du condamné : le temps des épreuves

Posons une nouvelle hypothèse provisoire. Premier élément d'hypothèse : si les motifs légaux d'octroi des aménagements de peine masquent l'empreinte d'une intention punitive, les procédures assurent un retour du refoulé. Second élément d'hypothèse : la prise en compte des temporalités du parcours carcéral joue ce rôle de maintien d'un sens répressif de la peine.

A. La pièce de rechange : les conditions de délai

Ce ne sont pas des principes ambigus, mais les règlements, modalités et conditions d'applicabilité des mesures, qui relient le mieux le droit des aménagements de peine à la dimension strictement rétributive du droit pénal. En la matière, l'organisation d'étapes obligatoires joue un rôle de courroie de distribution entre, d'un côté, la traduction des hiérarchies du mal par une condamnation (les catégories de crimes et délits), et, d'un autre côté, la traduction de ces mêmes hiérarchies par l'obligation de

[19] Les décisions motivées font partie des droits du détenu, depuis la juridictionnalisation des procédures d'aménagement de peine (2000-2005). Elles sont donc obligatoires : le sens de cette obligation est que la décision relève d'une chose jugée, qu'elle n'est pas arbitraire, et que le détenu peut faire appel. Les « motivations du jugement » rédigées par le juge, et qui justifient la décision, préoccupent beaucoup les acteurs. Aux yeux du magistrat, ces écrits revêtent des enjeux judiciaires, et également des enjeux symboliques quant à ce que l'institution renvoie au détenu.

patienter en prison plus ou moins longtemps (selon le crime ou le délit).

Dans le Code de procédure pénale, le titre consacré à la libération conditionnelle offre un bon exemple. Chacun des 11 articles et des sous-articles font référence à des notions temporelles. La procédure : « fixe les temps d'épreuve avant l'accès à cette mesure (temps d'épreuve dont les personnes de plus de 60 ans peuvent être dispensées, dans certains cas, et « lorsque la réinsertion est assurée ») ; limite l'accès à la libération conditionnelle pour raisons familiales aux condamnés auxquels il resterait moins de 4 ans de prison à subir ; précise dans quelle condition une mesure de surveillance de sûreté peut se prolonger ; arrête le moment à partir duquel une libération (conditionnelle) est réputée être définitive.

Bien d'autres éléments légaux utilisent le temps pour envelopper le parcours du demandeur. Parmi les deux mille mots du texte encore en vigueur en 2013, on relève deux références au "temps", quatre fois le "temps d'épreuve", vingt occurrences du mot "durée", cinq références à la "durée de la peine", sans oublier la mention des "conditions de délais".

C'est bien cette notion de *chronologie* qui réintroduit le châtiment, d'autant plus qu'elle dépend de la gravité de la peine. Le système nécessite un sens rétributif *a priori*, bien qu'il soit implicite. Plus l'enfermement dure longtemps, plus on souffre. Sur cela, tout le monde est à égalité. Il existe un bien que les prisonniers désirent, qui s'échange, mais n'est disponible qu'en quantité limitée. La liberté est la valeur suprême. Certes, des témoignages des détenus et autres familiers de l'expérience carcérale ébranlent cette certitude. Elle n'en structure pas moins le droit pénal – *via* la hiérarchie des condamnations. C'est aussi un schème de pensée prégnant dans l'univers carcéro-pénal. C'est pourquoi les délais d'attente occupent la place centrale : c'est qu'ils replacent l'aménagement de peine dans l'économie morale des fonctions assignées à la prison. Ils en relaient la dimension vengeresse, laquelle exige d'en passer d'abord par la souffrance, de laisser passer une certaine quantité de temps. Le législateur encadre très précisément cette question, comme nous le verrons.

Toutefois, le terme de « délai d'épreuve » en lui-même est vernaculaire, sans définition juridique stricte. C'est surtout sa dimension anthropologique qui s'avère significative.

B. Les significations multiples du délai d'épreuve

Le dictionnaire Littré date l'usage du mot « épreuve » au XIII[e] siècle. Parmi neuf significations, au moins cinq éclairent une facette de l'exposition du détenu au châtiment. Le temps est l'instrument de l'épreuve carcérale, au cours de laquelle *on éprouve* si l'individu acquiert les qualités que l'on croit nécessaires à son retour parmi nous. L'épreuve est, de plus, une « *opération à l'aide de laquelle on juge* ». L'épreuve, c'est par ailleurs exposer le sujet à des conditions arides et le mettre en situation de résistance. Après avoir effectué la moitié de sa peine, le sujet, aussi usé soit-il, est à l'épreuve des conditions carcérales auxquelles il a survécu, il est à l'épreuve de ses peines. Car l'épreuve désigne aussi les expériences de « *souffrance, malheurs, dangers, etc., qui éprouvent et qui exigent force et courage* ». Dans la première moitié du Moyen-âge, le terme désignait la torture, on y voyait un procédé judiciaire pour établir la vérité. De surcroît, ce mot *« se dit au sens moral* ». Une considération ordinaire est très présente en prison, dans les discours des professionnels et des détenus : c'est dans la difficulté que les vertus personnelles naîtront. Ce qui est conforme aux prescriptions séculaires de la philosophie pénale de la réhabilitation[20]. L'ambivalence du terme fait signe : l'optimisme admet le passage par la souffrance. Mieux, il lui donne sens, il le dote d'une vertu : l'épreuve transforme l'homme[21]. Un schéma, ci-dessous, permettra de se représenter cette pluralité de connotations.

[20] Combessie 2009, p. 55 ; Roth 1981 ; Pires 2008 ; Debuyst, Digneffe & Pires 2008, p. 62-77.

[21] La Bible contient pléthore de situations traduites par « *épreuve* » en français moderne. Ces épreuves font sens dans le cadre théologique d'un cheminement vers le sacré : paradoxalement offertes, comme un don, par Dieu, elles entrent dans un plan divin. L'issue de l'épreuve est de fortifier ses protagonistes. Dans nombre de ces textes, l'épreuve inclut une temporalité. Sa durée et ses étapes sont bien précisées, parce qu'elles sont un ingrédient essentiel de la qualification de l'épreuve en tant que telle. À cause de cette inscription dans le temps, l'épreuve forge deux vertus : « *patience* » et « *espérance* ». Or, espérer et patienter, c'est

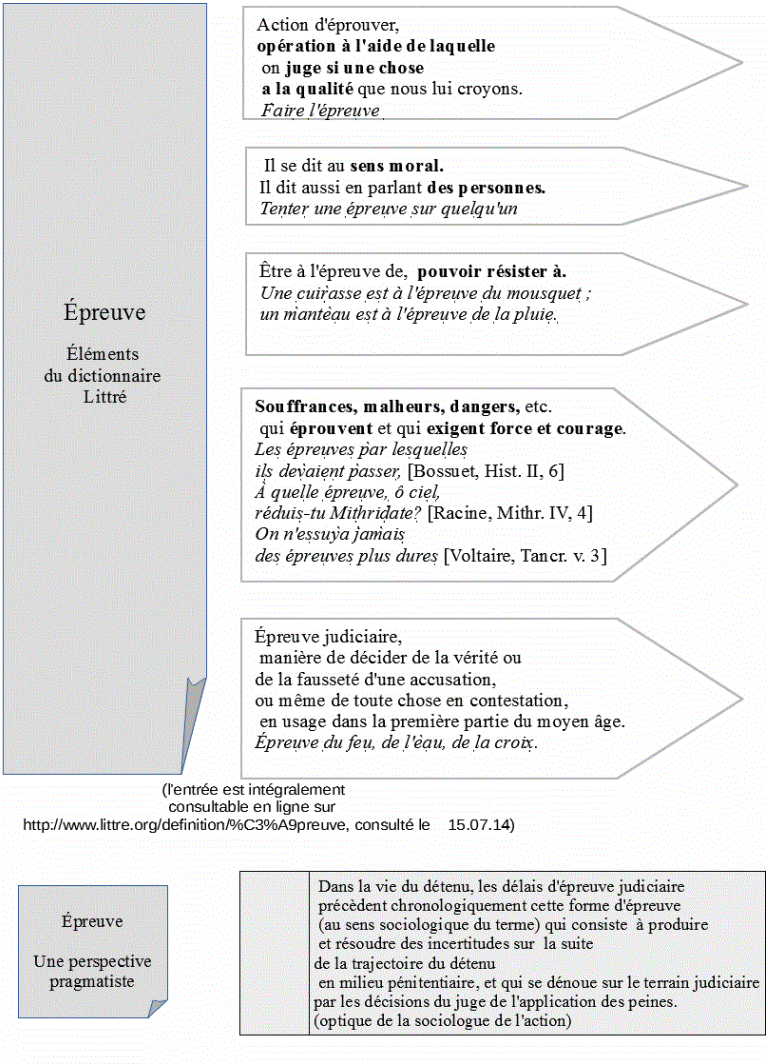

Figure 1 : le sens de l'épreuve

précisément le type d'expérience que l'institution judiciaire construit à l'intention des candidats à l'aménagement de peine.

Le temps d'épreuve coalise ainsi des connotations plurielles, renvoyant aux sens conférés, socialement et politiquement, à la peine de prison. Techniquement, c'est un instrument : au sens du dictionnaire Littré, *« une manière de décider »*. En particulier, les juges de l'application des peines considèrent que l'évaluation du cheminement psychologique d'un individu implique une observation de longue durée – à la mesure de du caractère nécessairement lent des progrès éventuels. Le temps long permettrait même d'éprouver la sincérité du candidat, en croisant les indices et en débusquant les éventuelles incohérences de discours. Moralement, l'épreuve relève d'une expérience ardue mettant en jeu les vertus de qui s'y soumet : l'individu mis à l'épreuve durant quelques années. Comme un objet s'avère ou non « à l'épreuve du temps », le détenu fait ses preuves, il montre s'il est à l'épreuve de l'usure carcérale. Ce qui renvoie à une dimension plus sociologique de l'épreuve : celle d'un moment d'incertitude préalable à la réévaluation d'un individu et à la révélation d'un nouvel état (état du détenu n'ayant pas obtenu l'aménagement de peine sollicité, ou état du candidat sélectionné pour un déplacement hors les murs).

C. Les formes multiples du délai d'épreuve

Le droit organise plusieurs combinatoires de l'attente. Ainsi, les peines de sûreté s'associent aux crimes les plus graves, comme des peines additionnelles. Elles lient un condamné singulier, elles le dotent en amont d'un paquetage de contraintes. En général, elles barrent l'accès à quasiment toute mesure pendant la première moitié de la condamnation. Cette *peine* de sûreté place donc personnellement tel condamné dans les échelles morales du mal. En aval, les conditions légales d'accès à chaque mesure font de l'attente une expérience commune. Par exemple, les condamnés à plus de dix ans de prison doivent attendre la moitié de leur peine avant qu'une libération conditionnelle ne s'envisage. Comme on l'a dit, le législateur tend à hiérarchiser les délais suivant les *durées* de condamnation : plus la justice a jugé, hier, que l'infraction méritait un long châtiment, plus longtemps elle exige, aujourd'hui,

que ce détenu reste plongé dans le bain carcéral avant d'accéder aux procédures. En outre, ces délais pourraient varier suivant les motifs ou les conditions de condamnation. Il s'agirait alors de classer les condamnés. Ainsi, jusqu'en 2015, récidivistes et auteurs d'agressions sexuelles devaient patienter jusqu'aux trois quarts de leur peine avant l'admissibilité à la libération conditionnelle. En outre, les conditions de délais diffèrent selon l'établissement. Par exemple, pour le détenu placé en centre de détention, il faut attendre d'avoir exécuté le tiers de sa peine pour prétendre à une permission justifiée par « le maintien des liens familiaux ». La temporisation formelle du parcours est donc mise en abîme. Au sein du code de procédure, les délais d'épreuve se répondent les uns aux autres. Dans le dossier singulier d'un condamné, ils entrent par plusieurs voies et souvent se cumulent. Cela montre la prudente construction du législateur : en avançant dans les crimes les plus graves, les balises temporelles prolifèrent. Elles visent à contrôler et surtout à freiner le rythme d'une éventuelle bifurcation vers la sortie. Quelle que soit la rationalité à l'œuvre, cette configuration impose une moralité d'ordre rétributif[22]. Car la dette carcérale demeure en partie inaliénable, quoi qu'il arrive, quoi que fasse le condamné, quoi que veuille le juge de l'application des peines. La durée relève bien d'une monnaie de l'économie du châtiment.

D. Planifier souffrance et espérance

Le droit construit le niveau le plus rigide de la trajectoire du détenu, celui que l'on appellera son agenda formel. La fiche pénale indique la date de sortie. Elle précise quand le détenu est « aménageable ». Elle consigne ensuite toutes les révisions de trajectoire (aménagements de peine/sanctions). Cet agenda formel

[22] Du point de vue linguistique, le « délai » a un sens positif. Ce n'est pas du vide, mais du plein. C'est le laps de temps dont on a besoin, dont on dispose, ou que l'on accorde…, pour *obtenir* ou pour *accomplir* quelque chose (dictionnaire Larousse, 2015). La nature de cette « chose » indique le sens conféré au temps accordé. Quel genre de travail se fait pendant l'attente – la question reste en suspens. Mais cela « ferait sens », logiquement, qu'il s'agisse d'un travail de pénitence. Ce point de vue institutionnel est décalé par rapport à l'expérience ordinaire des détenus : la phrase *« il ne se passe rien »,* le sentiment du vide, la carence, font partie des ressentis les plus partagés.

dépend des généralités d'un planning légal : les textes de lois qui prescrivent que pour telle catégorie de condamné, le parcours implique telles conditions. C'est l'appui le plus solide d'un processus de décision. À partir de lui, les professionnels travaillent sur des plans temporels plus évanescents. En l'occurrence, le raisonnement part d'un rétroplanning de l'agenda formel du détenu : « il reste six mois, la sortie c'est demain », ou bien, au contraire, « il y a le temps », « la fin de peine est dans longtemps ». La norme d'une mise en attente du détenu descend alors des prescriptions formelles vers des délibérations d'acteurs. Celles-ci peuvent abriter des critères officieux.

Le détenu est légalement « dans les délais » pour l'aménagement de peine, et c'est alors qu'interviennent des considérations complexes sur le planning carcéral. Les professionnels se réunissent autour du dossier, et, au-dessus de l'agenda formel, ils superposent une diversité de calendriers. Ces derniers portent sur des facettes différentes de l'évaluation de la trajectoire du détenu (autrement dit, des dimensions différentes de la décision). Des justifications informelles découlent de cet examen des agendas : « c'est le bon moment », « c'est le moment », « il est temps », « c'est maintenant ou jamais », « ce n'est pas le moment », « c'est trop précoce », « c'est trop tôt », « il n'est pas prêt », etc.

Pour les détenus condamnés à de longues peines, l'analyse des statistiques suggère que les demandes d'aménagement de peine tendent à rebondir de refus en refus avant d'être parfois accordées[23]. L'observation des audiences montre que la situation la plus fréquente, en aménagement de peine, est l'étude d'un dossier considéré comme « en demi-teinte ». Un détenu aurait, par exemple, suivi le programme prescrit : il aurait accompli des formations professionnelles, il travaillerait en prison, il se soumettrait aux soins psy. Il aurait versé des indemnités volontaires aux victimes. Il proposerait un « projet solide » : il aurait trouvé une possibilité d'hébergement, une promesse d'embauche. Mais, il n'aurait pas assez avancé dans une élaboration personnelle du sens de son crime. Le jeu d'équilibre des décisions en application des peines se relie à l'emboîtement imparfait entre ces domaines de la

[23] Leroy 2016.

vie aux rythmes différents. On attend un alignement *a minima* entre ces agendas informels, sans quoi les délais d'épreuve continuent au-delà des exigences minimales de l'agenda formel.

Dans cette composition entre considérations temporelles, existe-t-il un agenda officieux dans lequel la patience serait un bien en soi ? N'existe-t-il pas un planning de l'endurance, parce qu'il faut qu'un condamné « fasse son temps » à satiété ? Par ailleurs, on postule : « perdre des années de sa vie en prison », c'est « payer pour son (ses) crime(s) ». Beaucoup de détenus tiennent à ce que ce sens soit dit (ce que montrent les entretiens sociologiques, surtout avec les condamnés aux très longues peines). Existe-t-il un échéancier officieux de la dette, qui interdirait d'arrêter trop tôt les versements ? Analyser comment l'agenda punitif se glisse dans les plannings, tel un passager clandestin, ce sera l'objet de notre seconde partie.

II. Retour du refoulé : les considérations en interne

S'il existe une zone de convergence des courants contemporains en sociologie du droit et de la justice, on y trouvera ce principe épistémologique : on n'étudie pas les objets sous le seul angle de la doctrine ou du droit codifié, ni même sous l'angle des relations à double sens entre principes officiels et pratiques parfois officieuses. Les enjeux résident plutôt dans l'interpénétration entre « droit » et « société ». Plus précisément, l'objectif est de mettre en lien deux ordres d'analyse. D'une part, les pratiques concrètes d'acteurs sociaux pour/avec le droit et au nom du droit, dans des contextes particuliers, et en fonction de normes spécifiques. D'autre part, les univers sociaux qui accueillent et dépassent ces normes. L'apport du sociologue réside dans l'exploration le « droit vivant », celui-ci étant défini comme « le droit en train de se faire dans le milieu ambiant de la société, souvent à l'insu des juristes ». Or pour saisir comment le judiciaire fabrique du punitif, les univers significatifs sont ceux des professionnels du droit, certes, mais aussi la société, dans son ensemble, et le monde des prisons, plus particulièrement. Dans cette optique, une bonne entrée d'analyse consiste à noter les mots du quotidien des protagonistes, à l'intersection entre langage commun et langage technique. Cette

entrée montre comment les attentes sociétales ambiantes, au sujet du châtiment, interviennent dans la pensée ordinaire du magistrat par l'entremise d'une autre « famille » de normes sociales, laquelle concerne les temporalités biographiques.

1. L'essence de la peine : souffrir

L'observation des commissions d'application des peines, dans leur quotidien le plus ordinaire, pointe le rôle de la prison-punition, comme représentation sociale, au sein des arguments qui permettent aux acteurs de se mettre informellement d'accord.

A. On n'est pas là pour s'amuser

Au-delà des délais d'attente légaux, les magistrats et leurs interlocuteurs professionnels façonnent informellement des temps additionnels de mise à l'épreuve, d'observation. Ils peuvent appréhender un dossier d'aménagement de peine ainsi : *« la condamnation* date seulement de (x années) », « il vient d'arriver en centre de détention », « c'est encore un peu tôt », « on a encore le temps », « il faut y aller tout doucement ». Légalement, nous l'avons dit, la personne a atteint l'admissibilité à un aménagement de peine, elle s'est acquittée d'éventuels délais d'épreuve, mais les acteurs sociaux prolongent la logique consistant à faire patienter en prison avant de laisser espérer.

C'est à ce point du trajet qu'il peut exister des manières tacites d'invoquer le sens punitif de la peine. Par exemple, lors d'une commission de l'application des peines, un cadre pénitentiaire, le juge de l'application des peines, ou le substitut du procureur, l'un de ces acteurs sociaux souligne que Mr Smith « n'est pas aménageable depuis longtemps » et s'est montré « trop pressé » de déposer une demande. Les initiés comprennent, c'est une manière de pointer, entre autres, que la dimension punitive n'a pas été assez remplie ni surtout acceptée intérieurement par le détenu. Il n'a « pas encore accepté le sens de sa peine ». Ou alors, plus sévèrement : « il n'a toujours pas compris » : la connotation punitive est claire, compte tenu du contexte et du ton, et des usages ordinaires de cette phrase. Les acteurs sociaux font varier ainsi le

point de départ d'un « sens » de la peine. En thérapie, il se cherche et se trouve par le détenu. Du point de vue carcéral, il est là dans sa toute-puissance : le détenu défère à ce Léviathan. *« Il veut aller très vite »* : cette justification informelle d'une décision négative donne sens à la dimension rétributive de la peine. Elle permet aussi d'éviter verbaliser le devoir de punir – lorsque cette considération est perçue comme peu légitime sur un plan formel, à ce stade de la chaîne pénale. C'est un aménagement du tabou.

L'argument est donc limpide aux yeux des indigènes ; par ailleurs, lorsque mobilisé par le juge de l'application des peines, il augure toujours un refus. Il y a une dimension pragmatique, celle de la gestion des risques de récidive. Il y a une dimension morale plus latente, celle du châtiment. Comme dans le texte légal, cette signification demeure en suspens. Elle s'exprime parfois ouvertement dans l'entre-soi professionnel. Plus souvent, on relève plutôt des propos à double entente qui n'excluent pas ce sens-là. La volonté de punir est présente à l'état absent. Cette formule, certes paradoxale, n'est pas un non-sens. Comme la question reste ouverte, le punitif se glisse dans un langage codifié de justifications officieuses. Dans ces échanges, l'implicite véhicule des significations essentielles. *Trop tôt, précoce, pas longtemps, avoir assez attendu, etc.,* ces expressions permettent de contourner une chose proscrite, mais que les protagonistes d'une décision estiment devoir considérer, parce que cela fait partie de leur rôle professionnel réel.

B. La sortie ne doit pas distraire la retraite du détenu en sa cellule[24]

En l'occurrence, les acteurs estiment officieusement qu'un professionnel compétent doit savoir mesurer la dimension de situation d'attente d'une incarcération. C'est à cette condition que le professionnel est crédible, qu'il est regardé comme un partenaire apte à discerner la décision judicieuse. De « permissionnable » à

[24] « J'ai découvert que tout le malheur des hommes vient d'une seule chose, qui est de ne pas savoir rester seul, en repos, dans une chambre » (Blaise Pascal, Pensées - 8, *Le divertissement*, Éditions L'œuvre de Pascal, La Pléiade nrf, p. 875).

« en permission », il ne faut pas tracer une linéarité, mais un chemin de persévérance. « (Tel détenu) veut tout, tout de suite », « il veut que ça (la procédure) aille très vite », remarque une conseillère d'insertion et de probation pénitentiaire : son expérience la conduit à craindre qu'une permission ne se passe mal.

Cette prison-patience tolère peu qu'un aménagement de peine puisse induire le bénéfice secondaire du temps gagné sur la privation de l'agréable. Au-delà des justifications les plus conformes à la lettre du droit, les juges insistent, lors des audiences, pour prévenir le requérant du fait qu'un aménagement de peine serait ardu, ne serait pas une partie de plaisir. Comme dit en introduction, l'évolution sémantique du droit valide cette conception, en soulignant aujourd'hui le lien entre *libération* et *contrainte*.

Les audiences sans détenus présents[25] témoignent d'une méfiance quant à l'utilisation de la sortie pour diminuer les frustrations de la pénitence. Par exemple, lors d'une commission de l'application des peines, au sujet d'une demande de permission de sortie, la magistrate s'offusque de la proposition d'élargir les horaires pour permettre un repas à McDonald. Ou encore, une psychologue de l'administration pénitentiaire exprime son désaccord envers la perspective, pour un ancien musicien bénéficiaire d'une libération conditionnelle, de reprendre son métier, car il y aurait « indécence » à « se pavaner sur scène ». Lors d'un autre débat, les protagonistes ironisent à l'égard d'un condamné qui souhaite une permission de sortir pour « *respirer un peu* » et se promener dans un grand parc. Il écoutera le chant des oiseaux dans un CD, conclut la substitut du procureur.

Au nom des finalités officielles de la réinsertion, les distractions sont à écarter. Au contraire, à l'issue d'une audience pour une libération conditionnelle, les protagonistes du débat agréent une parole du demandeur, « ma peine c'est à vie ». Une éthique de la souffrance doit marquer, comme une empreinte, la trajectoire existentielle de la personne condamnée, jusqu'à l'intimité de son for intérieur. Cet enjeu conduit à vérifier et à

[25] En commission de l'application des peines.

mesurer les indices de cette douleur morale attendue en retour de la souffrance infligée à autrui. La notion de remords restitue indirectement sa dimension légale à la souffrance comme expérience due. Tandis que la prescription normative d'une tempérance, en contrition du mal commis, signe l'exigence sociétale d'une relative privation de plaisir au long de la condamnation, même hors des murs. L'impatience d'un détenu d'en finir signe, au contraire, une supposée nécessité de continuer l'immersion dans les frustrations carcérales. Ajoutons, comme nous l'avons dit, la dimension latente de la peine-souffrance au sein du paradigme de l'évolution psychique-rempart contre la récidive. En effet, le remords véritable torture intérieurement. On attend cette difficulté. On en relève les signes lors de l'audience, au tribunal de l'application des peines, par exemple chez le détenu « sincère » qui a les larmes aux yeux. Pourtant, lors d'entretiens sociologiques, des soignants et experts psy expliquent que tous les sujets ne sont pas aptes, psychiquement, à se confronter à ce sentiment particulier. C'est alors une mise en danger du détenu (celle de la « décompensation » au sens psychiatrique du terme).

Or, que se passe-t-il pendant le délai d'attente, en termes d'expérience quotidienne du détenu ? Pour comprendre le trouble des acteurs sur le punitif, il faut resituer le judiciaire dans un contexte plus large. Il faut tenir compte de plusieurs dimensions interdépendantes : l'omniprésence de notion de la souffrance en prison ; la complexité des processus cognitifs permettant aux acteurs sociaux de s'adapter à cette omniprésence ; l'ambiance quotidienne de la prison, qui fait de ce thème un tabou ; le malaise à relier la dimension concrète des souffrances du détenu avec la dimension abstraite d'un sens punitif de la peine. C'est de cela que nous devrions dire quelques mots.

C. Un agenda peut en escamoter un autre

La prison-patience relève des prérequis officieux, au-delà des conditions légales. Or, en prison l'évocation des détresses ordinaires, des douleurs charnelles du prisonnier, l'allusion aux conditions de vie en détention, ne prennent généralement d'autres formes que l'allusif, le cela-va de soi, parfois le silence gêné. La

taule use et dégrade. Les acteurs s'accordent à le penser. *A priori*, il est donc irrationnel d'éviter de le dire. Parler de souffrance relève bien du tabou au sens anthropologique du terme : « une forme de piège que la culture signale[26] ». Il n'en va pas d'un interdit socialement sanctionné, mais plutôt d'un danger associé plus ou moins obscurément à un comportement, telle la superstition selon laquelle parler d'une chose attire celle-ci. En commission de l'application des peines, les rigueurs de la vie carcérale se considèrent de manière non verbale, ou alors à mots couverts, parfois encore par le biais l'aspect de l'humour noir, sinon de l'ironie. Mais, quand les familiers de la prison abordent ce thème lors d'entretiens sociologiques, il revêt une dimension intime. On relève bien souvent des réflexions profondes et de l'émotion au sujet de la souffrance d'autrui et la sienne en réaction.

Par ailleurs, les mêmes acteurs intègrent mentalement la cruauté de l'expérience carcérale de manière remarquable. On s'habitue. La prison est cet univers déstabilisant qui conduit le même acteur tantôt à l'empathie émotive, tantôt à des logiques au bord du sadisme, au nom de la sécurité, du règlement, voire du bien-être d'un détenu. Le fait de se colleter aux souffrances induites par le traitement carcéral renvoie alors au *sale* boulot, celui dont on peut croire que c'est le voisin qui s'en charge[27]. C'est ainsi qu'une conseillère d'insertion et de probation pénitentiaire veut aider un détenu à progresser psychologiquement, à s'autonomiser. Au fil des rendez-vous, elle veut lui faire énoncer une préférence entre deux prisons, quand bien même cette parole entrera peu en ligne de compte dans la décision administrative. Une telle attention est à double tranchant. Elle « humanise » le détenu, conformément au référentiel officiel de l'individualisation des « parcours de peine », tout en prédéfinissant, d'ailleurs, ce qu'est « humaniser » autrui. Par ailleurs, le détenu pourrait vivre cette situation comme un choix obligatoire entre la peste et le choléra, la joue gauche et la joue droite, alors qu'il sait que la décision ne dépend pas de son avis. En demandant au condamné, en début de parcours et quinze ans avant la fin de sa peine, quel est,

[26] Universalis 2014, article de Pierre Smith et Claude Rabant (édition du logiciel informatique).
[27] Hughes 1962.

selon lui, l'établissement adéquat à son « projet de réinsertion », on met entre parenthèses les implications pathétiques de la peine dans son existence.

Autrement dit, au-delà du contexte des décisions en aménagement de peine, il règne en prison des formes de gestion paradoxale du malaise sur la question carcérale. La souffrance est au programme. Omniprésente, elle fait l'objet à la fois d'une préoccupation et d'un déni. L'opérationnalisation du programme, le déroulement concret de l'enfermement, constituent une question troublante. Dans les propos quotidiens, une couverture « réhabilitation » recouvre ce problème. Ainsi, une approche consiste à dire que le détenu « donne sens à sa peine ». C'est une rationalisation, autrement une manière de donner sens aux conflits (cognitifs, moraux…). Cette justification permet d'aménager le trouble. Elle ressemble à un symptôme, car les souffrances des détenus restent une question qui travaille les acteurs sociaux tout comme les citoyens. Réprimée, cette question demeure d'autant plus en tension.

C'est dans ce contexte sociétal que l'on doit situer l'argument de l'aménagement de peine trop précoce. Nous pouvons mieux comprendre quel rôle joue cet argument dans l'arrangement entre différentes préoccupations, lors de certains rejets de demande d'aménagement de peine. Les justifications typiques, telles que « c'est encore un peu trop tôt », détiennent ainsi une portée ambiguë, c'est-à-dire qu'elles accueillent une pluralité de sens. C'est d'ailleurs cette ouverture qui permet à la fois d'introduire et d'euphémiser la signification répressive consistant à poursuivre la souffrance en prison. Le répressif cohabite, dans la proposition « trop tôt », avec d'autres sens.

Nous pouvons à présent faire le lien entre les pratiques et le tabou. Sur le plan cognitif, la préoccupation punitive est invisibilisée (ou recouverte) par les divers agendas virtuels que l'on ouvre au-dessus de l'agenda légal du détenu. Il y a l'agenda des efforts accomplis et des réalisations personnelles. Il y a le timing des occasions propices à la réinsertion professionnelle ou personnelle (les professionnels disent « *c'est le bon moment* »). Par exemple, le détenu dispose d'une promesse d'embauche. Et puis, il

y a un agenda délicat et exigeant : l'agenda du for intérieur, lequel concerne l'évolution psychique du condamné. L'agenda intérieur relie le programme pénal de la réformation du criminel au programme de prévention des récidives (on croit l'ancien condamné plus fiable s'il a [bien] travaillé sur lui-même). Parce qu'il prend du temps, cet agenda s'étend plus que l'agenda rétributif. La situation la plus typique, en effet, est celle dans laquelle on estime que « c'est trop tôt », que le détenu « n'est pas prêt », parce qu'il « n'a pas encore assez évolué », qu'il « peut/doit aller plus loin », ou qu'il a seulement « commencé sa réflexion ». Peut mieux faire, il en va de l'optimisme souriant du projet réhabilitatif : celui d'un détenu invité aux efforts et à l'amélioration personnelle dans l'expérience carcérale. Le répertoire justificatif sous-jacent à cela unit trois arguments. Premièrement, conformément aux prescriptions des politiques pénales, la meilleure protection contre la récidive résiderait dans l'évolution favorable de la personnalité du condamné. Deuxièmement, nous l'avons dit, l'agenda de l'évolution personnelle serait de nature chaotique, tâtonnante - parfois interminable, plus durable en tout cas que le planning des autres réalisations du détenu. Troisièmement, l'évaluation judiciaire elle-même de ces progrès supposerait un processus patient, compliqué, au prix d'observations croisées sur le temps long. L'observation des conversations informelles et la lecture des dossiers prouvent que plus le crime était grave, plus la lenteur du cheminement relève d'une évidence postulée.

En résumé, le plus souvent, les magistrats, lorsqu'ils étudient les étapes franchies par le candidat, repèrent un décalage des agendas ainsi qu'un *retard* des progrès intérieurs. Lors d'entretiens sociologiques, ces juges expliquent que les demandes rejetées les moins susceptibles de recevoir un avis positif six mois plus tard concernent les dossiers dans lesquels l'expertise place « un feu rouge » en évoquant la dangerosité, les risques de réitération. Ces dossiers aux expertises préoccupantes sont très fréquents pour les longues peines et les auteurs d'agressions sexuelles. Les comportements humains n'étant pas prédictibles, l'expert-psychiatre prudent ne peut garantir la non-récidive ; par ailleurs, le psychisme n'est pas une pâte à modeler. Ce sont paradoxalement

les exigences modernes de la réinvention de soi, dérivées du programme humaniste, qui arrêtent légitimement le temps : c'est trop tôt, le condamné « n'a pas encore suffisamment progressé ». Dans cette configuration ordinaire, il n'y a pas de conséquence à laisser en suspens la question de l'agenda punitif c'est-à-dire le temps que le détenu doit purger pour des raisons d'ordre moins judiciaires que morales. L'agenda réhabilitatif dépasse, de toute manière, cet agenda répressif. Alors qu'il recouvre supposément l'agenda de la gestion des risques, comme nous l'avons dit : l'individu réaménagé présenterait un équilibre personnel satisfaisant, du point de vue de ses intérêts et du point de vue de la société, comme le veut la loi.

Ce registre de justification d'un refus d'aménagement de peine signifie la dangerosité possible *et* englobe des significations punitives d'ordre plus implicites. Ainsi, la souffrance institutionnalisée demeure latente. Le droit pénal, dans son ensemble, prescrit-il une dimension punitive qu'escamote le droit des aménagements de peine ? L'articulation entre divers agendas aux temporalités inégales permet, de façon contournée, de régler cette incohérence et de tenir ensemble les « sens » contradictoires de l'enfermement. Les logiques officieuses résolvent les tensions induites par l'empilement normatif[28] des politiques pénales.

2. La punition soumise à la question

Mais, il arrive qu'un dossier bouleverse les repères professionnels. Les acteurs se questionnent alors sur le sens de la considération selon laquelle « c'est trop tôt ». Ils se demandent ce qu'est véritablement un délai d'épreuve. Ils cherchent à en faire émerger *le* ou *les* sens. Ils doivent alors travailler cette question morale : patienter en prison, cela doit-il toujours être un mal

[28] Ces tensions ne datant pas d'hier, elles ont été soulignées à maintes reprises (Chauvenet, Gorgeon, Mouhanna *et al.* 2001, Lazerges 2012, Poncela 2013, Hergoz-Evans 2013…). Dans un ouvrage pour praticiens, des magistrats critiquaient : « la énième loi de lutte contre la récidive (…) transforme insensiblement et profondément l'énoncé des textes et parfois jusqu'à leur sens, au point que les plus anciens des praticiens de l'application des peines n'y reconnaissent plus leur droit » (Lavielle *et al*. 2013).

nécessaire ? Quelles considérations sont-elles légitimes, d'un point de vue éthique, et pertinentes, du point de vue utilitariste ? Dans certaines situations, l'intention humaniste ne recouvre pas l'intention punitive. Ce qui fait émerger, du côté des magistrats, des dilemmes, des regrets, et des questionnements sur l'orientation des décisions : *vers quel type de politique pénale allons-nous* ? Ces dossiers dévoilent qu'entre le sécuritaire, le punitif, et le réhabilitatif, les directions bifurquent. Gouverner ces hommes-là, ces détenus au dossier problématique, c'est choisir. Ce sera notre dernier point : une typologie de situations limites. Celles-ci interrogent politiquement la cohérence des sens conférés au parcours carcéral.

A. La configuration compassionnelle : souffrances du détenu « fragile »

La première situation limite apparaît parfois lorsque la demande d'aménagement de peine vient d'un détenu dit « fragile ». En prison, ce mot s'emploie comme une évidence, sans indiquer en quoi la personne désignée entrerait dans cette qualification. Le détenu fragile se pré-identifie comme tel. Ce terme est plurivoque. Toutefois, en contexte de discussion sur un aménagement de peine, il évoque une inaptitude à la libération conditionnelle.

Le qualificatif « fragile » peut être (a) un euphémisme pour désigner une pathologie délicate, un trouble/handicap psychiatrique difficile à traiter, quelle que soit la compliance aux soins psychothérapeutiques. Il peut être (b) une manière de ranger des problématiques difficiles à cerner et à qualifier, que l'on renvoie à la sphère « psy ». La fragilité désigne surtout (c) un individu qui ne serait pas parvenu à accomplir le parcours formateur, et/ou ne serait pas en mesure de le suivre. Ce n'est pas un homme solide face aux occasions de récidive. Il est « encore fragile », « trop fragile », « c'est très fragile » : cela veut dire que ce condamné fait preuve de bonne volonté (passivement peut-être), mais qu'il n'est pas capable de tenir le coup, de résister à ses vieux démons. Les magistrats et leurs partenaires ne sont pas confiants. Lorsqu'un protagoniste des audiences avance ce mot, on n'observe jamais qu'un autre le conteste ou demande des précisions. La perception

d'une « fragilité » est consensuelle. Et l'observation des audiences montre que ce qualificatif fonctionne comme un argument officieux. Il justifie l'éventualité d'un refus de l'aménagement de peine ou d'une mesure de sûreté en fin de peine. Serait-ce un mot suave pour dire que le détenu est dangereux, rendant acceptable une orientation sécuritaire ? Cette interprétation serait non-compréhensive. Elle nous rendrait aveugles à deux enjeux importants – lesquels apportent des nuances au sujet de la construction judiciaire des sens de la peine. Premier enjeu, la sensibilité des professionnels aux peines de ce détenu-là. Second enjeu, un double questionnement chez les acteurs. Sur le sens de la prison. Sur ce qui est renvoyé au détenu à cet égard : le sens que sa peine est censée avoir, à ses yeux, lorsqu'il s'est conformé au mieux au programme, lorsqu'on lui a dit que les mesures dépendent du parcours réalisé, quand il n'y a pas de sanction positive. *Quel message on lui renvoie* ; *quel sens ça va avoir pour lui,* se questionnent les protagonistes en commission de l'application des peines. Où vont le mérite et les « efforts » ? En ce cas, comme dans un jeu de cartes, le dilemme conduit à étaler le répertoire des justifications du carcéral. Jusqu'où la figure du criminel à châtier fait-elle partie du jeu ? Lorsque les conditions de vie du condamné apitoient autrui, les doutes percent.

Âgé de 45 ans, Mr Calipso vivait en prison depuis dix ans. Il avait été condamné à une longue peine, après un procès long et éprouvant, pour agressions sexuelles sur mineurs. Dans la vie, il était sorti de l'école sans diplôme, il avait occupé des emplois aidés. Il bénéficiait d'une allocation pour adultes handicapés. D'emblée, Mr Calipso apparaissait comme un *converti*. Il entrait dans ce mode d'adaptation dans lequel *le reclus* « (offre) l'image de celui qui met en toutes circonstances son enthousiasme pour l'institution à la disposition du personnel »[29]. Il rencontrait les conseillers d'insertion et de probation, la psychologue pénitentiaire chargée du Parcours d'Exécution des Peines, etc. Il avait repris des études scolaires. Il était suivi étroitement par les services psychiatriques. Il se targuait du fait qu'il «*faisait tout »*, suivant une logique énumérative. Il croyait au programme, même s'il

[29] Goffman 1968.

critiquait la réalité carcérale. Mme Cerise, membre de la direction de l'établissement, prenait Mr Calipso en exemple, lorsqu'on lui demandait de décrire des situations délicates au tribunal de l'application des peines. Elle constatait que cet homme avait fait « *son maximum* » (a). Elle ajoutait qu'il aurait fallu qu'il progresse plus qu'il ne le pouvait (b). Hélas, on ne pouvait pas s'attendre à ce qu'il y parvienne (c). Ce qui délie la construction des sens de la peine, c'est qu'il existe des ordres d'écarts entre ce qu'on demande *officiellement* au détenu (a), ce qu'on attend vraiment de lui (b), et ce à quoi l'on s'attend officieusement (c). Mme Cerise évoquait avec éloquence la situation pathétique de Mr Calipso. Elle avait de la peine pour lui. Malgré tout, lors d'une demande de libération conditionnelle, elle avait donné un avis défavorable. Pendant les audiences en commission de l'application des peines, lorsque les acteurs sociaux évoquaient Mr Calipso, on percevait un mélange de préoccupation, de pitié, et d'état d'esprit où il n'y a pas grand-chose à faire, les perspectives s'avérant assez mauvaises.

Le dilemme vient du fait que l'on considère que le détenu fragile a déjà beaucoup subi. Sa situation en prison est au bord du tolérable. Il suscite compassion ou pitié. Les acteurs d'une décision d'aménagement de peine, les magistrats, cadres pénitentiaires, partagent un sentiment latent que le condamné a dépassé le temps de l'agenda-châtiment. De plus, il a fait tous les efforts possibles, il est incapable d'aller plus loin : « il a fait de son mieux », « il est au max ». Du côté de l'agenda réformatif, il n'est pas arrivé au bout du programme, mais de ses possibilités singulières. Quand les professionnels énoncent que « la prison ne lui sert plus à rien », c'est qu'ils estiment qu'à ce point, ajouter du temps au temps ne peut que faire des dégâts sur une personne. La prison-souffrance ne peut être occultée. Toutefois, le planning réformatif est, on l'a dit, au service d'un projet de gestion des risques. À cet égard, si le détenu a « fait ce qu'il pouvait », « ce n'est pas suffisant ». Il n'arrivera pas. Le sens douloureux de l'incarcération se heurte à l'impossible coïncidence entre, d'un côté, la version « méritocratique » des exigences du programme réhabilitatif (c.-à-d. les efforts), et de l'autre côté, l'impératif ultime de la version plus utilitariste du programme, c'est-à-dire la prévention de la récidive.

Ainsi l'individu fragile constitue un registre particulier de la dangerosité. On y considère que les « personnes sous main de justice » sont prises dans une souffrance. Par conséquent, ce registre revient à manier différemment l'équation entre a) la gestion des risques b) le programme de réparation des failles du déviant, et b) la prise en compte de ce que la situation carcérale a de douloureux pour cette personne. Il suffit de sentir comme on reçoit différemment ces deux phrases (volontairement caricaturales) : laisser en prison un pédophile récidiviste/laisser en prison un homme vulnérable, ayant, malgré lui, des tendances pédophiles ancrées. Ce n'est pas tant une divergence d'évaluation que de perspective. En l'occurrence, la conséquence de la hiérarchisation sécurité/réinsertion est que le couple sécurité/punition pose problème. Le programme punitif est dépassé : « il a assez souffert comme ça ». Compte tenu de la « fragilité » de ce justiciable, l'alternative est celle-ci : maintenir, faute de mieux et peut-être à remords, l'enfermement, ou bien organiser des aménagements de peine très « *encadrants* », avec la coopération du justiciable. C'est dans ce type de dossier que la position du magistrat sur la question carcérale entre en ligne de compte dans le choix des options. Dans les deux cas, l'ordre des priorités laissera prédominer la préoccupation sécuritaire. La hiérarchie reste la même. De toute manière la réinsertion, valeur mineure, s'inclut au sein d'une valeur dominante, la sécurité[30]. C'est l'ampleur de la valeur réinsertion qui est susceptible de varier, au sein de cet équilibre, selon les sensibilités des acteurs sociaux. En tous les cas, lorsqu'il en résulte un maintien en prison, c'est à leurs yeux une issue malheureuse. Les justifications de la prison se délient les unes des autres. Du point de vue du condamné, c'est un non-sens. Il existe des phrases typiques pour le dire : « ça ne sert plus à rien », « la prison ne lui apporte plus rien », « la prison n'a plus de sens », « la prison n'a plus aucun sens », « ça n'a plus aucun sens pour lui ».

[30] Alain Ehrenberg a bien démontré que l'on commet une erreur de raisonnement quand on cherche à discerner des hiérarchies sociétales de valeurs en opposant ces valeurs lorsqu'elles cohabitent, non sans être hiérarchisées certes, mais selon une logique inclusive : la valeur moins élevée n'a de sens qu'au sein de la valeur dominante — et non en marge, à côté, ou en dessous, de cette valeur dominante. Ehrenberg 1998.

B. La configuration intransigeante : le criminel « impardonnable »

La seconde situation se situe à l'opposé de la première. Ce détenu a commis l'impardonnable. Il fut condamné à la prison perpétuelle. Les acteurs considèrent qu'ils sont légalement censés faire abstraction du crime, mais qu'il serait moralement inacceptable de l'occulter. Par exemple, ce condamné a tué un magistrat, un policier. Ou alors il a commis un meurtre d'une barbarie inouïe. Ce sont les rationalités prison-intimidation et prison-châtiment qui peuvent faire dire : « il ne sortira jamais ». Ou par euphémisme : « vu ce qu'il a fait, lui, il n'est pas près de sortir ». Le terme « impardonnable » vient des acteurs sociaux. Il désigne des déviants dont les actes passés se situent au sommet de nos intolérables contemporains. Souvent, leurs procès étaient relayés dans la presse. C'est une figure du criminel enfermé pour une dette incommensurable et pour l'exemple. Il s'agit d'une situation limite, parce qu'exceptionnelle : il n'est pas tant de dossiers au sujet desquels les acteurs assument de conférer à la prison un sens selon lequel l'attente punitive exclurait toute intention réhabilitative.

Le temps se place au cœur d'une incarcération dont le sens renvoie à une *expérience totale*[31] de la souffrance. La dimension de *peine* ne s'avère pas seulement omniprésente et intense — elle l'est pour bien des détenus. Elle *centre* l'existence et la mort d'une personne[32]. Souffrir et rester à l'écart constituent en vérité les seules significations socialement conférées à sa peine.

Mr Balsamine était enfermé depuis l'âge adulte. Condamné à la peine perpétuelle, il avait commis des actes effroyables. Lors d'entretiens sociologiques, il relatait que les acteurs du judiciaire le renvoyaient quotidiennement à la morale d'une dette inaliénable qu'on n'acquitte qu'en prison et dans la privation. Il fournissait de nombreuses anecdotes sur les façons subtiles par lesquelles l'institution ramène constamment le détenu à la dimension punitive de sa situation carcérale. Le détenu est tenu d'y trouver le sens des

[31] Fernandez 2011.
[32] Fernandez 2011.

misères ordinaires du quotidien. Dans cet extrait d'entretien, Mr Balsamine restituait la dimension tacite et sans appel de la lecture répressive de la peine :

> « Pour certaines condamnations, il y a ce que l'on appelle une période de sûreté pendant laquelle vous ne pouvez absolument rien espérer, rien demander, c'est du temps brut, ferme, que vous devez purger. Et les périodes de sûreté sont maintenant tellement longues que selon la période à laquelle vous rentrez, l'âge auquel vous rentrez, ça signifie la mort. Ni plus ni moins. (…). Il y a quelques années de ça, cette conseillère m'appelle, elle me pose des questions idiotes du genre est-ce que vous travaillez, est-ce que vous payez la partie civile, toute information qu'elle a déjà en consultant son dossier, histoire de parler. Je lui dis que je voudrais demander à diminuer un peu ma période de sûreté. [Je demande] "Est-ce qu'on peut faire quelque chose lorsque l'on présente…". Elle me dit (d'un ton offusqué, scandalisé :) "mais vous n'y pensez pas ! Ah !" (…). Il y a quelques jours, une personne avec qui je discute, qui a fait encore plus longtemps que moi, également condamné à perpétuité, m'a dit la même chose. Il avait posé la même question à une autre conseillère et elle lui avait dit la même chose à peu près... "Ce n'est pas la peine", quelque chose comme cela. C'est assez affolant. » (Mr Balsamine, détenu)

La question ne se pose pas, les promesses institutionnelles de l'aménagement de peine ne font pas sens, *ce n'est pas la peine*. Dans la scène sociale décrite par ce détenu, la souffrance ne va pas quelque part, elle ne présage rien qu'elle-même. D'ailleurs, auprès des impardonnables, il arrive que certains professionnels – des surveillants parfois – manifestent ouvertement une intentionnalité sadique. Ils se situent ainsi dans un certain rapport à la peine carcérale, celle d'une intention de faire souffrir. Le point de curseur de l'impardonnable est subjectif. Il dépend toutefois d'un sens commun. Pas d'indulgence, par exemple, pour le crime contre un enfant.

Dans la configuration de ce cas limite, la figure du criminel impardonnable peut s'associer à celle du criminel irréductible. Pour l'irréductible, la question éventuelle « jamais » ne découle pas des exigences du projet punitif, mais des prérequis du programme

réhabilitatif. La combinaison intolérable/irrattrapable concerne souvent un détenu dont l'expertise psychiatrique soulève des problématiques liées à une problématique liée au spectre clinique complexe de la « perversité »[33]. Dans l'état des savoir-faire thérapeutiques, on ne peut pas en attendre une évolution positive. Le très grand narcissique est inapte au réaménagement psychique, parce que structurellement incapable de le désirer. Il est fréquent que son comportement quotidien déplaise. Il lui arrive d'être qualifié de « mielleux », ou, au contraire, de « procédurier ». L'empathie à son égard s'érode, les acteurs s'en protègent par l'humour noir. Des entretiens sociologiques attestent toutefois, ici encore, la possibilité d'un renversement : ne peut-on pas ressentir le tragique de la situation de cet homme enfermé ? Une telle compassion vient, le plus souvent, d'acteurs sociaux qui rencontrent ce détenu de loin en loin – juges de l'application des peines, soignants. Pour que les acteurs évoquent ce problème moral lors d'entretiens sociologiques, il faut les pousser vers les problèmes gênants. « C'est dégueulasse vos entretiens », plaisante un psychiatre thérapeute en prison. Par ailleurs, quand l'empathie envers ce détenu existe, le principe de réalité s'oppose à l'option d'un aménagement de peine. Monsieur Caroube, un détenu âgé, était polyhandicapé. Du point de vue du magistrat, le sens que cet homme donnait à sa condamnation était à l'opposé des attentes. Cela dit, il souffrait énormément en prison, vu sa condition physique. D'ailleurs, il n'aurait pas été en mesure de récidiver. Le

[33] Les perversions « morales » ou « sexuelles » ne relèvent pas du même concept. L'un et l'autre représentent, pour les acteurs sociaux, un enjeu sensible dans la décision judiciaire. Pour les psychologues et psychiatres, ces notions cliniques sont très complexes, polémiques. Leurs définitions et délimitations sont flottantes, de même que les termes utilisés varient selon les approches professionnelles et le degré de pathologie de l'individu concerné. Ce qui augure du pire, dans un dossier judiciaire, est la dimension narcissique du trouble, suggérée dans les expertises par des termes tels que « trouble de la personnalité narcissique », « traits pervers », « trouble de la personnalité perverse » « personnalité perverse », « perversion narcissique », voir « perversité morale », « perversité de caractère », etc. La stricte perversion sexuelle se distingue de ces traits de personnalité plus larges, qui peuvent d'ailleurs inclure ou non la première. En France, l'approche diagnostique est influencée par des auteurs comme Paul-Claude Racamier (le précurseur), Jean Bergeret, Alberto Euguier (pour les perversions *sexuelles,* Claude Balier, Gérard Bonnet…). À la fin des années 1990, la psychiatre Marie-France Hirigoyen a vulgarisé ces connaissances pour le grand public. Or, on trouve des livres de cette auteure dans la bibliothèque de l'École Nationale de la Magistrature.

juge de l'application des peines et ses partenaires se demandaient s'il exagérait sa maladie – son dossier judiciaire cumulait d'ailleurs des expertises médicales dans lesquelles la simulation était la question majeure. D'année en année, les demandes d'aménagement de peine pour raison médicale étaient rejetées. Aussi désagréable Monsieur Caroube était-il, certains avaient de la peine pour lui.

En définitive, dans cette configuration, un autre ordre de temporalité interroge le sens de la peine : la sortie, ce pourrait être « *jamais* », sauf décision en ce sens. Par rapport aux condamnés plus ordinaires, la question morale s'inverse : la voie de la « *réhabilitation* » est officiellement quasi fermée [l'emprisonnement est planifié à vie]. Pour que les acteurs sociaux énoncent une interrogation critique sur « l'objectif » de la peine, il faut, dans cette situation limite, en passer par un affrontement plus radical de la question carcérale. La figure du détenu impardonnable est donc clivante. Lors d'entretiens sociologiques, des interlocuteurs estiment que la société doit assumer que certains criminels mourront en prison. D'autres réagissent, en l'occurrence, de manière plus sensible. La dimension émotionnelle influe sur les positionnements. En tous les cas, la solution carcérale n'est donc pas interrogée seulement à travers la faisabilité du programme officiel, comme dans le cas de l'individu fragile. Il s'agit plus largement des droits de l'homme, des limites de ce que l'État peut faire subir à autrui, quelle que soit cette personne. Ce n'est plus étroitement le sens de la peine qui fait question. L'interrogation sous-jacente est dans quelle mesure la prison, telle qu'elle existe, est acceptable, jusqu'où l'enfermement est tenable.

« Nous n'avons plus la peine de mort, c'est donc que tout condamné doit pouvoir retourner un jour dans la société ». Lors de sessions de formation à l'école nationale de la magistrature, l'un des instructeurs insistait beaucoup sur ce principe. La Cour européenne des droits de l'Homme a d'ailleurs scellé dans la loi cette sensibilité morale. Une peine de prison à perpétuité *sans espoir* d'un aménagement de peine est une atteinte aux droits de l'homme. C'est un traitement « inhumain » et « dégradant » à l'égard de la notion de *souffrance morale* infligée au détenu[34].

[34] Belda 2010, p. 234-236.

Concernant les coupables de l'impardonnable, cette mise en balance prison à vie/condamnation à mort est une considération importante, bien que latente.

Ces cas limite n'étant pas ordinaires, il convient de les aborder pour ce qu'ils sont, c'est-à-dire un effet loupe sur les équivoques des sens de la peine et de la place du punitif. L'agenda du châtiment devient visible. Pour ces détenus-ci, la vie constitue une vallée de larmes. C'est le seul sens qui se dégage de l'organisation d'un destin enfermé. Les acteurs professionnels ne peuvent y voir autre chose qu'un chemin sans fin de souffrance *institutionnalisée*. C'est pourquoi les possibles dilemmes portent sur l'éventualité d'une sortie de prison par la mort. Les magistrats soucieux des victimes, de l'ordre public, expliquent en aparté : « compte tenu de ce qu'il a fait, il ne sortira jamais ». Ainsi, en maison centrale les libérations conditionnelles sont rarissimes. Les magistrats les plus fermement favorables à l'aménagement de peine répugnent à l'optique d'un enfermement au carré, un enfermement fermé sur l'enfermement. Soit ils constatent une impasse, notamment dans le cas du détenu impardonnable et irréductible. Ils déplorent : malheureusement, on n'a pas d'alternative raisonnable. Soit ils guettent les moments favorables à la requalification, notamment lorsque le détenu a un crime impardonnable derrière lui – sans être perçu comme un irréductible. Ils mettent en avant les réalisations accomplies et disent : « c'est maintenant ou jamais », « c'est le moment ou jamais », ou encore « après, il sera trop tard ». Ils opposent ainsi le temps de l'humanisation de la peine aux temporalités infinies de la punition et de la mise à l'écart sécuritaire. Pour ces acteurs sociaux, le sens de la prison, c'est une direction, celle de la sortie.

C. La configuration incertaine : le sprint d'un détenu exemplaire

Le premier cas limite est relativement fréquent, le second plus rare, le troisième de l'ordre de l'exceptionnel. Un seul exemple a été recueilli pendant l'enquête de terrain. Il était relaté par une juge de l'application des peines lors d'un entretien sociologique. Monsieur Cassissier avait commis un homicide. Les

magistrats du tribunal de l'application des peines, chargé de statuer sur une demande de libération conditionnelle, discernaient des circonstances atténuantes dans l'homicide. Par ailleurs, ils validaient le dossier tout bon de ce détenu, son comportement « exemplaire en prison », l'élaboration d'un projet de vie solide dehors. Surtout, ils étaient impressionnés par la rapidité du travail thérapeutique du condamné, en particulier la manière dont celui-ci faisait retour sur les faits à l'origine de la condamnation. Bien sûr, le justiciable était dans les délais légaux de la mesure. Plus encore, les magistrats jugeaient qu'il était arrivé au bout du programme. La magistrate, lors de l'entretien sociologique, insistait sur le rythme soutenu d'une thérapie réussie. Ce qui en faisait un dossier inhabituel.

Ce qui gênait les magistrats, c'est que cette avance dans l'agenda réhabilitatif s'avérait en conflit avec le nombre d'années de peine fixé lors du jugement. Monsieur Cassissier était « *tout juste aménageable* » selon l'expression indigène. Les magistrats s'étaient posé des questions sur ce qui est dû aux victimes, sur ce qui est juste à leur égard. Autour du dossier existait une forte demande sociale, venue de l'extérieur. Un collectif de citoyens militait contre la libération de monsieur Cassissier. Un autre groupe prenait parti pour la cause inverse. Par ailleurs, ces juges hésitaient sur ce qui aurait été moralement équitable, concernant le condamné. L'interlocutrice expliquait que le trio de juges s'était demandé si « c'est trop tôt » ne signifiait pas uniquement, alors, punir pour punir. Que veut dire « la fin de peine est trop éloignée », quand *le détenu* fait tout bien ? Dans cette situation précise, la phrase perd son équivoque. Elle ne peut signifier qu'une chose, qui est que *le condamné* n'a pas assez payé, qu'il n'a pas encore donné assez de sa personne.

Dans cette hypothèse, la souffrance ne serait plus l'instrument d'une réformation personnelle, mais le bien en soi, comme dans la situation limite de l'impardonnable. Ici encore, la signification de la peine comme châtiment, au stade de l'aménagement de peine, est mise à nu. Les décalages d'agendas dissocient l'orientation réhabilitative officielle de l'orientation répressive d'ordre plus officieux. Les dilemmes sont plus aigus que dans le cas limite précédent, puisque l'intention de punir est perçue

comme chose beaucoup moins légitime. Cette fois-ci, c'est plutôt la hiérarchisation morale elle-même que l'on remet en question. Comment pourrait-on faire prévaloir la vengeance ? Dans l'entretien avec cette magistrate, on retrouvait le champ lexical du déficit de sens, mais sous une forme grammaticale interrogative : « quel sens est-ce que ça aurait ? ». En l'occurrence, la demande de libération conditionnelle fut accordée, non sans motiver soigneusement la décision. Cela montre d'ailleurs, là encore, que le sens punitif de la peine fait partie des considérations incontournables et officieusement légitimes, celles dont le magistrat tient spontanément compte lorsqu'il projette mentalement le dossier en cours d'appel, et les motivations de son jugement relues par des pairs. Dans le langage formel de la décision, il y a des manières de *signifier* que la dimension punitive a été prise en considération. Il y a un langage implicite pour placer cette signification en suspension – comme le fait le texte de procédure pénale. En l'occurrence, la justification était celle des progrès exceptionnels du condamné (autrement dit, l'inverse de la justification selon laquelle c'est trop tôt parce que le détenu bien pressé doit prendre le temps de progresser).

En conclusion, nous avons là une typologie de situations empiriques qui mettent en cause les sens de la peine. L'argument du temps vole en éclat. Il ne joue plus le rôle d'une courroie de liaison entre des justifications contradictoires. Ces dossiers fragilisent les routines intellectuelles qui permettent ordinairement d'associer une rationalité occultée (le sens rétributif de la peine) aux motivations politiquement légitimes (l'objectif sécurité/réinsertion sociale). Les différentes dimensions temporelles de la trajectoire carcérale ne coïncident pas au bon rythme. Elles n'ont pas l'heur de faire coïncider perspectives humanistes et dimension d'ordre plus vengeresse de la peine. Il devient limpide qu'il faut, dans une certaine mesure, en être passé par l'épreuve, en avoir soupé.

Conclusions

La formalisation judiciaire des temporalités d'un parcours d'aménagement de peine dévoile une économie morale qui *valorise*, à certains égards, la souffrance. Réciproquement, la

référence au temps est la justification qui permet aux magistrats de relier des considérations d'ordre contradictoire, en contournant le tabou punitif. Quels que soient les efforts accomplis par le détenu, quels que soient les gages de réinsertion présentés, une condition *sine qua non* reste implicite : d'abord, cet homme doit avoir passé suffisamment de temps en prison. Il doit avoir expérimenté la durée de l'enfermement souvent bien au-delà des délais minimaux formels. Il doit avoir « pris la peine » de passer par là et de subir l'ensemble des étapes. Pour épuiser la totalité des sens moraux de la peine, la souffrance entre dans les étapes à parcourir.

Bibliographie

Adam, Cauchies, Devresse *et al.* 2014
ADAM (C.), CAUCHIE (F.), DEVRESSE (M-S.) *et al.*, *Crime, justice et lieux communs. Une introduction à la criminologie.* Bruxelles, Larcier, 2014.

Allen 1981
ALLEN (F.), *The Decline of the Rehabilitative Ideal : Penal Policy and Social Purpose*, New Haven, Yale University Press, 1981.

Artières, Lascoumes & Akrich 2004
ARTIÈRES (P.), LASCOUMES (P.), AKRICH (M.), *Gouverner, enfermer : la prison, modèle indépassable ?* Paris, Presses de Sciences Po, 2004.

Ashworth 2015
ASHWORTH (A.), *Sentencing and criminal justice*, Cambridge, Cambridge University Press, 6th ed., 2015.

Astruc & Ghérardi 2011
ASTRUC (P.), GHÉRARDI (É.), *L'abolition de la peine capitale en France, 9 octobre 1981*, Paris, A. Colin, 2011.

Aubusson de Cavarlay 2002
AUBUSSON DE CAVARLAY (B.), « Les lourdes peines dans la longue durée » in *Comment sanctionner le crime*, sous la direction de FELTESSE (S.), TOURNIER (P.), Paris, Ères, 2002 p. 50-60.

Baratta, Schwartz & Milosescu 2011
BARATTA (A.), SCHWARTZ (P.), et MILOSESCU (G-A.), « Place et méthodes de l'expertise post-sentencielle dans le dispositif de libération conditionnelle. Comparaison des procédures en Belgique et en France », *Médecine & Droit,* n° 109 (2011), p. 177-84.

Bebin 2006
BEBIN (X.), *Pourquoi punir : l'approche utilitaire de la sanction pénale*, Paris, l'Harmattan, 2006.

Belda 2010
BELDA (B.), *Les droits de l'homme des personnes privées de liberté : contribution à l'étude du pouvoir normatif de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

Belley 1996
BELLEY (J.-G.), « Une métaphore chimique pour le droit », in *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité,* sous la direction de BELLEY (J.-G.), Paris, L.G.D.J., 1996.

Bernheim 2013
BERNHEIM (E.), « Prendre le droit comme un "fait social". La sociologie du droit par et pour elle-même » in *Les cadres théoriques et le droit. Actes de la 2e Journée d'étude sur la méthodologie et l'épistémologie juridique,* sous la direction de AZZARIA (G.), Québec, Yvon Blais, 2013.

Bert 2012
BERT (J-F.). « "Ce qui résiste, c'est la prison" ». Surveiller et punir, de Michel Foucault », *Revue du MAUSS*, n° 2 (2012), p. 161-72.

Berthelet 2015
BERTHELET (P.), *Crimes et châtiments dans l'État de sécurité : traité de criminologie politique*, Paris, Publibook, 2015.

Bosworth 2007
BOSWORTH (M.), « Creating the Responsible Prisoner : Federal Admission and Orientation Packs », *Punishment and Society*, n° 9/1 (2007), p. 67-85.

Bouagga 2013
BOUAGGA (Y.), « Humaniser la peine ? Ethnographie du traitement pénal en maison d'arrêt », Thèse pour l'obtention du grade de Docteure de l'EHESS, Paris, 21 octobre 2013.

Boullant 2003
BOULLANT (F.), *Michel Foucault et les prisons*, Paris, Presses Univ. de France, 2003.

Chauvenet, Gorgeon, Mouhanna *et al.* 2001
CHAUVENET (A.), GORGEON (C.), MOUHANNA (C.) et *al.*, « Entre social et judiciaire : quelle place pour le travail social de milieu ouvert ? », *Archives de politique criminelle,* n° 23/1 (2001), p. 71-91.

Chauvenet 2009
CHAUVENET (A.), « Les longues peines : le "principe" de la peur », *Champ pénal/Penal field*, Séminaire du GERN « Longues peines et peines indéfinies. Punir la dangerosité » (2008-2009), (24 octobre 2009), en ligne, https://journals.openedition.org/champpenal/7556, consulté le 26 janvier 2018.

Chauvenet 2015
CHAUVENET (A.), « À quels espaces assigner les condamnés ? Quels espaces observer ? », *Espaces et sociétés*, n° 3 (2015), p. 167-74.

Cliquenois 2013
CLIQUENOIS (G.), *Le management des prisons. Vers une gestion des risques et une responsabilisation des détenus ?*, Bruxelles, Larcier, 2013.

Darley, Lancelevée & Michalon 2013
DARLEY (M.), LANCELEVÉE (C), MICHALON (B) (dir), *Où sont les murs ? Penser l'enfermement en sciences sociales,* Paris, L'Harmattan, 2013.

De Haan 1992
DE HAAN (W.), « Redresser les torts : l'abolitionnisme et le contrôle de la criminalité », *Nouvelles connaissances et nouvelles questions en criminologie*, vol. 25, n° 2 (1992), p. 115-137.

De Larminat 2014
DE LARMINAT (X), « Un continuum pénal hybride », *Champ pénal/Penal field*, vol. XI (2014), en ligne, https://journals.openedition.org/champpenal/8965, consulté le 26 janvier 2018.

Debuyst, Digneffe & Kaminski 2002
DEBUYST (C.), DIGNEFFE (F.), KAMINSKI (D.) (dir.), *Essais sur le tragique et la rationalité pénale*, Bruxelles, De Boeck, 2002.

Debuyst, Digneffe & Pires 2008
DEBUYST (C.), DIGNEFFE (F.), PIRES (A), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, Bruxelles, Larcier, vol. 2 (*La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*), 2008 [1998].

Delmas-Marty 2010
DELMAS-MARTY (M.), *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris, Seuil, 2010.

Delmas-Marty, Fœssel, Lalaut, Mongin 2010
DELMAS-MARTY (M.), FŒSSEL (M.), LALAUT (C.), MONGIN (O.), « Détruire la démocratie au motif de la défendre », *Esprit*, n° 3 (2010), p. 145-62.

Doron 2010
DORON (C-O.), « Soigner par la souffrance », *Les Cahiers du Centre Georges Canguilhem*, n° 1 (2010), p. 87-113.

Ehrenberg 1998
EHRENBERG (A.), *La fatigue d'être soi. Dépression et société*, Odile Jacob, Paris, 1998.

Durkheim 1917
DURKHEIM (É.), *Religion, morale, anomie. Textes II*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1975 [1917].

Enguéléguélé 1998
ENGUÉLÉGUÉLÉ (S.), *Les politiques pénales (1958-1995)*, Paris, L'Harmattan, 1998.

Faget 2008
FAGET (J.), « La fabrique de la décision pénale. Une dialectique des asservissements et des émancipations », *Champ pénal/Penal field*, n° 5 (2008), en ligne, https://journals.openedition.org/champpenal/3983, consulté le 26 janvier 2018.

Farges 2007
FARGES (É), « Penser la réforme pénitentiaire avec Michel Foucault. Apports et limites à une sociologie politique de la loi du 18 janvier 1994 », *Raisons politiques*, vol. 25, n° 1 (2007), p. 101-125.

Fassin 2013
FASSIN (D.) (dir.), *Juger, réprimer, accompagner. Essai sur la morale de l'État*, Paris, Seuil, 2013.

Fassin 2015
FASSIN (D.), *L'Ombre du monde. Une anthropologie de la condition carcérale*, Paris, Seuil, 2015.

Faugeron, Kaminski, Kokoreff *et al.* 2004
FAUGERON (C.), KAMINSKI (D.), KOKOREFF (M.) *et al.*, *Sociologie pénale : système et expérience*, Ramonville Saint-Agne, Ères, 2004.

Fernandez & Lézé 2006
FERNANDEZ (F.), LÉZÉ (S.), « Punir jusqu'à la lie », *L'Homme*, n° 180/4 (2006), p. 171-82.

Fernandez 2011
FERNANDEZ (F), *Emprises : Drogues, errance, prison : figures d'une expérience totale*, Bruxelles, Larcier, 2011.

Ferry 2012
FERRY (T), *Qu'est-ce que punir ? Du châtiment à l'hypersurveillance*, Paris, L'Harmattan, 2012.

Foucault 1975
FOUCAULT (M), *Surveiller et punir. La naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.

Foucault & Brodeur 1993
FOUCAULT (M.), BRODEUR (J-P.), « Alternatives à la prison : diffusion ou décroissance du contrôle social, une entrevue avec Michel Foucault », *Criminologie*, n° 26/1, 1993, p. 13-34.

Frize 2004
FRIZE, (N.), *Le sens de la peine : état de l'idéologie carcérale*, Paris, Lignes, 2004.

Ghica-Lemarchand 2013
GHICA-LEMARCHAND (C.), « Le sens de la peine », in *Les droits de la personne détenue : après la loi pénitentiaire du 24 novembre 2009*, sous la direction de BOUSSARD (S), ANZIANI (A), Paris, Dalloz, 2013.

Goffman 1968
GOFFMAN (E.), *Asiles. Études sur la condition sociale des malades mentaux et autres reclus*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1968.

Harcourt 2005
HARCOURT (B.), « Carceral Imaginations », in *Carceral Notebooks,* volume 1, 2005, en ligne.

Hattem 1991
HATTEM (T.), « Vivre avec ses peines : les fondements et les enjeux du contrôle et la résistance saisis à travers l'expérience des femmes condamnées à l'emprisonnement à perpétuité », *Déviance et société*, n° 15/2 (1991), p. 137-56.

Hergoz-Evans 2012
HERGOZ-EVANS (M.), « La perpétuité plus réelle qu'auparavant, le durcissement continu de l'exécution de la peine de réclusion criminelle à perpétuité », in *La perpétuité perpétuelle*, sous la direction de LÉCUYER (Y.), Rennes, PUR, 2012.

Hergoz-Evans 2013
HERGOZ-EVANS (M.), *Le juge de l'application des peines. Monsieur Jourdain de la désistance*, Paris, l'Harmattan, 2013.

Hugues 1962
HUGHES (E.), « Good people and dirty work », *Social Problems*, vol. 10, n° 1 (Summer 1962), p. 3-11.

Landenne 2008
LANDENNE (P.), *Peines en prison. L'addition cachée,* Paris, Larcier, 2008.

Laurens 2007
LAURENS (Y.), *Les très longues peines de prison. La justice au quotidien,* Paris, L'Harmattan, 2007.

Lavielle, Janas & Lameyre 2012
LAVIELLE (B.), Janas (M.), LAMEYRE (X), *Le guide des peines. Personnes physiques et morales, prononcé, exécution, application, extinction*, Paris, Dalloz, 2012.

Lazerges 2012
LAZERGES (C.), « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité, Les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 1 (2012), p. 274-279.

Lecuyer 2012
LÉCUYER (Y.), *La perpétuité perpétuelle. Réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2012.

Leroy 2014
LEROY (A.), « De la "dangerosité" à l'individu "fragile", l'économie morale des "évaluations de personnalité" dans les décisions d'aménagement de peine », in *Santé et justice. Savoirs et pratiques*, sous la direction de MBANZOULOU (P.), POTTIER (P), Paris, L'Harmattan, 2014.

Leroy 2016
LEROY (A.), « Patientez en prison, la construction des itinéraires carcéraux en centre de détention », Thèse pour l'obtention du grade de Docteure de l'ENS Paris Saclay, Cachan, 18 novembre 2016.

Lima 2013
LIMA (L.) (dir.), *L'expertise sur autrui. L'individualisation des politiques sociales entre droit et jugements*, Bruxelles, P.E.I. Peter Lang, 2013.

Mansuy 2006
MANSUY (I.), *La protection des droits des détenus et France et en Allemagne*, Paris, Plon, 2005.

Marchetti 2001
MARCHETTI (A-M.), *Perpétuités. Le temps infini des longues peines*, Paris, Plon, 2001.

Mary, Bartholeyns & Béghin 2006
MARY (P.), BARTHOLEYNS (F.), BÉGHIN (J.), « La prison en Belgique : de l'institution totale aux droits des détenus ? », *Déviance et Société*, n° 30/3 (2006), p. 389-404.

Mary 2007
MARY (P.), « Libération conditionnelle et gestion des risques. Le cas des condamnés pour faits de mœurs en Belgique », *Criminologie*, (2007), p. 147-160.

Matthews 2005
MATTHEWS (R.), « The myth of punitiveness », *Theoretical criminology*, 9/2 (2005), p. 175-201.

McKelvey 1977
MCKELVEY (B.), *American prisons. An history of good intentions*, Montclair, Patterson Smith Montclair, 1977.

Mcneil 2004
MCNEILL (F.), « Desistance, rehabilitation and correctionalism : Developments and prospects in Scotland », *The Howard journal of criminal Justice*, 43/4 (2004), p. 420-36.

Noali 2012
NOALI (L.), *Les résistances carcérales, du comment au pourquoi. Une approche juridique et pluridisciplinaire*, Paris, L'Harmattan, 2012.

Noali 2014
NOALI (L.), « La peine de prison à l'usure ? », *Champ pénal/Penal field*, vol. XI (2014), en ligne, https://journals.openedition.org/champpenal/8987, consulté le 26 janvier 2018.

Pires 2001
PIRES (A.), « La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique », *Sociologie et sociétés*, n° 33/1 (2001), p. 179-204.

Pires 2008
PIRES (A.), « En guise de conclusion. Un nœud gordien autour du droit de punir », in *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, sous la direction de DEBUYST (C), DIGNEFFE (F), PIRES (A), Bruxelles, Larcier, 2008 [1998], Tome 2 (La rationalité pénale et la naissance de la criminologie), p. 208-209.

Poncela 2013
PONCELA (P.), « Le droit des aménagements de peine, essor et désordre », *Criminocorpus*, L'aménagement des peines privatives de liberté : l'exécution de la peine autrement (2013), en ligne https://journals.openedition.org/criminocorpus/2475, consulté le 26 janvier 2018.

Ponseille 2007
PONSEILLE (A.), « La peine et le temps », *Archives de politique criminelle,* n° 29/1 (2007), p. 69-93.

Raynor & Robinson 2005
RAYNOR (P.), ROBINSON (G.), *Rehabilitation, Crime and Justice*, New York, Palgrave MacMillan, 2005.

Robinson 2008
ROBINSON (G.), « Late-Modern Rehabilitation : The Evolution of a Penal Strategy », *Punishment and Society*, n°10, 4 (2008), p. 429-445.

Rostaing 2009
ROSTAING (C.), « Interroger les changements de la prison. Des processus de déprise et de reprise institutionnelle », *Revue de sciences humaines*, n° 17 (2009), p. 89-108.

Rostaing 2010
ROSTAING (C.), « Essai sur les relations et la condition dans une institution honteuse. Une sociologie morale de la prison », Université Lumière-Lyon 2 (Habilitation à réaliser des recherches), 2010.

Roth 1981
ROTH (R.), *Pratiques pénitentiaires et théorie sociale : l'exemple de la prison de Genève, 1825-1862*, Paris, Droz, 1981.

Saas 2014
SAAS (C.), « La catégorisation des peines, socle fragile de normalisation du condamné. Illustration par l'emprisonnement assorti du sursis avec mise à l'épreuve », *Droit et société*, n° 88/3 (2014), p. 635-484.

Simon & Feeley 2003
SIMON (J.), FEELEY (M.), « The form and limits of the new penology », *Punishment and social control*, 2 (2003), p. 75-116.

Slingeneyer 2007
SLINGENEYER (T.), « La nouvelle pénologie, une grille d'analyse des transformations des discours, des techniques et des objectifs dans la pénalité », *Champ pénal/Penal field*, vol. IV (2007), en ligne, https://journals.openedition.org/champpenal/2853, consulté le 26 janvier 2018.

Slingeneyer 2012
SLINGENEYER (T.), « Gouvernementalité et libération conditionnelle, pratiques décisionnelles sous l'ère des libérations conditionnelles (1998-2007) », Thèse pour l'obtention du grade de Docteur de l'UCL, Louvain-La-Neuve, 20 juin 2012.

Quirion 2006
QUIRION (B.), « Traiter les délinquants ou contrôler les conduites : l'idéal réhabilitatif à l'ère de la nouvelle pénologie », *Criminologie*, n° 39, 2 (2006), p. 137-164.

Quirion 2009
QUIRION (B.), « Le détenu responsable et autonome : la nouvelle cible de l'intervention correctionnelle au Canada », *Revue de droit pénal et de criminologie*, (juillet-août 2009), p. 818-835.

Tournier 2010
TOURNIER (P-V-E.), *Dictionnaire de démographie pénale : des outils pour arpenter le champ pénal*, Paris, l'Harmattan, 2010.

Tubex 2002
TUBEX (H.), « Le dernier échelon de l'échelle des peines en Europe », dans *Comment sanctionner le crime ?*, Toulouse, ER.

Grammaire de la peine vécue

Kevin Ladd
Chercheur associé (philosophie), Université de Bourgogne - Centre Chevrier

> Mais nous sommes confiants.
> Peut-être tout ceci a-t-il un sens.
> Le monde est plein de gens pareils à nous,
> d'innombrables gens comme nous.
> Et quelqu'un doit bien nous entendre.
> Quelques-uns, et plus encore,
> même si nos propos les assomment ou les irritent.
>
> RULFO[1]

> N'essaie pas d'analyser en toi-même le vécu !
>
> WITTGENSTEIN[2]

La présente contribution formule trois questions dont l'examen me paraît nécessaire à la délimitation de ce qu'il est permis d'entendre par l'idée qu'une peine « fasse sens » pour le condamné. Parmi ces questions, la principale porte sur le *genre de réponse* qu'on attend lorsqu'on interroge le sens qu'il y a à subir une peine ; il ne suffit pas de se demander *à quelles conditions* une peine pourrait « faire sens », mais d'abord ce que cela peut signifier, pour une peine, « d'avoir » ou de « revêtir » un sens. Pour cela, c'est une autre question qu'il faut examiner en premier lieu, et

[1] Rulfo 1993, p. 108.
[2] Wittgenstein 1985, §548, p. 190.

qui porte sur le *mode de connaissance* sous lequel ce sens devrait être saisi : l'atteignons-nous par *interprétation,* comme on le présuppose généralement, ou bien par une autre opération de l'esprit, et sous un autre mode de connaissance, qui resteraient à préciser ? Seulement alors pourra-t-on déterminer, ce qui sera ma dernière question, si ce sens doit pouvoir être décrit ou faire l'objet d'une communication expresse, être reçu et compris par autrui.

C'est en effet à cette condition, celle d'une communication possible du sens, qu'il pourra exister un *problème* du sens de la peine pertinent du point de vue du condamné et du point de vue politique, sans quoi on devra conclure qu'il n'y a là qu'un faux problème. Si en effet nous ne parvenons pas à indiquer quel genre de réponse pourrait bien recevoir la question du sens de la peine, et si nous ne concevons aucune voie, aucun chemin, qui y conduirait, sommes-nous encore sûrs qu'il y ait seulement une question à poser ? Là où il n'y a pas de question à poser, nul discours n'est à tenir qui ait une valeur intersubjective ou publique, ni en philosophie ni dans aucun autre domaine de la connaissance. « Là où la solution ne peut être attendue que d'une sorte de révélation, il n'y a pas non plus problème. À une révélation ne correspond pas de question », rappelle Wittgenstein[3].

La difficulté est sérieuse, et c'est à la condition de l'affronter que nous pourrons donner un contenu précis au grief fréquemment adressé au système pénal de trahir une attente légitime en ne sachant pas donner de sens aux peines prononcées et exécutées. Or on ne saurait rien gagner à isoler ni hypostasier « la peine », comme si elle existait en dehors de son prononcé, de son application et de son vécu, et qu'on voulait seulement s'assurer de la congruence d'une doctrine de la peine (sa « rationalité », ses fonctions, ses buts) et de l'expérience du condamné. Ce qu'on appelle le « sens » ne saurait être un simple *liant* entre un concept et un vécu, un *milieu* qui viendrait homogénéiser une politique pénale et des pratiques ou des expériences. Plutôt que de parler du « sens » en général, je soumettrai par conséquent le syntagme

[3] Wittgenstein 1975, §149, p. 165. Cf. aussi le *Tractatus,* §6.5 : « D'une réponse qu'on ne peut formuler, on ne peut non plus formuler la question » (Wittgenstein 1993a, p. 111).

« subir une peine », pris comme un tout, à une analyse « grammaticale »[4], en m'appuyant sur trois argumentations empruntées à, ou inspirées de, Wittgenstein, Anscombe et Diamond.

La thèse que je défendrai comportera deux aspects principaux : je soutiendrai d'abord que la question du sens de la peine ne doit pas être comprise comme étant d'ordre essentiellement *psychologique,* et comme étant, pour ainsi dire, l'affaire exclusive du condamné. Je montrerai qu'au contraire elle est intimement liée à la conduite des différents protagonistes et aux modalités de la peine, mais qu'il ne suffit pas pour autant que certaines conditions soient réunies pour que le sens naisse comme d'une étrange alchimie. Ni le condamné ni l'institution pénale ne sauraient porter à eux seuls le poids d'un sens dont par ailleurs une faible part est dialogique : il ne suffit pas de souhaiter que le condamné écoute ce que l'institution a à lui dire en le punissant, et que l'institution l'écoute en retour, pour que soit dit le dernier mot de la peine. Ce qu'exprime la peine en tant que telle est au demeurant assez simple, et il est évident que ceux qui s'enquièrent du sens de la peine visent toujours autre chose que son *sens propre* (la sanction d'une transgression). Ils ont plutôt à l'esprit, sous cette dénomination, quelque chose de personnel, de singulier, d'ineffable peut-être, et qui en tout état de cause se distinguerait assez nettement d'une logique du sens propre (communicable, pratique, normé) voire d'une logique d'ordre théorique ou critique (l'idée d'un sens caché à exhumer, à révéler, à « démystifier »). Nous aurons néanmoins l'occasion de voir au cours de cet article que ce sens propre n'a en réalité rien d'évident[5].

Le deuxième aspect de ma thèse consistera à dire que si la peine a toujours à voir, de façon irréductible, avec un destin individuel, son sens doit pourtant pouvoir être communiqué en quelque façon et compris, s'il doit constituer un problème politique, comme tel susceptible d'interpeller le citoyen. Il *doit* y avoir possibilité du sens et du non-sens, pour le délinquant comme pour qui n'a jamais eu à subir les foudres de la justice, s'il existe

[4] Sur la notion de « grammaire », cf. notamment Wittgenstein 1997, p. 28 et 2004, §122-130, p. 87-88 et §496-497, p. 198-199.
[5] Cf. *infra,* section II.

d'autres raisons de critiquer le système pénal et de nourrir l'ambition de l'améliorer que l'invocation des problèmes sanitaires, de récidive, ou du faible rôle dissuasif des peines (ce qui ne signifie pas que ces « autres raisons » soient plus importantes). Cela implique que le sens *de la peine* lui soit en partie propre, mais qu'il partage aussi un certain nombre de traits avec d'autres phénomènes apparentés, sans quoi toute communication du sens serait impossible : la saisie du sens doit en effet être distinguée du partage d'une expérience ou d'un vécu[6].

I. Voir comme et interpréter (Wittgenstein)

Attachons-nous d'abord à décrire le processus par lequel le sens advient à la peine : nous avons spontanément tendance à l'appréhender en termes d'interprétation, en partie parce que la question du sens tend à se confondre avec celle de la *justification* subjective de la peine. On tient pour évident que, pour le condamné, échapper au « fait brut » de la peine dépend de ce qu'il « parvient à l'interpréter et à lui donner sens »[7]. On conçoit le sens comme l'aboutissement d'un travail, le produit d'une activité ou le résultat d'un processus dont l'initiative reviendrait avant tout au condamné lui-même. Dans cette perspective, il reviendrait tout au plus à l'institution de ne pas *empêcher* un tel travail d'appropriation de sa peine par le condamné en décourageant les manifestations de bonne volonté, par exemple en lui donnant à penser que ses droits ne sont pas respectés, que sa parole n'est pas entendue, que les conditions de sa réinsertion ne sont pas assurées, etc. Voilà pourtant qui nous jette dans des perplexités insolubles : comment le condamné pourrait-il *donner* un sens qu'en réalité on souhaite lui voir *trouver,* et comment pourrait-il être acteur (ou auteur) de cette interprétation tout en subissant sa condition ? Mais en réalité le véritable problème philosophique se situe encore à un autre niveau : en effet, l'injonction à *interpréter* sa peine et à *jouer le rôle* du bon condamné n'est pas seulement paradoxale, comme il apparaît de soi, mais au fond très équivoque.

[6] Cf. Wittgenstein 2008, §256, p. 69.
[7] Abel 2005, p. 178. On peut supposer que la conjonction « et » indique un rapport de succession, ou de moyen à fin.

Le propre de l'interprétation est de traiter ce qui est à interpréter comme signe d'une autre chose, qui constitue son sens – la chose une fois interprétée disparaissant, en quelque sorte, derrière ce dont elle est le signe. Interpréter un texte, par exemple, c'est substituer un texte à un autre texte ; et même si ceux-ci restent toujours dans un certain genre de relation, qui est une relation de signification, c'est bien cette signification que j'ai à l'esprit lorsque j'interprète, et non le texte interprété[8]. Et si j'interprète un geste, une attitude, je leur substitue mentalement une intention ou un état d'esprit, que je peux décrire, par exemple comme de la bienveillance, de l'indifférence ou de l'agressivité. De la même façon, l'idée intuitivement partagée est que pour donner un sens à la peine, il faudrait pouvoir la penser dans sa relation à autre chose qu'elle[9] – tout le problème étant de savoir quoi. Or il me semble que c'est précisément là que réside l'erreur, et ce pour deux raisons.

Tout d'abord, ne demande-t-on pas l'impossible si on imagine pouvoir faire « disparaître » la peine subie, ou du moins la faire passer au second plan, derrière sa signification ? C'est ce qu'on fait quand on interprète chez autrui la rougeur ou la nervosité comme marques d'une timidité qu'on regarde comme plus réelle ou authentique[10], et qui devient dès lors, pour peu qu'on

[8] On peut se laisser *subjuguer* par l'image de la terre « bleue comme une orange » ou de l'aube qui « se passe autour du cou » (P. Éluard), mais dans ce cas on *n'interprète* pas ; on interprète quand on transpose un ensemble hétérogène fait d'images, de sonorités et de rythmes sur un unique plan discursif.

[9] Dans cet article, je m'oppose tant à l'emploi banal et non rigoureux du terme d'interprétation qu'aux approches herméneutiques revendiquées comme telles, qui reposent sur ce postulat que quelque chose doit nécessairement *manquer* à l'expérience de la peine pour que celle-ci puisse faire sens (cf. Ricœur 2013, p. 471-499). Certaines des remarques proposées ici pourront être rapprochées du célèbre essai de Susan Sontag, *Contre l'interprétation* (Sontag 2010), si on garde à l'esprit que la pratique pénale, à la différence de la création artistique, *exige* des justifications. Cela ne veut pourtant pas dire que la peine ne puisse aussi être pensée indépendamment de ces justifications ni analysée sur un autre plan, plus primordial, que celui de l'interprétation qu'on pourrait en donner.

[10] Laissons ici de côté la question de savoir si c'est bien par « interprétation » que nous avons connaissance de la timidité ou de la souffrance d'autrui, et s'il s'agit par conséquent d'une connaissance de rang inférieur, indirecte et « sans vérité » (Husserl, *Recherches logiques*, I, chap. I, §7 : Husserl 2011, p. 39-40), thèse par ailleurs aisément réfutable (cf. notamment Wittgenstein 1985, §735, p. 244 ; Wittgenstein 1989, §1066, p. 219 ; Wittgenstein 2004, §293, p. 150).

s'en préoccupe, le principal objet de notre attention : il est vrai que lorsqu'on s'efforce de mettre quelqu'un à l'aise, c'est de sa timidité qu'on s'occupe, pas du fait qu'il rougisse. Et s'il est vrai que le timide avouera sans doute que se savoir rougir contribue à son embarras, il est certain que son problème est d'abord la timidité. Or il est manifeste, a contrario, que le problème du condamné a bien plutôt à voir avec la peine elle-même, avec le fait qu'elle est une contrainte et une source potentielle de souffrance, qu'avec le « sens » qu'il pourrait lui donner, qui en tout état de cause ne saurait *se substituer* à elle.

Enfin, ne devrait-on pas dire que le sens qu'il y a à subir une peine réside justement dans le fait que, du point de vue du condamné, la peine résiste à l'interprétation, parce que le sens (ou le non-sens) *s'impose* à lui, ce « subir » étant constitutif de la peine ? « Faire sa peine » ne veut certainement pas dire « ne pas la voir comme quelque chose de subi », bien au contraire, mais éventuellement comme quelque chose qu'on subit pour certaines raisons et qui nous laisse peut-être un certain rôle à jouer. « Subir » et « infliger » font partie de la grammaire de la peine légale, puisque de même qu'on ne peut infliger une peine sans voir qu'elle *est* quelque chose qu'on impose en vertu de certaines dispositions légales, on ne peut la subir sans la voir comme ce qu'elle est : une contrainte. Consentir à sa peine ne peut pas non plus vouloir dire *ne pas la voir comme peine* (on ne saurait trouver refuge dans l'illogisme[11]), ce qui serait aussi inintelligible que de demander à une jeune fille de consentir à un mariage forcé[12].

Pour toutes ces raisons, il me semble plus adéquat de décrire l'expérience de la peine comme étant d'abord de l'ordre de ce que Wittgenstein appelle le *voir comme (sehen als,* en allemand ; *to see as,* en anglais), qui désigne « un état »[13] plutôt qu'un acte de l'esprit[14]. Ce qui fonde cette distinction, c'est le fait qu'une

[11] Je pense à l'amère formule de Joseph Conrad : « Le Salut réside dans l'illogisme » (« *Salvation lies in being illogical* » ; Conrad 1986, p. 17).
[12] Le consentement à certaines *modalités* de la peine (par exemple le « travail d'intérêt général ») est en revanche quant à lui, sinon critiquable dans son principe et ses applications, du moins intelligible. Cf. Kaminski 2008, p. 124.
[13] Wittgenstein 2008, §208, p. 57.
[14] Wittgenstein 2008, §208, p. 57. Le terme d'interprétation devrait par conséquent être réservé « aux cas où nous accomplissons vraiment un acte conscient et

interprétation formule une « hypothèse » et se connaît comme interprétation[15], qu'elle peut être évidente ou au contraire « forcée »[16], vraie ou fausse, et qu'on peut concevoir des moyens de la vérifier ou de l'infirmer parce qu'elle est fondée sur des indices[17]. Celui qui interprète peut donc répondre à la question : « qu'est-ce qui te fait dire cela ? » ou « quelle raison as-tu de le dire ? » Au contraire, le *voir comme* est saisie immédiate sinon instantanée d'un « aspect » ou d'un sens[18] qui s'impose à nous, au sens où l'on peut dire qu'en définitive il ne nous fait pas voir autre chose que ce que nous avons sous les yeux[19]. Il n'exerce sur son objet aucune « pression » ni « contrainte »[20], et se situe en deçà de la possibilité de l'erreur[21]. Voir la peine subie *comme ceci* ou *comme cela*, ne signifie pas voir autre chose que ce qu'elle est, ni que c'est *autre chose* qui est visé à travers elle. Celui qui aperçoit une forme d'animal dans un nuage voit *le nuage* comme un animal, mais ne livre évidemment pas une hypothèse qui aurait pour objet la « véritable » forme du nuage. La question de la *vérité* de ce *voir* perd ici toute pertinence, et on n'imagine d'ailleurs pas s'entendre répondre : « non, tu te trompes, il s'agit d'autre chose. » On ne peut qu'indiquer, montrer successivement, les parties qui le font voir ainsi, suivre sa silhouette ; on pourrait dire, de façon paradoxale, qu'on n'a pas à *imaginer* autre chose que ce que l'on *voit*. De la même manière, la

délibéré d'interpréter, c'est-à-dire à ces cas où nous substituons une expression à une autre » (Searle 1998, p. 175).

[15] Wittgenstein 1994, §360 et 521.

[16] Wittgenstein 2004, p. 294 *(Recherches philosophiques* II, xi).

[17] Wittgenstein 2004, p. 299.

[18] Benoist 2001, p. 595-596.

[19] Wittgenstein 2004, p. 278 : « L'expression du changement d'aspect est l'expression d'une *nouvelle* perception, et en même temps celle d'une perception inchangée. »

[20] Wittgenstein 2004, p. 284.

[21] Un passage d'Alejo Carpentier, dans *Le Partage des eaux,* illustre très bien cette distinction : « Les proportions de ces Formes couronnées de terrasses vertigineuses, flanquées de tuyaux d'orgue, avaient un aspect si irréel – demeures de dieux, trônes et gradins destinés à la célébration de quelque Jugement Dernier – que l'esprit, saisi, ne cherchait pas le moindrement à interpréter cette déconcertante architecture tellurique, et acceptait sans raisonner sa beauté verticale et inexorable. » Le narrateur, « saisi » par la démesure d'un paysage granitique de la forêt vénézuélienne qu'il voit comme « une espèce de ville de titans », au centre de laquelle se tient « une incroyable cathédrale gothique », n'interprète pas, rejette les « analogies », mais « accepte » ce qu'il voit *comme il le voit* (Carpentier 1956, p. 231-232).

peine *est* tout ce qu'on voit d'elle quand on la subit : fatalité, malchance, humiliation, rétribution, instrument de domination ou d'une sélection sociale impitoyable, etc. La peine est tout à la fois ceci et cela, vengeance sociale et effort de pacification, dette et occasion pour le condamné de se racheter, etc., s'il se trouve que *ces traits* se dessinent suffisamment nettement en elle. « Je vois ma peine comme une vengeance de la société » est, pour paraphraser Wittgenstein, « aussi peu vérifiable (ou l'est dans le même sens) » que « je vois un rouge éclatant »[22].

Il existe une diversité d'emplois du *voir comme* chez Wittgenstein[23], mais l'un de ceux qui présentent un intérêt tout particulier pour notre question concerne l'analyse de la croyance religieuse : de même que le croyant verra parfois la maladie « comme une punition »[24], le condamné pourra voir sa peine « comme une occasion de se racheter » ou « comme une épreuve envoyée par Dieu », sans que, dans un cas comme dans l'autre, ce *voir* n'ait de rapport avec le vrai et le faux[25]. Le plus souvent, cette « découverte de l'aspect » prend la forme d'une exclamation, d'une révélation, voire d'une illumination[26]. Pourtant, dans le même temps, le *voir comme* exclut tout sens caché, à découvrir – ou bien seulement si on entend par « caché » le fait qu'il faille regarder une chose d'une certaine façon pour la voir comme elle est[27]. Cela signifie aussi que celui qui voit sa peine « comme une vengeance de la société » ou « comme un juste châtiment » ne saurait être démenti par des arguments ni par une interprétation alternative. Tout au plus pourra-t-on lui suggérer qu'il *peut* voir les choses autrement, si on donne au mot « pouvoir » un sens délibérément vague et général, par opposition au cas où on « pourrait » parce qu'on aurait des raisons internes de le faire, fondées sur des indices

[22] Wittgenstein 2004, p. 299.
[23] Dans l'analyse de la perception visuelle, de la musique, des visages, ou encore des différentes formes de synesthésie (cf. Wittgenstein 1988, p. 58 ; 1996, p. 215 et 251 *sqq* ; 2004, §523 *sqq.,* §537-539 et II, xi, p. 274 et p. 281, 286 et 304). Pour une vue d'ensemble, on se réfèrera à Diamond 2004b et Benoist 2006.
[24] Wittgenstein 1992, p. 109 et 1993, p. 108.
[25] Sur le statut de la croyance religieuse chez Wittgenstein, cf. Marrou 2011.
[26] Wittgenstein 1985, §474 et 518 et Wittgenstein 1989, §862, p. 182.
[27] Cf. Wittgenstein 1996, p. 204, sur les différents usages de « caché ». Wittgenstein 1994, §587, p. 120.

objectifs, comme c'est le cas lorsqu'on propose une interprétation rivale.

Convaincre qu'on peut voir sa peine autrement demanderait alors plus que de simples mots : des mots et des gestes qui *fassent effectivement voir,* qui guident le regard avec assez de persuasion et d'autorité[28], qui montrent d'autres normes et formes de vie non seulement comme possibles mais comme signifiantes et enviables. Le caractère immédiat du *voir comme* ne doit pas être compris comme dénotant une entière passivité (Wittgenstein n'est pas empiriste[29]) : « L'aspect est soumis à la volonté »[30], et même à un certain « arbitraire »[31], précise-t-il. En tant qu'il est lié à des normes (perceptives et comportementales[32]), il peut varier en même temps que la « forme de vie » qu'on voudra adopter[33]. La saisie du sens a ainsi à voir avec tout un ensemble de normes et de conduites[34], et son analyse nous montre que la tension problématique entre *donner* et *trouver un sens* est en réalité constitutive du phénomène lui-même. Il faudrait dire que je ne découvre jamais que le sens que j'ai déjà donné, ce don de sens étant immanent à une forme de vie.

Avant d'être le sens *donné à une expérience,* rétrospectivement et par un effet de rationalisation, le sens est d'abord celui qui est immanent à un vécu, et c'est en cela qu'il est atteint par un « voir » et non par une « interprétation »[35]. Cela ne signifie pas qu'on ne

[28] Wittgenstein 2004, p. 286.
[29] On devrait plus exactement dire que le *voir comme* met à l'épreuve l'opposition entre les idées d'activité et de passivité de l'esprit, ce que Wittgenstein exprime de la façon suivante : « Il semble donc que l'apparition soudaine de l'aspect soit à demi expérience et à demi pensée » (Wittgenstein 2004, p. 279).
[30] Wittgenstein 1994, §544, p. 112.
[31] Wittgenstein 1985, §505, p. 176.
[32] Cf. Benoist 2001, p. 601.
[33] Sans entrer dans la discussion du statut problématique de la « volonté » chez Wittgenstein (et de la thèse énoncée dès le *Tractatus* selon laquelle la volonté n'a aucun pouvoir sur le monde), on peut seulement relever que cette conception d'une volonté agissant pour l'essentiel au plan de *l'aspect* se comprend assez bien si on adopte justement le point de vue de l'homme puni, en particulier du détenu. Cf. Bouveresse 1973, chap. III, p. 117 *sqq*.
[34] Cf. Benoist 2001, p. 601 : « Ce que Wittgenstein essaie de penser, en un sens, au titre du *voir comme,* ce serait quelque chose comme l'effet immédiat et intuitif d'une norme. »
[35] Cf. Wittgenstein 1989, §20, p. 14.

puisse jamais adopter une forme de distance à l'égard de la peine subie, distance qui sera précisément celle de l'interprétation ; mais il semble évident qu'on n'attend pas seulement de la peine qu'elle fasse sens *après coup,* mais que ce sens s'élabore dans la durée même de la peine (et avant elle, du procès). Dès lors, s'il revient évidemment au corps social qui inflige une peine de donner une interprétation de ce qu'il fait (en termes pragmatiques, déontologiques, expressivistes, etc.), il paraît difficile de l'exiger de celui qui est chargé de punir parce que c'est son métier[36], et de celui qui subit la peine, précisément dans la mesure où il la subit. Encore une fois, on a certes toujours le pouvoir de s'objectiver, de se dédoubler pour penser son expérience à la troisième personne, mais dans ce cas *l'objet* sur lequel se porte la pensée n'est-il pas entièrement différent ? Et la *personne elle-même* n'est-elle pas différente ? (Est-ce la même personne qui sanctionne un étudiant d'une mauvaise note et qui s'interroge sur le sens pédagogique de la notation ? Il me semble que non, ce qui ne veut pas dire que les deux ne puissent dialoguer dans la personne du même professeur.) La question herméneutique du sens ne vaudrait donc pas pour celui qui inflige ou subit, c'est-à-dire qui a une expérience ou une pratique de la peine, mais pour celui qui a la responsabilité ou le loisir de la *penser*.

Un phénomène important doit enfin être relevé : il peut se trouver que je devienne comme « aveugle à l'aspect »[37], « aveugle à la signification »[38]. Prenons l'exemple *a priori* un peu lointain de la sensibilité aux mots, aux noms, mais qui aura son importance plus loin[39] :

---

[36] Pas seulement, comme l'indique Hart (Hart 1959, p. 2) parce qu'il a « peu de temps à consacrer à la discussion philosophique » ni, comme le dit sévèrement Tchekhov (qui fut lui-même médecin), par déformation professionnelle : « Les gens qui ont avec la souffrance d'autrui des rapports de service, d'affaires, par exemples les juges, la police, les médecins, avec le temps et par la force de l'habitude s'endurcissent à un point tel que, le voudraient-ils, ils ne pourraient avoir avec leur clientèle d'autres rapports que formels ; de ce point de vue ils ne diffèrent aucunement du paysan qui égorge dans son arrière-cour béliers et veaux sans remarquer le sang. » (Tchekhov 2003, p. 181).

[37] Cf. Wittgenstein 1985, §480, p. 170 ; Wittgenstein 2004, p. 300-301.

[38] Wittgenstein 1989, §198. Sur la distinction entre « cécité au sens » et « cécité à l'aspect », cf. Schulte 2001.

[39] Cf. *infra,* section IV.

> « Il est clair que la tendance à considérer le mot comme quelque chose d'intime, empli d'âme, n'existe pas toujours, ou pas toujours au même degré. Or le contraire de ce qui est empli d'âme est ce qui est machinal. »[40]

> « Le prisonnier a un matricule en guise de nom. De ce matricule, nul ne dirait ce que Goethe dit des noms de personnes. »[41]

Il s'agit sans doute là de l'une des conséquences les plus dommageables de la peine, son incidence cognitive pourrait-on dire, et cela nous permet de comprendre ce que l'on veut dire lorsqu'on déplore que le condamné reçoive sa peine (parfois, souvent) « comme un fait brut »[42]. En effet, cela peut très bien faire partie du sens de cette expérience qu'on appelle « recevoir une peine », puisque la notion de « fait brut » est nécessairement à prendre en un sens secondaire[43] lorsqu'on l'applique à un phénomène ou objet complexe, dont le propre est justement de se donner sous un aspect ou une diversité d'aspects (« en tant que » telle ou telle chose) : l'image du « fait brut » exprimerait alors *l'exténuation* même de l'aspect. La peine ne se présenterait au condamné *sous aucun aspect déterminé,* et d'une telle peine qui ne ferait pas sens, on serait tenté de dire que « rien ne se dessine en elle », qu'« on n'aperçoit rien », à peu près au même sens où l'on dit d'un dessin ou d'un croquis qu'on ne voit pas ce qu'il nous dit[44]. Le condamné pourrait également déplorer que la peine ne lui dise rien qui le concerne, qui « lui parle », comme on dit joliment, comme dans le cas où elle lui apparaîtrait comme anonyme, désincarnée ou déshumanisante. Déplorer qu'une peine ne fasse pas sens va donc bien au-delà, et est bien plus riche du point de vue phénoménologique, que l'habituelle récrimination « cela ne sert à rien » – même si l'inutilité ou le manque de pertinence peut certes

[40] Wittgenstein 1989, §324, p. 82.
[41] Wittgenstein 1989, §326, p. 82. Wittgenstein fait allusion à la première rencontre de Faust et Méphistophélès (« Chez vous autres, messieurs, on doit pouvoir aisément deviner votre nature d'après vos noms. ») Cf. Wittgenstein 2000b et Benjamin 2013, p. 139.
[42] Cf. le passage déjà cité d'Abel 2005, p. 179.
[43] Sur la notion de « sens secondaire », cf. Diamond 2004b et Raïd 2001, p. 208-209.
[44] Cf. Wittgenstein 2004, §512, p. 201-202.

constituer un aspect de l'absence de sens[45]. Qu'enfin le condamné reçoive sa peine *comme non-sens* ne pose pas de problème philosophique majeur – du moins pas de problème philosophique qui intéresse la question de la peine. « Absurde » et « dépourvu de sens » font certainement partie des descriptions qu'on peut donner des décisions, activités ou institutions humaines[46] ; qu'une pratique apparaisse comme absurde n'est pas en soi un fait absurde[47]. C'est d'ailleurs un point qui distingue les pratiques des discours : des paroles inintelligibles tendent à ne produire aucun effet et se survivent moins facilement à elles-mêmes que des *institutions* absurdes.

Établissons un premier bilan en forme de remarque – de deux remarques, en fait. La première est que la frontière entre interpréter et *voir comme* est rarement si nette et définitive en pratique, car il existe quantité de cas intermédiaires, de passages de l'un à l'autre au cours du temps[48]. On peut penser à titre d'exemple à ce chapitre dans lequel Canetti évoque la prison comme les « yeux » et la « gueule du chat »[49] ; c'est un *voir* qui se mue en interprétation lorsque l'auteur fait de l'aspect une métaphore qu'il file pour en expliciter le sens et la justifier. De la même façon, le

[45] Cf. Diamond 2004a, p. 131.

[46] Pour détailler ce point, on pourrait recourir à la distinction que proposent l'anglais et l'allemand entre *nonsensical/unsinnig* d'une part, et *meaningless* ou *senseless/sinnlos* de l'autre (cf. Von Wright 1996). On opposerait ainsi ce qui est tout bonnement absurde *(nonsensical),* et dont l'équivalent judiciaire serait l'iniquité flagrante, la décision incompréhensible d'un point de vue procédural, à ce qui semble échapper à tout lien syntaxique ou toute prédication *(senseless,* comme l'est la tautologie selon Wittgenstein), et dont la traduction judiciaire serait cette fois la décision gratuite, aveugle ou sans objet. Il est probable que von Wright traduise spontanément *sinnlos* par *senseless* pour des raisons euphoniques, tout en les opposant à *sinnvoller/meaningful,* même si l'anglais *sense* (du latin *sensus)* est plus proche du français *sens,* dans la diversité de ses emplois, que de l'allemand *Sinn.* Les deux termes *meaningless* et *senseless* comportent une ambiguïté : *meaningless* signifie aussi « sans importance », « négligeable », tandis que *senseless* dénote aussi l'absence de sens commun.

[47] C'est sur cette ambiguïté que repose le caractère évocateur de l'œuvre de Kafka : c'est comme si l'absurdité judiciaire du *Procès* nous disait quelque chose de la vie elle-même, qui n'est pourtant voulue ni instituée par personne. Ce qu'il y aurait d'absurde dans l'existence humaine, c'est qu'elle évoque *si facilement* l'arbitraire judiciaire. Cf. Benjamin 2000a, p. 414-416.

[48] Cf. Wittgenstein 2008*,* §218, p. 60.

[49] Canetti 1966, p. 299-300.

fait qu'on ait de trop solides raisons de penser que la peine est infligée dans un pur et esprit de vengeance ou de contrôle social nous fera passer du côté de l'interprétation, et suscitera d'ailleurs un sentiment d'injustice plutôt que d'absurdité. La peine vécue aura bien un sens, qui ne sera alors que trop visible, trop peu équivoque[50]. Le sentiment de justice ou d'injustice ne recouvre pas l'opposition du sens et du non-sens : le non-sens est plutôt ce qui donne, disons, une coloration particulière à l'injustice.

La seconde remarque est que si l'on a tendance à considérer qu'il importe que le condamné donne ou trouve un sens à la peine subie, c'est parce qu'on suppose que sa conduite ultérieure s'en trouvera modifiée dès lors qu'il aura atteint une certaine connaissance, qu'il aura fait l'expérience d'une « prise de conscience », etc. Le problème est qu'on considère alors comme réglée la difficile question de savoir ce que c'est que *se savoir puni* – or il est nécessaire de faire entrer d'une façon ou d'une autre ce « savoir » dans l'argumentation si on veut expliquer en quoi la peine peut contribuer à cette prise de conscience, et cette prise de conscience à une modification de la conduite. Wittgenstein nous a permis de comprendre ce que veut dire « donner » un sens à sa peine (la voir sous un certain aspect), mais il reste par conséquent à élucider un point plus fondamental encore, qui est de savoir ce que c'est que la voir *comme peine.* Avant de « donner un sens à sa peine » et d'augmenter ainsi sa connaissance, ne faut-il pas d'abord *connaître* la peine subie *comme peine ?* La question doit donc être posée : comment percevons-nous le *sens propre* de la peine vécue ?

II. Voir la peine comme peine (Anscombe)

Il semble que d'une façon ou d'une autre on présente toujours « le sens » comme quelque chose qui se tiendrait pour ainsi dire *à côté* de la peine elle-même, et qui pourrait en être séparé, de la même façon qu'on a tendance à considérer le sens

[50] Wittgenstein 2008, §208, p. 57. Précisons : on peut dire que l'interprétation est dépassée « par le bas » dans le *voir* (en deçà du vrai et du faux) et « par le haut » dans la conviction sans équivoque (que celui qui me frappe me veut du mal, par exemple).

d'une phrase comme une « ombre qui se cache[rait] derrière la phrase[51] ». C'est là ce que suggère, en français, la locution « revêtir un sens ». Nous avons pourtant vu, sur la base des exemples pris plus haut, que le sens est immanent à l'expérience vécue, comme la forme aperçue dans le nuage n'est précisément donnée que dans le nuage.

Je voudrais à présent analyser ce que c'est que voir la peine *comme peine* ou plus exactement, dans le cas du condamné, *vivre* sa peine comme peine. Qu'est-ce que *se savoir puni ?* Avant de reconnaître la peine reçue comme légitime, méritée, disproportionnée, injustifiée, etc., avant de voir sa peine *comme ceci* ou *comme cela,* le condamné doit *se savoir puni* au sens usuel, légal, du terme – on parle bien sûr ici d'antériorité logique et non chronologique. La question pourra paraître étrange, ainsi formulée, mais elle ne fait en réalité que traduire et déplacer sur un plan plus fondamental l'inquiétude récurrente qui porte sur la reconnaissance, par le condamné, de la légitimité de la peine subie : elle restitue son sens cognitif à une question, celle du sens de la peine, généralement surchargée de tout un appareil moral (sinon religieux) et herméneutique, qui nuit à sa clarté.

Quel que soit l'aspect sous lequel je vois la peine infligée et subie, tout un processus intervient dans ce vécu, dont l'enjeu peut se traduire ainsi : pour que l'énoncé « untel subit une peine » ait un sens, un sens propre, je dois pouvoir indiquer à quelles conditions il sera vrai ou faux. Or cela suppose la définition préalable de ce que c'est que « subir une peine », et c'est là qu'une difficulté, plus importante et féconde qu'il pourrait sembler, se présente. Pour l'exposer et la résoudre, je m'appuierai sur un article d'Elizabeth Anscombe[52] qui analyse une famille de pratiques ou d'institutions qui posent un problème du même ordre (Anscombe prend l'exemple du mariage).

[51] Wittgenstein 2015, p. 54. Cf. aussi Wittgenstein 2008, §139 : « On ne se libère pas de l'idée que le sens d'une phrase accompagne la phrase, qu'il se trouve à côté d'elle. »

[52] G. E. M. Anscombe, « On Promising and it's Justice » (Anscombe 1981, p. 10-21).

Le problème posé par Anscombe peut s'énoncer comme suit : il est évident qu'on ne peut se marier sans savoir en même temps qu'on est en train de se marier[53] ; dès lors, une condition de la vérité de « se marier » est « savoir qu'on se marie », ce qui nous entraîne inévitablement dans un cercle puisque « appartient à l'explication de ce que c'est que se marier la mention du fait qu'on pense être en train de se marier »[54]. Si l'une des conditions de vérité de « *p* » (se marier) est « croire ou penser que *p* », comment donner un contenu à « penser que *p* »[55] ? C'est la double condition, indiscernablement institutionnelle et subjective, pour qu'un mariage se tienne ou qu'une peine soit infligée et subie, qui fait problème. Ce n'est pas une question de *consentement,* puisque malheureusement on peut être marié de force (ce qui au passage rend pertinent le rapprochement des deux institutions, le mariage et la sanction pénale), mais de *connaissance* d'un état de fait qui dépend lui-même d'une certaine connaissance : se savoir en train de se marier, ou de subir une peine. La conséquence de ce premier moment de l'analyse est que les actions de se marier, de passer un contrat, de promettre ou de subir une peine deviennent tout bonnement « incompréhensibles »[56], puisque de l'impossibilité de les définir découle celle de leur assigner quelque critère de vérité

[53]Anscombe 1981, p. 10 : « Est essentiel au fait de se marier […] que celui qui se marie pense qu'il est en train de se marier. »

[54] Anscombe 1981. On ne parle pas ici d'avoir conscience de tout ce qu'implique, ou tout ce que signifie, le fait de se marier, de signer un contrat, etc., mais seulement de savoir qu'on est en train de se marier, de s'engager par contrat, etc. On peut savoir qu'on s'engage par contrat sans en connaître précisément les termes (c'est bien là le problème), comme on achète un livre le plus souvent sans l'avoir lu auparavant (même remarque).

[55] Anscombe 1981, p. 12 : « Le problème réside dans l'impossibilité où nous nous trouvons d'expliquer le *contenu* de la pensée, et dans l'impossibilité qui s'ensuit de dire ce que cela signifie [pour une action de ce type] d'avoir lieu. »

[56] Anscombe se réfère ici au chapitre du *Traité de la nature humaine* (III, V) que Hume consacre à la promesse, et qui commence et s'achève par deux occurrences du terme « incompréhensible » (et « mystérieux »). C'est en cherchant une solution à cette difficulté qu'Anscombe parvient au « problème de Hume » sur la promesse, qui est le véritable objet de son article. Anscombe replace la promesse dans un ensemble plus vaste, lequel comprenant toutes les actions qui, tout en étant liées des signes conventionnels, semblent se dérouler principalement « à l'intérieur de l'esprit » des protagonistes : mariage, contrat, don, serment, promesse.

que ce soit[57]. Il semble ainsi que je ne puisse jamais savoir ce que veut dire « untel subit une peine ».

« Subir une peine » ressemble à « se marier » ou encore à « disputer une rencontre de basketball », dont la description inclut nécessairement la représentation par l'agent qu'il est bien en train de subir une peine, de se marier ou de disputer une rencontre sportive, plutôt que de jouer une pièce de théâtre, de répéter une cérémonie ou de se livrer à un simple entraînement – bref, qu'il est en train d'agir « pour de vrai » et non « pour de faux », comme disent les enfants. Il semble ainsi qu'on ne puisse décrire ce qu'est une cérémonie de mariage sans faire mention de ce qui se passe « dans l'esprit » (quoi que cela veuille dire) de ceux qui y participent, ne serait-ce que pour la distinguer d'une simple répétition, par exemple. Mais faut-il en conclure que le condamné est en quelque sorte puni *dans sa tête ?* Est-ce cela, en définitive, qu'impliquerait l'idée d'un « sens (propre) de la peine » : que le véritable mode d'existence de la sanction soit *mental ?* Or c'est précisément ce dont l'analyse d'Anscombe montre l'impossibilité. C'est pour cela que lorsqu'on dit attendre du délinquant qu'il « joue le jeu », il y a un malentendu à définir une telle attitude en termes psychologiques ou de stratégie[58] : cela dissimule un enjeu beaucoup plus important, qui touche à la possibilité même de donner un contenu à cet ensemble qu'on nomme « purger sa peine ». Quel serait alors le critère de vérité qui nous permettrait d'affirmer que tel ou tel *se sait puni ?*

Demandons-nous avec Anscombe : qu'est-ce qui distingue une authentique cérémonie de mariage d'une répétition ou d'une scène de cinéma ? C'est qu'à l'issue de la cérémonie, les mariés se conduiront *comme des mariés*[59]. Or il en va de même pour le condamné. Autrement dit, ce n'est pas dans la pensée que se trouve le sens de « subir une peine », mais dans le comportement de l'intéressé[60] avant, pendant et à l'issue de sa peine (« et » ayant ici valeur cumulative). Autrement dit, la *référence* de « se marier »

[57] Cf. Wittgenstein 2004, §572, p. 216.
[58] Cf. Bouagga 2015, p. 128 *sqq*.
[59] Anscombe 1981, p. 17.
[60] « Comportement » est ici à entendre en un sens non béhaviouriste (cf. Wittgenstein 2004, §307 et 583).

n'est pas l'acte de se soumettre à la cérémonie avec une certaine intentionnalité, les signes conventionnels qui constituent la cérémonie tirant leur sens d'une pensée partagée entre tous les participants, mais bien le *rapport* entre la cérémonie comme ensemble de paroles et de gestes et la conduite ultérieure des protagonistes[61]. C'est ce détour par la question du critère de vérité qui oblige à abandonner l'approche intentionnelle et psychologique de la peine subie. Bien évidemment, « se comporter comme un ancien détenu » n'implique pas davantage de (désormais) respecter scrupuleusement la loi que « se comporter comme une personne mariée » n'implique de respecter un vœu d'assistance et de fidélité. On pourra donc dire de celui qui récidive dans le délit qu'il aura vu sa peine comme un simple coup de malchance, ou comme une perte de temps, parce que c'est *cela* que dira sa conduite. Un autre aspect notable que ces analyses mettent en évidence est qu'infliger et subir une peine forment un tout indissociable, pas seulement dans la mesure où chacun des deux termes est relatif à l'autre comme l'activité à la passivité (au sens où l'on ne peut frapper sans que quelqu'un ou quelque chose soit frappé), mais au sens où la reconnaissance réciproque du rôle joué par chacun des agents fait partie de l'événement, comme ça l'est pour « se marier » ou « passer un contrat ».

Ce que nous pouvons attendre en terme de « sens de la peine » est désormais plus précis : l'enjeu n'est pas de savoir quelles pensées peuvent bien *accompagner* le fait de subir une peine. Nous avons appris qu'au contraire « subir une peine » était indissociable du fait de se savoir en train de subir une peine, et que cette sorte de « savoir » ne visait pas une pensée, mais une certaine conduite observée par l'intéressé dès le prononcé de la sentence, pendant et à l'issue de sa peine[62]. Il ne s'agit en aucun cas de dire

[61] Anscombe 1981, p. 17 : « C'était une erreur de notre part de supposer qu'expliquer le contenu de la pensée qu'on est en train d'accomplir [une action de ce type] doive inclure un compte-rendu de cette action en tant que *contenu de pensée*. » Anscombe aurait pu écrire, pour tirer bénéfice d'une distinction que le français ignore, qu'une partie de l'explication de « *wedding* » (la cérémonie de mariage) se trouve dans « *marriage* » (la vie maritale).

[62] C'est pourquoi rien ne paraît plus inexact que de parler de « cet estuaire de la sortie de peine où [le condamné] n'aura même plus besoin que sa peine ait eu un sens » (Abel 2005, p. 179).

que le « sens de la peine » se situerait *à l'issue* de la peine, puisqu'on voit bien par ces analyses que le « pendant » et « l'après » dépendent étroitement l'un de l'autre quant à leur contenu. Il n'y a pas un unique fait qui serait la clé ou qui contiendrait le sens de tous les autres faits. Il ne s'agit pas non plus de dire que la cérémonie de mariage, ou la peine subie, *causerait* la conduite ultérieure : même si l'action d'infliger une peine exerce évidemment une causalité à différents niveaux, elle ne le fait pas *en tant qu'elle aurait tel ou tel sens,* puisqu'on ne peut justement pas séparer, dans l'analyse du sens, la peine de ses suites : cela reviendrait à dire que chaque chapitre d'une histoire serait « cause » du suivant et que les deux scènes dans l'église de Verrières seraient « causes » de la mort de Julien Sorel[63].

Il existe enfin une autre façon, complémentaire et plus rapide, de montrer le caractère indissociable de la peine et de ses suites : c'est de souligner ce que les énoncés « infliger une peine » et « subir une peine » ont de comparable à des phrases comme « le lion Achille s'élança »[64] ou « À nous deux, maintenant ! »[65], dont la forme est celle du *récit,* au passé simple[66]. Aucune phrase tournée au passé simple n'a de sens prise isolément[67]: elle marque une rupture, un commencement, éventuellement un suspens (comme c'est le cas dans la scène finale du *Père Goriot*[68]). De la même façon, le sens du « punir » (ne serait-ce que parce qu'il contient une *déclaration* de culpabilité) est celui d'une rupture ou d'une « césure »[69], et de ce point de vue il contient toujours en quelque façon ce temps grammatical du passé simple, qui exige d'être situé dans une continuité de temps (« Je passai quatre ans à Clairvaux »).

---

[63] Stendhal 1952, p. 240 et 644-645.
[64] Aristote 1991 (*Rhétorique,* Livre III*,* 1406b, 20-24).
[65] Ce sont là bien sûr les derniers mots de Rastignac à la fin du *Père Goriot* (Balzac 1971, p. 367).
[66] Par opposition au passé composé, qui dissocie l'événement rapporté du temps de l'énonciation.
[67] Cf. Wittgenstein 2004, §525.
[68] Balzac 1971, p. 367 : « Et pour premier acte du défi qu'il portait à la société, Rastignac alla dîner chez madame de Nucingen. »
[69] Cf. Van de Kerchove 2005, p. 165 *sqq*.

Nous avons ainsi montré que le sens de la peine était étroitement corrélé à une série de comportements, et que voir sa peine comme ceci ou comme cela n'était pas d'abord un phénomène « mental ». La question est donc à présent de savoir si ce sens peut être communiqué, autrement dit si le contenu de « se savoir puni » peut être compris au-delà de sa littéralité (c'est-à-dire de sa description en termes institutionnels et comportementaux) sans pour autant verser dans l'idiosyncrasie ou dans un subjectivisme délié de toute norme commune d'arrière-plan. Que peut-on comprendre du sens ou du non-sens que le condamné voit dans sa peine ?

III. Ce que sens et non-sens pourraient être (Frege – Wittgenstein)

Considérons en premier lieu l'imputation de non-sens. Nous pouvons certainement comprendre quelqu'un qui nous dirait que la peine reçue « ne fait pas sens » pour lui, et nous lui demanderions alors d'expliciter ce jugement. Nous avons déjà vu, avec Wittgenstein, une première façon de comprendre un tel grief, sans toutefois avoir suffisamment pris en compte la dimension processuelle de la peine. La peine, indépendamment de la considération de sa durée lorsqu'il est question d'incarcération, n'est pas un instantané : elle forme un tout, une série, comme l'a montré la lecture d'Anscombe. Il faut donc enrichir notre description du non-sens, ce que je ferai en m'appuyant sur un article de référence dans lequel Cora Diamond examine la question du non-sens chez Frege et Wittgenstein[70].

Posons un premier problème : peut-on parler du « non-sens » de la peine comme on le ferait d'un *énoncé* ? Diamond rappelle que la conception la plus commune de ce qu'est le non-sens au plan verbal revient à dire qu'il se produit lorsqu'on adjoint des termes qui ne s'accordent pas. L'exemple de Carnap, « César est un nombre premier », est proverbial. Le non-sens semble toujours devoir relever d'une variante de la fausseté manifeste ou de la contiguïté de termes qui ne s'articulent pas syntaxiquement ou qui

[70] C. Diamond, « Ce que le non-sens pourrait être » (Diamond 2004a).

s'excluent sémantiquement ou catégorialement. Diamond montre pourtant qu'il en va tout autrement : en fait, lorsqu'on dit « César a franchi le Rubicon », chacun des termes de l'énoncé contribue à la détermination des autres (savoir comment s'opère cette détermination sur un plan cognitif n'est pas ici notre question). Si l'on sait ce que désignent les noms propres « César » et « Rubicon », c'est en tant qu'ils sont mis en relation par un verbe d'action : on peut d'ailleurs comprendre cette phrase, au sens banal où l'on dit d'une personne *x* qu'elle a fait *y,* bien avant d'avoir connaissance des aventures militaires de l'empereur[71]. Dans une phrase comme « César est un nombre premier », au contraire, ni le sujet ni le prédicat n'ont de signification parce qu'on n'aperçoit aucune relation *déterminée* entre eux, si bien que dans ce cas le non-sens est le résultat d'une indétermination, non de déterminations qui s'excluent. Le non-sens est le propre d'une phrase dont les éléments sont indéterminés et qui forment une combinaison pour ainsi dire « retirée de la circulation »[72].

En quoi cela nous apprend-il quelque chose sur le sens et le non-sens *de la peine ?* Nous avons vu avec Anscombe que pour comprendre ce que c'est que « subir une peine », il fallait prendre en compte la série déterminée de toutes les conduites d'un délinquant, puis d'un prévenu, d'un condamné effectuant sa peine, enfin d'un homme qui est rendu à la vie civile – le tout étant étroitement corrélé à l'attitude de toute la chaîne pénale à l'égard de l'intéressé. Par le même raisonnement, on peut alors dire que le non-sens de la peine se manifeste dans l'incertitude portant sur la signification de ce qui se produit à chaque étape de la chaîne pénale, comme si celle-ci était à l'image d'une phrase aux constituants indéterminés (ce qui revient à dire qu'il ne s'agit pas du tout d'une phrase). C'est le cas quand les agents ne semblent pas savoir ni même se demander pourquoi ils font ce qu'ils font, comme celui qui dit « César est un nombre premier » *ne peut pas* savoir ce qu'il veut dire lorsqu'il prononce les mots « César », puis « est », puis « nombre premier ». C'est ce qui fait qu'une part trop

[71] On rencontre généralement la formule d'abord dans son emploi allégorique, et ce n'est que dans un second temps qu'on saisit éventuellement l'allusion historique.
[72] Wittgenstein 2004, §500.

importante d'indétermination au long de la chaîne pénale peut engendrer un *non-sens objectif,* avant même un *sentiment d'absurdité.* Trop souvent sans doute le condamné peut juger qu'aucun des intervenants dans la chaîne ne semble savoir exactement ce qu'il fait, ou bien qu'il ignore ce que font les autres, ou encore que tous poursuivent des buts contraires[73]. On peut aussi évoquer le cas pointé par Frize des personnes qui, après une période de détention préventive, sont libérées de prison au moment où elles sont reconnues coupables[74]. On comprend que le non-sens apparaît moins dans le décalage entre les « intentions » professées (réinsertion, etc.) et la « réalité » (faiblesse des moyens) : ce n'est pas là un cas de non-sens, mais seulement un cas bien plus banal d'hypocrisie ou de mensonge, aussi difficile soit-il à supporter.

Dire que c'est l'indétermination qui est le propre du non-sens revient à nouveau à dire qu'il ne relève ni de l'interprétation ni de considérations psychologiques. On parle au contraire d'actions, de propos tenus ou entendus, d'expériences qui ne trouvent place dans aucun jeu de langage ni système de normes. L'alternative toutefois n'est pas entre sens et absence de sens, mais un sens *souhaitable* et un sens ou un non-sens qui ne le sont pas. Or du fait qu'il existe une pluralité d'aspects sous lesquels peuvent se donner les mêmes expériences, il est inévitable que certains événements prennent sens d'une façon non prévue et non souhaitable du point de vue de l'État ou du plus grand nombre, par exemple lorsque la prison devient autre chose que ce qu'elle était censée être : rite de passage, épreuve à connotation religieuse,

[73] Cf. Bouagga 2015, p. 58. Cf. Frize 2004, p. 27-28. L'auteur ajoute qu'il importe que les détenus puissent se penser comme des « êtres possibles » (p. 77), ce qui implique notamment de pouvoir « traiter la temporalité comme élément constitutif de soi et non comme fait extérieur, implacable et universel » (p. 78-79), et précise que ce sentiment du possible ne doit pas, ne peut pas venir d'une relation à soi du condamné, mais bien au contraire d'un « arrachement à soi » qui est le propre d'un « projet » et d'une « relation au monde » renouvelée. Frize exprime en termes existentialistes, disons sartriens, quelque chose d'assez semblable à ce que je me suis efforcé d'établir ici par la voie analytique. Il conteste ainsi à raison que le contenu à donner au sens de la peine ait essentiellement à voir avec la *personne* du condamné dans son rapport à lui-même : de fait, ce n'est pas parce que le sens est toujours un sens *pour moi,* et que celui-ci me concerne, *moi,* qu'il a uniquement à voir *avec moi.*

[74] Frize 2004, p. 20.

prétexte à victimisation, etc. – car sont bien là *des sens* qu'on peut donner à la peine. Notre dernière tâche sera alors de déterminer dans quelle mesure ces aspects qui font le sens d'une expérience peuvent eux-mêmes être exprimés et entendus. Il faut pour cela partir de ce qu'on appelle après Wittgenstein l'« expérience de la signification »[75].

IV. Parfois le sens d'un mot (Diamond)

Comment *trouver les bons mots* et rendre communicable une expérience qui de fait, dans le cas d'une condamnation, est loin d'être partagée par tous ? Nous devrions partir du fait que ce sont parfois les mots qui viennent nous trouver. Cora Diamond souligne admirablement ce point : certaines expériences se présentent à nous comme si elles nous faisaient découvrir non pas quelque mystère ou sens caché[76], mais la *vraie signification* d'un mot[77] – comme si la signification, disparue derrière l'usage, le bavardage et les formules convenues, avait été soudain rendue aux paroles. « Parfois les grands mots sans vie semblent perdre jusqu'au sens de leur son éteint », écrivait Faulkner[78] ; mais parfois au contraire la vie leur est comme rendue par l'expérience elle-même, de sorte que nous pouvons bien dire qu'alors nous *vivons* la signification[79]. C'est en ce sens que nous dirons que grimper en haut d'un arbre nous aura fait éprouver la « véritable signification » du mot « vertige », ou que séjourner dans un établissement pénitentiaire

[75] Wittgenstein 2004, p. 250.
[76] Comme Imre Kertész le dit de la nuit de son arrestation : « le simple mystère de ce qui m'était donné dans l'univers : n'importe où, n'importe quand, je peux être tué », ou encore : la « perte de la confiance accordée au monde » (Kertész 2008, p. 18-19).
[77] C. Diamond 2004b, p. 315 : « Il m'est arrivé d'être sur une corniche derrière une cascade, d'où je n'entendais rien d'autre que l'eau se fracassant *en bas,* d'où je ne pouvais voir rien d'autre que des tonnes d'eau dégringolant *en bas.* Je ne pourrais décrire l'expérience que je fis qu'en disant quelque chose comme "maintenant, je sais ce que 'en bas' signifie !" »
[78] Faulkner 1934, p. 183 (« *The high dead words in time seemed to lose even the significance of their dead sound* »).
[79] Wittgenstein 1985, §711-712, p. 238.

aura restitué son plein sens au mot « prison »[80]. Ce n'est pas qu'une telle expérience enseigne *ce qu'est* la prison (car ce n'en est qu'une parmi d'autres, après tout, et peut-être pas particulièrement représentative), mais ce que veut dire ce mot de « prison » quand nous l'employons pour ainsi dire *sérieusement*. Dans de tels cas, ce ne sont plus les mots qui sont le moyen de décrire une expérience, mais c'est l'expérience qui paradoxalement vient restituer leur sens aux mots, soutenir ou justifier leur emploi dans un contexte donné[81]. L'expérience restitue le sens d'un mot dont nous avons pourtant toujours connu la signification, abstraitement pourrait-on dire, et cette conviction prend la forme d'un sentiment et d'une attitude d'un certain genre[82]. Il ne s'agit en aucun cas de dire qu'un simple mot viendrait résumer ou exprimer toute une expérience[83], ni de dire que nous apprendrions la « vraie » référence du mot, comme si nous l'avions toujours mal employé (à la différence de ce qui arrive occasionnellement chez les enfants[84]). Cela a plutôt à voir avec le fait que désormais j'emploierai ce mot avec davantage de conviction, avec un certain ton, voire une forme de déférence. On pourrait ainsi évoquer, avec George Steiner :

> « L'emploi du mot non pas comme un miroir, mais comme une fenêtre, non pas comme le reflet en surface de ce qu'on y projette arbitrairement, mais comme une ouverture sur autre chose. »[85]

[80] C'est cette « expérience de la signification » dont Camus se fait l'écho au début des *Réflexions sur la guillotine*, même s'il la retraduit dans les termes plus convenus d'une opposition entre la « réalité » et « les grandes formules dont on la masque » (Camus 2002, p. 143). Pour emprunter une formule de Camus, on pourrait plutôt évoquer cette expérience en termes de découverte de ce que veut dire « peine capitale » : « couper le condamné en deux » (p. 161).

[81] Cf. Wittgenstein 1994, §687, p. 135 : « Car les mots, justement, n'ont de signification que dans le flux de la vie. »

[82] Diamond 2004b, p. 316. Pensons à ce passage de Juan Rulfo : « Mais, moi, tout ce que j'ai jamais pu voir, quand la lune se montrait, à Luvina, c'était à quoi ressemblait le chagrin... » (Rulfo 2001, p. 102).

[83] Cf. Wittgenstein 1989, §73 et 691 et 1993b, p. 117.

[84] Il ne s'agit donc pas de dire que cette expérience est semblable à la découverte du véritable usage ou *fonctionnement* d'un outil, comme si nous trouvions soudain qu'« on a toujours mal joué à un jeu » (Wittgenstein 2006, §496, et 2008, §320), puisque cette dernière expression est absurde : « avoir toujours mal joué » à un jeu, c'est avoir joué *à un autre* jeu.

[85] Steiner 1991, p. 15.

La question est toutefois de savoir ce qu'est au juste cette « autre chose », et quel genre de rapport le mot entretient encore au réel qu'il continue, malgré tout, de désigner. Un simple mot n'a pas cent façons de se rapporter à ce qu'il vise, et on pourrait suspecter que derrière cette expérience se trouve le genre de vaine épiphanie purement verbale qu'épinglait Joseph Conrad :

> « Sur l'aspect éclairant [des mots prononcés], il n'existait absolument aucun doute. On avait l'impression de déboucher sur une plaine au sortir d'une forêt..., il n'y avait pas grand-chose à voir mais on avait beaucoup de lumière. »[86]

Mais il faut garder à l'esprit que cette expérience se signale d'abord par son *importance,* non par le fait qu'elle serait riche d'un contenu déterminé :

> « Dire : "ce mot... était chargé de toute sa signification" a sans doute un usage tout autre, et des conséquences tout autres, que de dire : "Cela signifiait que... " »[87]

Ce qui est en jeu, c'est l'expérience, paradoxale, d'une *nécessité* dans l'emploi d'un terme pourtant contingent, expérience d'une forme d'exactitude en dépit de cette contingence même[88]. L'analyse de cette expérience nous reconduit au moment où se montre cette contingence : « maintenant, je sais ce que le mot *prison* signifie » ne veut pas dire qu'auparavant je l'ignorais, mais que je n'apercevais pas la contingence du mot lorsque je l'employais. L'expérience de la signification, c'est celle de la *ressemblance* du mot et de la chose : le mot « prison » ne ressemble pas à une prison, sauf pour celui qui a connu la prison. C'est une expérience proche de celle, très familière et que nous

[86] Conrad 1995, p. 14.
[87] Wittgenstein 1985, §785.
[88] En termes wittgensteiniens, ce qui est paradoxal dans cette expérience, c'est de découvrir que le mot dont nous saisissons le sens entre dans un autre jeu de langage qui nous apparaît plus sérieux et plus authentique, alors que la notion même de jeu de langage implique qu'aucun ne saurait avoir plus de « valeur » ni de « vérité » qu'un autre. Sa valeur, ici, est seulement liée au fait qu'il s'accorde avec une certaine forme de vie. Enfin, il s'agit bien d'une *expérience,* à l'inverse de la situation dans laquelle nous cherchons ou bien trouvons *le bon mot* (Wittgenstein 2000a, p. 34 et 2004, p. 307) : même si retrouver le « bon mot » donne un sentiment de satisfaction et d'exactitude, le mot en tant que signifiant n'est jamais qu'un *outil* et non *l'objet même* de l'expérience.

avons évoquée plus haut, qui touche à ce qui relie une personne (voire une chose[89]) à son nom : pour contingente que soit cette relation, elle finit par acquérir une forme de nécessité et de *vérité,* c'est-à-dire de ressemblance ou de résonance pour ainsi dire harmonique[90].

> « Nous parlons de la compréhension d'une phrase au sens où la phrase peut être remplacée par une autre qui dit la même chose, mais aussi au sens où elle ne peut pas être remplacée par aucune autre. »[91]

Le genre de signification qui est en jeu n'est pas une description, mais un jugement de valeur qui comme tel « va au-delà de toutes circonstances »[92], et qui se confond avec une certaine conduite. « L'expression la plus importante de la conviction n'est pas [le] ton, c'est la façon d'agir »[93]. Qu'est-ce qui marque, en effet, l'importance qu'on peut donner à ce genre d'expérience « rien moins que triviale », et qui révèle la dimension *expressive* du sens ?

> « Il y a une réponse : c'est que, quand je le dis, je le ressens profondément en moi ; ce n'est rien moins qu'une remarque *triviale.* Ceci se manifestera spécialement dans la façon dont je me comporterai après avoir parlé. »[94]

---

[89] C'est l'effet produit, au début d'*Un roi sans divertissement* de Giono, par la répétition du mot « hêtre ».

[90] Ce que nous recherchons, lorsque nous nous enquérons du sens d'une expérience, d'une rencontre, d'une naissance, de notre vie même, c'est quelque chose qui obéit à cette structure : savoir conjointement que les choses auraient pu être autres qu'elles ne sont, et que néanmoins elles ont la consistance et la nécessité de la seule réalité existante. Ces remarques ne font qu'illustrer cette idée très générale que ce qu'on appelle le « sens » consiste à donner la forme de la nécessité à ce qui est contingent, ou conventionnel, comme peut l'être un nom.

[91] Wittgenstein 2004, §531.

[92] Wittgenstein 1992, p. 166.

[93] Wittgenstein 2000a, p. 36. Cf. Wittgenstein 1994, §38, p. 9 : « La question n'est pas : que fais-je, lorsque... (ce qui ne pourrait être qu'une question psychologique) –- mais bien : quelle est la signification de ce que je dis là, que peut-on en tirer, quelles en sont les conséquences ? » Cf. aussi Williams 1994, p. 44 : « Des conduites telles que l'approbation, etc., sont essentiellement des conduites observables, liées à des énonciations effectives. »

[94] Wittgenstein 1992, p. 167.

La « manifestation » dont il est question n'est pas un *effet,* du moins au sens causal étroit où celui-ci serait distinct de sa cause (causalité transitive) ; il ne s'agit pas de dire qu'un état intérieur se manifesterait dans un comportement extérieur, mais plutôt, inversement, que l'idée même de manifestation se rapporte à un comportement vu sous un certain aspect. Quel contenu pourrait-on en effet donner à l'idée que quelqu'un a « compris » ou perçu le sens de quelque chose, à quel critère se référer pour en juger, sinon à son comportement[95] ?

En adoptant la « méthode anthropologique » wittgensteinienne (« le fait d'imaginer une tribu où les choses se passent de telle façon »[96]), on pourrait très bien imaginer un rite au cours duquel on viendrait demander au condamné, des peines les plus légères aux plus lourdes, de quel mot il lui semble avoir appris le sens à l'issue de l'exécution de sa peine[97]. Ce mot ne pourrait être *traduit* dans un autre langage, peut-être pas même explicité, et néanmoins compris[98]. Une liste de candidats potentiels se présente à l'esprit (« oubli, abandon, regrets, insignifiance, ... »[99]), mais nous serions peut-être surpris, dans la mesure où le sens fait partie de ces choses qu'on peut trouver sans préconception et sans savoir qu'on était en train de les chercher[100]. Cette « méthode » nous permettrait toutefois de mettre en évidence et de circonscrire la diversité des attentes relatives aux différents types de peine. Celui qui par exemple dirait, après avoir reçu une simple peine d'amende, qu'il a découvert ce que voulait dire « accueillir Dieu dans son cœur », ou quelque formule similaire, serait ridicule ou ne serait pas

[95] Wittgenstein 2004, §269.
[96] Cf. Wittgenstein 1992, p. 173 et Chauviré 2004. Il s'agit d'une forme d'analyse qui s'apparente à une « expérience de pensée », mais qui s'en distingue néanmoins radicalement en ce qu'elle ne vise nullement à établir de thèse (contrairement à ce qui est l'objet des classiques expériences de pensée en philosophie, de la « caverne » de Platon à la « chambre chinoise » de Searle), mais plutôt à révéler le sens et la singularité de nos usages – à mettre en évidence la force de l'usage là où nous croyions être en présence du naturel.
[97] Un tel rite ne se définirait de toute façon pas par son *but,* mais « porterait son sens en lui-même » (Habermas 2018, p. 428). Cf. Ladd 2018a.
[98] Cf. *supra*, Wittgenstein 2004, §531.
[99] La liste est extraite du recueil *Tentatives d'évasion* 2014. Cf. Ladd 2015a, p. 190-191.
[100] Cf. Wittgenstein 1989, §60, p. 24.

compris[101] – et notre attitude, notre propre incompréhension, prouverait une nouvelle fois que la question du sens n'a rien de « psychologique »[102]. Or dans la mesure où la grande majorité des peines infligées sont de ce type, on mesure le caractère exorbitant de cette demande de « sens », si on entend par là autre chose que le sens propre de « se savoir puni ». Le point que met en évidence cette « méthode », et qui mérite aussi d'être relevé, est que l'une des sources *a priori* les moins probables du « sens » est finalement celle que nous recherchions : moins la découverte, le don, l'invention, la révélation ou la mystification qu'une certaine *convention* (linguistique et anthropologique). Ce qui a du sens, c'est avant tout ce que je peux comprendre en vertu de conventions partagées.

Cela ne nous empêche par conséquent nullement de dire qu'il est certaines personnes qu'on ne comprend tout simplement pas[103], non pas seulement au sens où on ne comprend *ce qu'elles disent,* mais où on ne *les* comprend pas quand elles le disent[104]. C'est en effet d'un sens particulier du mot « comprendre » qu'il est ici question, et donc aussi d'un aspect particulier de l'incompréhension. Diamond souligne qu'« un point central de ces jeux [de langage] est la possibilité que quelqu'un ne voie tout simplement pas ce que vous voyez[105] », et que « ne pas voir ce que l'autre voit » signifie de façon indiscernable ne pas entendre les paroles prononcées (leur sens et leur référence) et ne pas comprendre celui qui les prononce. Enfin, il est tout à fait possible que l'expérience du condamné ne vienne prendre place dans aucun jeu de langage, car parfois « cela peut très bien rendre fou d'essayer de rassembler dans une pensée ce qui ne peut pas être

[101] Wittgenstein dirait qu'il a employé cette expression dans un contexte inadéquat. Cf. Wittgenstein 2004, §117, et les commentaires de Hertzberg, 2001, p. 90-103.
[102] Ne serait-ce que parce que l'emploi du terme « psychologique » dans son sens le plus large, qui inclut la possibilité de la pathologie mentale et du délire, rend n'importe quelle suite de mots « possible ».
[103] Wittgenstein 1994, §714, p. 139 : « Il est important pour notre sujet qu'il y ait des hommes dont on sent qu'on ne saura jamais ce qui se passe en eux. Qu'on ne les comprendra jamais. » Cf. Anscombe 2002, §18, p. 69.
[104] Cf. Diamond 2011a et le commentaire donné par Laugier 2009, p. 70-72.
[105] Diamond 2004b, p. 325.

pensé »[106], ce dont la surface ne peut pas même être effleurée par un usage secondaire du langage. Bien souvent sans doute l'expérience de la peine résiste, par quelque côté qu'on la regarde, et on ne saurait trouver refuge dans un subjectivisme consolatoire : interprétation, point de vue, *voir comme,* c'est toujours *une* chose qui est interprétée ou vue, et cette chose est par quelque côté qu'on la regarde toujours une contrainte pour celui à qui elle échoit.

Conclusion : en quoi y a-t-il une question du sens de la peine ?

Ces analyses, si elles sont correctes, montrent qu'il est nécessaire de libérer notre question de tout l'implicite herméneutique et psychologique dont elle est chargée. Cela ne signifie en aucun cas minimiser les aspects psychologiques et moraux de la peine vécue, mais seulement s'efforcer d'indiquer le cadre dans lequel de telles remarques psychologiques ou morales auront leur pertinence[107].

Elles nous ont ensuite permis de faire un sort au triple lieu commun selon lequel 1/ ce qu'on appelle le « sens » serait donné sous la forme de pensées qui accompagneraient les expériences vécues ; 2/ ces pensées seraient par nature secrètes et ineffables[108] ; 3/ ces pensées secrètes et ineffables devraient ipso facto être tenues pour plus importantes que celles qui sont communicables et de caractère public[109].

Elles ont enfin révélé que la question posée n'était pas du type « chercher une solution à un problème », si on entend par là la possibilité de produire un ensemble d'énoncés qui nous indiqueraient conjointement les données du problème et la voie de leur résolution. Cela a à voir avec le fait que le « problème » du sens de la peine, en tant qu'il se pose sur un arrière-plan éthique, se

[106] Diamond 2011b, p. 272.
[107] Cf. Wittgenstein 2004, p. 274 : « Je nomme cette expérience « remarque d'un aspect ». Ses *causes* intéressent le psychologue. »
[108] Cf. le paradoxe de phrases comme « Cette expérience n'est pas communicable, mais *je* la connais – parce que c'est la *mienne.* » (Wittgenstein 1999, p. 14.)
[109] Cf. Wittgenstein 2008, §560.

distingue catégoriquement d'un problème au sens mathématique, pratique ou scientifique du terme : de tels problèmes existent indépendamment de notre volonté de les résoudre, ce qui n'est pas le cas des problèmes éthiques, qui sont toujours des problèmes qu'une personne *se donne*[110]. C'est pourquoi on n'a aucune difficulté à concevoir que quelqu'un ne voie précisément pas la peine subie comme une expérience qui attendrait en quelque sorte après son sens. De ce point de vue, et de ce point de vue seulement[111], notre problème ressemble assez au « problème de la vie », ou « du sens de la vie », dont la « solution » apparaît toujours comme contingente, dit Wittgenstein, puisque de fait la vie était bien *possible* avant qu'on se figure qu'il y avait là une question à résoudre[112]. Il y a des circonstances, note le philosophe, dans lesquelles « on se mettra à parler du sens de la vie[113] », et c'est sans doute ce seul fait qui nous entretient dans cette intuition qu'on *devrait* avoir à se poser certaines questions lorsqu'on est convaincu d'un délit ou d'un crime, et qu'on purge une peine. Mais il n'y a sans doute là guère plus qu'une banale vérité psychologique, doublée d'une normativité à peine voilée derrière le souci affiché pour la santé morale ou la réinsertion du condamné.

En réalité c'est d'abord *nous-mêmes,* membres du corps social, qui avons à affronter la question de la peine du point vue de la rationalité politique[114]. Il existe une dissymétrie radicale dans la nature des problèmes qui se posent à celui qui est condamné et à la collectivité qui condamne, entre celui qui subit sa peine comme *ceci* ou *cela*, et le groupe qui doit être en mesure de donner un sens à ce qu'il fait. Tout, dans la peine vécue, ne parle pas, ou plutôt tout ce qui fait sens en elle n'est pas de forme propositionnelle, tandis qu'au contraire les raisons pour lesquelles on punit doivent par hypothèse pouvoir être entièrement explicitées. Nous ne

[110] Cf. Wittgenstein 1992, p. 165.
[111] Cf. *supra* nos remarques introductives « Ce que faire sens veut dire : sanctions pénales et questions de sens », I, 2.
[112] Wittgenstein 1993b, p. 54-55 : « Si quelqu'un croyait avoir trouvé la solution du problème de la vie et qu'il voulût se dire : « tout est facile désormais », il suffirait pour le réfuter de lui rappeler qu'il y eut un temps où cette « solution » n'avait pas été trouvée ; car en *ce* temps-*là* aussi il fallait bien que l'on pût vivre, et par rapport à lui, la solution trouvée apparaît comme contingente. »
[113] Wittgenstein 1992, p. 167.
[114] C'est un point que j'ai défendu dans Ladd 2015b (p. 251 *sqq.)* et Ladd 2018b.

pouvons par conséquent feindre de solliciter la participation des condamnés pour nous aider à résoudre un problème politique, celui de la pénalité, dont les données aussi nombreuses qu'hétérogènes devraient nous inciter à relativiser l'importance qu'on accorde à cette question du « sens » donné à la peine – question *philosophiquement* importante, certes, mais l'importance ou la profondeur d'une question philosophique n'est qu'un faible indice de son importance *politique,* et j'ajouterais *de son importance tout court.*

Au plan de l'analyse philosophique, y a-t-il matière à conclusion ? Il me semble que oui. Nous cherchions des mots pour exprimer le sens d'une expérience, et à l'inverse nous avons admis que cette expérience se livre elle-même sous forme de mots, dans l'intuition de leur « vrai sens », qui n'est pourtant qu'un sens « secondaire ». Certes « l'expérience de la signification est secondaire » par rapport à l'expérience elle-même[115], et néanmoins que serait cette dernière en dehors de l'ancrage que lui fournit le langage dans des formes de vie et des connaissances d'arrière-plan partagées ? D'une certaine façon, notre problème est donc résolu, au sens de Wittgenstein, c'est-à-dire qu'il s'est dissout dans une série de considérations descriptives et en partie banales[116]. *Où* le sens se trouve-t-il ? C'est un truisme que de dire que personne n'en détient le monopole, et qu'il n'existe qu'entre les individus[117]. Ce n'est pas *moi* qui décide de ce qui a un sens ou non. Le sens doit être communicable sans quoi il ne fait précisément pas sens : il n'a donc rien d'un sens privé accessible au seul condamné. Il y a ainsi deux écueils à éviter : la réduction du « sens » à une conception causaliste naïve ; la fuite au contraire dans l'indicible et l'évanescent. Il serait insultant d'accuser le condamné ne pas saisir le sens qu'il devrait (de quelle défaillance serait-il alors question ? quelle *faculté* devrait lui faire défaut, qui ne l'aurait pourtant pas empêché d'être condamné ?), et plus insultant encore de supposer qu'il pourrait accéder à une dimension de sens à laquelle nous resterions étrangers : parce qu'au fond, cela ne voudrait rien dire d'autre, sinon que ça n'est pas notre affaire.

[115] Raïd 2001, p. 213.
[116] Wittgenstein 2008, §314, p. 81.
[117] Gaboriau 2014, p. 2.

Mais il y a bien deux questions à distinguer, qui sont l'expérience du sens et sa communication. Dans la mesure où l'accès au sens dépend, subjectivement, d'une forme de *révélation,* la question du « sens de la peine » est *à peine une question,* et sa résolution ne conduit a aucune espèce de prescription. « On ne peut conduire les hommes vers le bien ; on ne peut les conduire qu'à tel endroit ou à tel autre. Le bien est en dehors de l'espace des faits »[118]. Le sens réside lui aussi hors du monde des faits[119], hors de la peine vécue, même si ce sont bien ces faits et cette peine qu'il vise, et que ce faisant *il se montre.* Il se montre par exemple dans la scène finale d'*Ivan Denissovitch* de Soljenitsyne, dans l'énumération au caractère de litanie des motifs de réjouissance, presque aussi nombreux que les journées qu'il décompte, sans rapport les uns avec les autres, et qui forment dans leur irréductible pluralité ce « presque bonheur[120] » qui est un autre nom du « sens » ou d'une vie « justifiée » ou « digne d'être vécue »[121]. Pourtant ce sens qui ne se laisse pas dire, mais qui se montre, c'est bien derrière les murs des commissariats, des tribunaux et des prisons qu'il s'élabore, et c'est pourquoi il est certain que ce que les condamnés ont à nous dire a malgré tout un sens *politique* que nous nous devons d'entendre.

[118] Witttgenstein 1993b, p. 54.
[119] *Tractatus* §6.41 (Wittgenstein 1993a, p. 109).
[120] Soljenitsyne 1975, p. 189 : « Il s'endormait, Choukhov, satisfait pleinement. Cette journée lui avait apporté des tas de bonnes chances : on ne l'avait pas mis au cachot ; leur brigade n'avait point été envoyée à la Cité du Socialisme ; à déjeuner, il avait maraudé une kacha ; les tant-pour-cent avaient été joliment décrochés par le brigadier ; il avait maçonné à cœur joie ; on ne l'avait point paumé avec sa lame de scie pendant la fouille ; il s'était fait du gain avec César ; il s'était acheté du bon tabac ; et au lieu de tomber malade, il avait chassé le mal. Une journée de passée. Sans seulement un nuage. Presque de bonheur. Des journées comme ça, dans sa peine, il y en avait, d'un bout à l'autre, trois mille six cent cinquante-trois. Les trois de rallonge, c'était la faute aux années bissextiles. »
[121] Cf. Wittgenstein 1971, p. 147-148 et Wittgenstein 1992, p. 143-144.

Bibliographie

Tentatives d'évasion 2014
COLLECTIF, *Tentatives d'évasion. Ombres et lumières à Clervaux,* Paris, Loco, 2014.

Abel 2005
ABEL (O.), « Sens et non-sens de la peine », *Études théologiques et religieuses,* 80e année, 2 (2005), p. 177-187.

Anscombe 1981
ANSCOMBE (G. E. M.), « *On Promising and it's justice, and wether it need be respected* in foro interno » in ANSCOMBE (G. E. M.), *Collected philosophical papers,* 1981, vol. III, p. 10-21.

Anscombe 2002
ANSCOMBE (G. E. M.), *L'Intention,* Paris, Gallimard, 2002.

Aristote 1991
ARISTOTE, *Rhétorique,* Paris, Le Livre de Poche, 1991.

Balzac 1971
BALZAC (H. de), *Le Père Goriot,* Paris, Gallimard, 1971.

Benjamin 2000a
BENJAMIN (W.), « Franz Kafka », in BENJAMIN (W.), *Œuvres II,* Paris, Gallimard, 2000.

Benjamin 2013
BENJAMIN (W.), *Sens unique*, Paris, Payot, 2013.

Benoist 2001
BENOIST (J.), « Intuition catégoriale et voir comme », *Revue Philosophique de Louvain,* 4e série, tome 99, n° 4 (2001), p. 593-612.

Benoist 2006
BENOIST (J.), « Voir comme quoi ? », in *Lire les* Recherches philosophiques *de Wittgenstein,* sous la direction de LAUGIER (S.), CHAUVIRÉ (C.), Paris, Vrin, 2006, p. 237-253.

Bouagga 2015
BOUAGGA (Y.), *Humaniser la peine ? Enquête en maison d'arrêt,* Rennes, Publications Universitaires de Rennes, 2015.

Bouveresse 1973
BOUVERESSE (J.), *Wittgenstein : la rime et la raison. Science, éthique et esthétique,* Paris, Les Éditions de Minuit, 1973.

Carpentier 1956
CARPENTIER (A.), *Le Partage des eaux,* Paris, Gallimard, 1956

Camus 2002
CAMUS (A.), « Réflexions sur la guillotine », in KOESTLER (A.), CAMUS (A.), *Réflexions sur la peine capitale,* Paris, Gallimard, 2002.

Canetti 1966
CANETTI (E.), *Masse et puissance,* Paris, Gallimard, 1966.

Chauviré 2004
CHAUVIRÉ (C.), *Le Moment anthropologique de Wittgenstein,* Paris, Kimé, 2004.

Conrad 1986
CONRAD (J.), *The Collected letters of Joseph Conrad,* Cambridge, Cambridge University Press, vol. 2, 1986.

Conrad 1995
CONRAD (J.), *L'Agent secret,* Paris, Gallimard, 1995.

Diamond 2004a
DIAMOND (C.), « Ce que le non-sens pourrait être », in DIAMOND (C.), *L'esprit réaliste. Wittgenstein, la philosophie et l'esprit,* Paris, Puf, 2004.

Diamond 2004b
DIAMOND (C.), « Le sens secondaire », in DIAMOND (C.), *L'esprit réaliste. Wittgenstein, la philosophie et l'esprit,* Paris, Puf, 2004, p. 303-326.

Diamond 2011a
DIAMOND (C.), « L'Éthique, l'imagination et la méthode du *Tractatus* », in DIAMOND (C.), *L'importance d'être humain,* Paris, Puf, 2011.

Diamond 2011b
DIAMOND (C.), « La Difficulté de la réalité et la difficulté de la philosophie », in DIAMOND (C.), *L'importance d'être humain,* Paris, Puf, 2011.

Faulkner 1934
FAULKNER (W.), *Tandis que j'agonise,* Paris, Gallimard, 1934.

Frize 2004
FRIZE (N.), *Le sens de la peine. État de l'idéologie carcérale,* Paris, Léo Scheer, 2004.

Gaboriau 2014
GABORIAU (S.), « Quand la peine est à la peine. Libres propos sur le sens de la peine », in *Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges. Politique(s) criminelle(s),* Paris, Dalloz, 2014, p. 2-13.

Habermas 2018
HABERMAS (J.), « Le sens du rite : une hypothèse du point de vue de l'histoire de l'espèce », in HABERMAS (J.), *Parcours 2. 1990-2017,* Paris, Gallimard, 2018, p. 421-441.

Hart 1959
HART (H. L. A.), « *Prolegomenon to the Principles of Punishment* », *Proceedings of the Aristotelian Society,* vol. 60, n° 1 (1959), p. 1-26.

Hertzberg
HERTZBERG (L.), *« The sense is where you find it »,* in *Wittgenstein in America,* sous la direction de MCCARTHY (T.), STIDD (S.), Oxford, Clarendon Press, 2001, p. 90-103.

Hume 1999
HUME (D.), *Traité de la nature humaine,* Livre III, « La morale », Paris, GF-Flammarion, 1999.

Husserl 2011
HUSSERL (E.), *Recherches logiques,* Paris, Puf, tome II, vol. 1. (*Recherches pour la phénoménologie et la théorie de la connaissance*), 2011.

Kaminski 2008
KAMINSKI (D.), « Prenez la peine d'adhérer : entre police du contrat et police de la responsabilité », in KAMINSKI, (D.) *Le pénal aujourd'hui : pérennité ou mutations*, Montréal, Centre International de criminologie comparée, 2008, p. 119-132.

Kertész 2008
KERTÉSZ (I.), *Dossier K.,* Arles, Actes Sud, 2008.

Ladd 2015a
LADD (K.), « Le Romancier et la prison. Écrire, raconter, décrire », *L'Irascible. Revue de l'Institut Rhône-Alpin de Sciences criminelles,* n°5 (2015), p. 177-214.

Ladd 2015b
LADD (K.), « La Législation pénale dans les labyrinthes de l'hostilité », *Jurisprudence Revue critique,* 2015, p. 237-259.

Ladd 2018a
LADD (K.), « Grimaces et lèvres pincées : remarques sur la ritualisation judiciaire (Pascal, Wittgenstein) », *Oñati Socio-legal Series*, 8/3 (2018), p. 296-323.

Ladd 2018b
LADD (K.), « Le Bien des règles : raisons de punir et modèle du jeu », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques,* n°80 (2018), p. 117-142.

Laugier 2009
LAUGIER (S.), *Wittgenstein. Les sens de l'usage,* Paris, Vrin, 2009.

Marrou 2011
MARROU (É.), « De la certitude religieuse : Wittgenstein sur la corde raide », *ThéoRèmes*, 1 (2011/1), en ligne, http://journals.openedition.org/theoremes/238, consulté le 30 novembre 2018.

Raïd 2001
RAÏD (L.), « L'Insensibilité au sens », in *Wittgenstein, les mots de l'esprit : la philosophie de la psychologie,* sous la direction de CHAUVIRÉ (C.), LAUGIER (S.), ROSAT (J.-J.), Paris, Vrin, 2001, p. 199-221.

Ricœur 2013
RICŒUR (P.), « Interprétation du mythe de la peine », in RICŒUR (P.), *Le conflit des interprétations,* Paris, Seuil, 2013.

Rulfo 1993
RULFO (J.), « La Formule secrète », in RULFO (J.), *Le Coq d'or et autres textes pour le cinéma,* Paris, Gallimard, 1993, p. 107-112.

Rulfo 2001
RULFO (J.), *Le Llano en flammes,* Paris, Gallimard, 2001.

Schulte 2001
SCHULTE (J.), « Être aveugle à l'aspect. », in *Wittgenstein, les mots de l'esprit : la philosophie de la psychologie,* sous la direction de CHAUVIRÉ (C.), LAUGIER (S.), ROSAT (J.-J.), Paris, Vrin, 2001, p. 183-197.

Searle 1998
SEARLE (J. R.), *La Construction de la réalité sociale,* Paris, Gallimard, 1998.

Soljenitsyne 1975
SOLJENITSYNE (A.), *Une Journée d'Ivan Denissovitch,* Paris, Julliard, 1975.

Sontag 2010
SONTAG (S.), « Contre l'interprétation », in SONTAG (S.), *L'Œuvre parle,* Paris, Seuil, 2010, p. 11-30.

Steiner 1991
STEINER (G.), *Réelles présences. Les arts du sens,* Paris, Gallimard, 1991.

Stendhal 1952
STENDHAL, *Le Rouge et le noir,* in STENDHAL, *Romans,* Paris, Gallimard, 1952.

Tchekhov 2003
TCHEKHOV (A.), *Salle 6,* Paris, Gallimard, 2003.

Van de Kerchove 2005
VAN DE KERCHOVE (M.), *Quand dire, c'est punir. Essai sur le jugement pénal,* Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2005.

Von Wright 1996
VON WRIGHT (G. H.), « Remarks on Wittgenstein's use of the terms "Sinn", "sinnlos", "unsinnig", "wahr", and "Gedanke" in the Tractatus », in *Wittgenstein : The Philosopher and his Works,* sous la direction de PICHLER (A.), SÄÄTELÄ (S.), Frankfurt, Montos verlag, 2006, p. 98–106

Williams 1994
WILLIAMS (B.), *La Fortune morale,* Paris, Puf, 1994.

Wittgenstein 1971,
WITTGENSTEIN (L.), *Carnets 1914-1916,* Paris, Gallimard, 1971.

Wittgenstein 1975
WITTGENSTEIN (L.), *Remarques philosophiques,* Paris, Gallimard, 1975.

Wittgenstein 1985
WITTGENSTEIN (L.), *Études préparatoires à la seconde partie des Recherches philosophiques,* Mauvezin, TER, 1985.

Wittgenstein 1988
WITTGENSTEIN (L.), *Les Cours de Cambridge, (1930-1932),* Mauvezin, TER, 1988.

Wittgenstein 1989
WITTGENSTEIN (L.), *Remarques sur la philosophie de la psychologie*, Mauvezin, TER, 1989, tome 1.

Wittgenstein 1992
WITTGENSTEIN (L.), *Leçons et conversations,* Paris, Gallimard, 1992.

Wittgenstein 1993a
WITTGENSTEIN (L.), *Tractatus logico-philosophicus,* Paris, Gallimard, 1993.

Wittgenstein 1993b
WITTGENSTEIN (L.), *Remarques mêlées,* Paris, GF-Flammarion, 1993.

Wittgenstein 1994
WITTGENSTEIN (L.), *Remarques sur la philosophie de la psychologie,* Mauvezin, TER, 1994, tome 2.

Wittgenstein 1996
WITTGENSTEIN (L.), *Le Cahier bleu et le cahier brun,* Paris, Gallimard, 1996.

Wittgenstein 1997
WITTGENSTEIN (L.), *Philosophica I,* Mauvezin, TER, 1997.

Wittgenstein 1999
WITTGENSTEIN (L.), *Philosophica II,* Mauvezin, TER, 1999.

Wittgenstein 2000a
WITTGENSTEIN (L.), *L'Intérieur et l'extérieur,* Mauvezin, TER, 2000

Wittgenstein 2000b
WITTGENSTEIN (L.), « Remarques sur le *Rameau d'Or* de Frazer », *Agone*, n° 23 (2000).

Wittgenstein 2006
WITTGENSTEIN (L.), *De la certitude,* Paris, Gallimard, 2006.

Wittgenstein 2008
WITTGENSTEIN (L.), *Fiches,* Paris, Gallimard, 2008.

WITTGENSTEIN 2015
WITTGENSTEIN (L.), *Dictées à F. Waismann et pour M. Schlick,* Paris, Vrin, 2015.

TROISIÈME PARTIE

DIRIGER LA PEINE

La critique de l'éclectisme pénal. D'un modèle de contradictions à un modèle de contorsions

Olivier Razac
Maître de conférences (philosophie), Université Grenoble Alpes

Quand on travaille sur le champ pénal en tant que « philosophe », on se voit régulièrement adresser la question du « sens de la peine ». Ce qui est alors attendu plus ou moins confusément est une mobilisation culturelle, et si possible brillante, de références puisées dans le corpus autorisé (Platon, le christianisme, Hobbes, Kant, Hegel, etc.) afin de dresser le panorama des différentes conceptions disponibles de la peine, de telle manière que notre actualité complexe se trouve justifiée dans ses contradictions par ce montage rassurant. Quand on est un peu moins docile, et qu'on se pique de philosophie critique, on a beau jeu d'ironiser en jouant sur les mots : la peine n'a pas de sens, non pas parce qu'elle en est privée, mais parce qu'elle en a trop[1]. On peut insister alors sur la saturation contradictoire des différentes conceptions, et plus précisément des fonctions et modalités que notre système social agglomère d'une manière irrationnelle dans le traitement de certaines déviances.

[1] Nietzsche 2001, p. 87-89.

On voudrait dépasser ici cette facilité critique qui consiste à se contenter d'une dénonciation de la pluralité contradictoire des « sens de la peine » afin de s'acheminer vers une problématisation plus délicate de l'éclectisme pénal. Le problème n'est pas seulement celui des contradictions mais celui des contorsions requises et permises par l'hétérogénéité des rationalités qui organisent et justifient le droit de punir actuel. Nous n'avons pas affaire à un système que l'on pourrait paralyser en lui opposant ses points de blocage, mais à un système plastique, athlétique, dont on doit éprouver la souplesse jusqu'à la déchirure, ou au moins l'élongation. Pour cela, deux étapes peuvent être suivies : premièrement, la modélisation des logiques empiriques qui structurent, orientent et justifient l'application des peines en partant des pratiques de probation en France[2]. Ceci conduit d'abord à un modèle de contradictions, utile mais insuffisant. Deuxièmement, le dépassement de ce modèle grâce à l'utilisation critique du concept de compromis proposé par Boltanski. La figure du compromis est intéressante pour comprendre comment des contradictions manifestes de logiques d'action peuvent tout de même fonctionner socialement, mais elle met également en lumière deux aspects plus complexes du problème. D'abord, si le « compromis » permet de brancher des logiques hétérogènes par une contorsion réciproque de leurs présupposés, il possède ses propres limites d'élasticité. Ensuite, le fait est que cette articulation éclectique des logiques pénitentiaires n'est pas du tout le fruit d'un « compromis » (décidé explicitement et collectivement) mais des contraintes structurelles du champ d'action des agents recouvertes par le dogmatisme institutionnel pour lequel ces problèmes n'existent tout simplement pas.

[2] Il est préférable d'utiliser le terme de « probation » plutôt que celui de « milieu ouvert » (et encore davantage « d'alternatives à l'incarcération » !) pour désigner les mesures pénales hors détention (sursis avec mise à l'épreuve, travail d'intérêt général, placement sous surveillance électronique, libération conditionnelle, suivi socio-judiciaire, mais aussi surveillance judiciaire et surveillance de sûreté). Environ 180.000 personnes suivies au 1er janvier 2015.

I. Une modélisation des logiques empiriques des peines de probation en France

Pour sortir des ornières d'un discours surplombant sur « le sens » de la peine, il est nécessaire de quitter un temps les grands textes et de se rapprocher des pratiques. Ceci a été facilité par un positionnement particulier comme enseignants-chercheurs à l'École Nationale d'Administration Pénitentiaire[3]. Cette position permet d'abord une expérimentation quelque peu brutale. Parler à des surveillants pénitentiaires ou des conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation (CPIP) de l'impératif catégorique kantien ou de la différence entre droit abstrait, moralité et *sittlichkeit* (vie éthique) chez Hegel n'est pas d'une pertinence évidente. Le problème n'étant pas l'incapacité des acteurs auxquels on s'adresse mais l'inadéquation des outils que l'on propose pour des praticiens ou des futurs praticiens. On est alors amenés à devoir d'abord saisir les difficultés auxquelles ils sont confrontés pour ensuite construire une problématisation qui dicte les outils méthodologiques et conceptuels pertinents. Autrement dit, travailler sur le sens de la peine cela suppose une méthode du bas vers le haut ; non pas appliquer des concepts préétablis sur des situations existantes, mais partir des situations pour proposer une modélisation conceptuelle *ad hoc*. Il faut insister sur le fait que cette inversion n'est pas le résultat d'une réflexion méthodologique préalable, fruit du froid calcul des chercheurs, mais qu'elle est impliquée par les nécessités d'un branchement de la recherche sur un champ de pratiques. On ne peut tout simplement pas faire fonctionner une recherche hors-sol quand on doit susciter le minimum vital d'intérêt chez des professionnels. Une recherche scolastique, dans le sens de Bourdieu (« temps libre et libéré des urgences du monde »[4]), n'est possible qu'à partir d'une position scolastique. Elle ne parlera ni du, ni au terrain.

Pour autant, ce rapprochement des pratiques pourrait aussi paraître trivial, on n'apprend rien à personne, particulièrement pas

[3] Cet article s'appuie en effet sur cette expérience de huit années (entre 2006 et 2014) et, plus particulièrement, sur une recherche menée avec Fabien Gouriou et Grégory Salle (Razac, Gouriou & Salle 2013).
[4] Bourdieu 2003, p. 9.

aux sociologues. Or, il nous semble que cette exigence « empirique » se fait souvent au détriment de la dimension du « sens ». Abandonnant résolument toute position scolastique, se rapprochant de la granularité du terrain, on est rabattu sur la simple description des choses telles qu'elles se passent, de simples questions de fonctionnement et d'organisation (recrutement, parcours professionnel, contraintes budgétaires, relations hiérarchiques, injonctions politiques etc.). À l'image d'une sociologie « d'ingénieur », telle que décrite par Boltanski, qui reste à l'intérieur du cadre institutionnel afin de formaliser, voire résoudre, des difficultés fonctionnelles[5]. Plus concrètement, la question récurrente du manque de moyens peut éclairer le propos concernant la probation française. Ce constat, cette plainte, pourrait paraître centrale dans le discours des acteurs. Le problème des agents de probation est d'abord la pression de la gestion du flux de prises en charge, le nombre de dossiers par agent. Tout exact que soit l'argument, il ne peut pas se suffire à lui-même, tout simplement parce qu'on ne peut manquer de moyens que par rapport à des finalités, des objectifs posés à l'action. On ne peut pas manquer de moyens tout court, on n'a pas les moyens de faire ce que l'on doit faire. Cent vingt dossiers, cela est facile à suivre s'il s'agit simplement de vérifier des attestations (ce que l'on appelle un « suivi administratif »). Par contre, s'il faut rencontrer ces personnes, les écouter et leur parler, comprendre leur situation, personnaliser le suivi, leur proposer des pistes de travail sur soi, construire un projet, les mettre en relation avec d'autres institutions, construire et entretenir ce réseau de partenaires, rendre compte de son activité, etc. C'est autre chose[6].

[5] « Cette position est celle de l'expertise. On demande à l'expert d'examiner la relation problématique entre des éléments (par exemple l'accès des femmes à un travail salarié et le taux de natalité) qui ont déjà fait l'objet d'un formatage dans un langage de description administratif ou économique utilisé par les responsables pour gouverner. », Bolantski 2009, p. 23.

[6] D'une manière analogue, la Conférence de consensus sur la prévention de la récidive organisée en janvier 2013, s'est principalement posée la question des moyens efficaces pour prévenir la récidive, sans réellement questionner le sens politique et social de cette « prévention de la récidive ». Pourtant, on peut prétendre prévenir la récidive en neutralisant, en rééduquant, en insérant, en guérissant, par des médiations, des réparations, ou en dépénalisant…

C'est à partir de cette double exigence empirique et critique que l'on peut être attentif à une forme de problématisation de leur champ par les agents eux-mêmes qui ne questionnent pas seulement les conditions de leur travail mais les présupposés institutionnels qui le déterminent. C'est l'institution[7] qui possède une forte tendance à placer les agents dans une position de simples exécutants, si le chercheur accepte cette domination comme état de fait, il ne pourra effectivement pas dépasser une « problématisation » mécanique, ou alors il devra présupposer que la réflexivité critique ne peut venir que de sa position d'extériorité « scientifique » ou politique. Si l'on part de la réflexivité critique des acteurs, alors on est de plain-pied avec ce que l'on cherche à comprendre : en quoi les pratiques d'application des peines concrètes posent problème quant à leur sens, à la fois comme signification, fonction et justification. Dès lors, la « matière » se présente presque d'elle-même, les agents ne se plaignent pas d'un manque quantitatif de moyen, mais de ne pas avoir les moyens de faire *tout* ce qu'ils doivent faire. Ce « tout » posant d'abord un problème qualitatif. Les prises en charge de probation sont, par essence, extrêmement diverses, parce qu'elles reposent sur une individualisation de la peine, que chaque cas est différent, mais aussi parce qu'elles supposent une prise en charge complète et pluridisciplinaire. Or, dans les conditions actuelles, cette « richesse » est d'abord source de difficultés. Les professionnels ne cessent d'évoquer les doutes, les tensions, la fatigue, voire la souffrance, qu'implique le fait de devoir articuler de multiples objectifs, outils, professions, d'être des « chefs d'orchestre », de « jongler avec plusieurs casquettes ».

Nous avons donc cherché à objectiver ces tensions, voire ces contradictions, entre les différentes dimensions du métier d'agent de probation. De telle manière que l'on puisse proposer une grille d'analyse critique des formes de rationalisation et de légitimation des prises en charge. Nous avons procédé en deux temps : tout d'abord, il a fallu construire et analyser un corpus de textes structurant pour la profession (lois, règlements, textes administratifs,

[7] Par « institution », nous entendrons ici la partie dirigeante ou gouvernante de l'institution pénale (d'où viennent des directives), par opposition à sa partie gouvernée (qui doit appliquer ces directives).

formation, littérature syndicale et recherches sur le champ, assez rares à l'époque) afin de repérer des registres d'action consistants en eux-mêmes et distincts les uns des autres. Cela a permis, sous la forme d'une rapide généalogie de la structuration du champ de la probation, d'isoler six logiques ou rationalités guidant et légitimant l'action. D'abord, le triptyque originaire d'une action socio-éducative sous mandat pénal. Il faut insister ici sur la présence de trois logiques distinctes, pénale, éducative et sociale, auxquelles se sont progressivement ajoutées deux autres logiques de prise en charge : une logique sanitaire et une logique de gestion des risques. Enfin, une sixième logique qui n'est pas une logique de prise en charge est à prendre en considération, la logique comptable de « nouvelle gestion publique ».

Ensuite, nous avons cherché à comprendre si et comment ces logiques s'actualisent dans les pratiques. Plus précisément, il s'agissait de repérer la présence de ces registres d'action à partir d'entretiens avec des CPIP portant sur la rationalisation des manières de faire et des choix orientant les prises en charge. Dans le même mouvement, cela permettait de repérer les complémentarités, les tensions et les contradictions entre ces logiques à partir du moment où il faut les articuler d'une manière efficace et cohérente.

Ceci a permis de formaliser un tableau des « rationalités de la probation française » (fig. 1). Il ne s'agit pas ici de faire un commentaire détaillé du tableau, mais seulement de donner les éléments de compréhension nécessaires pour saisir la différence entre modèle de contradictions et modèle de contorsions[8]. 1. Nous avons cherché à verticaliser les logiques d'action en les ramenant à la pureté d'une logique univoque (le pénal strict, l'éducatif strict, etc.) alors que nous avons empiriquement affaire à des raisons d'action mélangées et confuses. Il ne s'agit pas pour autant de logiques « *a priori* » ou formelles. Ces logiques sont à la fois consistantes en elle-mêmes et empiriques. Il s'agit d'implications logiques telles qu'elles sont constatables dans les pratiques

[8] Il s'agit évidemment d'une méthode d'inspiration structuraliste, librement adaptée, en particulier de Foucault 1969. Pour plus de détails, voir Razac, Gouriou & Salle, 2013 ; Razac, Gouriou & Salle, 2014 ; Razac & Gouriou, 2014.

concrètes, façonnées historiquement et socialement, ou plutôt dans le discours que les professionnels formulent sur ces pratiques. 2. Nous avons structuré ces logiques selon quatre caractéristiques qui s'impliquent les unes les autres : la finalité de l'action, les moyens jugés rationnels pour l'atteindre, la position dans laquelle est placé celui qui met en œuvre cette logique (position de sujet), la position de celui sur lequel ces logiques sont appliquées (position d'objet). Ainsi, les agents de probation doivent mettre en œuvre le mandat pénal qui repose classiquement sur une finalité rétributive contractualiste, c'est-à-dire le paiement d'une dette politique par un citoyen qui a désobéi à la loi commune. Cela implique le moyen de la punition comme mesure afflictive imposée de l'extérieur qui permet justement le paiement. Celui qui impose cette mesure est mis (qu'il le veuille ou non) dans la position du « juge », du personnage qui applique la loi (avec les corollaires d'objectivité et d'impartialité). Celui qui subit cette punition est mis dans la position du citoyen responsable de sa désobéissance (mais aussi réhabilité par le paiement)[9]. Le fonctionnaire doit respecter ces implications sous peine de payer le coût social de la perte de cohérence (face à lui-même, au condamné, à ses collègues ou à la hiérarchie). 3. Ces différentes rationalités ne sont pas distinguées qualitativement ou pondérées dans le tableau. Cela témoigne du fait que tous les CPIP doivent structurellement mettre en œuvre toutes ces logiques, bien qu'ils accentuent ou estompent individuellement l'importance de telle ou telle dimension de la pratique. 4. Il y a bien sûr une double lecture du tableau : une lecture verticale, qui possède des vertus de clarification de l'action (les professionnels réagissant parfois en disant « C'est ça que je fais »), mais qui a le défaut majeur de ne pas problématiser ce

[9] Autre exemple, les conseillers pénitentiaires d'insertion et de probation doivent aussi mettre en œuvre une logique éducative qui suit le schéma d'implication suivant : la finalité recherchée est une « conversion axiologique », c'est-à-dire un changement profond des systèmes de valeurs (morales et sociales) du condamné (dont on pense qu'ils sont la cause du comportement déviant). Ce changement intime suppose le moyen de l'accompagnement éducatif (impliquant des notions classiques comme l'empathie, la bonne distance, le « faire avec », etc.). L'agent pénitentiaire est donc mis dans la position de l'accompagnateur (de celui qui stimule et guide ce changement) et le condamné dans la position d'un individu en déficit d'autonomie et de responsabilisation, sinon la démarche éducative n'a aucune justification.

montage pourtant complexe ! Une lecture horizontale, qui est bien plus inconfortable puisqu'elle fait apparaître, d'une manière certainement trop caricaturale, les points de contradiction entre les différents éléments des différentes logiques.

Plus précisément, cette modélisation permet de nommer clairement différents niveaux de difficultés rencontrées par les agents. D'abord des difficultés « épistémiques », c'est-à-dire la difficulté ou l'impossibilité de maîtriser tous les registres de connaissance (langages, méthodes, concepts, instruments, etc.) impliqués par la mise en œuvre de chaque logique (la loi toujours en mouvement, les pratiques éducatives, les dispositifs et politiques publiques d'insertion, le diagnostic psychologique, les institutions sanitaires, l'évaluation des risques de passage à l'acte, les logiciels de mesure et de contrôle de l'activité, etc.). Ensuite, des difficultés « éthiques », dans la mesure où ce qui justifie l'action selon telle logique peut ne pas être justifié selon telle autre. La justification de la dimension sanitaire de la prise en charge implique un souci pour la souffrance de l'autre, ce qui percute violemment la nécessité afflictive de la peine. L'évaluation des risques justifie une posture de vigilance, voire de méfiance, qui est en rupture avec la confiance nécessaire à l'accompagnement éducatif. L'accompagnement socio-éducatif demande du temps, l'exigence comptable suppose la plus grande économie de moyens possible, etc. Des difficultés « politiques », enfin, dans la mesure où la conscience de ces contradictions peut fragiliser, voire détruire, la confiance dans le mandat public qui autorise les agents à exercer un pouvoir coercitif sur les condamnés. Dit autrement, l'explicitation de ces contradictions peut faire apparaître l'exercice de ce pouvoir comme arbitraire.

Or, tout le problème réside dans le fait que l'institution ne prend que très peu en compte ces contradictions. D'une manière générale, elle part d'un postulat de cohérence et de synergie entre toutes ces logiques. Le meilleur exemple de cette attitude est la circulaire du 19 mars 2008 relative aux missions et aux méthodes d'intervention des services pénitentiaires d'insertion et de probation. Cette circulaire répond aux interrogations sur le métier, portées par le mouvement social de la même année, d'une manière essentiellement rhétorique à travers la notion de « prévention de la

récidive ». La complexité contradictoire des missions, des moyens et des positionnements est simplifiée artificiellement par le postulat de synergie selon lequel tout revient au même, toutes les actions des agents de probation sont justifiées et orientées vers un seul but, prévenir la récidive. Or, il suffit de lire la circulaire pour comprendre qu'elle ne propose aucune élaboration des liens ou des articulations qui pourraient donner sens à ces tensions et contradictions mais qu'elle se contente de « rationaliser » les pratiques à travers le but abstrait d'une formule polysémique. Car, quand on a dit que l'on prévient la récidive, on n'a pas encore commencé à expliquer au nom de quoi et comment on compte le faire...

II. Compromis et modèle de contorsions

Ce modèle de contradictions a le mérite de faire apparaître clairement les points de blocage qui peuvent rendre compte des difficultés des agents, voire de leur souffrance au travail, de même qu'il peut être une arme revendicative pour questionner l'organisation de l'institution. Mais il a le défaut d'être bien trop statique et, s'il est utilisé seul, de reproduire une lecture « scolastique », c'est-à-dire abstraite, du champ professionnel. Car, de fait, ces contradictions logiques n'empêchent pas les prises en charges de se dérouler et d'arriver à leur terme. En suivant Bourdieu, le modèle de contradictions pourrait être rapproché d'une « logique logique », d'un « logicisme structuraliste » ou d'une « herméneutique objectiviste » qui plaque une construction abstraite sur les pratiques concrètes[10]. Cette abstraction se reconnaît selon une double extériorité, vis-à-vis du temps de la pratique et vis-à-vis de ses enjeux. Si pour rester consistante toute pratique doit respecter une certaine « constance dans l'usage des symboles »[11], ici ce serait la nécessité de maintenir une certaine cohérence entre finalité/moyens, elle doit aussi « rester pratique, c'est-à-dire économique » en produisant :

[10] Bourdieu 2003, p. 83-85.
[11] Bourdieu 2003, p. 83.

> « Des actes ambigus, des objets polysémiques, sous-déterminés ou indéterminés, des coups doubles autorisés par la relative indétermination des actes et des symboles, sans parler des contradictions partielles et du flou nés de l'abstraction incertaine qui anime tout le jeu, lui donnant sa cohérence pratique, c'est-à-dire aussi sa souplesse, son ouverture, bref tout ce par quoi il est "pratique", donc prédisposé à répondre au moindre coût (notamment en recherche logique) aux urgences de l'existence et de la pratique. […] Or, faute d'apercevoir que la cohérence économique qui convient à des conduites nécessairement soumises à l'urgence des fins pratiques est rendue possible par le fait qu'elles se déroulent dans le temps, l'herméneutique objectiviste détruit cette logique par la construction de schémas et de modèles qui télescopent les moments successifs de la pratique. »[12]

Bourdieu fait d'ailleurs référence à Socrate jetant ses interlocuteurs dans le trouble à partir d'une position scolastique qui caractériserait la philosophie en opposition avec une sociologie qui pourrait parler à partir des logiques pratiques, tout en gardant sa perspective critique, le beurre et l'argent du beurre. Si l'argument de Bourdieu pointe très justement que les agents de probation font effectivement fonctionner ce système contradictoire dans des prises en charge qui sont loin d'être privées de rationalité et d'effets pratiques, il omet ici deux choses : d'une part, que des professionnels réussissent à faire fonctionner des logiques contradictoires d'un point de vue statique, cela n'empêche absolument pas qu'ils éprouvent les difficultés (épistémiques, éthiques et politiques) inhérentes à cet effort, sans parler de l'effet de ces montages tendus sur les condamnés. Faire fonctionner des contradictions ne les fait pas disparaître. D'autant plus que, d'autre part, cet effort repose essentiellement sur leurs seules épaules (des agents mais aussi des condamnés bien obligés de faire avec). En quelque sorte, Bourdieu parle dans ce passage « au nom » d'acteurs sociaux qui seraient maltraités par une recherche scolastique écrasant leur inventivité pratique. Or, la critique des rationalités de la probation française ne porte pas sur les micro-pratiques des agents (ou sur l'adaptabilité des condamnés) mais sur la structure

[12] Bourdieu 2003, p. 84-85.

de sens institutionnelle. Structure dogmatique en tant qu'elle refuse d'une manière « scolastique » les tensions impliquées par les modalités et les fonctions de l'application des peines, pourtant nécessaires à sa légitimité, au moins minimale. Il ne revient pas au même d'accuser de contradiction des travailleurs que de faire apparaître la nature litigieuse du droit de punir. C'est à la discussion de ces deux points que va nous servir le concept de « compromis » proposé par Boltanski[13].

Dans *De la justification*, Boltanski propose une modélisation de différentes formes de justification de l'ordre social, justifications qui reposent sur des logiques, non seulement différentes, mais incommensurables. Pour exemple, on ne peut pas articuler une argumentation qui justifie qu'il y ait des « grands » et des « petits » parce que les grands acceptent de respecter leurs devoirs traditionnels (Cité domestique[14]), de renoncer à l'intimité (Cité de l'opinion) ou de renoncer à un relâchement dans le monde qui empêche de saisir des opportunités (Cité marchande), etc. Ce qui justifie d'être plus grand que les autres selon une logique ne vaut rien pour une autre. Or, que se passe-t-il en cas de désaccord, de dispute, sur l'injustice d'une situation ? Pour schématiser, il existe trois possibilités. Premièrement, personne ne se soucie de justifier sa position selon des principes et une argumentation partageables. Cela peut fonctionner dans des arrangements privés de gré à gré (mais il n'est plus question de justice), cela peut aussi ouvrir le risque d'un « dé-règlement » par une violence sans phrases (si une telle chose existe). Deuxième possibilité, les protagonistes acceptent de mettre la situation à l'épreuve d'un seul principe et d'une argumentation univoque. Plutôt que de rester dans la confusion, on se demande si la situation peut être ajustée à une logique précise. De la même manière que l'on peut se demander ce qui est « purement » pénal ou sanitaire dans

[13] Il ne s'agit pas ici d'une critique du travail de Boltanski, mais de l'utilisation libre d'une formulation précise du compromis comme outil pour problématiser l'éclectisme des logiques pénitentiaires.

[14] Boltanski distingue trois niveaux de structuration d'un ordre social. Une « Cité » repose sur un principe explicite du bien commun. Elle implique une « grammaire de justification » qui détermine les formes d'argumentation recevables et un « Monde » comme sélection des expériences et des objets pertinents selon ce principe et cette grammaire.

l'application des peines. Mais cette possibilité est rare dans la mesure où la plupart des situations de disputes ne peuvent être réglées en ne faisant appel qu'à une seule logique. De la même manière qu'aucune prise en charge pénitentiaire ne peut reposer sur une seule rationalité. D'où la troisième possibilité, la plus « satisfaisante » parce qu'elle respecte des exigences logiques et pratiques, celle du compromis. « Dans un compromis on se met d'accord pour composer, c'est-à-dire pour suspendre le différend, sans qu'il ait été réglé par le recours à une épreuve dans un seul monde »[15]. Mais on ne peut pas faire n'importe quoi pour autant. Ce qui différencie le compromis de la première solution, la simple relativisation des principes de justice, c'est la prise en compte des principes et des objets reconnus par ceux avec qui on est en désaccord et la « mise en équivalence avec des arguments pertinents » des principes, des arguments et des objets. Ainsi, « un ami fidèle [objet reconnu dans le monde domestique] est un client solvable [objet reconnu dans le monde marchand] »[16]. On ne retombe pas pour autant sur une épreuve de justice (ou de rationalité) en bonne et due forme parce que « les participants renoncent à clarifier le principe de leur accord ». Ils se contentent de suggérer « l'éventualité d'un principe capable de rendre compatible des jugements s'appuyant sur des objets relevant de mondes différents »[17]. Ils ne renoncent pas à la validité rationnelle de leur justification, ils ne revendiquent pas une justification selon une seule logique, ils adaptent réciproquement leurs justifications de telle manière qu'il soit au moins possible de penser un principe de rationalité commun.

Revenons au tableau des rationalités de la probation française pour tester des figures de compromis. Il est effectivement relativement simple de faire fonctionner des couples, des

[15] Boltanski & Thévenot 1991, p. 337.
[16] Boltanski & Thévenot 1991, p. 338. « De même, depuis un monde civique on peut jeter les ponts suivants : vers le monde domestique par l'intermédiaire des "principes", en glissant de "principes fondamentaux" (civique) à "avoir des principes" (domestique) ; vers le monde de l'opinion en passant par "public", l'opinion publique, les campagnes et manifestations ; enfin vers le monde inspiré quand il est fait référence à la "prise de conscience" du supérieur commun et à la conviction qui "remet en cause" [etc.] », Boltanski & Thévenot 1991, p. 340-341.
[17] Boltanski & Thévenot 1991, p. 338.

branchements deux à deux, de rationalités. Par exemple, en termes de finalités et de moyens, la punition rétributive contractualiste comme moyen peut se brancher sur le changement éducatif comme finalité sous l'angle du choc qui oblige à opérer un travail sur soi et de la « limite » qui oblige à prendre en compte un monde de valeurs extérieures. Mais cela pose un problème vertical ou interne et un problème horizontal ou externe. Premier problème, vertical, ce rapprochement des deux finalités et moyens provoque une tension forte au niveau des positions de sujet et d'objet de chaque rationalité. En provoquant un rapprochement argumentatif entre punition pénale et punition éducative, on force un rapprochement non argumenté entre extériorité du juge et empathie de l'accompagnateur, de même qu'entre majorité du citoyen responsable et minorité d'un sujet en déficit d'autonomie. On se dit que l'on peut punir à la fois au nom de la loi républicaine et de la loi « symbolique », mais qui peut concrètement être l'agent d'une telle opération ? Et qui peut en être le sujet ? Inversement, si l'on cherche à rapprocher les positions de sujet selon la figure d'un « juge », d'un agent de la loi républicaine, qui soit aussi capable d'initier et d'accompagner un travail éducatif, on peut argumenter la figure du juge d'application des peines. Mais on rapproche alors d'une manière non argumentée la légitimité de l'extériorité de la loi et la justification non coercitive d'un travail sur l'intimité par l'éducateur. La loi républicaine autoriserait d'obliger un citoyen à opérer une conversion morale ? Allons donc. Tout se passe donc comme s'il n'était pas possible d'opérer un rapprochement entre deux rationalités de prise en charge tout en conservant la verticalité de leurs implications logiques. On peut trouver une forme d'équivalence ou d'argument commun entre deux éléments de rationalité mais alors, soit on arrache cet élément aux autres et on abandonne toute exigence de validité rationnelle de l'action, donc on produit de l'arbitraire, de la violence, soit tout vient avec et l'on provoque des contradictions non explicitées entre d'autres éléments, donc de l'arbitraire, de la violence[18].

[18] Autre exemple : on peut rapprocher le technicien-expert de la gestion du risque du fonctionnaire comptable de son action selon un prisme gestionnaire, technique, quantitatif commun. Mais on provoque alors un rapprochement difficile à justifier entre le condamné comme usager du service public pénitentiaire (auquel on doit donc le meilleur service) et l'individu dangereux (le public du service devenant la

Il faut ajouter à cela un deuxième problème, horizontal, c'est-à-dire concernant le rapport entre rationalités différentes. Dit simplement, le fait de rapprocher un élément de la rationalité A d'un élément de la rationalité B provoque inévitablement l'éloignement de cet élément de la rationalité C. Ainsi, le rapprochement entre finalité éducative et finalité pénale éloigne l'éducatif d'une articulation possible avec la logique sanitaire. La réflexivité morale comme paiement d'une dette politique n'a plus rien à voir avec un travail thérapeutique sur ses troubles de comportement. Cela marche aussi pour les autres éléments. La torsion de l'accompagnateur éducatif vers une forme d'extériorité punitive déconnecte son empathie d'une articulation possible avec le souci sanitaire pour la souffrance de l'autre, d'une éthique du *care* (inversement, si l'on veut brancher l'empathie de l'éducateur sur une sollicitude du soin, elle s'éloigne autant de l'impartialité pénale). De même, la responsabilisation du minorisé qui doit payer comme les autres rend encore plus incompréhensible l'irresponsabilité du malade (inversement, rapprocher éducatif et sanitaire sous l'angle d'un devoir d'assistance face à la fragilité et la souffrance des délinquants éloigne du devoir de punir rétributif), etc.[19]

Il s'agit donc ici d'une compréhension dynamique des mises en relation entre logiques hétérogènes. Statiquement, ces relations produisent des contradictions logiques (quand bien même ces logiques sont définies empiriquement). D'une manière dynamique, ces relations sont rendues possibles, d'une part, par une capacité matérielle de déformation de la verticalité des logiques, à l'image d'une contorsionniste capable de mettre son pied gauche près de son oreille droite et sa main gauche près de sa cheville droite. C'est possible, mais cela demande un effort et, si trop forcé, de la

victime potentielle à protéger). Il faut également préciser que pour que ces rapprochements fonctionnent, on est souvent amené à rapprocher des éléments différents (une finalité vers un moyen et inversement).

[19] Autres exemples : si l'on rapproche la gestion des risques de l'exigence comptable, on l'éloigne de sa possible connexion avec des dimensions éducatives et d'insertion (qui demandent une dépense de moyens difficilement objectivables). De même que si l'on rapproche le travail d'insertion sociale de l'exigence comptable, on le tire vers un traitement administratif de l'exclusion qui rend plus difficile de le connecter avec le temps long du travail éducatif nécessaire pour construire un projet, etc.

douleur ou une déchirure. D'autre part, ces relations reposent sur la possibilité de faire se succéder dans l'espace et dans le temps des rapprochements incompatibles entre logiques. À un moment, ou avec tel intervenant, on fait fonctionner un branchement donné, par exemple entre éducatif et sanitaire (une association de prise en charge des addictions) et, à un autre moment de la mesure, ou avec un autre intervenant, on fait fonctionner un branchement quasiment impossible à articuler avec le premier, par exemple entre éducatif et rétribution pénale (le juge d'application des peines). Cela ne bloquera pas le déroulé de la mesure parce que cette incompatibilité sera relativement méconnue, mais pas tout à fait, par les différents acteurs ou relativement « oubliées », mais pas tout à fait, dans le cours du suivi et de la vie quotidienne, le présent écrasant le passé par son intensité et ses exigences pratiques.

Cette figure de compromis permet donc de rendre raison du fonctionnement concret d'un système d'action hétérogène, mais il fait apparaître en même temps une autre forme d'impossibilité. Il n'est pas pensable, ni possible, d'opérer un compromis général, c'est-à-dire le branchement sans arbitraire et sans violence, de l'ensemble des principes et des logiques impliquées par l'application des peines telle qu'elle est actuellement structurée. Il n'est possible de faire fonctionner que des compromis locaux (verticalement ou horizontalement) qui impliquent de fortes tensions avec le reste de la mesure (pour les agents, mais encore plus pour les condamnés dont le corps est le lieu de toutes ces torsions). Ce serait la première fragilité de la figure du compromis : si elle peut expliquer un fonctionnement, c'est en fondant rigoureusement l'impossibilité de justifier l'ensemble, démontrant ainsi le caractère structurellement litigieux du droit de punir. Cela implique un devoir politique et social de discuter l'indiscutabilité du droit de punir.

Or, cette fragilité se transforme immédiatement en force, comme capacité pastique de justification du système. Pour une raison simple et brutale, il ne s'agit pas du tout d'un compromis. Rappelons que l'étymologie du mot indique l'exigence d'un engagement mutuel et la définition usuelle repose sur l'idée d'échange de promesses suivant une négociation. Bref, l'idée de compromis implique un échange discursif explicite basé sur une

reconnaissance mutuelle des parties prenantes, une explicitation du problème à résoudre et d'une solution qui engage ces parties. Rien de tel pour la question qui nous occupe. Les « compromis », ou plutôt les arrangements pratiques, qui permettent de faire fonctionner l'éclectisme pénal ne sont pas le résultat d'une réflexivité institutionnelle organisée mais un simple état de fait. Il se trouve que c'est comme cela que les agents de probation (et les autres acteurs du système) travaillent, sans reconnaissance explicite des points de vue divergents, des problèmes rencontrées, des solutions acceptables etc. D'ailleurs, le concept de compromis proposé par Boltanski possède lui aussi cette étrangeté de ne pas être réflexif mais d'être plutôt le résultat d'un mélange factuel issu des contraintes pratiques et, au mieux, d'une bonne volonté des acteurs.

Dans le compromis, les participants renoncent à clarifier le principe de leur accord, en s'attachant seulement à maintenir une disposition intentionnelle orientée vers le bien commun. Cet objectif est réalisé en recherchant l'intérêt général, c'est-à-dire non seulement l'intérêt des parties prenantes mais aussi l'intérêt de ceux qui ne sont pas directement touchés par l'accord[20].

Mais ce qui est ici posé comme condition initiale (la recherche de l'intérêt général) ne peut, au mieux, qu'être placé comme effet d'une démarche explicite de production d'un compromis. Or, il n'y a pas reconnaissance des parties, croisement des intérêts et travail d'explicitation en ce qui concerne le sens des pratiques de probation (ni au niveau gouvernemental étatique, ni au niveau institutionnel). En fait, le modèle de contorsions montre une complémentarité paradoxale entre des niveaux d'actions et des intérêts hétérogènes, voire divergents. Au niveau institutionnel dirigeant, on trouve essentiellement des formes rhétoriques de « compromis », dont témoigne la notion polysémique de « prévention de la récidive ». Or, si ces arrangements rhétoriques ne restent pas suspendus en l'air comme de simples manipulations ou des mensonges, c'est grâce à l'effort pratique des travailleurs pénitentiaires, pourtant laissés à eux-mêmes par cette institution. On pourrait dire que la « logique pratique » des acteurs dont nous

[20] Boltanski & Thévenot 1991, p. 338.

parle Bourdieu (cherchant à maintenir cohérence et faisabilité de leur pratique) sert ici de support empirique au discours institutionnel alors même que l'institution ne prend pas en charge ces problèmes pratiques, dont elle dénie largement l'existence. Il n'y a donc aucun compromis ici, mais une plasticité rhétorique des gouvernants « justifiée » par une plasticité pratique des gouvernés. Or, la contorsion rhétorique ne demande que très peu d'effort, alors que la contorsion pratique des agents pénitentiaires et des condamnées peut s'avérer épuisante, voire destructrice.

Ainsi, en passant d'un modèle statique de contradictions, qui ne peut opposer aux institutions pénales et pénitentiaires qu'une critique abstraite, bien plus paralysante pour les travailleurs que pour les gouvernants, à un modèle dynamique de contorsions, on pense produire plusieurs gains. Un gain explicatif, d'abord, dans la mesure où le modèle de contradictions utilisé seul ne peut que se décrédibiliser lui-même. Il se décrédibilise empiriquement parce que ces pratiques dites contradictoires ou paradoxales fonctionnent tout de même (en voilant largement cette dimension contradictoire). Il se décrédibilise d'une manière éthique parce qu'il produit une mise en accusation des gouvernés ramenés à une situation de domination par un chercheur surplombant. Au contraire, le modèle de contorsion permet d'expliquer le fonctionnement pratique de contradictions logiques (sans perdre d'un côté ni de l'autre) en montrant justement qu'il repose sur les capacités d'invention et d'adaptation pratiques des acteurs.

Un gain critique, ensuite, dans la mesure où le modèle de contradiction ne peut que paraître abstrait, et donc impuissant, face aux justifications rhétoriques de l'institution, d'autant plus qu'elles peuvent apparaître comme confirmées par le travail des acteurs. Ce modèle ne fait pas la différence entre les contradictions du système de sens institutionnel et les contradictions des pratiques professionnelles. Au contraire, le modèle de contorsions permet de disjoindre les deux niveaux, celui des capacités plastiques de justifications rhétoriques des gouvernants, d'un côté, qui laissent les problèmes pratiques entiers, et celui des capacités plastiques de mise en œuvre pratiques des gouvernés, de l'autre côté, qui cherchent à résoudre ces problèmes du point de vue des exigences épistémiques, éthiques et politiques de l'action. Dès lors, les deux

ne reviennent plus du tout au même. La prétention de synergie institutionnelle ne peut qu'être mise en accusation par les compétences de construction de sens des acteurs.

Un gain politique, pour finir, dans la mesure où cette disjonction institutionnelle entre rhétorique des gouvernants et pratiques des gouvernés implique d'expliciter les conditions de possibilité d'un véritable compromis entre les différentes logiques qui justifient le droit de punir. Première conséquence politique : cela implique un gain démocratique qui consiste à remettre en question ce qui ne l'est plus, non pas comment punir, mais pourquoi punir ? Plus précisément, cela suppose de rendre explicites les principes, les raisons, les moyens, les catégorisations sur lesquels reposent les pratiques pénales, de telles manière que ces éléments puissent être soumis à une critique publique conflictuelle systématique. Ces conditions nécessaires de justification d'un droit de punir éclectique sont-elles remplies actuellement ? Deuxième conséquence politique : cette explicitation des conditions d'un compromis entre les sens de la peine doit partir des premiers concernés, les travailleurs pénitentiaires, on l'a dit, mais également les condamnés. Peut-on sérieusement se demander comment articuler la dimension punitive et la dimension thérapeutique de la peine d'une manière rationnellement justifiable sans savoir ce que les condamnés en comprennent et, surtout, ce qu'ils en pensent ?[21] Mais cela dessine une configuration plus radicale que prévu : La peine telle qu'elle est pensée et pratiquée aujourd'hui ne possède pas de sens univoque – elle est structurée selon plusieurs logiques hétérogènes – l'articulation de ces logiques produit des torsions, voire des contradictions, de justifications – la seule manière de construire un sens rationnellement acceptable consiste à produire des compromis (explicites et réciproques) avec les différents acteurs de la peine – cela implique donc d'inclure les condamnés dans cette réciprocité. Ainsi, justifier le droit de punir aujourd'hui nécessite de mettre les condamnés dans une position incompatible avec l'asymétrie

[21] C'est le sujet d'une recherche en cours : RAZAC (O.), GOURIOU (F.), FERRAND (J.), *Éprouver le sens de la peine. Les probationnaires face à l'éclectisme pénal*, portée par les laboratoires PPL et CERDHAP2 de l'Université Grenoble Alpes et financée par la Mission de recherche « Droit et Justice », (2017-2019).

structurelle de toute peine. L'éclectisme pénal ne peut construire un sens non litigieux qu'en se privant de l'objet sur lequel il porte, en se détruisant lui-même. Dit autrement, se questionner d'une manière empirique et critique sur le sens de la peine, cela conduit nécessairement à se demander comment on pourrait s'en passer.

Bibliographie

Boltanski & Thévenot 1991
BOLTANSKI (L.), THÉVENOT (L.), *De la justification. Les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991.

Boltanski 2009
BOLTANSKI (L.), *De la critique. Précis de sociologie de l'émancipation*, Paris, Gallimard, 2009.

Bourdieu 2003
BOURDIEU (P.), *Méditations pascaliennes*, Paris, Seuil, 2003 [1997].

Foucault 1969
FOUCAULT (M.), *L'archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969.

Nietzsche 2001
NIETZSCHE (F.), *Généalogie de la morale,* Paris, Gallimard, 2001.

Razac, Gouriou & Salle 2013
RAZAC (O.), GOURIOU (F.), SALLE (G.), *Les rationalités de la probation française*, Rapport de recherche, Cirap/Enap, Ministère de la Justice, 2013.

Razac, Gouriou & Salle 2014
RAZAC (O.), GOURIOU (F.), SALLE (G.), « La "prévention de la récidive" ou les conflits de rationalités de la probation française », *Champ pénal/Penal field*, vol. XI (novembre 2014), en ligne, http://journals.openedition.org/champpenal/8932, consulté le 3 octobre 2018.

Razac & Gouriou 2014
RAZAC (O.), GOURIOU (F.), « Sous une critique de la criminologie, une critique des rationalités pénales », *Cultures & Conflits,* 94-95-96 (2014), en ligne, https://www.cairn.info/revue-cultures-et-conflits-2014-2-page-225.htm, consulté le 3 octobre 2018.

Tableau synthétique des rationalités de la probation française

	Rationalité pénale	**Rationalité éducative**	**Rationalité sociale**	**Rationalité sanitaire**	**Rationalité de gestion des risques criminels**	**Rationalité gestionnaire**
Pourquoi ?	Le paiement d'une dette	Le changement de valeurs	L'insertion sociale	Le soulagement d'une souffrance	La prévention du risque de passage à l'acte	Le rendement optimal
Comment ?	La punition	La relation éducative	Le projet individuel et le partenariat	Le diagnostic et le traitement du trouble	L'évaluation et le traitement du risque	La quantification et la formalisation
Qui ?	Le juge	L'accompagnateur	Le conseiller coordonnateur	Le soignant	Le technicien-expert	Le comptable
Quoi ?	Le citoyen	Un « mineur »	L'individu déficitaire	Le malade	L'individu dangereux	L'usager

« Punir en situation »
Le sens particulier des sanctions fondées sur un contrôle en milieu ouvert

Marie-Sophie Devresse
Professeure (criminologie), UCLouvain – CRID&P

S'interroger aujourd'hui sur le sens de la peine peut susciter d'emblée au moins deux réflexions. La première s'appuie sur le fait que la logique même de la justice pénale et la rationalité qui la sous-tend n'a pas vraiment évolué depuis longtemps. On se demande alors quel sens cela peut encore avoir au XXI^{e} siècle, de procéder comme on le fait pour administrer la justice en réponse à des problèmes sociaux qui ne cessent pourtant d'évoluer. Parce qu'en effet, il est aujourd'hui toujours question – et cela après plus de deux siècles – d'une justice criminelle qui, en majeure partie, (1) place la transgression de la norme au centre du processus judiciaire (et non l'auteur, la victime ou le dommage), (2) associe nécessairement le délit à la peine et (3) s'administre de façon verticale, les acteurs de la justice (en particulier les magistrats) restant figés dans une situation de surplomb, alors que le monde se montre plus que jamais flexible, mouvant et tend vers l'horizontalité[1].

[1] Pour une réflexion critique sur la rationalité pénale moderne, voir Dubé, Garcia & Rocha 2013.

La seconde renvoie plutôt à l'idée que, si les fondements mêmes de la justice pénale évoluent très peu, les formes que celle-ci revêt, et en particulier dans le domaine de la punition, ont tout de même connu quelques récentes et notables évolutions. On constate en effet que la gamme des peines s'est diversifiée et que leurs modalités d'exécution permettent aujourd'hui une variété d'aménagements. On constate aussi que de nouveaux acteurs s'y sont introduits : humains, comme les assistants de justice (en Belgique), ou techniques, comme le bracelet de surveillance électronique. La question qui se pose alors est de savoir si ces évolutions formelles sont à même d'ouvrir cette rationalité inerte à de nouvelles perspectives ou d'en grignoter les bords et sont capables de permettre de donner un nouveau sens à la peine, sachant que cette question du sens sera toujours dépendante du point de vue d'où l'on se place (le sens, oui, mais « pour qui, pour quoi ? »).

Bref, on peut se focaliser sur ce qui ne change pas, précisément dans un monde qui change et donc interroger le sens de cette apathie. Ou on peut au contraire regarder ce qui bouge, même un peu, et voir ce que le mouvement entraine avec lui de plus fondamental.

Les deux perspectives nous semblent aussi intéressantes l'une que l'autre, mais pour cette brève réflexion, nous avons choisi de plutôt nous focaliser sur ce qui change, en interrogeant la question du sens au départ du constat de la diversification des peines et du développement de sanctions et innovations pénales exécutées en milieu dit « ouvert ». Nous ne parlerons ici que des mesures qui contraignent l'individu dans sa liberté personnelle et nous n'envisagerons pas les peines patrimoniales qui nous paraissent relever d'une autre logique et appeler une réflexion spécifique sur le sens de la sanction.

I. Le développement des peines en milieu ouvert

Sans vouloir refaire ici la généalogie du développement des peines en Belgique et de l'évolution de leur mode d'exécution, rappelons tout de même que depuis les années 1950, se sont

progressivement développées, en Belgique comme ailleurs en Europe, diverses modalités d'aménagement de la peine de prison (ce que l'on appelle en Belgique le « statut externe » des détenus), allant de la libération conditionnelle (mesure la plus ancienne) à la détention limitée, en passant par la libération provisoire, c'est-à-dire des dispositifs qui permettent d'exécuter une partie de sa peine de prison en dehors d'un établissement pénitentiaire ou de sortir plus tôt qu'en fin de peine, moyennant la soumission à diverses formes de contrôle et/ou d'engagements. Il est même question à l'heure actuelle d'exécuter une partie de sa peine dans une formule proche du « *time sharing* », pour reprendre l'expression d'Olivia Nederlandt, en utilisant la formule du « congé pénitentiaire prolongé » où l'incarcération se déroule une semaine sur deux[2].

À l'aube des années 2000, c'est l'arsenal des peines qui s'est diversifié et, à côté de l'enfermement, de l'amende, de la confiscation et de la privation des droits civils et politiques, se sont installées la peine de travail (2002)[3], la surveillance électronique en tant que peine autonome (2014)[4] et la peine de probation (2014)[5].

Les raisons de cette créativité particulière dans le domaine de la sanction relèvent de deux logiques distinctes, mais pas nécessairement contradictoires. La première est d'ordre pénologique et renvoie en partie à la critique qui frappe la prison depuis sa naissance : coûteuse, désocialisante, violente, criminogène, elle ne peut constituer la réponse apportée à trop de faits problématiques, au risque de créer plus de problème qu'elle n'en résout, pour le justiciable comme pour la société. Il faut donc lui trouver des alternatives. Il y a donc, derrière toutes ces nouvelles formules de sanction ou d'exécution des peines, un projet particulier, qui, s'il ne parvient pas toujours effectivement à remplacer la prison, cherche à punir de manière moins douteuse, à mieux individualiser

[2] Nederlandt 2017.
[3] Loi du 17 avril 2002 instaurant la peine de travail comme peine autonome en matière correctionnelle et de police, *Moniteur Belge*, 7 mai 2002, p. 19021.
[4] Loi du 7 février 2014 instaurant la surveillance électronique comme peine autonome, *Moniteur Belge*, 28 février 2014, p. 17402.
[5] Loi du 10 avril 2014 insérant la probation comme peine autonome dans le Code pénal, et modifiant le Code d'instruction criminelle, et la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation, *Moniteur Belge*, 19 juin 2014, p. 46200.

la réponse pénale, à ne pas rompre trop radicalement le lien qu'a le condamné avec son environnement proche et avec la société.

La seconde raison est plus pragmatique et s'ancre dans le contexte de surpopulation carcérale hyper-problématique que l'on connait depuis deux décennies : l'on cherche, par cette diversification, à vider les établissements pénitentiaires ou à éviter que de nouvelles personnes y rentrent. La diversification des dispositifs aux mains des juges devrait ainsi pouvoir les conduire à proposer d'autres réponses. L'objectif est alors focalisé sur le bon fonctionnement du système pénal, et vise à rencontrer des objectifs structurels qui n'ont plus rien à voir avec la poursuite d'un projet substantiel avec le détenu. Ces deux logiques peuvent évidemment se combiner, mais les exigences budgétaires conduisent souvent à les rendre contradictoires, comme on a pu le constater pour la surveillance électronique, où l'on a été obligé de réduire l'aide et l'encadrement personnalisé des condamnés afin de pouvoir placer plus de bracelets pour vider les prisons[6].

Il y aurait sans doute beaucoup de choses à dire à propos de ces deux logiques, mais l'on retiendra ici le fait que toutes deux semblent désespérément soumises à la force dévorante de la prison. Lorsque l'on examine la genèse des mesures qui nous intéressent ici, il semble que peu d'entre elles aient été conçues pour les effets qu'elles peuvent avoir *en soi*. Même si l'on tente d'innover, il est finalement toujours question d'éviter la prison ou d'en diminuer les effets contestables, comme si nous ne pouvions pas penser la peine sans s'y référer. La prison contamine ainsi autant le ministre de la justice qui prend des mesures de libération provisoire pour vider les établissements, que la décision du juge du fond ou de l'exécution des peines qui propose une surveillance électronique. Le raisonnement des juges est en effet bien souvent, lorsque les faits ont un minimum d'importance, « prison ou pas prison ? » et ensuite seulement, dans la seconde occurrence « que puis-je bien faire d'autre ? »[7]. Nous reviendrons plus tard sur cette force dévorante.

[6] Devresse 2014.
[7] Beyens, Françoise & Scheirs 2010.

Cela étant, quels que soient ces objectifs et leur accomplissement, le résultat du développement de ces mesures est qu'à l'heure actuelle, de plus en plus de personnes évoluent dans la vie libre, sans l'être tout à fait. Ainsi, un simple coup d'œil sur les derniers rapports annuels des maisons de justice nous informe que ce sont plusieurs milliers de personnes qui se trouvent chaque année en Belgique en train d'exécuter une peine sans pour autant être incarcérées, mais qui sont soumises au quotidien à des injonctions, des conditions, des contraintes, des contrôles, de la surveillance[8]. Et ce qui est particulier, c'est que nous ne nous en rendons même pas compte. Or, ce développement massif d'une punition qui s'exécute en milieu ouvert représente un mouvement contemporain particulier qui conduit à s'interroger autant sur la peine et sa nouvelle configuration que sur son impact sur la vie collective. La diffusion de la sanction dans l'espace social commun ouvre en effet à des questionnements politiques et sociaux qui dépassent les frontières du champ pénal, n'importe qui pouvant se trouver, à un moment ou à un autre, consciemment ou non, enrôlé dans l'exécution d'une peine ou concerné par elle[9]. C'est l'employeur d'une personne qui exécute une peine de travail, c'est le formateur qui enseigne à une personne en peine de probation, c'est le centre de cure qui accueille une personne placée sous surveillance électronique. Mais c'est aussi, plus prosaïquement, celui ou celle qui s'attarde à la file d'une caisse et fait perdre cinq précieuses minutes à cette même personne sous surveillance électronique, l'employeur qui insiste pour lui faire réaliser un travail au noir qu'elle ne peut justifier dans son horaire, les proches avec qui elle vit et qui seront soumis à ses horaires stricts et parfois ne le supporteront pas, ou bien l'internaute, rencontrée sur un site de rendez-vous et qui se rendra compte que son correspondant n'est pas aussi libre que prévu[10].

La peine se pense dès lors en tension entre le spécifique et le commun, entre l'exceptionnel et le banal. Elle ne s'envisage plus seulement au regard de ses effets sur le condamné, mais aussi quant à son impact sur la communauté qui l'accueille,

[8] Administration Générale des Maisons de Justice 2016.
[9] Sur cette notion de frontières de la pénalité, voir Devresse 2012.
[10] Vanhaelemeesch 2014 ; Vanhaelemeesch, Vander Beken & Vandevelde 2014.

consciemment ou non, avec ce statut particulier. Nous allons donc nous attarder quelques instants sur cette particularité. Car à quoi peut bien se référer la logique de la peine lorsque son exécution se confond avec la vie quotidienne ? Certains objectifs de la peine ne sont-ils pas abandonnés au passage ? Ses fondements ne rejoignent-ils pas davantage ceux de la prévention que de la punition au sens strict ? Cette dernière question va nous intéresser ici tout particulièrement.

II. Milieu ouvert et dissuasion

La notion de prévention entretient, depuis l'époque classique, un lien fort avec la peine. À travers la notion de dissuasion, héritée de la philosophie utilitariste, on a voulu donner à la sanction pénale, tantôt un objectif de prévention générale (prévenir, par l'exemple, l'ensemble de la population de commettre la même chose que le contrevenant), tantôt un objectif de prévention spéciale (éviter que ce contrevenant ne recommence)[11]. Cet objectif préventif de la sanction, qui fait appel à la rationalité des individus, condamnés ou non, a fait couler beaucoup d'encre, en particulier quant à sa faible efficacité, mais ce n'est pas notre propos ici.

La logique sur laquelle reposent les nouvelles formes de sanction ou d'exécution de la peine que nous évoquons ici est assez proche, mais pas similaire. Certes, le prononcé d'une peine peut viser ces mêmes objectifs, mais son exécution quotidienne semble renvoyer à tout autre chose. Ainsi, la sévérité de la peine, la certitude de son application ou encore la dissuasion ne peuvent plus être envisagées au sens où on pouvait l'entendre pour des sanctions « classiques » comme l'étaient l'incarcération ou les travaux forcés.

La première raison est la lisibilité beaucoup plus complexe qu'ont ces diverses sanctions. Ainsi, par exemple, rien n'est dit dans la loi sur ce que peuvent constituer les conditions qui

[11] Sur les fonctions de la peine, voir notamment van de Kerchove 2005. Sur la conception utilitariste, voir e. a. Pires 1998.

assortissent la probation en tant que peine autonome. Les juges disposent d'une large latitude décisionnelle et l'organisation concrète de l'exécution de cette peine est laissée aux mains du personnel dit « parajudiciaire ». Il n'y a donc aucune certitude possible quant à ce qu'elle peut représenter. Par ailleurs, pour nombre de personnes (et ce compris, parfois, le condamné), il est difficile de comprendre qu'effectuer un travail, suivre une thérapie, ne pas boire, être obligé de s'occuper de ses enfants ou de chercher du travail (c'est-à-dire des conditions que l'on retrouve régulièrement dans les programmes auxquels sont soumis les condamnés), deviennent des éléments qui font partie de l'univers de la peine. Ce point de vue a d'ailleurs pour effet de faire douter de la pénibilité de ces sanctions ou mesures. Ainsi, nombreux sont les magistrats qui, pour prendre à nouveau cet exemple, considèrent que proposer une surveillance électronique constitue une mesure de faveur, une « chance donnée au justiciable » (ces propos sont plus que souvent entendus). Ce raisonnement ne vaut pourtant que si l'on prend la prison comme référence, comme point central au départ duquel l'argument se construit, comme nous le soulignions ci-dessus. Car non seulement certaines de ces mesures comportent bel et bien leur lot de pénibilité (les recherches récentes en Belgique sur la peine de travail et la surveillance électronique en rendent bien compte[12]), mais il importe aussi de rappeler que ne pas se soumettre aux conditions qui assortissent ces mesures et sanctions conduit à leur révocation et/ou à l'application de peines subsidiaires. Et lorsque l'on sait que dans la plupart des cas, la conséquence est un retour ou un envoi en prison, on est en droit de se demander s'il n'y a pas un sérieux malentendu à propos de cette « chance ».

La seconde raison renvoie quant à elle au fait que, dans ces mesures particulières qui s'exécutent en milieu ouvert, le *focus* est placé sur la conduite quotidienne et sa conformité aux exigences posées par les juges, la commission de libération conditionnelle ou les assistants de justice. Il s'agit ainsi, pour le condamné, de vivre plus ou moins normalement, et d'accepter la surveillance et le contrôle de cette normalité. Ainsi, au lieu de parler comme on le

[12] Philippe 2014 ; Vanhaelemeesch 2014.

faisait jadis en prison, de « libération pour bonne conduite » on pourrait aujourd'hui parler de « peine de bonne conduite ». Dans cette perspective, la notion de prévention spéciale perd un peu de son sens, car c'est la peine elle-même qui crée les conditions de ce qu'elle entend prévenir. C'est-à-dire que si, bien entendu, il est toujours attendu du condamné qu'il ne récidive pas, l'attention particulière – et souvent très soutenue – qui lui est portée durant sa peine n'est pas particulièrement dédiée à cet objectif. Elle vise davantage à effectuer un contrôle de conformité. L'encadrement mis en place concerne avant tout le respect des conditions posées à la vie quotidienne plutôt qu'un véritable travail de fond d'empêchement de la récidive. En surveillance électronique par exemple, le *monitoring* technique et/ou les assistants de justice vont ainsi concentrer toute leur attention sur le contrôle du respect des contraintes horaires auxquelles est soumis le condamné, contraintes qui, dans certains cas, mais pas toujours, correspondent à son plan d'insertion ou de maintien d'insertion. Ce sera la même chose dans le cas de la peine de travail, où la réalisation de la tâche confiée, le respect de la hiérarchie de l'institution accueillante, l'insertion paisible dans le milieu professionnel vont constituer les éléments majeurs de la bonne réalisation de la sanction, indépendamment d'un intérêt pour ce qui a pu initialement conduire l'individu à commettre un délit.

Ces deux motifs de distinction d'avec les peines classiques conduisent dès lors à une situation particulière, à savoir que l'envoi ou le retour en prison, lorsqu'il intervient (rappelons-le, à titre subsidiaire), semble sanctionner autre chose que l'infraction initiale. Ce renvoi n'est en effet pas nécessairement lié à la commission d'une nouvelle infraction, mais plutôt à la mauvaise exécution d'un projet ou d'un programme dont les éléments de contrainte se confondent avec le quotidien. Une étude anglaise montrait ainsi très clairement il y a quelques années que dans le cas de la surveillance électronique mobile au royaume uni (par GPS), une importante partie des échecs répertoriés à propos de son exécution étaient liés aux exigences des interdictions territoriales et du dispositif technique, extrêmement contraignants et générateurs

d'un stress intense[13]. Nombre de personnes renvoyées en prison n'avaient donc pas commis d'autre infraction que celle de ne pas avoir pu se conformer à un programme particulièrement exigent.

La nature des faux pas qui sont sanctionnés et la radicalité de leurs effets contribue donc à générer un certain flou dans ce qu'est véritablement la peine et dans le sens qui peut lui être intimement accordé. Tout ceci ne semble pas vraiment rencontrer les mécanismes de prévention générale et spéciale, où c'est précisément la clarté et la certitude qui sont garantes du projet de dissuasion. Dès lors que l'envoi ou le retour en prison ne correspond pas nécessairement à de la récidive au sens strict ou à la commission d'actes délictuels, on observe un changement de donne dans le jeu dissuasif. Notre hypothèse est alors que ces peines et mesures s'inscrivent dans une logique proche de celle de la prévention situationnelle, prévention qui n'a *a priori* pas grand-chose à voir avec la peine car elle se situe en amont du processus pénal, mais dont la dynamique ressemble à ce que nous venons de décrire. Dans la prévention situationnelle, qui cherche aussi la dissuasion du passage à l'acte, l'individu et le sens de ses conduites importe peu, sinon dans une visée abstraite. Par contre, la dimension environnementale et l'appel à la rationalité en sont des composantes essentielles.

III. Dimension préventive

Quelques mots, dès lors, sur la prévention situationnelle[14]. Il ne s'agit pas d'un phénomène récent. D. B. Cornsih avance d'ailleurs qu'elle a « une longue histoire derrière elle »[15]. Ses fondements s'ancrent en effet dans l'idée que « l'individu est capable de pensée stratégique » et que le criminel est un être qui se caractérise avant tout par sa capacité décisionnelle[16]. Dans cette perspective, pour prévenir le crime, il importe d'analyser le processus à la base des décisions posées, afin de pouvoir les

[13] Shute 2007.
[14] L'un des auteurs les plus significatifs défendant ce concept est Ronald V. Clarke. Voir son article fondateur : Clarke 1983.
[15] Cornish 1994, p. 153.
[16] Poupart 2002, p. 136.

infléchir dans le sens voulu. On étudie alors « des facteurs d'ordre situationnels » telles les opportunités, les occasions de commettre un délit, on évalue des risques, on analyse les efforts requis pour agir etc.[17] Les incitants et les contraintes environnementales de proximité représentent donc la préoccupation centrale de ceux qui se sont donné pour mission de prévenir la criminalité. On va rehausser un mur pour empêcher d'accéder à une propriété, installer des caméras de surveillance pour dissuader de vandaliser un lieu, généraliser l'usage des cartes de banque pour réduire le transport d'argent etc.

La motivation ou les raisons profondes qui conduisent un individu à agir comme il le fait ne sont pas vues comme essentielles à la mise en place d'un dispositif préventif, ce n'est pas là-dessus que l'on travaille : le « comment » est privilégié au « pourquoi ». Comme le souligne J. Poupart, « le sens que les individus donnent à leur action est donné d'avance »[18], les conduites sont envisagées dans leur composante économico-rationnelle : maximiser leurs bénéfices au moindre coût. Cette approche comportementaliste, loin d'être récente, occupe aujourd'hui une place prépondérante dans beaucoup de politiques publiques, et pas seulement en matière de prévention de la criminalité. Elle apparait en effet tout à fait en phase avec la logique néolibérale et conservatrice (notamment sur le plan de la répression) dans laquelle nous évoluons aujourd'hui[19].

Cette conception de l'individu s'apparie parfaitement à la logique pénale, du moins, à celle qui permet de punir un contrevenant. Car, comme le souligne encore J. Poupart, « la doctrine fondamentale sur laquelle repose le système pénal est le postulat de la rationalité instrumentale »[20]. Le rôle que se donne le droit pénal est non seulement de punir des personnes qui agissent de manière rationnelle (au regard de la philosophie de la responsabilité individuelle), mais aussi « de représenter une

[17] Cornish 1994, p. 172.
[18] Poupart 2002, p. 139.
[19] Poupart 2002, p. 136.
[20] Poupart 2002, p. 133.

limitation aux tendances hédonistes de chacun »[21], la menace de la sanction jouant évidemment ici un rôle très important.

Alors, en quoi cette logique de prévention situationnelle rejoint-elle les nouvelles formes de punition et d'exécution des peines sur lesquelles nous nous penchons ici ? Quatre homologies nous semblent ici importantes à relever.

Elle les rejoint tout d'abord à travers la nécessité qu'a ce modèle de fonctionner au départ d'une menace, d'une force dissuasive. Mais l'on observe ici un déplacement. Ce n'est plus la menace de la peine qui joue ici (et pour cause, puisque les personnes sont déjà en train de l'exécuter !), mais la menace de la prison, qui, même si elle n'a pas été prononcée, est une ombre qui obscurcit tout le processus. Dans cette perspective, l'existence même de la prison aux côtés des autres peines suffit à permettre d'envisager le calcul rationnel car c'est bien elle que l'on cherche à éviter. Ainsi, rares sont les personnes que nous avons rencontrées en surveillance électronique qui ne se soit pas montrées satisfaites de se la voir appliquer en pensant par-là avoir évité la prison. Et cela, même lorsque celle-ci ne représentait pas du tout une option dans leur trajectoire. Bref, tout porte à croire que sans cet épouvantail particulier, les mesures en milieu ouvert se dérouleraient bien autrement, leur force dissuasive, pour peu qu'elle existe, se situant nécessairement dans cette seconde ligne.

Par ailleurs, en prévention situationnelle, comme son nom l'indique, ce sont des « situations » qui sont au cœur du modèle. C'est aussi le cas des mesures dont nous parlons ici. La peine de travail, la surveillance électronique, la détention limitée ou la probation ont pour effet de créer ou reconfigurer des situations, de produire de nouveaux rapports sociaux. Certes, ils ne sont pas tous nécessairement organisés autour de l'empêchement, mais ils sont tous marqués par les interdits et les limitations. Les exemples les plus frappants se trouvent encore dans le domaine de la surveillance électronique où il est possible de reconfigurer virtuellement les espaces. Ainsi, tel condamné se verra empêché de se rendre dans son grenier, ou dans la seconde moitié de son jardin, parce que ces espaces sont hors de portée du rayon qui définit son

[21] Poupart 2002, p. 134.

domicile, nécessairement limité. Mais aussi, tel condamné à une peine de travail ne pourra pas participer à toutes les activités auxquelles prennent part ses collègues etc. Avec l'usage du GPS, dans certains pays, des interdictions de territoires très ciblées géographiquement sont contrôlées, des contacts auteurs-victimes sont empêchés (notamment dans le contentieux de violences conjugales), etc.[22] Ainsi, dans le domaine des peines s'exécutant en milieu ouvert, les situations analysées et traitées le sont de manière particulièrement fines et détaillées. Il n'y a qu'à jeter un coup d'œil sur les rapports élaborés par les services de *monitoring* de la surveillance électronique en Belgique pour s'en rendre compte : on y trouve le détail des sorties et rentrées journalières des condamnés et de leurs justifications, c'est-à-dire une sorte de compte-rendu comportemental et situationnel de leur quotidien. La manière de gérer ce type de peine s'apparente donc à des formes de routinisation comportementale[23] (par le *mapping* technique, l'administrativisation des procédures –gestion par liste, formulaires – etc.) comme on en rencontre en prévention situationnelle, où prévaut parfois l'idée de « script »[24].

Ensuite, en prévention situationnelle comme pour les peines s'exécutant en milieu ouvert, la rationalité de l'acteur s'entend à travers la notion de risques. L'on cherche à gérer les conduites des individus grâce à l'anticipation qu'il feront des résultats des comportements qu'ils adoptent et des décisions qu'ils prennent. Dans cette perspective, nous l'avons vu, la prison ne représente plus une fin en soi, mais constitue le risque encouru si l'on n'exécute pas bien sa peine « plus douce ». Même indirectement, toute action, toute décision du condamné, devient alors orientée par ce souci d'évitement. Ainsi, alors que M. Feeley et J. Simon voyaient dans la pénalité contemporaine (nouvelle pénologie) une politique orientée globalement vers la gestion des risques, l'on observe ici, à l'intérieur du champ pénal, au sein-même de l'exercice de la sanction, une gestion des risques, non plus seulement de la délinquance, mais de la mauvaise exécution de la

[22] Voir par exemple, pour la France, Razac 2010.
[23] Clarke & Felson 1993.
[24] Cornish 1994, p. 157.

peine[25]. On notera au passage que ce second degré de gestion de risque illustre parfaitement le caractère autoréférentiel du système pénal que nombre d'auteurs, à l'instar de P. Robert, ont depuis longtemps mis en lumière[26]. Le but est bien ici de faire fonctionner adéquatement l'institution, davantage que de produire des effets réels dans la vie sociale.

Dans le cadre de cette gestion des risques toute particulière, le condamné qui évolue dans la vie libre, loin d'être un acteur passif, doit quant à lui constamment évaluer la situation et l'environnement dans lesquels il se trouve. Il doit faire preuve en permanence de réflexivité : il pèse, il examine, il analyse, il compte, il répond aux attentes et aux questions. La vigilance est constante, au point que cela rend certains justiciables stressés et angoissés, comme ces personnes qui demandent à réintégrer la prison car elles ne supportent plus les contraintes auto-imposées qu'appelle le port du bracelet de surveillance électronique, pourtant inoffensif en soi. Car, comme le souligne U. Beck, la perception de l'individu à propos du risque est sous haute influence (culturelle, contextuelle, intime) et convoque l'expérience et les émotions[27]. Elle se nourrit parfois de l'irrationalité des acteurs, de leurs sentiments, de leurs peurs, soit des éléments qui trouvent peu de place dans le modèle répressif dont nous parlons ici, alors qu'ils peuvent poser de grands problèmes dans l'exécution des peines.

Enfin, un dernier élément d'homologie entre la prévention situationnelle et les peines en milieu ouvert renvoie au fait que la cible à laquelle elles s'adressent ne se limite pas au contrevenant. Ces politiques englobent un milieu social élargi et peuvent finalement concerner tout le monde. Les « situations » analysées et traitées sont en effet des situations de tous les jours, qui concernent autant les justiciables que l'ensemble des citoyens. L'absence de bancs dans les gares pour éviter que les sans-abris s'y installent nous contraint tout autant à rester debout qu'elle les empêche de se coucher. Le bracelet de surveillance électronique contraint l'épouse

[25] Feeley & Simon 1992.
[26] Robert 1977.
[27] Beck 1992.

de celui qui le porte à sortir les poubelles autant qu'il l'empêche de le faire lui-même.

Cette contrainte élargie n'est pas toujours consciente et n'est pas délibérément orientée. « *Offenders do not have to be identified before they can be dealt with* » dit-on en prevention situationnelle[28]. On pourrait rétorquer que dans le cadre des sanctions exécutées en milieu ouvert, « *we are dealing with offenders without knowing it* ». Mais il est certain que plus l'on est averti de la situation du condamné et plus on est proche de lui, plus la contrainte immédiate prend de l'emprise, comme sur ces patrons qui emploient une personne sous peine de travail et doivent s'organiser en fonction. Chacun est susceptible de se trouver entravé dans ses projets ou ses actions en raison du statut pénal de son interlocuteur. De même que chacun peut se trouver en position de petit juge, capable en quelques faits, gestes ou parole, de bonne ou de mauvaise foi, de contribuer à un (r)envoi en prison. La multiplication des espaces et des situations surveillées dans un but préventif (du passage à l'acte ou de la mauvaise exécution de la peine) qui enrôle un maximum de personnes aboutit dès lors à une forme d'indifférenciation politique (la prévention rejoint la répression et *vice versa*), où tout converge finalement vers l'extension du contrôle social. Un contrôle social qui conduit parfois à une communauté de sort entre individus punis ou non, et qui représente l'un des prolongements les plus abouti mais aussi les plus étrange de la conception rationnelle du sujet, au fondement de la pensée pénale classique.

Conclusion

En conclusion, il nous semble que ces peines et mesures exécutées en milieu ouvert qui nous ont intéressées ici, représentent des « peines situationnelles ». Elles partagent en effet bon nombre de caractéristiques avec la prévention ainsi qualifiée, dont la principale renvoie à une sorte d'effacement du sujet, du moins lorsqu'il s'agit de l'entendre à propos du sens de ses conduites et des éléments non mesurables qui l'ont conduit à

[28] Cornish 1994, p. 153.

commettre l'un ou l'autre acte transgressif. En ce sens, ces nouvelles façons de punir n'ont pas radicalement modifié la pensée pénale. Nous parlions, en introduction, d'inertie dans la conception de la peine. C'est bien ce dont il s'agit ici. Le sujet ne peut visiblement y être envisagé que comme quelqu'un dont on va gérer la conduite à travers des opérations de menaces, menaces à l'intérieur desquelles la prison continue de jouer un rôle majeur, même lorsqu'il s'agit de l'éviter. Les affects et la condition sociale du justiciable, s'ils sont parfois pris en compte par certains travailleurs psycho-médico-sociaux qui vont le croiser durant sa peine, n'occupent que très peu de place dans le modèle. Puisqu'ils ne font pas partie des « éléments de contrainte immédiates » de la situation, ou parce qu'ils ne représentent que des « *backgrounds factors* » (pour emprunter à nouveau le vocabulaire de la prévention situationnelle), ils ne seront pas dignes d'intérêt.

Par contre, là où l'on peut percevoir un changement notable, c'est dans la façon dont la peine, dans ses nouvelles modalités, vient s'insérer dans la vie sociale commune et se confond avec l'ordinaire. Ce décloisonnement particulier produit des effets puissants, qui sortent des limites du projet de répression et concernent soudain tout un chacun. Car la peine engage soudain un environnement, un espace, une population. Elle concerne alors toute personne qui interagit avec un condamné, lui qui, de son côté, est contraint d'élaborer des stratégies d'occupation des espaces, de contrôler la plupart de ses conduites. Rien de cela n'est inerte. Nous sommes dans ce mouvement, même si nous ne le savons pas encore.

Bibliographie

Administration Générale des Maisons de Justice 2016
ADMINISTRATION GÉNÉRALE DES MAISONS DE JUSTICE, *Rapport annuel 2016*, Bruxelles, Fédération Wallonie-Bruxelles, 2017.

Beck 1992
BECK (U.), *Risk Society. Towards a New Modernity*, London, Sage Publications, 1992.

Beyens, Françoise & Scheirs 2010
BEYENS (K.), CLÉMENCE (F.), SCHEIRS (V.), « Les juges belges face à l'(in)exécution des peines », *Déviance et Société*, 3 (2010), p. 401-424.

Clarke 1983
CLARKE (R. V.), « Situational Crime Prevention : Its Theoretical Basis and Practical Scope », *Crime and Justice : An Annual Review of Research*, 4 (1983), p. 225-256.

Clarke & Felson 1993
CLARKE (R. V.), FELSON (M.) (eds.), *Routine activity and rational choice*, New Brunswick NJ, Transaction Publishers, 1993.

Cornish 1994
CORNISH (D. B.), « The Procedural Analysis of Offending and its Relevance for Situational Prevention » in *Crime Prevention Studies* édité par CLARKE (R. V.), Monsey, N.Y., Criminal Justice Press, 1994, vol. III, p. 151-196.

Devresse 2012
DEVRESSE (M.-S.), « Vers de nouvelles frontières de la pénalité. Le cas de la surveillance électronique des condamnés », *Politix*, 97 (2012), p. 47-74.

Devresse 2014
DEVRESSE (M.-S.), « La surveillance électronique des justiciables », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2227-2228 (2014), p. 5-74.

Dubé, Garcia & Rocha 2013
DUBÉ (R.), GARCIA (M.), ROCHA MACHADO (M.) (dir.), *La rationalité pénale moderne : Réflexions théoriques et explorations empiriques*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2013.

Feeley & Simon 1992
FEELEY (M.), SIMON (J.), « The New Penology : Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications », *Criminology*, 30 (1992), p. 449-474.

Nederlandt 2017
NEDELANDT (O.), « Time-sharing dans les prisons : le ministre Geens fait fausse route » (Opinion), *La Libre Belgique*, (23 juin 2017).

Philippe 2014
PHILIPPE (F.), *Des condamnés se mettent au travail : peine et récits d'expérience,* Thèse de doctorat en criminologie, Louvain-La-Neuve, UCL, École de criminologie, 2014.

Pires 1998
PIRES (A. P.), « Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne », in *Histoire des savoirs sur le crime et la peine,* sous la direction de DEBUYST (C.), DIGNEFFE (F.), LABADIE (J.-M.), PIRES (A. P.), Montréal, Ottawa, Bruxelles, Les Presses de l'Université de Montréal, 1998, tome II (*La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*), p. 83-143.

Poupart 2002
POUPART (J.), « Choix rationnel et criminologie : limites et enjeux », *Sociologie et sociétés*, 34 (2002), p. 133-145.

Razac 2010
RAZAC (O.), *Le placement sous surveillance électronique mobile : un nouveau modèle pénal ?*, Agen, ENAP, Direction de la recherche et du développement, Cirap, Ministère de la Justice, 2010.

Robert 1977
ROBERT (P.), « Les statistiques criminelles et la recherche. Réflexions conceptuelles », *Déviance et société*, 1 (1977), p. 3-27.

Shute 2007
SHUTE (S.), *Satellite Tracking Of Offenders : A Study Of The Pilots In England And Wales*, Research Summary, United Kingdom, Minister of Justice, 2007.

van de Kerchove 2005
VAN DE KERCHOVE (M.), « Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », *Informations sociales*, 127 (2005), p. 22-31.

Vanhaelemeesch 2014
VANHAELEMEESCH (D.), « Experiencing electronic monitoring », *Criminal Justice Matters,* 1 (2014), p. 12-13.

Vanhaelemeesch, Vander Beken & Vandevelde 2014
VANHAELEMEESCH (D.), VANDER BEKEN (T), VANDEVELDE (S.), « Punishment at home : offenders' experiences with electronic monitoring », *European Journal of Criminology*, 3 (2014), p. 273-287.

La réinsertion sociale dans le dispositif belge de la libération conditionnelle : une analyse foucaldienne des conditions d'octroi et des instances décisionnelles

Thibaut Slingeneyer
Professeur invité (droit et criminologie), Université Saint-Louis - GREPEC

Quelle est la place de la « réinsertion sociale » dans le dispositif de la libération conditionnelle ? Pour approcher le sens de ce concept, nous allons analyser les conditions d'octroi de la libération conditionnelle (II) et la composition de l'instance qui octroie cette libération (III). Mais avant cela, nous présenterons le cadre théorique foucaldien de notre analyse qui se base sur la notion de « dispositif de pouvoir » et sur la distinction entre la souveraineté, la discipline et la sécurité (I). Ainsi, nous pourrons voir en quoi la notion de « réinsertion sociale » influence les techniques de pouvoirs, les types de savoirs requis lorsqu'il est question de libérer et ensuite de contrôler la liberté d'un condamné.

Notre hypothèse peut se résumer ainsi : dans le cadre des décisions de libération conditionnelle, les logiques souveraine et disciplinaire n'auraient pas disparu mais seraient, aujourd'hui plus qu'hier, instrumentalisées à des fins sécuritaires. Les libérés doivent présenter un certain nombre de garanties pour que leur

retour à la vie libre ne constitue pas un risque inacceptable pour la sécurité de la population et du système pénal lui-même[1]. Cette « colonisation » sécuritaire influence le sens du concept de « réinsertion sociale » dans le dispositif de la libération conditionnelle.

L'analyse des conditions d'octroi de la libération conditionnelle et de la composition de l'instance décisionnelle portent sur les trois régimes légaux qui se sont succédé en Belgique. La libération conditionnelle a été intégrée dans l'ordre juridique belge par la loi du 31 mai 1888. Celle-ci a été abrogée par les lois des 5 et 18 mars 1998. Enfin, la matière est actuellement réglée par deux lois du 17 mai 2006. Le présent article se base sur une analyse de ces différents textes légaux et donc sur les « pratiques discursives » des différents législateurs. Nous nous permettrons néanmoins quelques incursions au niveau des « pratiques non discursives » en évoquant une recherche antérieure qui avait analysé les décisions prises en 2007 en matière de libération conditionnelle[2].

I. Cadre théorique

Avec le concept de « dispositif de pouvoir »[3], Foucault cherche à décrire le « comment » du pouvoir, il propose une grille d'analyse des rapports de pouvoir. Foucault conçoit le pouvoir « comme un domaine de relations stratégiques entre des individus ou des groupes – relations qui ont pour enjeu la conduite de l'autre ou des autres, et qui ont recours, selon les cas, selon les cadres institutionnels où elles se développent, selon les groupes sociaux, selon les époques, à des procédures et techniques diverses […] »[4]. L'exercice du pouvoir « est un ensemble d'actions sur des actions

[1] Si ces objectifs n'entrent généralement pas en contradiction, c'est cependant parfois le cas (Slingeneyer 2007).
[2] Slingeneyer 2014.
[3] Dans une perspective foucaldienne, un dispositif est « un ensemble résolument hétérogène comportant des discours, des institutions, des aménagements architecturaux, des décisions réglementaires, des lois, des mesures administratives, des énoncés scientifiques […] Le dispositif lui-même, c'est le réseau qu'on établit entre ces éléments […] (Foucault 2001a, p. 299).
[4] Foucault 2001b, p. 1033.

possibles : […] il incite, il induit […], il facilite ou rend plus difficile […] mais il est bien toujours une manière d'agir sur un ou sur plusieurs sujets agissants. […] L'exercice du pouvoir consiste à "conduire des conduites" »[5]. La notion de pouvoir est inséparable de celles de liberté et de résistance ; ce sont des « individus libres qui essaient de contrôler, de déterminer, de délimiter la liberté des autres » ; « les uns essaient de déterminer la conduite des autres, à quoi les autres répondent en essayant de ne pas laisser déterminer leur conduite »[6]. La résistance dans les relations de pouvoir s'analyse donc en termes de « contre-conduite ».

Foucault propose trois grandes modalités d'exercice du pouvoir, basées respectivement sur la souveraineté (1), les disciplines (2) et les sécurités (3). Cependant, si Foucault distingue *théoriquement* trois dispositifs de pouvoir, il insiste sur la complexité, les interconnexions des formes *pratiques* des dispositifs effectivement en vigueur[7]. Il n'y a pas un mais plusieurs pouvoirs et ces pouvoirs entrent eux-mêmes dans des rapports de pouvoir.

Nous tenterons de montrer que si la conception « souveraine » (ou « juridico-discursive ») du pouvoir reste dominante dans les représentations[8], il est essentiel, pour comprendre ce qui se joue dans les relations de pouvoirs actuelles, de prendre en compte les pouvoirs disciplinaire et sécuritaire. Ainsi, le droit est de plus en plus investi par des mécanismes de « normation » et de normalisation (cf. *infra*) qui relèvent de ces deux derniers pouvoirs.

[5] Foucault 2001c, p. 1056.
[6] Foucault 2001d, p. 1547.
[7] Foucault 2004a, p. 111.
[8] Elle est restée dominante pour principalement deux raisons. Stratégiquement, pour être accepté, le pouvoir doit se présenter comme pure limite à la liberté, comme une pure négativité. Cette pure négativité se retrouve dans la conception souveraine du pouvoir, elle permet de masquer une dimension « positive » du pouvoir (cf. *infra*) qui jouera alors d'autant plus facilement. Historiquement, le droit reste un « canal » important par lequel les pouvoirs s'affirment. Voy. Foucault 2001e, p. 1002.

1. Pouvoir souverain

Le Prince est confronté à des ennemis extérieurs – qui cherchent à s'emparer de sa principauté – et, ce qui nous intéresse plus particulièrement ici, à des ennemis intérieurs – qui sont susceptibles de ne pas respecter ses lois. Le pouvoir souverain fonctionne comme un « droit de *faire* mourir ou de *laisser* vivre »[9]. Il est prioritairement axé sur la mort des ennemis du Prince, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas respecté le partage que la loi opère entre le licite et l'illicite[10]. La loi souveraine requiert l'absolue et non-finalisée obéissance des sujets : les individus assujettis au Souverain (ses « sujets ») doivent obéir à la loi parce que c'est la loi.

La loi souveraine fonctionne de manière négative et discontinue mais elle n'intervient pas positivement en imposant de manière continue des « manières de vivre » déterminées. Certaines choses sont interdites aux individus mais, « à l'intérieur de ces limites, ils se déplacent librement »[11]. En dehors des interdictions légales, les individus sont détenteurs de droits.

L'infraction pénale est perçue non seulement comme la violation d'une règle de droit mais aussi comme une atteinte directe au Souverain lui-même : « dans le moindre des criminels [il y a] un petit régicide en puissance »[12].

La peine incarne non seulement le droit du Prince de combattre ses ennemis mais encore elle est une réaction au mépris infligé à son autorité. La punition fonctionne comme une « économie des droits suspendus »[13]. Elle opère par des prélèvements (d'argent avec la peine d'amende, de liberté avec la peine de prison, de la vie avec la peine de mort) plus ou moins importants en fonction de la gravité de la faute qu'il s'agit d'effacer symboliquement. La libération (sans qu'elle soit nécessairement assortie de conditions) signale simplement que

[9] Foucault 1976, p. 178.
[10] Foucault 1976, p. 110.
[11] Veyne 1996, p. 390.
[12] Foucault 1975, p. 65.
[13] Foucault 1975, p. 18.

l'atteinte au Souverain a été compensée par le prélèvement sur la vie libre de l'infracteur.

Les doctrines « contractualistes » (Hobbes, Rousseau, …) précisent que si les hommes renoncent à leurs droits au profit du souverain, ils conservent une part inaliénable de ceux-ci qui sont opposables à ce dernier. Ainsi, le droit n'est pas qu'une « modalité d'exercice du pouvoir royal, [il] est devenu un principe de limitation […] et un instrument de contestation » de ce pouvoir[14]. Il va également modifier le fonctionnement du pouvoir. En cédant une partie de leurs droits au souverain, les sujets de droits cherchent à protéger leur vie menacée dans l'état de nature. S'en suit une nouvelle orientation du pouvoir axé non plus négativement sur la mort mais positivement sur la vie : du « droit de faire mourir ou de laisser vivre » au « pouvoir de faire vivre ou de laisser dans la mort »[15]. Les effets « positifs » du pouvoir sur la vie sont développés par Foucault dans ce qu'il nomme le biopouvoir. Celui-ci s'est développé sous deux formes principales, l'une agissant sur le corps des individus (pouvoir disciplinaire) et l'autre agissant sur la population (pouvoir sécuritaire).

2. Pouvoir disciplinaire

Le pouvoir disciplinaire prend pour cible le corps des individus. Il s'acharne, dans une rationalité de type économique, à dresser ce corps individuel pour faire croître son utilité (économique) et sa docilité (politique). À travers la disciplinarisation des corps, ce sont les âmes qu'il s'agit de transformer (pour atteindre l'auto-discipline).

Pour ce faire, le pouvoir disciplinaire détermine de manière continue les moindres faits et gestes attendus du corps. La discipline est une « orthopédie sociale […] qui vous dit à chaque instant ce qu'il faut faire »[16]. Elle cherche « à faire contracter des habitudes »[17]. Le pouvoir disciplinaire présuppose une norme

[14] Mazabraud 2010, p. 144.
[15] Foucault 1997, p. 214.
[16] Foucault 2001f, p. 1461.
[17] Foucault 2013, p. 240.

donnée, il consiste à poser en premier lieu un modèle, puis s'efforce de mettre les individus en conformité avec cet idéal. L'individu normé est celui dont le comportement respecte la norme prévue de façon quasi-automatique. Le pouvoir disciplinaire cherche à connaître les singularités, les originalités individuelles pour les supprimer, il standardise les individus[18].

Centrale dans le pouvoir souverain, la loi, qui sépare le permis de l'interdit, ne disparaît pas mais est, dans le pouvoir disciplinaire, au service de la norme : « Les techniques de la discipline et les discours nés de la discipline envahissent le droit […] les procédés de normalisation colonisent de plus en plus les procédures de la loi »[19]. La loi du pouvoir souverain était centrée sur l'interdit, le pouvoir disciplinaire se centre sur le comportement obligatoire : « Dans le système de la loi, ce qui est indéterminé, c'est ce qui est permis ; dans le système du règlement disciplinaire, ce qui est déterminé, c'est ce qu'on doit faire, et par conséquent tout le reste étant indéterminé, se trouve interdit »[20].

Une telle « normation »[21] des corps suppose une surveillance continue (là où l'obéissance du sujet supposait des prélèvements discontinus, cf. *supra*). L'individu est « soumis à l'examen permanent de son aptitude à suivre la norme »[22]. Une telle surveillance continue (Foucault utilise l'image du Panoptique) n'est envisageable que si les corps à surveiller sont répartis dans un espace plus ou moins finement clôturé (prison, couvent, usine). En effet, pour « imposer une conduite quelconque à une multiplicité humaine quelconque » il faut que cette multiplicité soit « réduite [et] prise dans un espace restreint »[23].

La peine participe à la normation des individus. Le jugement pénal n'est plus centré sur la violation de la loi, sur la répression de la faute de l'infracteur qu'il s'agit d'effacer symboliquement mais sur le redressement de l'anomalie du délinquant qui s'est écarté de

[18] O'Malley 1992, p. 252.
[19] Foucault 1997, p. 34-35.
[20] Foucault 2004a, p. 48.
[21] C'est pour « souligner le caractère premier et fondamental de la norme » que Foucault utilise le néologisme de « normation » (Foucault 2004a, p. 59).
[22] Mazabraud 2010 p. 153.
[23] Deleuze 1986, p. 41.

la norme. Le châtiment disciplinaire se donne pour objectif le redressement de cette inadéquation, il « doit donc être essentiellement *correctif* »[24]. Ainsi, « le vilain métier de punir se trouve ainsi retourné dans le beau métier de guérir »[25]. Cette modification du jugement pénal a été rendue possible grâce à la médecine (via l'expertise psychiatrique) et de manière plus générale, grâce aux sciences humaines (psychologie, criminologie, …)[26]. Ces savoirs ont construit une anthropologie particulière de l'infracteur : la peine cherche à corriger les virtualités du délinquant, sa dangerosité, que ces savoirs sont supposés repérer[27]. La « dangerosité du délinquant » est une catégorisation de la réalité qui est le produit de « cette grande liturgie juridico-psychologique »[28] et du surcodage, du dédoublement de la réalité que cette dernière façonne : « D'une part, nous vivons encore sur le

[24] Foucault 1975, p. 211.
[25] Foucault 1999, p. 22.
[26] Ce lien entre pouvoir disciplinaire et sciences humaines exemplifie le concept foucaldien de « savoir-pouvoir ». Foucault affirme « qu'il n'y a pas de relation de pouvoir sans constitution corrélative d'un champ de savoir, ni de savoir qui ne suppose et ne constitue en même temps des relations de pouvoir » (Foucault 1975, p. 36)
[27] L'« examen » produit par les sciences humaines permet d'évaluer les aptitudes : « Pour que le condamné cesse d'être le simple sujet de ses aventures, il faut qu'un regard savant se porte sur lui ; il faut qu'un discours, tout armé de concepts, parle de lui ; il faut qu'une institution – « sociologie », « psychiatrie », « psychologie », « criminologie », peu importe son nom – le prenne pour objet ; il ne faut pas qu'il parle et qu'on l'écoute, mais qu'il réponde à des questions qu'on lui a posées pour soumettre ensuite ce qu'il dit à un examen » (Foucault 2001g, p. 1264). L'examen assigne « les places et indique les valeurs » (Foucault 1975, p. 173). On occupe la place qu'on mérite en tant qu'on diffère des autres dans l'évaluation de l'écart entre le modèle idéal et la réalité. L'examen disciplinaire permet de connaître et de classer les individus « selon leur rapport aux normes, selon leur plus ou moins grande résistance aux normes disciplinaires » (Legrand 2007a, p. 62). Cette exigence de connaissance et de classement « intervertit l'économie de la visibilité dans l'exercice du pouvoir » (Foucault 1975, p. 219) puisque c'est celui sur qui s'exerce le pouvoir qui doit être visible (et non plus celui qui exerce le pouvoir, comme c'était le cas avec le pouvoir souverain). Cette exigence de visibilité fait entrer les individualités dans un « réseau d'écriture » (Foucault 1975, p. 222). Les concepts, les catégories de la psychiatrie et plus généralement des sciences humaines sont les principaux savoirs utilisés pour présenter, « (dé)couper » la réalité retenue dans ces réseaux d'écriture. Les catégories de pulsions, de penchants, d'instincts du « délinquant » ont trusté ces écritures et ont ainsi permis d'aborder des événements que les catégories du droit se bornaient à aborder comme des crimes ou des monstruosités sans raison.
[28] Foucault 2001h, p. 294.

vieux système traditionnel qui dit : on punit parce qu'il y a une loi. Et puis, par-dessus, un nouveau système a pénétré le premier : on punit selon la loi, mais afin de corriger, de modifier, de redresser ; car nous avons affaire à des déviants, à des anormaux »[29]. Le criminel-délinquant est à la fois celui qui a commis un acte qualifié crime et celui qui témoigne d'une manière d'être dangereuse[30].

Lorsque Foucault décrit la prison moderne, il lui assigne une fonction de « séquestration », ayant pour but l'inclusion et non une fonction de « réclusion » ayant pour but l'exclusion. La « séquestration » est une « inclusion par exclusion »[31]. On n'enferme plus les individus pour les éliminer, on les déterritorialise sur des « institutions qui […] ont pour fonction de les réinscrire, après filtrage sélectif, à leur place dans la société »[32]. En prison, le dressage disciplinaire ne cherche pas à produire une adaptation à des formes d'activités pratiques particulières (comme c'est le cas dans l'usine ou l'école par exemple). Ce dressage carcéral cherche la réadaptation au réel en général, rendre l'inadapté social capable d'exister dans le réel social[33].

Concevoir l'incarcération comme une « séquestration » suppose que celle-ci ait une fin. Les institutions de séquestration cherchent à produire des habitudes, à imposer des normes que les individus libérés devront continuer à respecter hors des institutions disciplinaires spécialisées. La libération conditionnelle s'intègre parfaitement à la logique de la « séquestration » puisqu'elle

[29] Foucault 2001h, p. 288.
[30] L'articulation entre une pénalité souveraine et une pénalité disciplinaire est particulièrement bien illustrée par Foucault dans l'extrait suivant : « Aucune société comme la nôtre n'accepterait un retour au 'juridique' pur (qui sanctionnerait un acte, sans tenir compte de ce qu'est son auteur) ; ni un glissement à l'anthropologique pur, où seul serait pris en considération le criminel (même en puissance) et indépendamment de son acte […] Pour l'instant, il faut éviter les dérapages. Le dérapage vers le juridique pur : la sanction aveugle, […] le dérapage vers l'anthropologique pur : la sanction indéterminée » (Foucault 2001i, p. 1027).
[31] Foucault 2001f, p. 1482.
[32] Legrand 2007a, p. 107.
[33] Cette capacité d'exister dans le réel social se teste par des élargissements progressifs (congés, surveillance électronique, libération conditionnelle). La prison est une institution disciplinaire paradoxale puisque l'adaptation signale qu'on n'est plus fait pour y vivre.

suppose un retour à la vie libre tout en poursuivant la normation et en permettant le contrôle de cette dernière. En permettant de poursuivre, par d'autres moyens, le travail de normation entamé lors de l'incarcération (le travail et l'isolement carcéral laissent leur place à l'imposition de conditions), la libération conditionnelle participe à l'extension, à l'essaimage du disciplinaire à l'ensemble de la société. La libération conditionnelle est une « police » spécialisée, en ce sens qu'elle concerne une population spécifique (les « délinquants ») dont il s'agit de contrôler qu'elle vive mieux, c'est-à-dire d'une manière docile et utile à la majoration des forces de l'État[34].

3. Pouvoir sécuritaire

Contrairement au pouvoir disciplinaire qui s'intéresse à l'homme-corps, le pouvoir sécuritaire concerne l'homme-espèce, l'homme en tant que membre d'une population.

Le pouvoir sécuritaire agit sur une « multiplicité quelconque, à condition que la multiplicité soit nombreuse (population), et l'espace étendu ou ouvert. C'est là que "rendre probable" prend son sens […] et que s'introduisent les méthodes probabilitaires »[35]. Le pouvoir sécuritaire opère par un calcul des risques au sein d'une population. Un risque est un « événement dont les possibilités de survenance sont probabilisables »[36].

Les risques « ne sont pas les mêmes pour tous les individus »[37]. Posséder ou non une série de facteurs peut augmenter le danger que représente un « cas » pour la sécurité de la population. Dans la perspective foucaldienne, le « cas » n'est pas « le cas individuel mais […] est une manière d'individualiser le phénomène collectif »[38]. Les cas sont regroupés (grâce à un travail scientifique qui cherche à absorber le singulier dans des catégories et ce par des techniques principalement quantitatives) en (sous-)populations plus

[34] Foucault 2004a, p. 334.
[35] Deleuze 1986, p. 79 et 42.
[36] Cliquennois 2006, p. 355.
[37] Foucault 2004a, p. 63.
[38] Foucault 2004a, p. 62.

ou moins à risque [39]. Des techniques statistiques sont utilisées pour retenir les prédicteurs, les facteurs de risque pertinents c'est-à-dire ceux qui sont associés significativement au comportement qu'on cherche à repérer, voire à prédire.

Le pouvoir sécuritaire cherche, à partir de la moyenne statistique, de la courbe normale concernant un phénomène (redouté), à agir sur les facteurs qui permettent de « rabattre les normalités les plus défavorables, les plus déviantes […] sur cette courbe normale, générale » [40]. L'objectif est de minimiser les risques de survenance de l'évènement redouté, et les dommages qui lui sont associés. Pour ce faire, le pouvoir sécuritaire agit sur le milieu, sur l'environnement dans lequel vit la population. L'action sécuritaire « apparaît fondamentalement comme une action indirecte sur la population par le biais des transformations et de l'aménagement du milieu »[41]. Le pouvoir sécuritaire est un pouvoir régulateur, il aménage le milieu de l'individu afin que ce dernier soit « amené à réagir plutôt de telle ou telle manière »[42].

Ce travail de régulation ne peut s'opérer « qu'à travers et en prenant appui sur la liberté de chacun »[43]. La liberté devient « un élément indispensable à la gouvernementalité elle-même. […] Ne pas respecter la liberté, c'est non seulement exercer des abus de droit par rapport à la loi, mais c'est surtout ne pas savoir gouverner comme il faut »[44]. Les individus sont gouvernés à travers leur

[39] Ewald précise cette idée : « Il n'y a pas à proprement parler de risque individuel. […] Ce n'est en effet que sur l'étendue d'une population que le risque devient calculable. Le travail de l'assureur est précisément de constituer cette population par sélection et division des risques » (1996, p. 138). La seule reconstruction de l'individu possible est une reconstruction probabiliste dans laquelle les chiffres génèrent directement le sujet. Plutôt que de parler de sujets et d'individus, il est peut-être plus éclairant de parler de « dividus » localisés dans de multiples tables actuarielles ou d'hommes « sans qualités » (Musil 1958, cité par Cartuyvels 2008, p. 182).

[40] Foucault 2004a, p. 64.

[41] Ruelle 2005, p. 32.

[42] Gros 2012, p. 213. Il ne faut pas essayer d'empêcher le phénomène redouté, mais « faire jouer par rapport à lui d'autres éléments du réel, de manière que le phénomène en quelque sorte s'annule lui-même » (Foucault 2004a, p. 61).

[43] Foucault 2004a, p. 50.

[44] Foucault 2004a, p. 361. Les conceptions de la liberté du libéralisme et du néolibéralisme ne sont pas les mêmes. Pour le premier, il s'agit plutôt d'une donnée ontologique que le pouvoir doit respecter tandis que pour le second, il

liberté[45]. Cette exigence de tenir compte (et de s'appuyer) sur la liberté des individus est liée au fait que les membres de la population sont des sujets d'intérêts, agissant pour maximiser le rapport coût/bénéfice. Ils se différencient l'un l'autre à partir de leur mérite, c'est-à-dire à partir de l'usage qu'ils font de leur liberté.

La responsabilité morale de l'individu s'identifie au caractère rationnel de son action[46]. La responsabilité n'est plus une qualité présupposée mais une qualité que l'individu doit mettre en œuvre par des choix rationnels et que le pouvoir sécuritaire doit indirectement fabriquer, inciter. Il s'agit de construire un individu autonome et prudent, qui se comporte comme une entreprise en ce sens que, en tant que détenteur d'un capital, il doit être un « entrepreneur de lui-même » [47]. L'individu est un *homo oeconomicus* [48] dont la conduite peut « relever d'une analyse économique [puisqu'elle] va répondre de façon systématique à des modifications dans les variables du milieu »[49].

En ce qui nous concerne, la réalité qu'il s'agit de gérer, le phénomène redouté qu'il s'agit de limiter est la criminalité. La criminalité est un risque dont il faut essayer de prévoir, de contrôler, voire de modifier l'occurrence et de minimiser les impacts négatifs. Le crime est normal et tout le monde peut devenir un infracteur s'il effectue un mauvais calcul. Lorsqu'un « crime-accident » survient, il s'agit de le gérer non pas comme un événement unique causé par une personne, mais bien comme un événement statistiquement prévisible dont le responsable fait partie d'un groupe identifiable en fonction de certaines caractéristiques.

---

s'agit plutôt d'un souci normatif que le pouvoir doit construire (de manière indirecte, au moyen d'incitations).

[45] Rose 1999.

[46] Brown 2004.

[47] Foucault 2004b, p. 232.

[48] Les théories du capital humain affirment que « les méthodes d'analyse appliquées aux phénomènes économiques *stricto sensu* (soit aux productions de biens et services orientées vers un échange sanctionné par une contrepartie monétaire) peuvent être généralisées » à l'ensemble des conduites humaines (Legrand 2007b, p. 44).

[49] Foucault 2004b, p. 273.

La peine efficace se base sur un raisonnement de type probabiliste, voire actuariel. Ce dernier consiste à retenir, grâce à un travail statistique (corrélations, régressions, …), les facteurs qui permettent de prédire le « risque de récidive » de l'infracteur et ainsi à le classer dans un sous-groupe auquel est rattaché un niveau de risque (ex. : bas, moyen, haut) et la ressource pénale correspondante[50]. On prédit le comportement futur d'un individu à partir des comportements passés des membres du groupe présentant les mêmes caractéristiques. La prédiction du comportement d'un individu se base sur la similarité de cet individu avec d'autres individus qui ont adopté ce comportement infractionnel dans le passé[51]. C'est donc l'« appartenance à un groupe et non la situation individuelle qui détermine […] la décision pénale »[52].

L'objectif de la peine n'est plus la correction du délinquant mais la gestion du risque que représente la délinquance pour la société[53]. L'objectif du système pénal ne serait plus de « réduire les écarts entre l'individu marginal et la norme ambiante, mais plutôt de classer les individus ou les groupes en regard de ces écarts normatifs, sans véritable souci pour les transformations individuelles »[54]. L'intérêt pour la classification des délinquants n'apparaît pas avec la gestion sécuritaire de la criminalité mais l'objectif de cette classification se modifie. Il ne s'agit plus de déterminer les méthodes de traitement adaptées et d'élaborer une clinique différentielle de l'homme criminel, mais d'optimaliser l'allocation des ressources pénales (limitées) à l'ensemble de la population pénale en fonction des niveaux de risque[55]. Des filières, des trajectoires pénales se créent car les catégorisations sécuritaires supposent une gestion *a priori* identique de sous-populations délinquantes en fonction de leur profil de risques.

[50] Ainsi, dans le domaine carcéral, on distingue les établissements en fonction du niveau de sécurité qui y a cours (normal, maximal, « super max ») ou en fonction du type de régime (ouvert, semi-ouvert, fermé).
[51] Kemshall 2003, p. 65.
[52] Harcourt 2007, p. 790.
[53] Simon & Feeley 2003, p. 79. Alors que le pouvoir disciplinaire fonctionne par « surveillance totale », le pouvoir sécuritaire fonctionne par « contrôle global » (Gros 2012, p. 205).
[54] Quirion 2006, p. 146.
[55] Feeley & Simon 1992, p. 452 ; Feeley & Simon 1994, p. 173-175 ; Brion 2001.

Même si on dit qu'une personne présente un haut risque de récidive, cette position dans un groupe à risques ne fait pas de l'infracteur un sujet pathologique. Cette catégorisation est utile pour mesurer les effets de la délinquance et non pour en analyser les causes. La pénalité sécuritaire « dépathologise » le criminel. On s'attend à ce qu'il se comporte comme un *homo oeconomicus* et que les modifications des variables environnementales liées à la peine, qui bouleversent les coûts et bénéfices de l'activité criminelle, influencent donc son « choix rationnel ». La peine cherche à insuffler, par l'intéressement (ex. : le slogan « le crime ne paye pas »), une manière de penser mais surtout d'agir respectueuse des lois.

La peine devient un « élément dans la gestion économique globale de la criminalité »[56]. Il s'agit de tolérer certaines formes de criminalité et de ne pas en tolérer d'autres selon une logique économique de coût/bénéfice. Le « dispositif de sécurité va de pair avec une autolimitation de la sécurisation »[57], il y a des comportements qu'« il serait intolérable de ne pas tolérer »[58]. Il faut « calculer les seuils en deçà desquels une peine a un effet économique significatif et ceux où elle a un coût trop élevé par rapport au taux de criminalité »[59].

L'incarcération sécuritaire est une incarcération « réclusion » (cf. *supra*). Elle est axée sur la neutralisation des risques de commission d'infractions. L'incarcération devient alors une mesure qui est quantitativement (quantum de la peine) et qualitativement (niveau de sécurité de l'établissement) déterminée par le risque qu'un « cas » représente pour la société.

Même si l'objectif de neutralisation permet de légitimer l'incarcération (quoi de mieux que la prison, si ce n'est la mort ou le bannissement, pour neutraliser), il n'entraîne pas le monopole de

[56] Mazabraud 2010, p. 172.
[57] Doron 2008, p. 108.
[58] Foucault 2004b, p. 262.
[59] Mazabraud 2010, p. 172. Le pouvoir sécuritaire s'« inquiète du danger que font peser sur les libertés les moyens qu'[il] se donne pour garantir ces libertés. Du même coup, ce sont *les deux pôles* de la relation crime / défense sociale contre le crime, qui sont également codés comme risques, dangers virtuels pour la société, en tant qu'ils sont l'un et l'autre des *coûts* » (Legrand 2007a, p. 294).

la ressource carcérale. La neutralisation carcérale ne peut être que sélective. La pénalité sécuritaire suppose un continuum de mesures différentes de contrôle. Parmi ce continuum de contrôle, il s'agit d'allouer au « cas » la mesure optimale, c'est-à-dire celle qui minimise à la fois le risque de la commission d'infractions et le coût du contrôle[60]. La prison ne peut donc être allouée qu'aux délinquants avec des taux élevés de risque. En effet, un monopole carcéral serait d'une part, fort coûteux et donc peu efficient, et d'autre part, il ne permettrait pas de tenir compte finement de la répartition des délinquants, produite grâce à des outils actuariels, dans une série de groupes en fonction de leur profil de risque.

L'analyse d'un profil de risque permet de déterminer si un détenu peut avoir accès à une libération anticipée (comme dans le domaine bancaire, on donne ou non accès à une carte de crédit) puis le profil de risque permet de contrôler et de limiter cette libération par les conditions (comme dans ce même domaine bancaire, on limite le solde mensuel maximum de la ligne de crédit)[61]. La libération conditionnelle fait revenir un individu dans un « espace ouvert » (cf. *supra*), il s'agira de réguler, de « tracer »[62] les circulations du libéré rendues possibles dans cet espace ouvert. La libération conditionnelle est un aménagement du milieu qui favorise les « bonnes circulations » du libéré et décourage les « mauvaises »[63]. À cet égard, les conditions à respecter lors de la libération sont des « aménagements du milieu » (cf. *supra*) par lequel on teste l'autonomie, la prudence de l'individu qui doit choisir librement ce qui s'impose pour maintenir à un niveau acceptable la sécurité de la population. Le libéré est placé dans un nouveau milieu, le milieu libre, ce qui devrait, selon la logique néolibérale, modifier les coûts et les bénéfices d'une activité

[60] Il s'agit de trouver la mesure qui permet de maintenir le mieux « un type de criminalité […] à l'intérieur de limites qui soient socialement et économiquement acceptables » (Foucault 2004a, p. 7).
[61] Simon 1987, p. 76.
[62] Le « traçage » est cependant plus lâche que dans le cadre de la surveillance électronique par exemple. C'est ce qui explique l'attirance, voire la fascination qu'exerce cette dernière sur certains dirigeants politiques.
[63] Cette manière d'agir sur le milieu est fondamentale puisqu'il ne s'agit pas à proprement parler d'un changement dans le milieu mais d'un changement de milieu (puisque l'on quitte le milieu carcéral).

criminelle et donc modifier les raisonnements du libéré-acteur rationnel[64].

II. Conditions d'octroi de la libération conditionnelle

L'octroi d'une libération conditionnelle suppose quatre conditions. Il faut avoir subi une portion de la peine (1), garantir l'absence de « contre-indications » (2), présenter un programme de reclassement (3) et accepter formellement de respecter les conditions assorties à la décision de libération (4).

1. Subir une portion de la peine

A. Durée minimum

Si l'on part du principe que le droit de tuer du pouvoir souverain s'exerce symboliquement, en ce qui concerne la criminalité et depuis l'abolition de la peine de mort, principalement par l'incarcération conçue comme un prélèvement effectué sur une portion de vie libre du condamné, la libération conditionnelle, en autorisant un « retour » à la vie libre, est une exception au pouvoir souverain, surtout si elle peut arriver très rapidement[65]. Une des conditions de la libération conditionnelle est de respecter une date d'admissibilité. La punition fonctionne comme une « économie des droits suspendus »[66] : une suspension minimum est nécessaire pour que le souverain ne soit pas bafoué symboliquement une seconde fois par le crime.

[64] Pour une critique des postulats néolibéraux liés à ce raisonnement rationnel (un soi « indépendant », « détaché de ses conditions historiques et sociales » et « déchargé de ses responsabilités vis-à-vis des autres »), voy. Hache 2007 ; Castel & Haroche 2001.
[65] Dans certains systèmes pénaux étrangers (c'est par exemple le cas de certains États des États-Unis), le caractère exceptionnel de la libération conditionnelle par rapport à la logique souveraine se perçoit clairement lorsque cette modalité d'exécution de la peine n'est plus autorisée au nom du juste dû (*just desert*) (O'Malley & Mugford 1992, p. 127).
[66] Foucault 1975, p. 18.

Depuis 1888, la suspension minimale est plus importante pour les condamnés récidivistes (qui doivent subir les deux tiers de la peine) que pour les condamnés « primaires » (qui doivent subir le tiers de la peine). Le critère de la *faute répétée* représente une atteinte au souverain symboliquement plus grave et qui allonge donc l'addition à payer. Depuis les lois de 1998, mais surtout depuis celles de 2006, le critère de la *gravité intrinsèque de la faute*, qui s'opérationnalise par l'importance de la peine (en 1998 et 2006) et par le type d'infraction commise (en 2006), justifie également un accès plus tardif à la libération conditionnelle. Ces durées d'incarcération minimales sont donc tributaires d'un jugement pénal par un magistrat qui, de par ses compétences essentiellement juridiques, est davantage influencé par la culpabilité que par la personnalité du délinquant. Ces critères d'accès à la libération conditionnelle, fixés préalablement et indépendamment de la disciplinarisation carcérale[67], cadrent avec la rationalité souveraine.

Analyser cette durée minimum d'incarcération comme liée à l'exercice d'un pouvoir souverain n'est que partiel. En effet, il faut également que la durée de l'incarcération soit suffisante pour que la disciplinarisation du criminel soit atteinte et constatée. Un temps d'observation est « nécessaire pour constater la moralité des prisonniers et la fermeté de leurs bonnes résolutions »[68]. Ainsi, le critère de la « faute répétée » (on parlerait plutôt de la « persistance d'une anomalie ») peut également faire l'objet d'une interprétation disciplinaire en ce qu'elle révèle l'échec d'une normation antérieure (ce qui peut être le cas si la première infraction a conduit l'auteur en prison) et que l'on postule que cet échec antérieur témoigne d'une dangerosité qui rend moins aisée la nouvelle tentative de normation (qui doit donc être plus longue). Le critère de la « gravité de la faute » (on parlerait alors plutôt de l'« importance de l'anomalie ») se prête également à une justification disciplinaire de l'allongement de la portion de la peine

[67] Les différentes législations n'ont jamais prévu que des progrès en termes de réinsertion sociale (ex. : l'obtention d'un diplôme) puisse faire avancer cette date d'admissibilité.
[68] Doc. parl. Ch., 1887-1888, 172, p. 3 ; Ann. parl. Ch., 15 mai 1888, p. 1272 ; Ann. parl. Ch., 16 mai 1888, p. 1284.

à subir en prison (l'importance de l'anomalie suppose un travail plus long pour atteindre la normation)[69].

Finalement, cette durée minimum peut faire l'objet d'une dernière interprétation, cette fois-ci liée à la rationalité sécuritaire. Sans cette durée minimum d'incarcération, la libération conditionnelle se substituerait très – trop ? – rapidement à la mesure davantage neutralisante qu'est l'emprisonnement. L'utilisation, dans différentes propositions de loi des années 1990[70], de l'expression « période de sûreté », témoigne d'un renforcement du souci de neutralisation. En prônant les mesures de sûreté, on affirme que la meilleure garantie pour la protection de la société est une libération la plus tardive possible. En voulant allonger la durée de l'incarcération préalable à une libération conditionnelle, ces propositions témoignent de la diminution de l'attente en termes de modification du condamné : « N'existe-t-il […] pas des criminels qui ne regretteront jamais les actes pour lesquels ils ont été condamnés […] ? Des hommes de science […] ont prouvé clairement que le remords est un sentiment dont certains personnes (sic) sont dépourvues »[71]. Cette expression « période de sûreté » vient de faire son entrée en droit belge[72]. Cette période de sûreté permet au juge pénal de « neutraliser » davantage le condamné et même le Tribunal de l'application des

[69] Une telle libération conditionnelle « disciplinaire » est fragilisée dans un contexte marqué par un désenchantement qui touche l'ensemble des mesures envisagées pour « traiter » le délinquant. Ce désenchantement est symbolisé par le « *Nothing works* » de Martinson (1974). Non seulement, on ne croit plus en la capacité de créer des individus dociles mais encore, on peut faire l'hypothèse d'une diminution de l'utilité de disposer de tels individus. En effet, dans un contexte marqué par un taux important de chômage, l'utilité de transformer des détenus en travailleurs dociles diminue, voire devient anachronique (Feeley & Simon 1992, p. 463). Cette mise en doute de la capacité et de l'utilité de transformer les détenus en individus dociles et utiles, peut favoriser une régulation sécuritaire des détenus en termes de neutralisation et une régulation sécuritaire des libérés conditionnels en termes de simple contrôle du respect des conditions.

[70] Doc. parl. Ch., 1991-1992, 237/1 ; Doc. parl. Ch., 1991-1992, 624/1 ; Doc. parl. Ch., 1993-1994, 1347/1 ; Doc. parl. Ch., 1995-1996, 138/1 ; Doc. parl. Ch., 1995-1996, 176/1 ; Doc. parl. Ch., 1995-1996, 322/1 ; Doc. parl. Ch., 1995-1996, 663/1 ; Doc. parl. Ch., 1995-1996, 692/1 et Doc. parl. Ch., 1996-1997, 709/1.

[71] Doc. parl. Ch., 1991-1992, 624/1, p. 5.

[72] Doc. parl. Ch., 2017-2018, 2731/1.

peines (!) en retardant le moment où celui-ci pourra examiner une demande de libération conditionnelle[73].

B. Effectivité

Nous avons pu montrer ailleurs[74] une augmentation du nombre moyen de mois entre la date d'admissibilité et la date de libération effective depuis 1990.

1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2006
5,2	4,7	4,4	5,2	6	6	6,2	7	7,7	8	12,5

Cet allongement peut faire l'objet (entre autre) d'une interprétation sécuritaire : il importe de neutraliser davantage les condamnés.

2. Garantir l'absence de contre-indications

A. De la « sélection positive » à la « sélection négative »

La libération conditionnelle belge a fonctionné de 1888 à 1981 sur la base de la « sélection positive ». Depuis la circulaire du 20 mai 1981 jusqu'à aujourd'hui[75], la libération conditionnelle est

[73] Il nous semble que cette toute récente mobilisation du concept de « période de sureté » témoigne d'une hybridation entre les rationalités sécuritaire et souveraine puisqu'il est question également d'un besoin accru de punitivité. En effet, le projet évoque un intérêt pour « une action plus sévère à l'égard » de certains infracteurs (Doc. parl. Ch., 2017-2018, 2731/1, p. 5). Le ministre de la Justice justifie cette action plus sévère par « le climat actuel et l'opinion publique [qui] veulent moins de clémence vis-à-vis des personnes condamnées » (Doc. parl. Ch., 2017-2018, 2731/3, p. 12).

[74] Slingeneyer 2014, p. 456.

[75] Cela a été confirmé dans les travaux préparatoires de la loi du 5 mars 1998, dans le rapport Holsters et dans les travaux préparatoires de la loi du 17 mai 2006 (Doc. parl. Ch., 1996-1997, 1070/1 ; Doc. parl. S., 1997-1998, 852/3 ; Doc. parl. Ch., 2005-2006, 2170/1).

officiellement octroyée sur base de la « sélection négative » et donc sur l'absence de contre-indications.

	Sélection positive	Sélection négative
Principe	On ne sort pas	On sort
Exception (sélection)	Sauf si on est sélectionné et donc on sort	Sauf si on est sélectionné et donc on ne sort pas
Charge de la preuve	Condamné	Administration
Auteur du plan de réinsertion	Condamné	Administration (en collaboration avec le condamné)

Dans la « sélection positive », il s'agit de sélectionner les condamnés qui peuvent « sortir ». La charge de la preuve est supportée par le condamné qui doit apporter des éléments « positifs » pour obtenir la libération conditionnelle. Il doit démontrer que l'incarcération l'a « discipliné ». La notion clé à l'époque est l'amendement du condamné : l'article 1er de l'arrêté royal du 1er août 1888 précise que la libération conditionnelle n'est accordée qu'aux condamnés « qui ont fait preuve d'amendement ». La notion d'amendement renvoie à ce que le condamné doit être devenu à la suite de l'incarcération ; un corps docile et utile : le condamné sait que « sa soumission, ses habitudes laborieuses lui font ouvrir les portes de la prison »[76]. Pour favoriser cet amendement, l'exposé des motifs de la loi du 31 mai 1888 dévoile sa stratégie : « Faire que le condamné, dès son entrée en prison cellulaire, ait la certitude que, par sa bonne conduite, il abrégera la durée de son incarcération […] »[77]. Le condamné « sait qu'il dépend de lui [d']abréger la durée [de sa peine] », son « intérêt personnel devient une cause de relèvement moral »[78]. C'est le

[76] Doc. parl. Ch., 1887-1888, 172, p. 1.
[77] Doc. parl. Ch., 1887-1888, 126, p. 2, nous soulignons ; Doc. parl. Ch., 1887-1888, 172, p. 6 ; Ann. parl. Ch., 11 mai 1888, p. 1250.
[78] Doc. parl. Ch., 1887-1888, 172, p. 1.

condamné qui « mérite sa mise en liberté, [...] c'est lui qui la gagne »[79]. Seuls les « domptés »[80], ceux qui sont « accessibles aux influences moralisantes du régime pénitentiaire » [81] pourraient bénéficier d'une libération conditionnelle.

Cette transformation du condamné, par le traitement moral au sein de la prison, est perçue comme possible (et évaluable ; cf. *infra*). Cela transparait dans les discussions parlementaires relatives à la responsabilité du ministre dans la prise de décision de la libération : le ministre, « en suivant les indications de la *science* », peut « répond[re] de l'homme qu'il met en liberté »[82].

Si l'on pense que le traitement moral (lié à l'encellulement et au travail) est possible, encore faut-il évaluer ce caractère « amendable et […] déjà en partie amendé »[83] du condamné. Cette évaluation de l'amendement se base alors prioritairement sur le critère de la bonne conduite en prison ou, à tout le moins, l'évolution favorable du comportement en détention. Pour ce faire, le personnel de l'administration pénitentiaire consigne « dans un carnet spécial ses observations sur la conduite, le caractère et les dispositions morales du détenu »[84]. Les membres des commissions administratives, vu leur statut d'institution « extérieure » à l'administration pénitentiaire, joueront également un rôle dans cette évaluation. Ils pourront « pénétrer d'une façon plus intime et plus directe dans la vie du condamné » [85] en engageant des « conversations » avec les détenus ce qui devrait permettre de recueillir des « confidences utiles » de ceux-ci[86]. Le détenu est donc amené, par la bande, à participer à l'élaboration du savoir

[79] Ann. parl. Ch., 9 mai 1888, p. 1244.
[80] Ann. parl. Ch., 9 mai 1888, p. 1243-1244.
[81] Circulaire du 13 mars 1889.
[82] Ann. parl. Ch., 11 mai 1888, p. 1256, nous soulignons.
[83] Ann. parl. Ch., 16 mai 1888, p. 1283. Si le condamné doit « mériter » sa libération et si, en cas de doute sur son amendement, il n'est pas libéré (puisque c'est lui qui supporte la charge de la preuve dans le système de la sélection positive), cela ne signifie pas que l'administration ne met rien en place pour tenter d'évaluer la réalité et la qualité de cet amendement.
[84] Arrêté royal du 1er août 1888, art. 3.
[85] Circulaire du 13 mars 1889, nous soulignons.
[86] Circulaire du 13 mars 1889, nous soulignons. Ces « conversations » devraient permettre aux détenus de « comprendre l'objet, la raison et le but des investigations toutes bienveillantes dont ils sont l'objet ».

aboutissant à son classement parmi les incorrigibles ou les libérables. Cependant, bien vite la possibilité d'une évaluation de l'amendement à partir du comportement carcéral a été mise en doute : « Assurément, l'administration ne libérerait pas un condamné dont la conduite en prison serait mauvaise ; assurément aussi, la discipline, le travail, la moralité pendant la détention sont des circonstances dont la libération conditionnelle doit dépendre. Mais ces circonstances ne sont pas décisives. […] La captivité produit une docilité factice et pousse à l'hypocrisie »[87].

Dans la « sélection négative », il s'agit de sélectionner les condamnés qui ne peuvent pas « sortir ». La charge de la preuve est supportée par l'administration qui doit apporter des éléments « négatifs », la présence de contre-indications, pour refuser la libération du condamné. Nous verrons que le retournement de la charge de la preuve ne s'est jamais réellement produit (cf. *infra*)[88].

La notion de contre-indication se caractérise par un relâchement du lien entre la décision de libérer et le déroulement de la détention (dont on n'attend plus de grandes transformations disciplinaires du détenu) et par un renforcement du lien entre la décision libérer et l'impact de cette libération sur la sécurité de la population (et du système pénal). Un discours axé sur ce qu'est devenu le condamné grâce à l'incarcération (un corps docile) laisse sa place à un discours axé sur ce que pourrait devenir le condamné à cause de la libération (un individu ayant un niveau de risque plus ou moins élevé pour la sécurité de la population). La sécurité devient un argument pour refuser la libération. Quelles sont ces contre-indications qui peuvent mettre à mal la sécurité de la population ?

[87] Circulaire du 13 mars 1889.
[88] La réalité de la sélection négative a souvent été mise en doute par la doctrine et les acteurs de terrain. Voy. Mary 1998a ; Minet & Slingeneyer 2005.

B. Évolution de la notion de « contre-indication »

(1) La législation de 1998

Dans la loi du 5 mars 1998, l'article 2 qui évoquait les contre-indications était rédigé comme suit :

> « Il ne peut y avoir de contre-indications impliquant un *risque sérieux pour la société* ou faisant raisonnablement obstacle aux conditions de *réinsertion sociale* du condamné ; ces contre-indications se rapportent :
>
> a) aux *possibilités de reclassement* du condamné ;
>
> b) à la *personnalité* du condamné ;
>
> c) au *comportement* du condamné *pendant sa détention* ;
>
> d) au *risque* de voir l'intéressé commettre de *nouveaux faits constitutifs d'infractions* ;
>
> e) à l'*attitude* du condamné *à l'égard des victimes* des infractions qui ont donné lieu à sa condamnation ».

Schématiquement, cet article se présente de la manière suivante :

	Risque sérieux pour la société	Obstacle aux conditions de réinsertion sociale du condamné
Reclassement		1
Personnalité		
Comportement pendant la détention		
Risque de commission d'infractions	1	
Attitude à l'égard des victimes		

Les deux notions centrales sont donc le « risque » pour la société et la « réinsertion sociale ». Ces deux notions deviennent des « contre-indications » à la libération conditionnelle alors qu'elles étaient davantage des « justifications » de cette libération. La libération devient une mesure accordée seulement lorsque le détenu peut présenter des garanties au niveau du reclassement ou au niveau du risque de récidive (la logique de la sélection négative n'est pas respectée, cf. *supra*). Plutôt que de considérer la libération conditionnelle comme une garantie pour la société (ex : la libération conditionnelle permet aux détenus une réinsertion plus aisée que l'encellulement, et partant une diminution de leur risque de récidive), elle est présentée comme un danger pour la société et c'est le détenu qui doit présenter des garanties pour pouvoir en bénéficier (ex : la libération conditionnelle n'est accordée qu'aux détenus qui présentent des garanties au niveau du reclassement). Les principales justifications de la libération conditionnelle sont devenues ses principales contre-indications.

La formulation par la loi du 5 mars 1998 de la condition relative aux contre-indications appelle au moins trois commentaires.

Premièrement la structure de l'article fait que celui-ci contient deux tautologies (indiquées dans le schéma-ci dessus par les chiffres « 1 »). En ce qui concerne le risque de récidive, la tautologie n'est pas totale puisque l'expression « risque *sérieux* » pour la société reconnaît qu'il y a des comportements qu'« il serait intolérable de ne pas tolérer » (cf. *supra*) alors que cette limite n'apparaît plus dans l'expression « risque de […] commettre de nouveaux faits constitutifs d'infractions ».

Deuxièmement, les différentes contre-indications permettent davantage d'opérationnaliser la notion de risque de récidive que celle de réinsertion sociale.

La « personnalité » est une notion à connotation psychologique qui s'applique davantage au risque de récidive plutôt qu'à la réinsertion « sociale »[89].

[89] Certes, la littérature scientifique évoque parfois la notion de personnalité « antisociale » mais si on s'interroge sur la sortie de prison de ces personnes, c'est

Le critère du bon comportement du condamné pendant sa détention est mobilisé comme un « test » : la collaboration avec les services internes (directeur et service psycho-social de la prison), est interprétée favorablement pour la collaboration future avec les services externes (assistants de justice). Des doutes sur la relation entre le bon comportement en détention et la réussite de la libération conditionnelle existent depuis longtemps dans la littérature sociologique[90]. Certaines recherches plus récentes vont même jusqu'à repérer une relation inverse entre l'adaptation à la vie carcérale et la réussite de la réintégration dans la société[91]. De plus, quel type de comportement pendant la détention pourrait être conceptualisé comme un obstacle à la réinsertion ? On peut penser à des comportements témoignant d'une « prisonniérisation » et aux handicaps qu'elle crée pour une réinsertion, mais alors, puisque cet obstacle à la réinsertion est lié à l'incarcération il devrait jouer en faveur d'un octroi plutôt que d'un refus de la libération conditionnelle.

À propos du risque de commission d'infractions, on peut se poser la question (quelque peu provoquante) suivante : la commission d'infractions participe-t-elle toujours à la désinsertion sociale ? Ne peut-on pas imaginer des situations où la commission d'infractions est une étape, certes non autorisée, vers une certaine réinsertion sociale (ex. : le travail au noir) ?

Enfin, en quoi ne pas se soucier de la situation de la victime est-il un frein à la réinsertion sociale[92] ? À nouveau, ce critère a davantage de sens à propos du risque de récidive.

Troisièmement, ces contre-indications, même si elles sont légalement prévues, ne témoignent guère d'un pouvoir souverain. En effet, le caractère flou et flexible des notions légales utilisées pour définir les contre-indications fait que l'organe octroyant ou

une évaluation du risque de récidive (et non du risque de désinsertion sociale) qui prévaut.

[90] Sykes 1958.

[91] Voy. Van Zyl Smit & Snacken 2009, p. 52-54.

[92] Cette notion d'« attitude à l'égard des victimes » n'est-elle pas une manière indirecte de réintroduire le critère de l'« amendement » prévu par la législation antérieure ? Se plier à certaines demandes exorbitantes des victimes ne pourrait-il pas être un frein à la réinsertion sociale ?

refusant la libération conditionnelle « se présente moins comme le juge des droits individuels du condamné que comme le juge des risques présentés par une situation »[93]. Certes, la contre-indication relative à l'attitude à l'égard de la victime renvoie (partiellement) à la rationalité souveraine : ne pas bafouer une seconde fois (par une attitude négative) le souverain représenté par ses sujets-victimes de l'infraction[94].

(2) La législation de 2006

Depuis la loi du 17 mai 2006, la libération conditionnelle peut être accordée au condamné :

> « pour autant qu'il n'existe pas de contre-indications dans le chef de celui-ci. Ces contre-indications portent sur :
>
> 1° l'absence de perspectives de réinsertion sociale du condamné ;
>
> 2° le *risque* de perpétration de nouvelles infractions *graves* ;
>
> 3° le *risque* que le condamné *importune* les *victimes* ;
>
> 4° l'*attitude* du condamné à l'égard des *victimes* des infractions qui ont donné lieu à sa condamnation ;
>
> 5° le *refus* du condamné de suivre *une guidance ou un traitement jugés utiles pour lui*, ou son *inaptitude* à le faire, dans le cas où l'intéressé subit une peine pour un des faits visés aux articles 372 à 378 du Code pénal, ou pour des faits visés aux articles 379 à 387 du même Code, si ceux-ci ont été commis sur la personne de mineurs ou avec leur participation ;
>
> 6° les *efforts* consentis par le condamné pour *indemniser* la *partie civile*, compte tenu de la situation patrimoniale du condamné ».

Nous proposons de nous limiter à quatre commentaires sur des différences de formulation entre les deux lois.

La loi de 2006 ne reprend pas la structure en deux temps des contre-indications. Cela permet de supprimer les deux tautologies

[93] Moreau & Hoffmann 2008, p. 165-166.
[94] Les sujets-victimes de l'infraction deviendraient, par l'intermédiaire du contrat social, des incarnations concrètes du Souverain.

évoquées mais cela supprime par la même occasion la mise en exergue des deux notions centrales (le « risque sérieux pour la société » et la « réinsertion sociale »). Les objectifs substantiels disparaissent du texte légal, celui-ci se limitant à une liste de concepts davantage « opérationnels ».

La notion sécuritaire du « risque » est davantage mobilisée. Celui-ci continue à concerner la récidive mais, dans une gestion économique globale de la criminalité qui suppose un continuum de mesures de contrôle pour gérer de manière efficiente les différentes formes de la criminalité (cf. *supra*), il se limite aux infractions « graves ». Dans cette gestion économique, la réaction pénale la plus chère, la prison, est réservée aux infractions les plus graves[95]. La notion du risque est évoquée à une seconde reprise puisqu'elle se pose au niveau des victimes. Le risque évoqué est infra-légal puisque le « grain » de l'intervention ne se limite pas aux infractions pénales mais va jusqu'aux comportements qui « importunent ».

La notion de « victime » est également davantage mobilisée. Les victimes sont une sous-population pour laquelle la libération du condamné est particulièrement risquée. Nous venons d'évoquer la contre-indication relative au risque de les importuner. La victime apparaît encore dans deux autres contre-indications ; l'attitude du condamné à son égard et les efforts de ce dernier pour l'indemniser. La notion d' « attitude » est également infra-légale mais ici la norme vise, d'une manière davantage disciplinaire, l'état d'esprit, le for intérieur du condamné. Contrairement au « comportement qui importune » qui relève des conséquences de la criminalité sur la sécurité de la population, le concept d'« attitude » insiste sur une cause de la criminalité. Une telle attitude est une

[95] Le rapport de la Commission « Tribunaux de l'application des peines, statut juridique externe des détenus et fixation de la peine », dit « rapport Holsters », précise que la commission de « légères infractions ne suffit pas à refuser l'octroi de la libération conditionnelle » (p. 74). La prise en compte de la tolérance sécuritaire n'est pas exprimée de la même manière en 1998 et en 2006. En 1998, c'est la notion sécuritaire du « risque » qui doit être « sérieux », tandis qu'en 2006 c'est la notion juridique de l'« infraction » qui doit être « grave ».

anomalie qu'il s'agit de corriger[96]. Enfin, la victime apparaît une dernière fois pour rappeler la responsabilité civile du condamné ; un prélèvement s'impose à lui en tant que conséquence de la violation d'une interdiction légale. Ce prélèvement peut être réduit si le condamné fait des « efforts » pour racheter sa faute en indemnisant la victime. Cette dernière contre-indication articule deux types de prélèvements (liés à l'argent et au temps), elle articule une logique civile réparatrice et une logique pénale souveraine.

Nos derniers commentaires concerneront la contre-indication (abrogée depuis 2014 sans être entrée en vigueur) relative au refus ou à l'inaptitude du « délinquant sexuel » de suivre un traitement « jugé utile pour lui ». Cette dernière précision (« jugé utile pour lui ») rappelle une réflexion de Ladd dans l'introduction générale de cet ouvrage lorsqu'il évoque (avec Frize) l'« insolence » d'attribuer unilatéralement et « de l'extérieur » des vertus à la peine. Lorsque cette contre-indication est liée au « refus » du condamné, elle est légistiquement inutile puisque la libération n'est pas octroyée, si le condamné ne marque pas son accord sur les conditions imposées (cf. *infra*). Par contre, lorsque cette contre-indication est liée à l'« inaptitude » du condamné, elle montre que des membres d'une sous-population délinquante (les « délinquants sexuels ») peuvent être considérés comme incapables de réagir favorablement à une modification du milieu (ici, l'imposition d'un traitement)[97]. Cette incapacité des délinquants sexuels permet d'exemplifier la distinction foucaldienne entre l'agouvernementalité de la nature et la gouvernementalité des hommes[98]. Les causes de cette délinquance semblent alors se situer du côté de la nature (pulsions irrésistibles), ce qui fait que ces délinquants doivent davantage être neutralisés que réellement gouvernés. En d'autres termes, vouloir traiter ces délinquants serait considéré comme un excès de gouvernement et ce en raison des

[96] Cette notion disciplinaire d'« attitude » se maintient en 2006 alors qu'une autre contre-indication à connotation disciplinaire, la contre-indication relative à la personnalité, disparaît.
[97] À nouveau les propos de Frize, relayés par Ladd dans l'introduction de cet ouvrage, sont essentiels : cette « inaptitude » dénie aux « délinquants sexuels » leur capacité à « trouver » (de l'intérieur) du sens à la peine.
[98] Foucault 2004a, p. 243-245.

effets négligeables de ces traitements[99]. L'articulation entre les pouvoirs est ici très importante. Le traitement semble avoir une visée sécuritaire car même si le législateur évoque un traitement utile pour le condamné, ce qui compte avant tout c'est que ce traitement puisse réduire la récidive. Ce traitement est par ailleurs mis en pratique prioritairement par des techniques disciplinaires (travail individualisé basé sur la psychologie et la psychiatrie). Enfin, le champ d'application de ce traitement concerne tous les membres d'une sous-population (les « délinquants sexuels ») qui se constitue à partir d'un critère juridique (le type de faits ayant entraîné la condamnation). Le recours à une liste d'infractions fait dire à certains auteurs qu'on est face à une « incapacitation catégorielle », c'est-à-dire une incapacitation qui fait « du délit commis l'indicateur de dangerosité. […] On présume sous un chef d'infraction une empirie de la dangerosité que l'on n'a pas pu prouver ailleurs »[100].

En conclusion, avec ce critère des contre-indications, la libération conditionnelle passe d'une mesure essentiellement *justifiée* par ses effets bénéfiques (par rapport à une détention prolongée) à une mesure essentiellement *conditionnée* par l'absence de risque (lié à ce retour dans la vie libre). Dans ce retournement de l'économie de la libération conditionnelle, la réinsertion sociale perd son statut de fondement et de but de la libération conditionnelle et devient un indicateur (parmi d'autres) pour évaluer le profil de risque du condamné pour la sécurité de la population. La logique disciplinaire (avec la notion de réinsertion sociale) se voit instrumentalisée par la logique sécuritaire (avec la notion de risque de récidive).

---

[99] Foucault 2004b, p. 12-25. Dans un cadre d'analyse plus directement criminologique, le « *Nothing works* » de Martinson (1974) illustre bien comment un régime de vérité autolimite le gouvernement. Le gouvernement ne doit plus tant se questionner sur le caractère légitime (ou non) de son action mais sur le caractère erroné (ou non) de celle-ci.

[100] Houchon 1999, p. 89. Dans le même ordre d'idées, Mary précise que la classification de la dangerosité des délinquants se base « pour l'essentiel sur la gravité de l'infraction, donc sur la loi » (1998b, p. 87). Vacheret et Cousineau indiquent de leur côté que le type de délit est un des facteurs les plus importants dans l'évaluation du risque de récidive ; ce qui « était une catégorie créée par le législateur dans un but de rétribution ou de dissuasion […] est pris en compte comme critère de prédiction de la récidive » (2005, p. 388).

(3) Effectivité

Nous avons pu montrer ailleurs[101] que la contre-indication relative au risque de récidive est celle qui influence le plus la décision relative à la libération conditionnelle. Ce résultat témoigne de l'importance de la rationalité sécuritaire dans la prise de décision.

3. Présenter un programme de reclassement

A. Évolution historique

(1) La législation de 1888

La loi du 31 mai 1888 ne prévoit pas de condition relative à un plan de reclassement. L'arrêté royal du 1er août 1888 donne pour tâche au personnel de l'établissement pénitentiaire de consigner « dans un carnet spécial ses observations sur la conduite, le caractère et les dispositions morales du détenu » (art. 3). À cette époque, les dispositions « morales » sont plus importantes que la réinsertion « sociale ». Cependant, cette dernière notion n'est pas totalement absente de l'arrêté royal du 1er août 1888 puisque le directeur de l'établissement pénitentiaire doit se mettre en rapport avec les « autorités locales, […] les institutions charitables et les comités de patronage » pour obtenir des « renseignements [sur] la situation du condamné, ses moyens d'existence, ses relations avec sa famille et les ressources de celle-ci » (art. 4).

Avec la notion d'amendement, on s'intéresse à ce qu'*est devenu* le condamné. La notion d'amendement permet d'insister sur le lien entre les périodes d'incarcération et de libération conditionnelle puisque ces deux périodes sont conçues comme deux « actions directes » (via l'encellulement et le patronage) visant la transformation du condamné, comme deux manières de travailler sur une pathologie morale.

[101] Slingeneyer 2014, p. 265.

Avec la notion de reclassement, on s'intéresse à ce que le condamné *avait, a* et *aura* (hébergement, occupations, suivi psycho-médico-social). Le lien entre les périodes d'incarcération et de libération conditionnelle devient plus lâche, l'incarcération ne peut que difficilement être conceptualisée comme un lieu de travail sur une pathologie sociale. En effet, vu la séparation d'avec la société qu'elle produit, il y a peu d'« actions directes » à mettre en place depuis la prison afin de faciliter la réinsertion sociale du condamné. La libération doit en elle-même, c'est-à-dire sans se baser sur un travail (disciplinaire) effectué en prison, apporter des garanties en termes de reclassement. Pour obtenir ces garanties, il s'agit moins de se baser sur des actions directes antérieures mais de récolter une série d'informations sur les possibilités futures des condamnés. Le plan de reclassement est moins une action directe qui réduit une pathologie sociale qu'un travail formel de récoltes d'informations (« action indirecte » puisqu'il s'agit moins d'agir que de dire et d'écrire) afin de mettre tout en place pour que la réinsertion sociale soit la plus crédible possible et ainsi de fournir des garanties que la future libération n'échouera pas. Ces garanties devant être apportées non pas « grâce » mais « malgré » l'incarcération antérieure !

Il ne faudra pas attendre la réforme légale de 1998 pour que plusieurs circulaires évoquent l'exigence, les formules ont varié, d'un « plan de reclassement »[102], d'un « plan de réadaptation »[103] ou d'un « projet de réinsertion sociale »[104]. Ces plans et projets étaient conçus essentiellement pour maximiser les « chances d'une bonne réinsertion sociale »[105]. Si dans un premier temps[106], la responsabilité formelle de la constitution du plan de reclassement est clairement attribuée aux directeurs, la situation deviendra plus complexe dès les années 1960. D'un côté, le détenu est sommé de consigner ses intentions et les modalités d'indemnisation des victimes dans « *son* plan de réadaptation »[107]. Mais de l'autre,

[102] Circulaires du 18 mai 1948, du 29 août 1956, du 30 juin 1959, du 23 octobre 1962 et du 27 février 1968.
[103] Circulaire du 14 juin 1963.
[104] Circulaire du 30 décembre 1981.
[105] Circulaire du 20 mai 1981.
[106] Circulaires du 18 mai 1948 et du 29 août 1956.
[107] Circulaire du 14 juin 1963, nous soulignons.

l'administration continue à jouer un rôle dans la constitution de l'information : « Afin de mettre en état les propositions de libération conditionnelle, MM. Les Directeurs des établissements pénitentiaires demandent […] si la partie civile a été indemnisée »[108].

(2) La législation de 1998

La loi du 5 mars 1998 prévoyait formellement que la rédaction d'un « programme de reclassement » était une condition pour l'octroi d'une libération conditionnelle. Elle prévoyait explicitement que le condamné était l'auteur de ce programme : « le *condamné* doit pouvoir présenter un programme de reclassement duquel apparaît sa volonté et son effort de réinsertion dans la société » (art. 2 de la loi du 5 mars 1998). Celui-ci pouvait cependant, « pour l'élaboration du programme de reclassement [être] *assisté par les services compétents* » (art. 2).

La question de l'auteur du programme de reclassement était traitée de manière différente dans les travaux préparatoires. En effet, l'exposé des motifs précisait que le programme de reclassement est élaboré « en concertation », « en collaboration » avec le détenu[109]. L'avis du Conseil supérieur de politique pénitentiaire, repris dans les travaux préparatoires, prévoyait que ce projet soit préparé « par l'administration »[110] et qu'il appartenait à l'administration de démontrer que le plan de réinsertion construit par ses soins, en collaboration avec le détenu, n'était pas suffisamment élaboré. Cette répartition des rôles avait du sens dans le cadre de la sélection négative (cf. *supra*) : « La décision à prendre repose sur une sélection négative, c'est-à-dire que le travail des unités d'orientation et de traitement (*ndlr* ces unités sont l'ancien nom du service psycho-social interne aux prisons) chargées de l'examen de chaque détenu doit consister essentiellement à dépister les cas dont les diverses caractéristiques, tant individuelles que sociales, impliquent de sérieuses réserves ou des contre-indications majeures à l'octroi immédiat d'une mesure

[108] Circulaire du 30 janvier 1963.
[109] Doc. parl. Ch., 1996-1997, 1070/1, p. 13-14.
[110] Doc. parl. S., 1996-1997, 589/7, p. 230.

de libération conditionnelle. Le détenu n'a donc pas à faire valoir des "mérites" particuliers […]. L'ajournement d'une décision positive ne se motive que par l'inadéquation entre le projet de réinsertion proposé et ses chances de réussite […] »[111].

La solution retenue par le législateur de 1998 était fort éloignée de celle proposée par le Conseil supérieur de la politique pénitentiaire puisque l'exigence d'un plan de reclassement, dans lequel le détenu doit faire apparaître « sa volonté et son effort de réinsertion sociale », décrédibilisait la notion de « sélection négative » et le retournement de la charge de la preuve que celle-ci supposait. La « volonté » et les « efforts » pour se réinsérer étaient les éléments « positifs » que devait apporter le condamné pour « mériter » sa libération (notion de « sélection positive », cf. *supra*).

(3) La législation de 2006

Dans le régime actuel, la loi du 17 mai 2006 ne prévoit aucun droit d'être « assisté » (cf. loi du 5 mars 1998) dans l'élaboration du plan de réinsertion sociale puisqu'elle se borne à affirmer, dans une logique managériale axée « résultat », que « le dossier du condamné doit contenir un plan de réinsertion sociale indiquant les perspectives de réinsertion du condamné » (art. 48). L'auteur du plan de réinsertion n'est donc pas mentionné dans la loi mais la responsabilisation du condamné sous-jacente à la réforme de 2006 ne laisse aucun doute sur le rôle central attendu de celui-ci[112].

Or, comme en 1998, les travaux préparatoires témoignent d'une vision plus nuancée et qui cadre davantage avec la sélection négative puisque selon ceux-ci, il appartient « aux services

[111] Doc. parl. S., 1996-1997, 589/7, p. 209.
[112] Le rapport Holsters, qui est à l'origine du système de libération conditionnelle actuel, a présenté différents systèmes de libération conditionnelle pour finalement se rallier à une conception préservant au maximum le caractère individualisé de la libération conditionnelle, puisqu'il écarte les modèles « automatique » et « par paliers » (p. 63). Cette conception individualisante est celle qui cadre le mieux avec l'exigence d'un programme de reclassement émanant du détenu.

compétents (SPS[113] ou service extérieur) d'adopter une attitude proactive et de travailler avec le condamné à la préparation d'un plan de réinsertion [et que dès lors c'est] à ces services que reviendra l'initiative de réaliser un plan de réinsertion sociale »[114].

La loi du 17 mai 2006 fait des « services compétents », les « évaluateurs » du plan de réinsertion et non les auteurs ou les co-auteurs de celui-ci. Cette répartition des rôles témoigne d'une montée en force de la logique sécuritaire. La réinsertion sociale est un problème essentiellement individuel : elle se base sur l'exigence de « se prendre en main », sur la motivation, sur l'autocontrôle, sur la capacité de réagir positivement aux programmes de traitement, sur la connaissance de ses faiblesses et ses ressources personnelles…

B. Responsabilisation

La responsabilisation grandissante du condamné dans la construction de son plan de réinsertion est une caractéristique importante de l'évolution de cette condition. La circulaire du 26 février 1999 explicite très clairement cette évolution : il est « important que ce programme de reclassement *émane du détenu lui-même* ».

Cela n'empêche cependant pas cette même circulaire de préciser une série d'éléments dont les décideurs-évaluateurs s'attendent qu'ils soient présents dans ce programme. Ainsi, il est « indiqué que le programme de reclassement contienne les éléments suivants : 1) les activités suivies et les démarches entreprises lors de la détention en vue de son reclassement (travail, formation, traitement, prise de responsabilité, aide apportée à sa famille, ...), 2) son adresse et le milieu d'accueil, 3) ses moyens de subsistance (revenus, indemnités, ...), 4) les activités prévues (travail, loisirs, ...), 5) le suivi médical et/ou l'accompagnement psychosocial envisagé, 6) son attitude et son engagement vis-à-vis de ses victimes, 7) les conditions éventuelles dont l'intéressé pense qu'elles pourraient augmenter ses chances de réinsertion et qu'il est prêt à respecter ».

[113] Il s'agit de l'abréviation du service psycho-social de la prison.
[114] Doc. parl. S., 2004-2005, 1128/1, p. 62.

Le paradoxe entre d'une part la responsabilisation du condamné dans la rédaction de son programme de reclassement et d'autre part la précision des éléments qui doivent être présents dans ce programme ne semble qu'apparent. Les condamnés ne doivent pas se responsabiliser n'importe comment, il faut que par cette responsabilisation, ils produisent un savoir qui permettra aux décideurs-évaluateurs de les répartir rationnellement entre la sous-population qui peut bénéficier d'une libération et celle qui ne le peut pas. Pour qu'ils fassent œuvre utile, il faut guider ces condamnés-rédacteurs en leur donnant des consignes. La circulaire guide les condamnés en proposant un canevas unique, elle postule donc que les savoirs utiles sont identiques quel que soit l'« individu » qu'il s'agit d'évaluer (cela confirme l'idée qu'il s'agit de gérer les membres d'une même sous-population, cela facilite peut-être l'intériorisation, par le condamné, de l'idée qu'il est bien un membre de cette sous-population[115]).

Ces savoirs utiles ont assurément des accents disciplinaires. Certains éléments prévus par la circulaire montrent qu'on ne rend la liberté anticipativement qu'à des corps dociles et utiles. Ainsi, la fourniture de déclarations de complaisance (en matière d'emploi, de résidence…) est une contre-conduite qui informe en creux du caractère disciplinaire de ce dispositif.

Cependant, les informations demandées par la circulaire s'apparentent moins à un « examen » (cf. *supra*) disciplinaire précis cherchant, par le rituel de l'aveu, à atteindre la « vérité de l'intériorité, [la] vérité de l'âme cachée »[116] du détenu qu'à la récolte d'indices sur les risques (et les garanties que celui-ci peut apporter face à ses risques) que sa présence hors de la prison peut impliquer pour la sécurité de la population et du système pénal. Parmi la liste des sept savoirs utiles évoqués par la circulaire, seul le premier renvoie à une « action directe » pendant l'incarcération

[115] Ce n'est que trop rarement pour ne pas être souligné que le détenu témoigne, dans ses réponses à ce formulaire type, d'une résistance, d'une distance par rapport à la subjectivation que les questions de ce formulaire laissent transparaître. Ainsi, d'une manière non dénuée d'humour, un détenu de répondre à l'item : « Au niveau psycho-médico-social, je serai suivi par… à l'adresse suivante… », par l'affirmation suivante : « Je n'ai toujours aucun défaut mental, physique,… je vous en remercie » (voy. Slingeneyer 2014, p. 132).
[116] Foucault 2004a, p. 186.

et cherchant à traiter la pathologie sociale, tandis que les six autres savoirs sont davantage des garanties concernant la période post-carcérale.

Il y a donc une instrumentalisation d'outils disciplinaires à des fins sécuritaires. Sécurité pour la population d'une part : le programme de reclassement permet de fixer les conditions d'une libération, pour que celle-ci ne soit pas à l'origine d'un risque démesuré d'infractions la concernant. Sécurité pour le système pénal lui-même d'autre part : le programme de reclassement permet au système pénal de montrer qu'il dispose de savoirs pertinents pour prendre une décision rationnelle, et que donc, en cas d'échec de la libération, la responsabilité de cet échec est à chercher du côté de l'auteur de ce programme (qui n'a pas réussi à opérationnaliser les garanties qu'il avait présentées).

C. Domination et résistance

Le pouvoir suppose la liberté de l'individu dont on cherche à conduire les conduites (cf. *supra*). Les jeux de pouvoir supposent une certaine réversibilité, instabilité qui rend possible la résistance. Une des formes les plus abouties de cette résistance se concrétise dans des pratiques de « création »[117]. Ces pratiques de création évoquent une dimension « esthétique » par laquelle l'individu cherche à faire de sa vie une œuvre d'art.

Qu'en est-il de la rédaction d'un programme de reclassement ? Il nous semble que le contexte dans lequel le contrevenant est amené à le rédiger éclipse ce potentiel esthétique. En effet, le contrevenant n'en n'est parfois que le co-auteur avec les « services compétents », il reçoit des consignes (un formulaire pré-imprimé et une circulaire précisent ce qui doit s'y trouver), il sait que son « œuvre » sera évaluée (cette « œuvre commandée » sera construite selon les souhaits supposés des commanditaires-évaluateurs), et il reçoit des pressions pour s'exécuter (ex. : la circulaire du 29 août 1984 prévoit la suppression des congés s'il renonce à la libération conditionnelle). Parler de liberté

[117] Lazzarato 2000, p. 53 ; Foucault 2001j, p. 1560.

d'expression semble être trompeur, le condamné n'est pas libre d'exprimer sa vérité, il doit faire œuvre utile.

S'il paraît fort idéaliste de concevoir la rédaction du programme de reclassement comme la création d'une œuvre d'art, il semble également peu adéquat de concevoir ce programme comme le témoignage de l'obéissance du détenu à son souverain. Il n'est pas attendu que le programme de reclassement soit le simple témoignage d'humilité du détenu qui devrait accepter de mortifier sa volonté propre. Ce n'est pas une obéissance non finalisée (l'obéissance pour l'obéissance) qui est attendue du détenu. La rédaction d'un programme de reclassement ne doit pas être l'occasion pour le détenu de témoigner qu'il n'a « pas d'autre volonté que de n'avoir pas de volonté » et qu'il se soumet à un « salut » défini par un autre[118]. Il n'est pas attendu que le détenu obéisse à un schéma assurant la sécurité de la population construit entièrement par un tiers.

Cette invitation-exigence de « se dire » à travers la rédaction d'un plan de réinsertion relève à certains égards de la domination. Martuccelli propose de parler de domination lorsque les contraintes « ne sont nullement susceptibles d'être négociées stratégiquement par les acteurs »[119]. Le condamné est « obligé de choisir ce qui s'impose » pour assurer activement la sécurité de la population : il est invité à produire lui-même une vérité sur lui-même, il doit participer à son objectivation par « l'extraction de vérité qu'on lui impose »[120]. Bref, il devient sujet de sa construction en objet de connaissances. Le détenu aide donc le système pénal à connaître ses éventuelles faiblesses qui pourront être transformées par ce système en contre-indications à une libération.

Les condamnés sont conçus comme des acteurs ayant la capacité d'agir, de prendre une décision (« liberté-*agency* »), mais en même temps, il s'agit d'éviter qu'ils usent de leur liberté de choix (« liberté-*freedom* ») d'une mauvaise manière[121]. On stimule leurs capacités d'agir, mais, en même temps, on limite leur liberté

[118] Foucault 2004, p. 181.
[119] Martuccelli 2003, p. 6.
[120] Foucault 2004a, p. 188.
[121] Garland 1997, p. 197.

de choix. Il faut non seulement ne pas être un assisté et se montrer capable d'actions et d'initiatives (ex. : être auteur et réalisateur d'un plan de réinsertion), mais encore être « performant » dans les actions choisies, c'est-à-dire choisir les actions favorables à la sécurité (ex. : renoncer à sa liberté de choix si celle-ci conduit à des actions problématiques pour la sécurité d'autrui). Dans ces conditions, la résistance du condamné peut passer par le refus de sa libération conditionnelle (cf. *infra*).

D. Effectivité

Une précédente recherche[122] a montré que le programme de reclassement ne joue pas le rôle essentiel prévu par la législation. Un formulaire type, complété à la main par le détenu, est bien souvent fort ancien et ne correspond plus à sa situation actuelle. De simples attestations (fax d'une promesse d'embauche, d'un accord pour entreprendre une formation ou une guidance, …) pallient à l'absence du programme de reclassement ou rendent celui-ci caduc. Une analyse statistique a montré que la présence (ou non) et le contenu du programme de reclassement n'influencent pas significativement les différents décideurs. Les tentatives du détenu de se responsabiliser en proposant des activités, des moyens de subsistance et un milieu d'accueil ne sont pas prises fortement au sérieux. De tels résultats peuvent s'interpréter comme une dévalorisation, par les différentes instances, de la justification disciplinaire de la libération conditionnelle axée sur un lien fort « prison - décision de libération » et la difficulté de présenter des garanties sécuritaires lorsqu'on se situe toujours à ce moment « prison - décision de libération ». En conclusion, ces résultats illustrent les limites de la mise en œuvre et des effets de la responsabilisation à l'intérieur de l'institution carcérale.

[122] Slingeneyer 2014, p. 131-138.

4. Accepter formellement de respecter les conditions de la libération

A. Évolution historique

Dès 1888, la libération conditionnelle, même si elle est une mesure de faveur qui ne se demande pas[123], est soumise à l'acceptation du condamné. Le condamné ne devra se montrer « intéressé » qu'au moment d'accepter les conditions. L'arrêté royal du 1er août 1888 précise que l' « intéressé […] sera invité à déclarer qu'il accepte [les] conditions ». Formellement, cette acceptation se traduit par la signature d'un « procès-verbal » (art. 8).

La loi du 5 mars 1998 confirme cette exigence d'acceptation puisque « la libération n'est accordée que si le condamné accepte les conditions » (art. 4). La circulaire du 6 avril 1999 précise les formes de cette acceptation : le détenu marque son accord « en signant "pour accord" la copie de la décision de la commission »[124].

La loi du 17 mai 2006 n'innove pas en indiquant que le Tribunal de l'application des peines n'octroie la libération que « si le condamné marque son accord sur les conditions imposées » (art. 54).

Dans ces deux dernières lois, l'insistance grandissante sur les notions d'« acceptation » et d'« accord » du condamné

[123] Le détenu accessible à la libération conditionnelle n'est pas objectivé comme un sujet « entreprenant » et la discipline carcérale ne vise pas à ce qu'il se subjective ainsi : « La libération conditionnelle ne se demande pas : elle est une mesure administrative, dont l'initiative est prise par l'administration » (Ann. parl. Ch., 15 mai 1888, p. 1281). Ainsi, « les demandes […] adressées […] par les détenus eux-mêmes […] ne comportent […] aucune suite » (Circulaire du 10 novembre 1888). Le ministre de la justice de l'époque (Le Jeune) veut même que les propositions de libération conditionnelle soient traitées de manière confidentielle (Circulaire du 12 novembre 1890, art. 327 de règlement général du 30 septembre 1905). Cette initiative du ministre et de son administration et cette exigence de confidentialité peuvent s'analyser comme des conditions de possibilité d'un traitement moral efficace (s'il est informé de la procédure, le détenu pourrait se montrer hypocrite, cf. *supra*).

[124] Cette nécessité d'afficher la responsabilité du détenu se matérialise par une stricte conduite des conduites des acteurs du système pénal, puisque ceux-ci reçoivent des consignes précises pour leurs prestations professionnelles.

témoignent d'une contractualisation croissante du dispositif de la libération conditionnelle.

B. Contractualisation

En 1888, la figure du contrat semble être une notion peu adéquate pour décrire la situation dans laquelle se trouve le libéré : « Mais qui donc décidera que la condition a été remplie ou qu'elle a été violée ? […] Dira-t-on qu'il y a contrat ? »[125]. Progressivement, l'utilisation du vocable contractuel progresse même s'il s'agit d'une figure très particulière du contrat qui est mobilisé (1). Cette contractualisation permet d'interdire ou d'obliger des comportements au-delà de l'infraction pénale, elle aboutit donc à une légalisation d'un contrôle infrapénal (2). Cette contractualisation protège le système pénal car en cas de non-respect des conditions, elle permet de présumer la faute du libéré (obligation de résultat) et elle s'assure qu'une sanction forte puisse aisément être prise (clause pénale) (3).

(1) Contrat d'adhésion

Le « contrat »[126] par lequel le condamné accepte formellement de respecter les conditions à la libération est un « contrat d'adhésion ». Il s'agit d'un contrat dans lequel une des parties n'est pas effectivement en mesure d'en négocier le contenu. Malgré cette caractéristique, le contrat d'adhésion, comme tous les contrats, « fait loi entre les parties »[127].

L'objet premier d'un tel contrat est l'organisation de l'exercice d'un pouvoir[128]. Comme nous l'avons déjà indiqué, le contexte carcéral ne semble pas idéal pour que le détenu-

[125] Ann. parl. Ch., 15 mai 1888, p. 1277.
[126] Selon une conception juridique classique, le contrat se définit comme la rencontre entre une offre et une acceptation.
[127] Voy. C. civ., art. 1134.
[128] Supiot 2000 ; Supiot 2005.

contractant s'essaye à un exercice responsable de sa liberté qui soit dénué de domination (cf. *supra*)[129].

(2) Légalisation d'une infrapénalité

Le contrat permet de légaliser l'exigence de normalisation du comportement du condamné, tenu de respecter une série d'interdictions et d'obligations. Cette contractualisation légalise une infrapénalité qui ne permet plus au libéré de contester une réincarcération pour des faits qui ne sont pourtant pas constitutifs d'infractions[130]. Le contrat permet de légaliser la double exigence attendue des libérés : maximiser leur liberté-*agency* (être partie prenante à un contrat) et minimiser leur liberté-*freedom* (respecter des conditions infrapénales).

(3) Protection du système pénal

La contractualisation protège la sécurité du système pénal car en insistant sur l'acceptation formelle du condamné (cf. « en signant "pour accord" la copie de la décision de la commission »), elle rend évidente le renforcement de l'intensité des obligations contractuelles du libéré.

L'intensité des obligations contractuelles du libéré se rapproche de l'obligation de résultat (au sens civiliste du terme[131]). Cela signifie que, lorsque le résultat promis n'est pas atteint (c'est-à-dire lorsque les conditions ne sont pas respectées), le libéré est présumé en faute et que la charge de la preuve d'une cause étrangère exonératoire lui incombe.

---

[129] Robert & Frigon 2006, p. 317-318. Pour paraphraser Kaminski (2008), nous dirions que le contexte carcéral favorise davantage la « police du contrat » que la « politique de la responsabilité ».

[130] Par exemple, on peut retourner en prison si l'on n'honore pas un rendez-vous chez son thérapeute.

[131] En droit civil, une telle obligation est plus intense que l'obligation de moyen qui suppose uniquement que pour s'exécuter le débiteur se soit comporté comme « bon père de famille ». En d'autres termes, s'il n'a pas respecté son obligation mais qu'il s'est comporté de manière diligente et prudente, il n'a pas commis de faute et n'est pas tenu pour responsable.

Évoquer une telle obligation de résultat du libéré paraît particulièrement pertinent lorsque le décideur impose, en plus d'une condition substantielle, une condition corrélative de preuve. Les obligations du contrat ont souvent deux volets : faire ceci et en attester[132]. En paraphrasant Deleuze[133], nous dirions que la libération conditionnelle fonctionne à la fois comme un « mot d'ordre » (respect de la condition substantielle) et comme un « mot de passe » (respect de l'exigence de preuve). Dans le contexte sécuritaire, on a pu constater que cette exigence corrélative de preuve s'autonomisait pour devenir parfois aussi importante que la condition substantielle[134]. Le travail des assistants de justice est prioritairement conçu comme un travail de contrôle de la condition corrélative de preuve plutôt que comme un travail d'aide au respect de la condition substantielle[135]. Cette exigence continuelle de rapporter des preuves du respect des conditions semble contradictoire avec l'objectivation responsabilisante du libéré. En effet, n'est-elle pas paradoxale, l'injonction à l'autonomie et à la responsabilisation qui est perpétuellement contrôlée par autrui ? Devoir avouer constamment rend-il responsable ? La double attente en termes de liberté-*agency* et de liberté-*freedom* permet de lever ce paradoxe. Malgré l'injonction à maximiser sa liberté-*agency*, il persiste toujours un doute que cette population à risque use de manière dangereuse de sa liberté-*freedom*, rendue pratiquement possible par la libération.

En plus de faciliter la responsabilité du libéré en cas de non-respect des conditions, la contractualisation permet que cet échec soit fortement et aisément sanctionné. Tout se passe comme si le contrat dans lequel le détenu s'engage pour bénéficier de sa libération, était assorti d'une « clause pénale » (au sens civiliste de l'expression) prévoyant comme sanction à l'inexécution du contrat, un retour « naturel » en prison. Ce retour en prison paraît naturel puisqu'il se base sur des normes qui auront « la tâche d'établir et de présenter comme une vérité *de nature* la régularité des conduites

[132] Voy. Slingeneyer 2014.
[133] Deleuze 1990.
[134] Slingeneyer 2014.
[135] Ce qui n'empêche pas que ces assistants de justice peuvent résister à cette conception sécuritaire de leur travail ; Slingeneyer 2014.

prescrites par le pouvoir disciplinaire »[136]. Cette naturalité se propage aux sanctions qui répriment les écarts constatés à cette régularité et ce d'autant plus facilement qu'il y a un contrat (puisque la norme violée a fait l'objet d'un accord entre deux volontés « libres et égales »). Cette clause pénale se base sur une conception « volontariste » du contrat, conception particulièrement osée à défendre puisqu'il s'agit d'un contrat d'adhésion[137].

C. Refus

Pour Foucault, le pouvoir est indissociable de la liberté. En effet, une « relation de pouvoir, c'est un mode d'action qui n'agit pas directement et immédiatement sur les autres, mais qui agit sur leur action propre »[138]. Cela implique que la personne sur laquelle la relation de pouvoir s'exerce soit reconnue comme sujet d'action et que s'offrent à elle différentes réactions possibles. Le moment de la décision d'acceptation de la libération conditionnelle est un moment clé où le détenu peut faire acte de résistance en la refusant[139]. Le détenu dispose d'un espace de liberté en ce qui concerne sa capacité de penser ; il peut décrire sa situation d'une manière différente de ce qu'on lui « propose »[140]. Cette idée générale ne doit pas éclipser le fait que l'offre de libération conditionnelle est une offre qu'il est difficile de décliner (ainsi, en cas d'accord, peut-on parler d'un consentement véritable ?).

---

[136] Bertani 2001, p. 18, nous soulignons.
[137] Kellerhals *et al.* 1993. En plus de la conception volontariste, ces auteurs évoquent la conception providentialiste (lorsque les individus entrent en rapport avec des organisations, les termes du contrat ne peuvent être conçus comme le produit de deux volontés égales et les individus doivent être protégés) et la conception finaliste (le contrat est jugé en fonction des conséquences qui en résultent pour les individus).
[138] Foucault 2001c, p. 1055.
[139]Faire l'analyse du gouvernement ne revient pas uniquement à s'intéresser au comment nous exerçons une autorité sur les autres, mais également au comment nous nous gouvernons nous-même (Dean 1999, p. 12). Les pratiques de soi sur soi peuvent être dépendantes des pratiques de gouvernement (comment nous sommes sommés de nous gouverner nous-même), mais elles peuvent aussi être des moyens de résistance aux pratiques de gouvernement (Dean 1999, p. 13).
[140] Dean 1999, p. 15.

En 1888, le condamné est objectivé comme « réceptif au traitement moral », ce qui fait que le détenu amendable et en partie amendé est censé « choisir ce qui s'impose »[141], c'est-à-dire qu'il est censé accepter la libération conditionnelle. Ainsi, on parle de l' « arrêté qui *ordonne* la mise en liberté » ou du « condamné primaire [qui] *doit* bénéficier rapidement d'une libération conditionnelle […] »[142]. Cependant, l'hypothèse d'un refus du condamné[143] fut envisagée dès les travaux préparatoires de 1888 car la libération conditionnelle peut être perçue comme un « redoublement de la sévérité ». En effet, les condamnés qui n'ont à subir que quelques mois de prison peuvent ne pas désirer « rester sous la main du gouvernement pendant de longues années »[144]. La réponse du ministre Le Jeune sur un ton ironique, ne cache guère son embarras face à ce qui risque de gripper l'entreprise de disciplinarisation : « Me voici parfaitement édifié à son sujet […]. Vous n'aimez pas cet engagement trop vague de ne pas vous livrer à l'inconduite, […] ce n'est pas pour les personnages de votre espèce que la libération conditionnelle est faite ; restez en prison, jusqu'à l'expiration de votre peine et, à votre sortie, j'aurai soin de vous surveiller particulièrement ! »[145]. Celui qui ne se montre pas « intéressé » est suspect.

Se montrer indiscipliné ou s'opposer à la sécurité de la population (en effet, progressivement l'intérêt pour la sécurité va s'autonomiser de l'objectif disciplinaire ; cf. *supra*) peut exposer les condamnés réfractaires à des sanctions « souveraines ». Ainsi, la circulaire du 29 août 1984 fait du refus de libération conditionnelle par le détenu, une « contre-indication nouvelle » qui s'oppose à l'octroi des congés[146].

---

[141] Rose 1996.
[142] Arrêté royal du 1er août 1888, art. 7, nous soulignons ; circulaire du 6 juin 1952, nous soulignons.
[143] Le premier cas de refus d'un condamné date de 1894 (Doc. parl. Ch., 1895-1896, 3, p. 3).
[144] Ann. parl. Ch., 11 mai 1888, p. 1252 et 1265.
[145] Ann. parl. Ch., 11 mai 1888, p. 1258.
[146] Le refus du criminel-*homo oeconomicus* aura un coût, à moins que cet « aménagement du milieu » (cf. *supra*) ne modifie son calcul et le pousse à accepter la libération conditionnelle.

À nouveau, dans les dispositions légales de 1998 et 2006, l'hypothèse du refus fut envisagée. Si un détenu exerçait sa liberté dans un sens non souhaité, des techniques punitives souveraines sont également prévues pour tenter de modifier son choix moins sécurisant. La circulaire du 6 avril 1999 prévoit que si « entre le moment de la notification de la décision et le moment où [la libération conditionnelle] peut effectivement être exécutée, un congé pénitentiaire ou une permission de sortie sont envisagés, il importe de s'assurer au préalable de l'accord du condamné sur les conditions imposées ». La libération conditionnelle n'est alors pas qu'un droit-faveur mais elle devient également une contrainte pour le condamné : celui-ci doit respecter les résultats des évaluations sécuritaires[147] (axées prioritairement sur le risque de récidive) qui l'ont placé dans un groupe pour lequel la libération conditionnelle paraît adéquate.

En nous basant sur la distinction entre stratégie et tactique proposée par de Certeau, nous analysons le refus du condamné à sa libération conditionnelle comme une contre-conduite stratégique. La stratégie cherche « à distinguer d'un "environnement" un "propre", c'est-à-dire le lieu du pouvoir et du vouloir propres »[148]. La tactique est « l'action calculée que détermine l'absence d'un propre, […] [elle] n'a pour lieu que celui de l'autre. […] Elle fait du coup par coup. Elle profite des "occasions" »[149]. Accepter ou être demandeur d'une libération conditionnelle renverrait à de l'enrôlement ou à de la conformité tactique[150] alors que refuser une libération conditionnelle, c'est vouloir « circonscrire un propre dans un monde ensorcelé par les pouvoirs invisibles de l'Autre »[151], c'est s'engager dans la formation future d'un propre, c'est-à-dire d'un lieu qui ne sera pas « ensorcelé » par des conditions à respecter pendant un délai d'épreuve. Ce refus

[147] La pression de respecter les évaluations sécuritaires est particulièrement forte lorsque ces évaluations se basent sur des techniques actuarielles d'évaluation des risques (Slingeneyer 2007 ; Slingeneyer 2017). En effet, en permettant de déterminer les catégories de délinquants auxquels la libération conditionnelle est « destinée », ces techniques statistiques sont porteuses d'une « vérité » que tant les gouvernants que les gouvernés sont censés respecter.
[148] De Certeau 1980, p. 85.
[149] De Certeau 1980, p. 86.
[150] Chantraine & Cauchies 2006, p. 18.
[151] De Certeau 1980, p. 85.

stratégique cherche à faire gagner le « lieu sur le temps »[152] : c'est refuser de devoir continuellement ruser avec l'ennemi par une habile utilisation du temps, c'est croire à la formation d'un lieu hors de la portée de l'ennemi.

Refuser une libération conditionnelle, c'est refuser un « délai d'épreuve » dans lequel il faut jouer un jeu, celui de se montrer prudent, responsable lors de contacts avec un tiers-contrôleur qui est guidé par la preuve du respect des conditions. Ce jeu est une « épreuve », dans son double sens de « probation » et de « peine endurée »[153], puisqu'il rappelle à chaque instant à celui qui y consent son statut anthropologique particulier (en effet, pendant ce délai d'épreuve, il pourrait être conduit en prison pour des faits qui ne sont pas susceptibles de la même conséquence s'ils étaient posés par d'autres[154]).

Refuser la libération conditionnelle, c'est la critiquer de manière « radicale »[155] puisqu'un tel refus disqualifie la libération conditionnelle en tant qu'épreuve, ce n'est pas comme cela que les individus révèlent « ce dont ils sont capables […], ce dont ils sont faits »[156]. La disqualification de la libération conditionnelle en tant qu'épreuve se base sur le fait qu'elle ne peut s'apprécier véritablement sous le rapport de la justice. En effet, elle est trop fortement marquée par l'indétermination, elle ne peut pas être assez spécifiée et reste donc « ouverte à un affrontement entre des êtres saisis sous n'importe quel rapport et engageant n'importe quelle force (ce qui pourrait être une des caractérisations de la violence) »[157]. L'indétermination est particulièrement marquée lorsque la loi permet la révocation de la libération sans qu'il y ait une infraction pénale (puisqu'un comportement infrapénal mettant « en péril l'intégrité physique ou psychique de tiers »[158] suffit).

[152] De Certeau 1980, p. 85.
[153] Ricoeur 2004, p. 8.
[154] Ce retour en prison apparait bien entendu comme la « peine endurée » la plus forte et la plus visible, mais il ne doit pas faire oublier les possibles peines plus subtiles, diffuses et continues ressenties par un individu objet d'un tel mécanisme de contrôle.
[155] Voy. le sens donné à ce mot par Boltanski (2009, p. 163).
[156] Boltanski & Chiapello 1999, p. 74.
[157] Boltanski & Chiapello 1999, p. 74.
[158] Loi du 17 mai 2006, art. 64.

III. Composition et modalités de fonctionnement de l'instance qui octroie la libération

Deux caractéristiques résument l'évolution de la prise de décision en matière de libération conditionnelle : une judiciarisation (1) et un intérêt pour la pluridisciplinarité (2). Une fois ces caractéristiques exposées, nous pourrons aborder les modalités de la prise de décision (3).

1. Judiciarisation et juridification

En 1888, l'intervention d'un juge dans la procédure de libération conditionnelle n'est pas une question fortement débattue[159]. Les détenus ne sont pas objectivés comme des sujets de droits et la compétence décisionnelle du ministre de la Justice parut une évidence. Le traitement moral des condamnés doit se baser davantage sur des savoirs indiquant des « nécessités scientifiques » que sur des savoirs donnant une place importante aux « limitations juridiques ». Il est clair que le ministre Le Jeune, proche du l'École de Défense sociale, perçoit la judiciarisation comme un frein puisque les juges seraient davantage proches de l'École de droit pénal classique[160]. Pour privilégier la notion de « dangerosité » par rapport à celles de culpabilité et de responsabilité pénale, il n'est pas paru pertinent au ministre Le Jeune de valoriser la figure du juge pénal.

Le transfert de compétence du ministre (sous le régime de la loi du 31 mai 1888) à une juridiction administrative (en 1998) puis à une juridiction de l'ordre judiciaire (en 2006) témoigne d'une judiciarisation[161] croissante de la prise de décision en matière de libération conditionnelle. On est en effet passé de l'arrêté de

[159] Ann. parl., Ch., 11 mai 1888, p. 1264 ; Doc. parl. Ch., 1887-1888, 172, p. 5.
[160] Dupont 1988.
[161] La judiciarisation vise « le fait de soumettre le contrôle d'une situation à un juge […], chargé de statuer en droit, de manière motivée, et dans le respect du contradictoire » (Beernaert 2008, p. 199). Ainsi, la judiciarisation désigne « l'extension considérable du rôle joué par l'appareil judiciaire dans le traitement de problèmes qui échappaient auparavant à l'emprise de la justice en tant qu'institution » (De Coninck & Hubert 2005, p. 134).

libération du Ministre de la justice au jugement du Tribunal de l'application des peines (ci-après abrégé TAP) en passant par la décision de la Commission de libération conditionnelle (ci-après abrégée CLC). Cette judiciarisation amène à une juridicisation[162]. La sollicitation du droit comme modèle de traitement et de gestion des questions qui sont soumises à la CLC ou au TAP apparaît évidente pour leurs membres (qu'ils soient juristes ou non ; cf. *infra*).

Les effets de cette judiciarisation peuvent faire l'objet d'analyses quasi opposées. Selon un premier scénario, que nous qualifions de « pessimiste » ou de « négatif », il faut craindre que la juridicisation et la judiciarisation de la procédure dans un système traditionnellement qualifié de « faveur » complexifient la position du candidat à la libération conditionnelle. Selon un second scénario, que nous qualifions d'« optimiste » ou de « positif », il y a beaucoup à espérer d'un « droit-bouclier »[163].

Selon le scénario optimiste, la judiciarisation de la procédure de libération conditionnelle peut mettre au jour les logiques disciplinaire et sécuritaire à l'œuvre en prison et ainsi aider à leur résister[164]. La reconnaissance de droits aux détenus au sein de la prison permet de questionner sa « rationalité dominante »[165]. Revendiquer des droits pour les détenus c'est contester une disqualification du détenu, que celle-ci soit biologique, psychologique ou sociale[166]. Cette revendication est essentielle

[162] Ces judiciarisation et juridicisation, en augmentant le poids de la loi dans l'exécution des peines, actualisent les relations entre le pouvoir de punir et la « science pénitentiaire » (Foucault 1975, p. 296) dans un sens, une direction qui peut troubler celui (Foucault évoque la figure de l'historien par opposition à celle du généalogiste) qui cherche à présenter une suprématie rationnelle, linéaire, chronologique, nécessaire, objective et continue du normalisateur sur le souverain, du corriger sur le punir, de la criminologie sur le droit pénal classique. Or, en tant qu'événement, cette judiciarisation n'est pas la conséquence logique d'une origine, elle est un « bibelot politique d'époque » (Veyne 1996, p. 389), une tactique dont l'apparition est pour partie contingente. En Belgique, l'affaire Dutroux a donné un coup d'accélérateur à la réforme qui était dans les cartons du ministre de la Justice de l'époque.
[163] Cartuyvels *et al.* 2007.
[164] Bérard & Chantraine 2007 ; Chantraine & Kaminski 2007.
[165] Chantraine & Kaminski 2007, p. 3
[166] Pires 1991.

pour que le détenu reste un « citoyen-sujet de droit à part entière »[167]. L'outil « droit » (ex. : motivations des décisions[168], contrôle de la Cour de cassation…) permet, dans un contexte où la « culture du contrôle »[169] se fait ressentir fortement, de maintenir une certaine modération des politiques pénales et de protéger la vie privée du libéré qu'un pouvoir axé sur la normation peut mettre à mal[170].

Selon le scénario pessimiste, la judiciarisation de la procédure aboutit à la légalisation des excès des pouvoirs disciplinaire et sécuritaire ; c'est légalement que la libération conditionnelle fonctionne comme une discipline et surtout comme un dispositif de sécurité. C'est légalement que les membres de la CLC ou du TAP gouvernent autrui à travers la production de vérités : un certain nombre de savoirs vont être secrétés, au sein même du droit, avec des effets de normalisation[171].

Di Vittorio [172] tire une conséquence pratique de cette articulation plus complexe entre ces différents pouvoirs : il est davantage difficile de résister à une configuration concrète de pouvoirs peu homogènes, c'est-à-dire une configuration qui mixe finement différentes rationalités. Cette articulation produit des excès de pouvoir. La réversibilité des jeux de pouvoirs est rendue plus ardue pour les détenus. Ainsi, les refus ou les révocations de la libération conditionnelle sont particulièrement faciles à motiver car elles peuvent puiser dans une palette d'objectivations différentes du condamné qui finissent par s'entremêler (pas assez responsable

[167] Kelk 1993, cité par Snacken 2002, p. 138 ; Snacken 1990.
[168] Cette avancée est explicitement soulignée dans les travaux parlementaires : « La procédure administrative de la libération conditionnelle, dans laquelle le ministre de la Justice décide, de manière discrétionnaire et sans la moindre obligation légale de motivation […] peut être rangée dans ce que l'on appelle parfois "les situations moyenâgeuses dans les prisons". » (Doc. parl. S., 1996-1997, 589/7, p. 17).
[169] Garland 2001.
[170] De Hert, Gutwirth, Snacken & Dumortier 2007, p. 251 ; Snacken 2006.
[171] Legrand 2007a, p. 75. Cet argument se base sur un antijuridisme foucaldien : « ce n'est pas en recourant à la souveraineté contre la discipline qu'on pourra limiter les effets mêmes du pouvoir disciplinaire […], droit de la souveraineté et mécanisme disciplinaire sont deux pièces absolument constitutives des mécanismes généraux de pouvoir dans notre société » (Foucault 2001k, p. 189).
[172] Di Vittorio 2005.

car pas assez puni, pas assez puni car pas assez utile ni docile, …[173]). De même, l'affirmation, par la loi du 17 mai 2006, d'un droit[174] à la libération conditionnelle n'apporte guère de sécurité juridique au détenu (puisque les contre-indications sont nombreuses et floues[175]) mais cette affirmation empêche néanmoins de qualifier le système « de faveurs ». La jouissance effective d'un droit dépend d'une « normation ». Les détenus se voient octroyer des droits mais, en même temps, sont incités à les exercer d'une manière précise, responsable (cf. *supra* la distinction entre liberté-*agency* et liberté-*freedom*)[176]. Étrange droit que celui qui vous oblige, pour en jouir, d'en octroyer un autre au souverain lui permettant de vous réincarcérer si votre comportement ne témoigne pas de la normation voulue. Cette affirmation du droit à la libération conditionnelle témoigne d'un « recours au discours

[173] La citation suivante, issue des travaux parlementaires, illustre l'instrumentalisation du droit (pouvoir souverain) par les normes (pouvoirs disciplinaire et sécuritaire) : « Le premier pas consiste pour l'auteur à ouvrir les yeux et à arriver à une certaine prise de conscience vis-à-vis de la victime. […] Un détenu ne pourra plus soutenir qu'il a acquitté sa dette envers la société par le simple fait d'avoir 'fait' un certain nombre d'années de prison » (Doc. parl. Ch., 1996-1997, 1070/8, p. 179).

[174] La situation était différente durant la période régie par la loi de 1998. En effet, selon une jurisprudence de la Cour de cassation, le détenu n'a pas de droit à la libération conditionnelle (qui reste donc une mesure de faveur) car la CLC peut refuser la mesure, même si elle constate que les conditions légales requises sont remplies : « Attendu que [l'article 2 de la loi du 5 mars 1998] ne confère aucun droit à la libération conditionnelle au condamné qui remplit ces conditions, mais se borne à en interdire l'octroi lorsque les conditions requises ne sont pas réunies […] ». La Cour de cassation a également indiqué dans une jurisprudence constante que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme ne s'applique pas (Cass., 25 janvier 2000, *Pas.*, 2000, p. 65). La substitution des CLC par les TAP ne modifie pas la situation (Cass. 10 octobre 2007, *R.D.P.C.*, 2008, p. 150-156). La fonction « bouclier » du droit est plus potentielle que réelle. On semble bien éloigné d'un « nouveau droit » que Foucault espère « anti-disciplinaire [et] en même temps affranchi du principe de souveraineté » (1997, p. 35), d'un droit des gouvernés qui leur permette d'exercer une résistance dans le cadre d'un « contrôle non disciplinaire de soi [et] des autres » (Beaulieu 2005, p. 45 et 49).

[175] Slingeneyer 2014.

[176] Tout se passe comme si la reconnaissance de droits aux détenus les priverait d'une critique basée sur la domination subie. Martucelli (2003, p. 9) estime en effet que la notion de domination évolue d'une situation d'une injustice collective à celle d'un non-respect de l'individu. Dès lors, la reconnaissance de droits donne l'impression d'un respect et donc de l'absence d'une domination.

pour masquer des faits qui en contredisent le contenu »[177]. La judiciarisation permet de masquer une part importante du pouvoir et donc de le rendre tolérable (cf. *supra*).

La différence entre les deux scénarios est liée à l'impact de l'introduction du droit dans le dispositif de la libération conditionnelle. Nous pensons que cet impact doit s'analyser différemment lorsque la libération est « automatique » et lorsqu'elle suppose une décision individualisée. Favoriser une libération individualisée, c'est défendre un pouvoir sur les individus intrinsèquement limité par un régime de vérité (basé sur une évaluation des effets de la libération sur la sécurité) alors que défendre une libération automatique, c'est défendre un pouvoir sur les individus extrinsèquement limité par le droit. Dans les deux cas, les limitations (interne et externe) du pouvoir sont formulées en droit, mais le rôle du droit n'est pas identique. Dans le cas de la libération automatique, le droit s'oppose réellement au pouvoir sécuritaire (de l'extérieur) tandis que dans le cas de la libération évaluée individuellement, on formule en droit l'autolimitation (interne) de ce pouvoir[178]. Dans le premier cas, le droit peut jouer un rôle de « bouclier » face au pouvoir sécuritaire tandis que dans le second, il risque au contraire de déforcer le gouverné en complexifiant l'articulation des pouvoirs.

2. Composition pluridisciplinaire

Les CLC et les TAP sont composés de manière pluridisciplinaire. En effet, ces deux instances sont composées « d'un juge effectif du tribunal de première instance [qui préside], d'un assesseur en matière d'exécution des peines et d'un assesseur en matière de réinsertion sociale »[179].

---

[177] Pascual 2005, p. 145. Certains auteurs craignent une instrumentalisation des droits de la défense ; la présence d'un avocat de la défense a pour « fonction d'assurer que les droits [du détenu] ont été *formellement* respectés de manière à pouvoir prendre à son égard des mesures *matérielles* dictées par des impératifs d'ordre sécuritaire » (Moreau & Hoffmann 2008, p. 192).

[178] Foucault 2004b, p. 39.

[179] Loi du 18 mars 1998, art. 3. Dans la loi du 17 mai 2006, les titres des assesseurs deviennent : « assesseur en application des peines spécialisé en matière

Pour dire le droit, le juge s'entoure de « personnages extra-juridiques »[180] et de leurs savoirs utiles à la normation[181]. Cette composition, qui rappelle la figure hybride du « juge-médecin », témoigne de l'articulation entre les effets de « juridiction » et de « véridiction » qui sont à l'œuvre dans les pratiques de ces décideurs[182]. La présidence de ces instances par un juge professionnel rappelle l'importance de produire le juste en « disant le droit ». Mais ces pratiques juridiques sont articulées à une vérité que les savoirs (en sciences humaines) des assesseurs sont censés produire. Il s'agit donc d'un « complexe scientifico-judiciaire »[183] dans lequel la décision souveraine (la décision de prélèvement comme un refus de la libération conditionnelle et la décision de clémence, de limitation du prélèvement comme un octroi de libération conditionnelle) se voit mis en œuvre moins à partir d'une loi ou d'un principe moral qu'à partir de savoirs où le critère du vrai et du faux est à la fois réglé et pertinent[184].

Cette composition hybride a fait débat lors des travaux parlementaires de la loi de 1998. Ses partisans soulignent les limites d' « un raisonnement purement juridique » tout en indiquant que « l'un des maux dont souffre le monde judiciaire est précisément son manque d'ouverture à l'égard des cultures non juridiques »[185]. Ses détracteurs justifient une composition exclusive de magistrats parce que la liberté individuelle est en jeu ou encore

pénitentiaire » et « assesseur en application des peines spécialisé en réinsertion sociale » (art. 5).

[180] Foucault 1975.

[181] Les travaux parlementaires évoquent la question : « Si, pour décider de la libération conditionnelle, on appliquait exclusivement des critères juridiques au sens large du terme, il est évident que ces commissions de libération conditionnelle seraient composées uniquement de magistrats. Il ressort, en effet, du projet de loi relative à la libération conditionnelle que les critères sur la base desquels on décidera […] sont plutôt d'ordre criminologique, sociologique et psychique. La présentation d'un plan de reclassement, par exemple, est davantage une question psychologique et sociologique qu'une question judiciaire. » (Doc. parl. S., 1996-1997, 589/7, p. 24-25).

[182] Foucault 2001l.

[183] Foucault 1975, p. 30. L'institution judiciaire « s'intègre de plus en plus à un continuum d'appareils (médicaux, administratifs, etc.) dont les fonctions sont surtout régulatrices » (Foucault 1976, p. 190).

[184] Foucault 2004b, p. 21.

[185] Doc. parl. Ch., 1996-1997, 1070/8, p. 34 et 98.

parce que les « experts » sociologues, criminologues ou psychologues se centrent trop sur la situation de l'intéressé et ce au détriment des victimes et de la sécurité publique[186]. Ainsi, certains amendements (non retenus) ont proposé le remplacement de l'assesseur en matière de réinsertion sociale par un « assesseur en matière de victimologie » ou un « assesseur en matière de défense des victimes »[187]. Le ministre a défendu la composition de la CLC en rappelant que le parquet près la CLC est « le garant de la défense des intérêts de la victime »[188]. Mais il prit garde à ne pas s'opposer de front à cette demande favorable aux victimes : « On ne peut être un spécialiste de l'exécution des peines et de la réinsertion et ignorer les victimes ! »[189].

Le type de formation disciplinaire[190] dont les assesseurs sont censés être les représentants est suffisamment indéterminé (la nature de leurs diplômes n'est pas précisée) pour permettre des fluctuations quant à l'objet de leur savoir : s'agit-il de dire le vrai directement à propos du délinquant ou à propos des conséquences de sa libération pour la sécurité de la population et du système pénal lui-même[191] ? Cette indétermination permet d'affirmer que le tribunal ne doit pas se limiter à la recherche d'une vérité unique mais doit collecter des informations venant de disciplines diversifiées qu'il s'agit d'utiliser en complémentarité[192] : « On ne peut juger du "danger pour la société" qu'en réunissant des gens de disciplines différentes pour examiner tous les aspects du dossier »[193]. La composition pluridisciplinaire de la CLC confirme

[186] Ann. parl. S., 17 juillet 1997, p. 3459 ; Doc. parl. Ch., 1996-1997, 1070/8, p. 93 ; Doc. parl. S., 1996-1997, 589/7, p. 95.
[187] Doc. parl. Ch., 1996-1997, 1070/8, p. 92-93 et 180.
[188] Doc. parl. Ch., 1996-1997, 1070/8, p. 94.
[189] Doc. parl. S., 1997-1998, 852/3, p. 3.
[190] Il est frappant de constater que la question des savoirs jugés pertinents ne concerne pas seulement les assesseurs mais aussi le juge. En effet, la loi du 18 mars 1998 prévoyait que les juges titulaires d'un diplôme de criminologie soient désignés par préférence pour présider une CLC. La loi du 17 mai 2006 instaurant les tribunaux de l'application des peines prévoit que les juges doivent avoir suivi une formation continue spécialisée.
[191] Nous ne pensons pas que la question appelle une réponse exclusive ; la gouvernementalité actuelle s'intéressant à la fois à tous et à chacun, les objets des savoirs sont multiples.
[192] Ewald 1986 ; Cliquennois 2006.
[193] Doc. parl. S., 1996-1997, 589/7, p. 33.

indirectement le statut « dangereux » de la sous-population a traiter lorsqu'il fut question de justifier la limitation dans le temps des mandats des membres de cette Commission : ceux-ci « sont confrontés jour après jour […] à des individus qui transgressent les normes [et] quand on est confronté en permanence à une *certaine frange de la société*, on risque de croire que toute la société fonctionne de cette manière »[194].

On peut se demander si une décision prise par une CLC ou un TAP dans laquelle siège un expert en « réinsertion sociale » favorise réellement la réinsertion du condamné. La présence de ce spécialiste permet plutôt de fournir une expertise quant aux risques de récidive liés à des problèmes de réinsertion. La mise en œuvre d'une politique disciplinaire suppose que les savoirs psychosociaux soient mobilisés davantage en aval et en amont de la prise de décision de libération conditionnelle qu'au moment de celle-ci. En amont, lorsqu'il s'agit d'aider le détenu à rédiger un programme de reclassement, en aval, lorsqu'il s'agit de soutenir le libéré pendant le délai d'épreuve. Il semblerait donc que le caractère pluridisciplinaire des CLC et des TAP soit également colonisé par un objectif sécuritaire puisqu'une telle composition pluridisciplinaire est conçue comme un instrument pour « juger du danger pour la société » que pourraient faire courir les délinquants libérés[195].

Une composition spéciale élargie a été introduite par la loi du 17 mars 2013 pour les condamnés à une peine privative de liberté de trente ans ou à une peine privative de liberté à perpétuité, assortie d'une mise à la disposition du TAP. Pour ces condamnés, le siège de cette juridiction passe de trois à cinq membres ; sont en effet rajoutés deux juges du tribunal correctionnel. Cette composition élargie permettrait, selon leurs partisans, de bénéficier « d'un éclairage complémentaire donné par des magistrats disposant d'une expertise en matière de sanctions et plus particulièrement sur la corrélation entre la nature de la peine

[194] Doc. parl. S., 1996-1997, 589/7, p. 25-26, nous soulignons.
[195] Doc. parl. S., 1996-1997, 589/7, p. 33. La colonisation sécuritaire n'est pas totale puisque les savoirs mobilisés pour juger du danger ne sont pas des savoirs statistiques mais des savoirs psychosociaux. Il y a donc, encore une fois, une instrumentalisation des savoirs disciplinaires à des fins sécuritaires.

prononcée et la nature des faits commis par le condamné »[196]. Il s'agirait de « renforcer l'expertise » des TAP grâce aux savoirs de deux « experts en fixation de la peine »[197]. Cet argument étonne : en quoi des experts en « fixation de la peine » sont-ils requis au moment où il est question de voir si le plan de réinsertion du condamné est cohérent et s'il n'y a pas de contre-indications à la libération liées aux perspectives de réinsertion sociale, aux risques de récidive et d'importuner les victimes ? Ce ne sont donc pas des savoirs « juridiques » axés sur la « condamnation »[198] qui semblent centraux à ce moment. On fait en fait revenir des spécialistes en « rétribution » (la peine est tournée vers le « passé ») à un moment qui mobilise davantage la notion de « réinsertion » (la peine est tournée vers l'« avenir »). Or, la question de la « fixation » de la peine (et l'objectif de rétribution qui y est attaché) ne doit plus guider le raisonnement à ce moment puisque si le TAP est amené à se prononcer, c'est que la partie incompressible de la peine a été purgée en cellule.

3. Modalités de prise de décision

Les décisions des CLC se prenaient en principe à la majorité des voix. L'exigence d'unanimité est justifiée dans l'exposé des motifs pour des situations qui risquent de poser des problèmes de sécurité pour la population : il s'agit d'offrir « autant de garanties que possibles à la défense sociale »[199]. Cette exigence d'unanimité est une technique sécuritaire de réduction des risques qui se branche à une décision juridique souveraine (d'un tribunal pénal) comme en témoignent les deux circonstances dans lesquelles une telle exigence est prévue. Le premier cas vise le condamné à une seule peine de dix ans ou plus, le second vise le condamné primaire ayant subi moins de la moitié de ses peines d'emprisonnement[200].

[196] C.C., 28 janvier 2015, n°10/2015, cons. A.2.2.
[197] Doc. parl., Ch., 2012-2013, 2603/4, p. 8 ; Doc. parl., S., 2012-2013, 1953/3, p. 33.
[198] La « problématique » à laquelle ces deux magistrats du tribunal correctionnel sont « familiarisés » (cf. *supra*) est celle de la condamnation. Voy. Kaminski 2015.
[199] Doc. parl. Ch., 1996-1997, 1070/1, p 20.
[200] Loi du 5 mars 1998, art. 4 §4.

Dans le premier cas, une décision juridique souveraine au temps t est présentée comme capable d'informer sur la vérité du risque de récidive d'un individu au temps t+1. Ce qui revient à dire que si le juge pénal condamne à une peine égale ou supérieure à dix ans, c'est que le risque de récidive est élevé. Il est rare de voir un savoir sécuritaire dépendre aussi directement (et de manière si peu convaincante) d'un savoir juridique ! Dans le second cas, on crédibilise indirectement la disciplinarisation effectuée en prison puisque une longue période (plus de la moitié) permet d'être rassuré sur les risques de récidive (puisqu'on peut alors se baser sur une décision prise à la majorité). Un tel raisonnement étonne vu les difficultés en termes de réinsertion sociale liées aux longues peines et aux effets de « prisonniérisation » de celles-ci. Il paraît plus convainquant de présenter simplement ces modalités de prises de décisions comme liées à une rationalité souveraine et donc liées à un besoin de punitivité, sans faire le détour par une (fumeuse) évaluation du risque de récidive.

Les TAP prenaient leurs décisions à la majorité jusqu'à une modification légale de 2013. La loi du 17 mars 2013 déjà évoquée prévoit que pour les catégories de condamnés devant passer devant un siège à cinq juges (cf. *supra*), la décision doit se prendre à l'unanimité. Cette modification légale fut justifiée de deux manières.

Premièrement, cette exigence permet « d'obtenir les garanties maximales que la décision la plus adéquate soit prise »[201]. Ce premier argument présuppose que la décision la plus « frileuse » est toujours la plus adéquate. La règle de l'unanimité n'offre pas les garanties maximales qu'une décision la plus adéquate soit prise mais bien que les garanties maximales que la décision de refus soit prise. Cela traduit l'idée que la protection de la sécurité est, face à certaines catégories de délinquants, davantage assurée par une neutralisation carcérale que par une libération contrôlée et basée sur un projet de reclassement social.

Deuxièmement, l'unanimité permet également d'éviter que le « juge professionnel puisse être mis en minorité par deux

[201] C.C., 28 janvier 2015, n°10/2015, cons. A.2.2.

assesseurs »[202]. Le second argument illustre une manière de raisonner par « catégories » (on postule chez quelqu'un un certain nombre de traits en raison de son appartenance à une catégorie). Tout comme il y a des catégories de délinquants plus dangereux que d'autres (cf. *supra*), il y a des catégories de décideurs (ici, les assesseurs), moins doués que d'autres. Ce raisonnement contraste avec la position du législateur de 2006 qui s'était prononcé en faveur d'une « pluridisciplinarité réfléchie » : l'assesseur spécialisé en matière pénitentiaire et l'assesseur spécialisé en réinsertion sociale ont « une excellente connaissance des difficultés sociales, économiques et autres auxquelles les justiciables sont confrontés de manière quotidienne. Ils connaissent également mieux le réseau social local et les ressources psycho-médico-sociales sur lesquelles les libérés doivent pouvoir s'appuyer dans le cadre de leur réinsertion »[203].

Conclusion

Ce tour de la législation belge relative à la libération conditionnelle montre que la notion de réinsertion sociale n'a pas été à l'origine la notion centrale. En effet, en 1888, date de l'apparition du dispositif de la libération conditionnelle en Belgique, elle était clairement à l'ombre de la notion d'amendement. Ce n'est que progressivement que la disciplinarisation s'est comprise comme un traitement social davantage que comme un traitement moral. Ce n'est que progressivement que le projet de disposer de corps « utiles » a primé sur le projet de disposer de corps « dociles ».

Une deuxième modification se traduit par la montée en puissance d'une utilité concurrente, faisant de la réinsertion sociale non pas tant la justification de la libération conditionnelle qu'une de ses contre-indications. La montée en puissance de la notion de risque de récidive signale que la libération conditionnelle n'est pas tant utile lorsqu'elle permet la réinsertion sociale des condamnés mais lorsqu'elle permet à la population (et au système pénal lui-

[202] C.C., 28 janvier 2015, n°10/2015, cons. A.2.2.
[203] Doc. parl., Ch., 2005-2006, 2170/010, p. 54.

même) d'être en sécurité, et ce par des techniques davantage sécuritaires que disciplinaires. Ou, pour le dire de manière plus nuancée : lorsque la réinsertion sociale est moins un objectif en soi qu'un moyen d'atteindre la sécurité et ce par un enchevêtrement de techniques disciplinaires et sécuritaires.

Enfin, plus récemment, la notion de réinsertion sociale du condamné se voit concurrencée par des techniques légales souveraines davantage rétributives et axées sur les victimes.

Bibliographie

Beaulieu 2005
BEAULIEU (A.), « La transversalité de la notion de contrôle dans le travail de Michel Foucault », in *Michel Foucault et le contrôle social*, sous la direction de BEAULIEU (A.), Saint-Nicolas, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 35-54.

Beernaert 2008
BEERNAERT (M.-A.), « Le statut juridique externe des condamnés à des peines privatives de liberté de trois ans ou moins », in *L'exécution des peines privatives de liberté. Regards croisés*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 197-239.

Bérard & Chantraine 2007
BÉRARD (J.), CHANTRAINE (G.), « Ai-je le droit d'avoir des droits ? », *Vacarme*, 38 (2007), p. 52-56.

Bertani 2001
BERTANI (M.), « Sur la généalogie du bio-pouvoir », in *Lectures de Michel Foucault. À propos de « Il faut défendre la société »*, tome 1, Lyon, ENS, 2001, p. 15-36.

Boltanski & Chiapello 1999
BOLTANSKI (L.), CHIAPELLO (E.), *Le nouvel esprit du capitalisme*, s.l., Gallimard, 1999.

Boltanski 2009
BOLTANSKI (L.), *De la critique. Précis de sociologie de l'émancipation*, s.l., Gallimard, 2009.

Brion 2001
BRION (F.), « Réflexions sur les fonctions et la nature de la libération conditionnelle », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 4 (2001), p. 409-433.

Brown 2004
Brown (W.), « Néolibéralisme et fin de la démocratie », *Vacarme*, 29 (2004), p. 86-93.

Cartuyvels *et al* . 2007
Cartuyvels (Y.), Dumont (H.), Ost (F.), van de Kerchove (M.), Van Drooghenbroeck (S.) (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruxelles, FUSL, 2007.

Cartuyvels 2008
Cartuyvels (Y.), « Politiques pénales et gouvernementalité par le risque : vers une culture post-disciplinaire ? », in *Les ambivalences du risque. Regards croisés en sciences sociales*, sous la direction de Cartuyvels (Y.), Bruxelles, Publication des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2008, p. 149-185.

Castel & Haroche 2001
Castel (R.), Haroche (C.), *Propriété privée, propriété sociale, propriété de soi. Entretiens sur la construction de l'individu moderne*, Paris, Hachettes, 2001.

Chantraine & Cauchie 2006
Chantraine (G.), Cauchie (J.-Fr.), « Risque(s) et gouvernementalité », *Socio-logos*, 1 (2006), en ligne, http://sociologos.revues.org/document13.html, consulté le 12 novembre 2018.

Chantraine & Kaminski 2007
Chantraine (G.), Kaminski (D.), « La politique des droits en prison », *Champ pénal/Innovations pénales*, (2007), en ligne, http://journals.openedition.org/champpenal/2581, consulté le 12 novembre 2018.

Cliquennois 2006
Cliquennois (G.), « Vers une gestion des risques légitimante dans les prisons françaises », *Déviance et Société*, 30 (2006), p. 355-371.

Dean 1999
DEAN (M.), *Governmentality. Power and Rule in Modern Society*, London, Sage, 1999.

De Certeau 1980
DE CERTEAU (M.), *L'invention du quotidien. 1. Arts de faire*, Paris, Union générales d'éditions, 1980.

De Coninck & Hubert 2005
DE CONINCK (F.), HUBERT (G.), « Rapport de synthèse », in *Déplacements des compétences de la justice : une analyse en groupes d'acteurs et de chercheurs*, sous la direction de VAN CAMPENHOUDT (L.), CARTUYVELS (Y.), FRANSSEN (A.), MARY (Ph.), RÉA (A.), KAMINSKI (D.), SSTC, 2005.

De Hert *et al.* 2007
DE HERT (P.), GUTWIRTH (S.), SNACKEN (S.), DUMORTIER (E.), « La montée de l'État pénal : que peuvent les droits de l'homme ? », in *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, sous la direction de CARTUYVELS (Y.), DUMONT (H.), OST (Fr.), VAN DE KERCHOVE (M.), VAN DROOGHENBROECK (S.), Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2007, p. 235-290.

Deleuze 1986
DELEUZE (G.), *Foucault*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1986.

Deleuze 1990
DELEUZE (G.), *Pourparlers 1972-1990*, Paris, Les Éditions de Minuit, 1990.

Di Vittorio 2005
DI VITTORIO (P.), « De la psychiatrie à la biopolitique, ou la naissance de l'état bio-sécuritaire », in *Michel Foucault et le contrôle social*, sous la direction de BEAULIEU (A.), Saint-Nicolas, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 91-123.

Doron 2008
DORON (C.-O.), « "Une chaîne, qui laisse toute liberté de faire le bien et qui ne permet que très difficilement de commettre le mal". Du système de Guillauté au placement sous surveillance électronique mobile », *Carceral Notebooks*, 4 (2008), p. 101-130.

Dupont 1988
DUPONT (L.), « Jules Lejeune et la défense sociale », in *Généalogie de la défense sociale en Belgique (1880-1914)*, sous la direction de TULKENS (Fr.), Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 77-86.

Ewald 1986
EWALD (Fr.), *L'État providence*, Paris, Grasset, 1986.

Ewald 1996
EWALD (Fr.), *Histoire de l'État providence*, Paris, Livre de Poche, 1996.

Feeley & Simon 1992
FEELEY (M.), SIMON (J.), « The New Penology : Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications », *Criminology*, 30 (1992), p. 449-474.

Feeley & Simon 1994
FEELEY (M.), SIMON (J.), « Actuarial Justice : the Emerging New Criminal Law », in *The Futures of Criminology,* sous la direction de NELKEN (D.), London, Sage, 1994, p. 173-201.

Foucault 1975
FOUCAULT (M.), *Surveiller et Punir. Naissance de la prison*, Paris, Tel-Gallimard, 1975.

Foucault 1976
FOUCAULT (M.), *Histoire de la sexualité I. La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976.

Foucault 1997
FOUCAULT (M.), *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France.* 1976, Paris, Gallimard-Seuil, 1997.

Foucault 1999
FOUCAULT (M.), *Les Anormaux. Cours au Collège de France.* 1974-1975, Paris, Gallimard-Seuil, 1999.

Foucault 2001a
FOUCAULT (M.), « Le jeu de Michel Foucault », in FOUCAULT (M.), *Dits et écrits*, Paris, Gallimard, 2001a, vol. II, p. 298-329.

Foucault 2001b
FOUCAULT (M.), « Subjectivité et vérité », in FOUCAULT (M.), *Dits et écrits*, Paris, Gallimard, 2001b, vol. II, p. 1032-1037.

Foucault 2001c
FOUCAULT (M.), « Le sujet et le pouvoir », in FOUCAULT (M.), *Dits et écrits*, Paris, Gallimard, 2001c, vol. II, p. 1041-1062.

Foucault 2001d
FOUCAULT (M.), « L'éthique du souci de soi comme pratique de la liberté », in FOUCAULT (M.), *Dits et écrits*, Paris, Gallimard, 2001d, vol. II, p. 1527-1548.

Foucault 2001e
FOUCAULT (M.), « Les mailles du pouvoir », in FOUCAULT (M.), *Dits et écrits*, Paris, Gallimard, 2001e, vol. II, p. 1001-1020.

Foucault 2001f
FOUCAULT (M.), « La vérité et les formes juridiques », in FOUCAULT (M.), *Dits et écrits*, Paris, Gallimard, 2001f, vol. I, p. 1406-1514.

Foucault 2001g
FOUCAULT (M.), « Préface », in FOUCAULT (M.), *Dits et écrits*, Paris, Gallimard, 2001g, vol. I, p. 1262-1267.

Foucault 2001h
Foucault (M.), « L'angoisse de juger », in Foucault (M.), *Dits et écrits*, Paris, Gallimard, 2001h, vol. II, p. 282-297.

Foucault 2001i
Foucault (M.), « Punir est la chose la plus difficile qui soit », in Foucault (M.), *Dits et écrits*, Paris, Gallimard, 2001i, vol. II, p. 1027-1029.

Foucault 2001j
Foucault (M.), « Michel Foucault, une interview : sexe, pouvoir et la politique de l'identité », in Foucault (M.), *Dits et écrits*, Paris, Gallimard, 2001j, vol. II, p. 1554-1565.

Foucault 2001k
Foucault (M.), « Cours du 14 janvier 1976 », in Foucault (M.), *Dits et écrits*, Paris, Gallimard, 2001k, vol. II, p. 175-189.

Foucault 2001l
Foucault (M.), « Table ronde du 20 mai 1978 », in Foucault (M.), *Dits et écrits*, Paris, Gallimard, 2001l, vol. II, p. 839-853.

Foucault 2004a
Foucault (M.), *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France. 1977-1978*, Paris, Gallimard-Seuil, 2004a.

Foucault 2004b
Foucault (M.), *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, Paris, Gallimard-Seuil, 2004b.

Foucault 2013
Foucault (M.), *La société punitive. Cours au Collège de France. 1972-1973*, Paris, Gallimard-Seuil, 2013.

Garland 1997
Garland (D.), « Governmentality and the problem of crime : Foucault, criminology, sociology », *Theoretical Criminology*, 2 (1997), p. 173-214.

Garland 2001
GARLAND (D.), *The Culture of Crime Control : Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

Gros 2012
GROS (F.), *Le Principe Sécurité*, Paris, Gallimard, 2012.

Hache 2007
HACHE (E.), « La responsabilité, une technique de gouvernementalité néolibérale ? », *Raisons politiques*, 28 (2007), p. 49-65.

Harcourt 2007
HARCOURT (B.), « Critique du champ pénal à l'âge actuariel », *Cahiers Parisiens/Parisian Notebooks*, 3 (2007), p. 785-808.

Houchon 1999
HOUCHON (G.), « Les peines incompressibles. Exercice de pénologie : science sociale », in *Sûreté, pénalité et altérité*, sous la direction de PRADEL (J.), BOSLY (H.-D.), Poitiers, Cujas, 1999, p. 83-123.

Kaminski 2008
KAMINSKI (D.), « Prenez la peine d'adhérer : entre police du contrat et politique de la responsabilité », in *Actes du colloque Le pénal aujourd'hui, pérennité ou mutation. Punishment today, permanence or mutation*, s.l., Centre International de Criminologie Comparée, 2008, p. 1-12.

Kaminski 2015
KAMINSKI (D.), *Condamner. Une analyse des pratiques pénales*, Toulouse, Erès, 2015.

Kelk 1993
KELK (C.), *Kort begrip van het detentierecht*, Nijmegen, Ars Aequi Libre, 3e éd., 1993.

Kellerhals *et al*. 1993
Kellerhals (J.), Modak (M.), Perrin (J.-F.), Sardi (M.), « L'éthique du contrat (Du rapport entre l'intégration sociale et la morale juridique populaire) », *L'année sociologique*, 43 (1993), p. 125-158.

Kemshall 2003
Kemshall (H.), *Understanding risk in criminal justice*, Glasgow, Open University Press, 2003.

Lazzarato 2000
Lazzarato (M.), « Du biopouvoir à la biopolitique », *Multitudes*, 1 (2000), p. 45-57.

Legrand 2007a
Legrand (S.), *Les normes chez Foucault*, Paris, P.U.F, 2007a.

Legrand 2007b
Legrand (S.), « L'extension sociale du marché dans le néolibéralisme », *Raisons politiques*, 28 (2007b), p. 33-48.

Martinson 1974
Martinson (R.), « What Works ? Questions and Answers about Prison Reform », *The Public Interest*, 35 (1974), p. 22-54.

Mary 1998a
Mary (Ph.), « Les nouvelles lois sur la libération conditionnelle en Belgique », *Revue de droit pénal et de criminologie*, (1998a), p. 713-757.

Mary 1998b
Mary (Ph.), *Délinquant, délinquance et insécurité. Un demi-siècle de traitement en Belgique (1944-1997)*, Bruxelles, Bruylant, 1998b.

Minet & Slingeneyer 2005
MINET (J.-Fr.), SLINGENEYER (T.), « Transformations du système de libération conditionnelle en Belgique : évolution procédurale et spirale des logiques décisionnelles ? », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 3 (2005), p. 280-312.

Martuccelli 2003
MARTUCCELLI (D.), « Retour sur la domination », *Recherches sociologiques*, 2 (2003), p. 3-11.

Mazabraud 2010
MAZABRAUD (B.), « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, 42 (2010), p. 127-189.

Moreau & Hoffmann 2008
MOREAU (T.), HOFFMANN (C.), « Difficultés et défis pour la défense du condamné devant le tribunal de l'application des peines », in *L'exécution des peines privatives de liberté. Regards croisés*, Centre des Facultés universitaires catholiques pour le recyclage en droit, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, p. 159-196.

Musil 1958
MUSIL (R.), *L'homme sans qualités*, Paris, Seuil, 1958.

O'Malley 1992
O'MALLEY (P.), « Risk, power and crime prevention », *Economy and Society*, 21 (1992), p. 252-275.

O'Malley & Mugford 1992
O'MALLEY (P.), MUGFORD (S.), « Moral Technology : The Political Agenda of Random Drug Testing », *Social Justice*, 18 (1992), p. 122-146.

Pascual 2005
PASCUAL (P.), « La généalogie foucaldienne de la médecine familiale en Amérique du nord », in *Michel Foucault et le contrôle social*, sous la direction de BEAULIEU (A.), Saint-Nicolas, Presses de l'Université Laval, 2005, p. 139-158.

Pires 1991
PIRES (A.), « La réforme pénale et la réciprocité des droits », *Criminologie*, XXIV (1991), p. 77-104.

Quirion 2006
QUIRION (B.), « Traiter les délinquants ou contrôler les conduites : le dispositif thérapeutique à l'ère de la nouvelle pénologie », *Criminologie*, 39 (2006), p. 137-164.

Ricoeur 2004
RICOEUR (P.), *Sur la traduction*, Paris, Bayard, 2004.

Robert & Frigon 2006
ROBERT (D.), FRIGON (S.), « La santé comme mirage des transformations carcérales », *Déviance et Société*, 3 (2006), p. 305-322.

Rose 1996
ROSE (N.), « Governing "Advanced" Liberal Democracies », in *Foucault and Political Reason. Liberalism, Neo-Liberalism and Rationalities of Government*, sous la direction de BARRY (A.), OSBORNE (T.), ROSE (N.), Chicago, University of Chicago Press, 1996, p. 37-64.

Rose 1999
ROSE (N.), *Powers of Freedom : Reframing Political Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

Ruelle 2005
RUELLE (C.), « Population, milieu et normes (Notes sur l'enracinement biologique de la biopolitique de Foucault) », *Labyrinthe*, 22 (2005), p. 27-34.

Simon 1987
SIMON (J.), « The Emergence of a Risk Society : insurance, Law and the State », *Socialist Review*, 95 (1987), p. 61-89.

Simon & Feeley 2003
SIMON (J.), FEELEY (M.), « The Form and Limits of the New Penology », in *Punishment and Social Control*, sous la direction de BLOMBERG (T.), COHEN (S.), New York, Aldine De Gruyter, 2003, p. 75-116.

Slingeneyer 2007
SLINGENEYER (T.), 2007, « La nouvelle pénologie, une grille d'analyse des transformations des discours, des techniques et des objectifs de la pénalité », *Champ pénal/Penal field*, 4 (2007), en ligne, http://journals.openedition.org/champpenal/2853, consulté le 12 novembre 2018.

Slingeneyer 2014
SLINGENEYER (T.), *Gouvernementalité et libération conditionnelle. Les pratiques décisionnelles sous l'ère des commissions belges de libération conditionnelle*, Saarbrücken, PAF, 2014.

Slingeneyer 2017
SLINGENEYER (T.), « Des techniques actuarielles dans la boîte à outils foucaldienne ? Un usage « décalé » des statistiques en justice pénale pour susciter les contre-conduites », *Déviance et Société*, 4 (2017), p. 541-565.

Snacken 1990
SNACKEN (S.), « Le détenu acteur social ? », in *Acteur Social et délinquance. Une grille de lecture du système de justice pénale. En hommage au Professeur Christian Debuyst*, sous la direction de DIGNEFFE (F.), Liège-Bruxelles, Mardaga, 1990, p. 69-91.

Snacken 2002
SNACKEN (S.), « "Normalisation" dans les prisons : concepts et défis. L'exemple de l'avant-projet de loi pénitentiaire belge », in *L'institution du droit pénitentiaire. Enjeux de la reconnaissance de droits aux détenus*, sous la direction de DE SCHUTTER (O.), KAMINSKI (D.), Paris-Bruxelles, L.J.D.J.-Bruylant, 2002, p. 133-152.

Snacken 2006
SNACKEN (S.), « A reductionist penal policy and European human rights standards », *European Journal of Criminal Policy and Research*, 12 (2006), p. 143-164.

Supiot 2000
SUPIOT (A.), « La contractualisation de la société », in *Qu'est-ce que l'humain ?*, sous la direction de MICHAUD (Y.), Paris, Odile Jacob, 2000, p. 157-167.

Supiot 2005
SUPIOT (A.), *Homo Juridicus. Essai sur les fondements anthropologiques du droit*, Paris, Seuil, 2005.

Sykes 1958
SYKES (G.), *The Society of Captives*, Princeton, Princeton University Press, 1958.

Vacheret & Cousineau 2005
VACHERET (M.), COUSINEAU (M.-M.), « L'évaluation des risques de récidive au sein du système correctionnel canadien : regards sur les limites d'un système », *Déviance et Société*, 4 (2005), p. 379-398.

Van Zyl Smit & Snacken 2009
VAN ZYL SMIT (D.), SNACKEN (S.), *Principles of European Prison Law and Policy. Penology and human rights*, Oxford, Oxford University Press, 2009.

Veyne 1996
VEYNE (P.), « Foucault révolutionne l'histoire », in VEYNE (P.), *Comment on écrit l'histoire*, Paris, Seuil, 1996, p. 383-429.

CONCLUSION

Contre le « bon sens » pénal

Diane Bernard
Professeure (droit et philosophie), Université Saint-Louis – SIEJ et GREPEC

La conclusion à ce volume débute comme son introduction : il nous paraît capital de le conclure en rappelant qu'il est le fruit d'une rencontre. La diversité des disciplines dont relèvent ses auteurs marque certes une volonté d'interdisciplinarité, laquelle nous paraît partagée, manifeste et fructueuse au long des pages qui précèdent cette contribution, mais la rencontre dont procède ce volume est d'abord celle de deux traditions philosophiques et de leurs exigences respectives. Alors que la très grande majorité de la littérature (para-)scientifique en matière pénale est ancrée dans l'herméneutique, en Francophonie du moins, l'intuition de Kevin Ladd est ancrée en philosophie analytique ; à la quête permanente de « sources » à (re)trouver et à interpréter, il propose en effet une analyse « grammaticale » du « sens » de la peine et interroge ainsi le bien-fondé de certains *mantras* de la pensée pénale. À la redite de ce qui est tenu pour acquis, en tant qu'héritage commenté au point d'en devenir un palimpseste, il ose opposer les catégories logiques : dépassant les postulats d'une peine qui serait à la fois un objet de foi et un outil au service d'un pouvoir imposé et subi, il ouvre la voie vers la quête d'une vérité conceptuelle – sans s'y arrêter pour autant.

Nourri d'une lecture approfondie de la littérature philosophique et renforcé par une collaboration entre juriste et philosophe, pareil programme conceptuel permet d'établir une distinction cruciale entre fondements, objectifs et sens de la peine[1] : il s'agit bien de « questions catégorialement différentes »[2]. Cette précision aide à comprendre qu'en négligeant la polysémie du terme « sens », nombre d'auteurs ont posé des conclusions pêchant par approximation conceptuelle ou, du moins, se sont lancés dans des débats dont les protagonistes ne partageaient pas un même objet de recherche. Outre qu'elle rétablit un peu d'ordre dans la cacophonie des publications consacrées au « sens de la peine », la distinction permet de distinguer le *mauvais* sens que prendrait telle pratique (la sanction étant mauvaise ou injuste) de son *déficit* de sens (la sanction étant absurde) : il ne s'agit dont pas seulement d'un projet scientifique éthéré mais bien, aussi, d'une piste pour évaluer le phénomène pénal dans sa dimension concrète.

Ladd souligne en effet le « double statut de discours et de pratique » que revêt la peine, et en tire l'impératif d'une pensée contextualisée et même d'une « phénoménologie de la peine »[3], qui ne s'arrête pas à la lecture d'un discours désincarné. Il nous semble en effet observer une déperdition de sens lorsque le discours et sa mise en œuvre de la peine se contredisent – liée non seulement à un manque de pertinence dudit discours ou de son analyse mais au fait que le droit n'est pas qu'« un » discours de nature indifférente : par définition, le droit est un discours performatif, ce qui requiert que ses effets soient maîtrisés, d'une part (c'est le niveau de l'effectuation), et qu'on étudie ces effets en même temps qu'on étudie la lettre de la loi, d'autre part (de sorte que l'analyse mène à une vérification qu'il s'agit bien de droit, au sens d'une parole qui fait effet). Dégager les sens de la peine implique non seulement d'évaluer la teneur en sens que revêt une sanction (est-elle sensée ou insensée ?), ce qui n'équivaut pas à sa qualité (est-elle juste ou non ?), mais aussi de déterminer son effectivité (ce discours fait-il effet ?) au risque, sinon, de ne pas prendre la pleine mesure de la

[1] Affinant ainsi les distinctions établies par van de Kerchove, voy. van de Kerchove 2009, p. 11-12, précisé et détaillé dans van de Kerchove 2013, p. 11-33.
[2] Ladd, dans cet ouvrage, p. 30.
[3] *Ibid.*, p. 15.

nature juridique de la peine : la peine n'est pas que normative, elle est performative.

D'aucuns s'étonneront que pareilles intuitions philosophiques aient inspiré des réflexions aussi ancrées dans l'empirique que le sont certaines des contributions de cet ouvrage – ils auront tort : outre l'intérêt que revêt la mise à l'épreuve d'une théorie à l'aune des pratiques contemporaines, c'était la seule véritable façon de prendre au sérieux le programme que nous nous étions donné.

Ce programme ne s'arrête pas à une classification doctrinale, par objet de recherche : il ne vise pas au rangement entre études des fondements, objectifs et sens de la peine mais se centre, dès les premières pages de ce volume, sur la pluralité des sens de la peine. De l'analyse wittgensteinienne de la polysémie caractérisant le terme « sens », Ladd tire en effet un constat substantiel : le(s) sens de la peine ne peu(ven)t se dégager que de la pluralité des acceptions du terme « sens » – et c'est là qu'opère la rencontre entre l'ancrage analytique et la tradition herméneutique, dans sa dimension dialectique du moins : la rigueur méthodologique et conceptuelle rencontrent la fluidité et le dynamisme aristotéliciens.

On y ajoute, en fin de parcours et d'un point de vue strictement juridique, que la pluralité des acceptions du concept de « peine » vient complexifier et dynamiser encore l'analyse : il est crucial de bien distinguer incrimination, pénalisation et exécution, d'une part, et de ne pas assimiler « la peine » ou « les peines » avec une réflexion critique sur « La peine » contemporaine, à savoir la privation de liberté, d'autre part. C'est là une difficulté ou, plutôt, un appel à la rigueur qui s'est clairement dégagé de cet ouvrage et des débats tenus lors du colloque qui l'a précédé.

À la seule lecture du titre donné à cette conclusion, le lecteur comprendra dès lors qu'elle s'inscrit dans la droite ligne de pareil programme de recherche : selon nous, il n'est pas concevable de postuler l'existence d'*un* sens en matière pénale, qui soit *bon* en sus.

Aux fins d'étayer cet argument et sans prétendre à l'exhaustivité, nous nous proposons d'y (re)parcourir le présent

volume, aux fins de souligner à quel point nos balises et cette hypothèse s'y trouvent renforcées (I), avant de souligner la pluralité indépassable des points de vue en la matière ainsi que l'impossibilité conceptuelle de dégager une évidence quant à la peine (II) et de tâcher, néanmoins, d'identifier la direction – le sens, peut-être bon – que prend aujourd'hui le phénomène pénal.

I. Cartographie d'un itinéraire nécessairement dialectique

Face à l'incertitude (sémantique notamment : incertitude des sens surtout, des peines aussi), les contributeurs à cet ouvrage ont adopté une méthodologie interdisciplinaire et dialectique pour suivre trois axes de recherche ; il fallait nécessairement en esquisser plusieurs pour assumer la polysémie du « sens » et l'articuler à la lourdeur politique et conceptuelle de la « peine », c'est-à-dire pour embrasser la richesse et la complexité du concept de « sens de la peine » – l'essence et les sens, le cœur et la pluralité. Ainsi avons-nous distingué la *signification* du *vécu sensible* et de la *direction*, comme autant d'aspects du problème posé.

Le premier de ces axes, auquel correspond la première partie de cet ouvrage, visait l'articulation entre l'idée même de peine avec le contrat social (dans son ensemble) et la citoyenneté (à titre individuel ou conceptuel) : la signification de la peine (premier sens de ses sens) peut-elle être partagée, doit-elle l'être en ce que ce partage est constitutif du lien social ou de l'idée de société ? Autrement dit, la peine constitue-elle une forme particulière du sens commun, nécessaire au lien social ? Ainsi, à partir de la « signification » de la peine, nous nous sommes proposé de travailler à la possibilité (ou non) de « partager » un sens, entre acteurs du procès mais également entre sujets de droit. Plusieurs contributeurs ont pris cette problématique en charge : Virginie Gautron et Cécile Vigour, sur le terrain et en surplomb, par leur analyse de la conjonction entre diverses représentations « communes » ou « populaires » de la peine et, par-là, la dimension sociale qu'elles revêtent ; David El Kenz et Paul Dhaeyer, de leurs points de vue historique et judiciaire respectifs, en montrant les limites des attentes portées par les protagonistes de procès opposant impératifs politiques et moraux, raison d'État et radicalité

religieuse ; Jérôme Ferrand, aussi, en interrogeant le sous-texte signifiant de la peine et le défi que constitue la clarification (plus ou moins consensuelle, à tout le moins explicitée) de ce dernier. D'autres auteurs s'inscrivent à leurs côtés, montrant bien à quel point la dialectique (ou du moins la transversalité) s'impose quand on prend la pluralité des sens de la peine au sérieux – ainsi Olivier Razac, en pointant non seulement la discordance mais également l'entrée en conflit des rationalités en matière pénale, et l'effet majeur que leur déni par les autorités publiques exerce sur cette conflictualit ; ou Sandra Lehalle, en questionnant la (re)définition de leur statut de « sujet de droit » par les proches des personnes incarcérées.

Le deuxième axe de notre projet, ou deuxième partie de ce volume, était consacré au « sensible » ou au « sensoriel » de la peine – au vécu de la peine plutôt qu'à son partage politique et intellectuel : le sens nous semble en effet se trouver à la rencontre du sensible et de l'intelligible de la peine, sans se réduire exclusivement à l'un ou à l'autre. Nos interrogations à cet égard étaient (et demeurent) diverses : une peine doit-elle être pénible ? Est-ce en tant que peine – ou en tant qu'elle est subie – qu'elle est pénible ? Quel sont les sens mobilisés dans la peine, en tant que telle, dans le chef du condamné mais aussi de ses proches, des victimes et des autres acteurs du procès pénal ? Ici encore, les contributeurs à cet ouvrage se sont étonnamment saisis de notre questionnement initial, et rencontrés à partir de points de vue pourtant distincts. Ainsi, Charles Kinombe a démontré que, si la peine suppose une souffrance, cette dernière est diversement perçue par les individus, au point d'ailleurs que l'idée même de pénibilité, en tant que caractéristique de la peine, puisse être mise en question ; Sandra Lehalle a souligné le vécu *douloureux* de la peine par l'entourage des détenus et Frédéric Mégret a précisé que la peine trouvait une *réalité* dans le fait même d'être vécue (par les familles), fût-ce sans avoir été intentionnellement imposée ; Aude Leroy Couderc, en analysant la dimension temporelle de l'incarcération, a également souligné à quel point la peine s'inscrit au cœur de la *vie* des justiciables. Autant d'études que le travail analytique consacré par Kevin Ladd au syntagme « subir une peine » aide à concevoir, du terrain vers l'abstraction, et qui font

par ailleurs appel à une dimension politique – conceptuellement, d'une part, et quant aux mesures auxquelles en appelle la souffrance pénale, d'autre part ; c'est là l'un des liens indéniables entre nos deux premiers axes de réflexion.

Enfin, la troisième et dernière partie de notre analyse – et de ce livre – était centrée non sur la signification ou le sensible mais sur *l'orientation* de la peine, sur ce qu'elle vise ou ce vers quoi elle nous conduit. Ici encore, foison d'interrogations : savons-nous aujourd'hui où nous allons, en matière pénale ? Quelles sont les orientations marquées par les politiques actuelles ? Au-delà d'une interrogation sur ce que peuvent viser celui qui subit la peine et ceux qui l'imposent (où les conduit cette peine ?), avons-nous des raisons d'estimer que les récentes mesures pénales vont dans le bon sens, comme on dit d'une mesure qu'elle va dans le sens (ou à contre-courant) de l'histoire ? Olivier Razac, à ce sujet, est cinglant : la boussole s'affole, faute de pôle qui soit assumé, et la confusion est perceptible, théoriquement et dans la pratique des agents pénitentiaires. Marie-Sophie Devresse, elle, a montré un infléchissement, voire une réorientation, en ce que la pensée et/ou la pratique de la peine se font « situationnelles » : elle soutient que nous sommes tous sous l'emprise de la peine, par une forme d'indifférenciation politique entre techniques de prévention et techniques pénales, au point que l'idée initiale d'une transgression de la norme ait muté en une forme de carcéralisation du social. Thibaut Slingeneyer, quant à lui, a suscité la réflexion quant au « contrat » (d'adhésion, entre cocontractants inégaux) que constitue le projet de réinsertion des détenus – ceci évoque non seulement un exercice de la souveraineté en ce qu'elle s'étend (sous couvert) à la parapénalité, la paralégalité, donc à une dimension sociale de la peine propre à notre premier axe, mais renvoie aussi à l'idée même du contrat *social*, au sens où ce dernier établit les conditions de la liberté – d'une sorte de « sous » liberté du moins.

Ce survol de notre itinéraire, partial et partiel, démontre à tout le moins que la peine ne prend pas qu'un sens – ni théoriquement, ni en pratique. Outre à notre postulat initial quant à la polysémie du « sens » de la peine, ceci nous paraît à tout le moins lié à la pluralité des acteurs engagés dans (ou par) le

processus pénal, ainsi qu'à l'impossibilité d'établir une évidence et donc d'atteindre un consensus en la matière.

II. Pluralité d'acteurs, absence d'évidence

À l'issue du travail collectif retracé dans la section précédente, deux observations nous paraissent s'imposer ; sous des angles différents, toutes deux viennent contrer l'idée qu'« un » « bon » « sens » de la peine puisse être identifié.

Le syntagme « bon sens » est pourtant d'un usage extrêmement fréquent, en matière pénale. À titre d'exemple et sans prétention autre qu'à l'évocation, un bref survol de la presse la plus récente nous paraît l'indiquer : on y lit, en vrac, qu'« il semble que le moindre bon sens ait disparu » dans les protestations face à la demande de sanction pour harcèlement ou violences sexuelles[4] ; qu'« il est urgent d'adopter des lois de bon sens qui empêcheraient les personnes malades mentales de se procurer des armes »[5] ; que telle « décision incarne le bon sens : on ne peut condamner quand il n'y a pas de charges suffisantes »[6] ; qu'« en réalité, ce qu'a dit le chef de l'État relève du bon sens élémentaire, à savoir qu'il est intolérable que des actes de délinquance puissent rester impunis, mais que, "dans le même temps", il est aberrant d'envoyer derrière les barreaux des justiciables coupables de délits mineurs, sauf évidemment dans les cas de multi-récidive »[7] ; qu'« un climat anxiogène nous encourage à transiger avec [l]es principes en invoquant diverses raisons "de bon sens" (par exemple: "Marc Dutroux n'est pas ré-insérable, il récidivera encore !") [...] »[8] ; que, « comme dirait le bon sens populaire, on ne peut tout de même pas

[4] O. Quiroz, « La liberté deviendrait donc ce que les autres décident pour moi », *Mediapart/Blog*, 11 janvier 2018, en ligne.
[5] « Tuerie en Floride : Trump à l'hôpital pour rencontrer des blessés », *20 Minutes*, 17 février 2018, en ligne.
[6] Un avocat aux assises, cité dans « Affaire Fiona : les avocats de la défense appellent la cour à ne pas être otage de l'émotion », *L'Eveil de la Haute-Loire*, 10 février 2018, en ligne.
[7] « Justice : privilégier les peines alternatives pour les délits mineurs », *Agora Vox*, 6 février 2018, en ligne.
[8] C. Dubois, « La double face de la stratégie de l'avocat de Marc Dutroux – Carte blanche », *La Libre*, 15 février 2018, en ligne.

laisser les délinquants et les criminels courir dans les rues »[9] ; punir le dépôt clandestin d'ordures « va dans le bon sens »[10] ; que, quant à la définition de l'« outrage sexiste », « les députés comptent sur le bon sens des policiers »[11] ; ou encore qu'au vu de l'absence de poursuites pour détention de cannabis, « le bon sens voudrait qu'une loi jamais abrogée ou réécrite »[12].

De pareilles occurrences, d'aucuns pourraient tirer qu'existe à tout le moins une conviction, largement partagée, selon laquelle « si on commet une infraction, on doit être puni ». Autrement dit, et tout en conservant la possibilité de discuter des modalités de la peine, de sa sévérité et de ses formes, voire d'ailleurs des comportements qu'il s'agit d'incriminer, le refus de l'impunité serait une sorte d'« évidence » partagée : il serait « évident », de bon sens, que quiconque commet une infraction doive être puni. C'est ce qui nous paraît sous-tendre divers reproches régulièrement formulés à l'encontre de la justice pénale, dont Virginie Gautron et Cécile Vigour font d'ailleurs état dans leur contribution – pensons par ailleurs à l'incompréhension fâchée que paraissent susciter le classement sans suite et les modulations (pourtant légales) que peut connaître l'exécution des peines.

Peut-être Kevin Ladd n'accorde-t-il assez d'attention à la signification du « bon sens », lorsqu'il définit cette notion comme ne faisant « pas référence à une propriété signifiante, mais désign[ant] une faculté d'attention au réel, de prudence ou de rationalité pratique qui déterminerait les conduites ayant *du* sens »[13]. Il nous semble pertinent, en effet, de rallier Descartes et d'ouvrir le dictionnaire, pour y lire que le bon sens est la « capacité à discerner clairement ce qui est évident, sans en être distrait par d'autres considérations »[14] : jugeote plus qu'aptitude à juger, le bon

[9] B. Erpicum, « Entretien : Didier Fassin », *La Libre*, 23 avril 2017, en ligne.
[10] Propos recueillis dans « Ivry : des PV contre les malpropres », *Le Parisien,* 19 février 2018, en ligne.
[11] « Le harcèlement de rue bientôt puni par une amende de 90 euros ? », *France Info*, 24 janvier 2018, en ligne.
[12] « La contravention pour usage de cannabis est-elle une réponse adaptée ? », *L'Humanité*, 1er février 2018, en ligne.
[13] Ladd, dans cet ouvrage, p. 27.
[14] CNRS et Université de Lorraine, v° « bon sens ».

bon sens est, pour nous, ici, le discernement de ce qui est évident[15] et requiert la possibilité d'un accord entre protagonistes quant à la (ou aux) signification(s) de la peine, fondé sur un indéniable partagé - ce qui est impossible, nous le dirons.

Ce « bon sens », s'il était avéré, ne constituerait pas une justification de la peine au sens classique – ni un fondement (comme la rétribution) ni une finalité (comme la prévention, la neutralisation, la réparation, etc) : il serait la *raison* pour laquelle on punit et non la *cause* de la sanction (ce n'est pas le bon sens qui provoque la peine) – il serait ce que la peine veut dire et vient signifier, son sens sous sa première acception – et même, plus précisément, la signification *socialement partagée* de la peine.

Ce sens de la peine ne paraît cependant pas défendable, pour au moins deux raisons : d'une part, le bon sens n'est pas partagé et ne pourra jamais l'être ; d'autre part, il ne peut y avoir de bon sens quant à la peine.

Le premier de ces arguments est avéré par l'ensemble des contributeurs à cet ouvrage : quant au sens social et politique de la peine, à son inscription dans le corps et le vécu des individus et des groupes, autant qu'à la direction qu'on lui donne ou devrait lui donner, le dissensus fait rage. En effet, le sens dépend toujours de « qui » le donne – « selon qui », « pour qui », autant de variables qui bloquent, par principe et dans le concret, toute possibilité d'unanimité. Quant à la peine, les démocrates ne pourront déplorer cet état de fait : au lieu d'une fonte des singularités en un corps social monolithique et statique, ils se réjouiront d'un débat toujours en cours quant à l'atteinte aux libertés que constitue toute peine.

Outre que le bon sens ne peut être partagé, l'hypothèse que la peine viendrait signifier « quelque chose de l'ordre du bon sens » tombe par le fait même qu'il n'existe aucune évidence, en matière pénale. Ce second argument relève de la logique la plus basique : la « capacité de discerner clairement ce qui est évident » ne peut s'appliquer à une pratique qui n'a rien de naturel or la

[15] Descartes 1637 : « Le bon sens est la chose du monde la mieux partagée : car chacun pense en être si bien pourvu, que ceux même qui sont les plus difficiles à contenter en toute autre chose, n'ont point coutume d'en désirer plus qu'ils en ont ».

peine est une construction sociale, quoi qu'en disent ceux qui se trouvent pris dans le mythe de sa naturalisation[16]. Ceci concerne son existence même (on peut penser le crime sans la peine) mais également les modalités de la peine (il existe diverses façons de punir) – on se souviendra à cet égard des développements de Claude Lévi-Strauss[17]. Soulignons d'ailleurs qu'on ne légifère pas sur l'inévitable : seul un fou prétendrait réglementer le lever du soleil, la chute de neige ou la mort[18], et c'est bien parce qu'il n'y a rien d'évident dans la peine que nous nous attelons à l'établir, la penser, la construire.

Ainsi, punir ne tombe pas « sous le sens » – au sens propre d'en-dessous du sens : malgré ce qu'on peut bien penser du « sens commun » à ce sujet, de l'« opinion publique » (qui n'existe pas[19] mais mérite cependant qu'on la prenne en compte[20]), punir n'est pas une évidence.

III. Une direction à se donner

La question du (bon) sens demeure cependant cruciale, dès lors que le sens de la peine a été interrogé, déconstruit, au point de constituer un problème théorique qui semble s'éloigner de plus en plus de la pratique : cette dernière se poursuit en effet, vaille que vaille, sans altérations notables. Nous rejoignons ainsi, ici, le propos introductif de Kevin Ladd : « il est [...] important de

[16] Van de Kerchove 2009, p. 24-54.
[17] Lévi-Strauss 1955, par ex. au sujet de l'incarcération, p. 347 : « certains usages qui nous sont propres, considérés par un observateur relevant d'une société différente, lui apparaîtraient de même nature que (l')anthropophagie [...] je pense à nos coutumes judiciaires et pénitentiaires [...] À la plupart des sociétés que nous appelons primitives, (la manière dont nous expulsons les individus réputés dangereux) hors du corps social en les tenant définitivement ou temporairement isolés, sans contact avec l'humanité, dans des établissements destinés à cet usage (inspirerait sûrement une) horreur profonde (relevant) de la même barbarie que nous serions tentés de leur imputer » ; prenant pour exemple certains Indiens nord-américains, Lévi-Strauss ajoutait d'ailleurs qu'ils n'auraient « jamais conçu que le châtiment du coupable dût se traduire par une rupture des liens sociaux ».
[18] Ceci renvoie évidemment à la polysémie du terme loi : la loi de la gravité révèle une constance mais n'est pas un texte normatif.
[19] Bourdieu 1973.
[20] Van Campenhoudt 2012.

construire le sens politiquement en le confrontant à la diversité des attentes sociales, sans se laisser impressionner par la mythologie de l'effondrement du sens ni par l'abondance de justifications, de doctrines et de perspectives hétérogènes qui pourraient nous réduire au scepticisme »[21]. Ce n'est pas là une question nouvelle mais on peut constater, aujourd'hui, que le sens de la peine n'est plus seulement une perplexité de juriste, de philosophe ou de philanthrope : elle l'est devenue pour le citoyen *lambda* ; il est donc d'autant plus crucial de construire le sens, politiquement, en le confrontant notamment aux attentes sociales. Malgré la difficulté de cette tâche, il *faut* bien identifier une direction de la peine – lui *trouver un sens*, face à celui qui est déjà là car il lui est *donné* par ceux qui en décident, afin de déterminer quel serait le *bon*.

En amont de pareille évaluation, tâchons donc d'identifier le sens de la peine contemporaine : quelle direction prend-elle ? Ce questionnement renvoie à la seconde acception de l'expression « bon sens » : selon le dictionnaire, en effet, ce syntagme « peut s'entendre aussi de la direction, comme on dit "sens interdit" ou "sens unique" »[22] – l'expression « aller dans le bon sens » renvoie à l'idée de l'orientation, de la visée qu'indique la peine, ce qui s'inscrit dans le troisième axe de notre questionnement et nous paraît constituer un point d'envol adéquat, en guise de conclusion à ce volume.

En balisant un survol de la littérature par l'angle des « sens de la peine », en tant que direction et non fondements ou objectifs, on trouve un nombre restreint de réponses à cette question.

Une première réponse serait de se demander si la peine avance vers « la justice »[23]. Cette position, aussi rassembleuse qu'elle soit, ne nous dit pas grand-chose sur le sens de *la peine* : elle nous dit éventuellement quel est son *objectif*, sa finalité, mais pas en quoi la peine fait justice – à moins de considérer que la peine est un synonyme de la justice, ce qui constituerait une réduction assez brutale des deux concepts en présence. Se demander si la peine progresse vers la justice prive la peine de son

[21] Ladd, dans cet ouvrage, p. 43.
[22] CNRS et Université de Lorraine, v° « bon sens ».
[23] C'est la question qu'on lit, par exemple, sous la plume de Tulkens 1999.

sens propre : il s'agit plutôt d'identifier le sens de l'histoire démocratique.

Parmi les divers modèles plus ponctuels qu'ont développés les experts, nous relevons une deuxième réponse à notre question du « sens », à laquelle nous ne nous arrêterons pas car elle ne permet pas de dépasser le constat – elle est descriptive plus que prospective, ce qui entre en conflit avec le pari « politiquement engagé » de ce volume (ou du moins à la volonté exprimée par ses auteurs de contribuer au débat de façon constructive). Cette réponse est celle de Didier Fassin [24], qui soutient qu'un renversement aurait eu lieu : la peine ne serait plus aujourd'hui *la solution* apportée au crime par la société, mais *le problème* – les contributions à cet ouvrage étayent cette affirmation, en démontrant notamment que la peine concerne un nombre très élevé d'individus, que les familles de ces individus en payent durement leur part indue, que les politiques pénales coûtent cher à la collectivité, que le système pénal tel qu'il existe entretient voire génère des inégalités et une criminalité accrue. Le moment punitif tel que le conceptualise Fassin énonce ce paradoxe : « censé protéger la société du crime, le châtiment apparaît de plus en plus comme ce qui la menace »[25]. Alors le sens de la peine serait giratoire : le serpent se mord la queue, la peine n'a plus la direction qu'elle avait (si elle en avait une) ; elle est dans une impasse dont il s'agit de sortir.

Une troisième proposition quant à l'orientation prise par la peine pourrait reposer sur les diagnostics d'accroissement pénal – sur l'idée qu'on punit davantage. On constate en effet non tant une augmentation de la criminalité (il semble que, malgré les difficultés d'établir des statistiques à ce sujet, les indicateurs concordent à montrer un recul presque continu des formes les plus préoccupantes de criminalité, au cours des 50 dernières années) qu'un abaissement du seuil de tolérance à certaines pratiques auparavant ignorées par la loi, ainsi qu'une focalisation du discours et de l'action publique sur les enjeux de sécurité. Autrement dit, le champ pénal serait étendu à deux égards : quant à son champ (on

[24] Fassin 2017.
[25] Fassin 2017, p. 16.

s'occupe de conduites qu'on ne réprimait pas auparavant) et quant à sa force (on les punit plus sévèrement). Outre que ce renforcement quantitatif (ce « plus ») soit contestable[26] et doive être précisé (punit-on plus sévèrement, diversement, inéquitablement, etc. ?), cette analyse du « plus » ne répond pas à notre question du « bon sens de la peine », bien qu'il soit considéré par de nombreux auteurs comme une « orientation des politiques pénales » : affirmer qu'on punit « plus » ne nous apprend rien quant à la direction prise en matière pénale, mais nous informe de la cadence accélérée à laquelle on s'y rend.

Ces études consacrées à l'accroissement quantitatif du pénal esquissent cependant une quatrième réponse à notre question. Les diagnostics de « pénalisation des relations sociales »[27] ou même, plus généralement, de juridicisation et de judiciarisation (en général, en matières pénales comme civiles) poussent à se demander si on n'attend pas de la peine, aujourd'hui, de faire « plus » sens qu'avant – autrement dit, si l'accroissement quantitatif ne porte pas seulement sur la peine, mais aussi sur son sens.

Nous ne pensons pas ici à l'attention portée à la victime, qui implique sans doute un infléchissement fort dans la pratique mais conserve l'exergue sur le traitement d'un événement *passé* ; pas non plus de la montée en puissance d'une logique sécuritaire, qui marque peut-être une nouvelle idéologie politique et se concentre sur *l'avenir* (en particulier par son ambition de prévenir les risques). Il s'agit d'un positionnement dans le *présent,* par l'idée que punir ferait sens pour « des individus esseulés dans un paradis capitaliste défait de croyances »[28]. La peine viendrait ainsi marquer une limite morale, dans un monde défait de transcendance ; elle constituerait une valeur refuge – la dernière peut-être. Il s'agirait dès lors d'une sorte d'hypertrophie de la fonction de renforcement symbolique prêtée à la punition par Durkheim[29] : plus que raffermir les valeurs ébranlées par l'infraction, la peine aurait à constituer ces valeurs ;

[26] Cf. par ex. Mucchielli 2008. Ou Faget 2002, p. 143. Ou pensons au fait que le classement sans suite ne cesse de progresser.
[27] Garapon & Salas 1996, not. p. 5 ou 93.
[28] Faget 2002, p. 131.
[29] Durkheim 1963, p. 141 not.

autrement dit, il ne s'agirait pas seulement de faire fonction, mais de montrer une direction. Et ceci n'opérerait pas tant par le droit en général qu'au moment où, dans une relation singulière entre individus nommément identifiables, on viendrait incarner ces valeurs en sanctionnant les atteintes qui sont portées à ces valeurs soudainement apparentes.

Ceci en appelle à deux commentaires au moins, qui nous tiendront lieu de conclusion. D'abord, pareil sens de la peine requiert évidemment de tous les démocrates qu'ils se battent pour « maintenir le doute quant à la peine vivace »[30], pour que les valeurs sociales ne cessent jamais d'être discutées – pour conserver et même vivifier l'hésitation quant à la direction qu'on se donne, puisqu'il s'agit de sens *au sens fort*. Ceci s'éloigne de la quête d'une « vérité » sur la peine, et d'un programme scientifique.

Par ailleurs, cette conclusion ne peut qu'attrister le citoyen : le cœur du projet de société se réduirait à un refus de ce qu'il n'est pas, à une définition en négatif, par ce qu'on refuse – il ne s'agirait pas de porter un projet, de montrer où l'on va mais où l'on ne veut pas aller. La peine n'est que ce qu'elle est – une pratique sociale parmi d'autres, un mode de régulation parmi d'autres – et encore, elle est « le plus odieux » de ces modes de régulation, au vu des atteintes aux libertés qu'elle implique nécessairement. Y ancrer ce qui fait le sens social impliquerait de la charger d'un poids que, déjà, le droit dans son ensemble peine à porter. Reste à penser et espérer, donc, un sens – des sens – qui ne soient pas ceux de la peine.

[30] Salas 2005, p. 204.

Bibliographie

Bourdieu 1973
BOURDIEU (P.), « L'opinion publique n'existe pas », *Les temps modernes* 29, janvier 1973, p. 1292-1309.

CNRS et UNIVERSITÉ DE LORRAINE, *Trésor de la langue française informatisé*, en ligne, http://www.atilf.fr/tlfi, consulté le 5 décembre 2018.

Descartes 1637
DESCARTES (R.), *Discours de la méthode. Pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences*, Leiden, Imprimerie Ian Meire, 1637, consulté en ligne.

Durkheim 1963
DURKHEIM (E.), *L'éducation morale*, Paris, Presses Universitaires de France, 1963.

Garapon & Salas 1996
GARAPON (A.), SALAS (D.), *La République pénalisée,* Paris, Hachette, 1996.

Faget 2002
FAGET (J.), *Sociologie de la délinquance et de la justice pénale*, Ramonville Saint Agne, Erès, 2002.

Fassin 2017
FASSIN (D.), *Punir. Une passion contemporaine,* Paris, Seuil, 2017.

Lévi-Strauss 1955
LÉVI-STRAUSS (C.), *Tristes tropiques*, Paris, Plon, 1955.

Mucchielli 2008
MUCCHIELLI (L.), « Une société plus violente ? Une analyse socio-historique des violences interpersonnelles en France, de 1970 à nos jours », *Déviance et société*, 32/2 (2008), p. 115-147.

Salas 2005
SALAS (D.), *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Arthème Fayard, 2010 [orig. Hachette, 2005].

Tulkens 1999
TULKENS (F.), « Préface », *in Le droit sur le droit chemin ?*, sous la direction de VAN DONINCK (B.), VAN DAELE (L.), Naji (A.) Bruxelles/Antwerpen, SSTC/Bruylant/Maklu, 1999.

Van Campenhoudt 2012
VAN CAMPENHOUDT (L.), « Pour la démocratie, prendre au sérieux le populisme », *La Revue Nouvelle*, 2012, en ligne, http://www.revuenouvelle.be/Pour-la-democratie-prendre-au-serieux-le, consulté le 5 décembre 2018.

van de Kerchove 2009
VAN DE KERCHOVE (M.), *Sens et non-sens de la peine. Entre mythe et mystification*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2009.

van de Kerchove 2013
VAN DE KERCHOVE (M.), « Introduction », *in Fondements et objectifs des incriminations et des peines en droit européen et international*, sous la direction de BERNARD (D.), CARTUYVELS (Y.), GUILLAIN (C.), SCALIA (D.), VAN DE KERCHOVE (M.), Limal, Anthemis, 2013, p. 11-33.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

Ce que faire sens veut dire : sanction pénale et questions de sens 9
Kevin LADD

PREMIÈRE PARTIE : FAIRE SENS

Les représentations sociales des peines en France : une approche par entretiens collectifs 61
Virginie GAUTRON et Cécile VIGOUR

Y a-t-il un sens à punir l'hérésie ? La confessionnalisation d'une peine criminelle en France (v. 1520 – v. 1550) 103
David EL KENZ

Face au radicalisme, faut-il accorder une confiance radicale à la peine ? 127
Paul DHAEYER

Pérégrinations sur le sens-tiers de la peine. (Excès, Dette, Incommensurabilité) 151
Jérôme FERRAND

DEUXIÈME PARTIE : ÉPROUVER LE SENS

Les représentations de la peine chez les enfants de la rue incarcérés à Bukavu 177
Charles KAKULE KINOMBE

Les sens et non-sens de la peine infligée à l'entourage des personnes détenues 201
Sandra LEHALLE

Pénalité et familles : à propos des victimes collatérales de la peine 231
Frédéric MÉGRET

Un temps pour condamner, un temps pour laisser souffrir, un temps pour en sortir ? 291
Aude LEROY

Grammaire de la peine vécue 345
Kevin LADD

TROISIÈME PARTIE : DIRIGER LA PEINE

La critique de l'éclectisme pénal. D'un modèle de contradictions à un modèle de contorsions..... 387
Olivier RAZAC

« Punir en situation ». Le sens particulier des sanctions fondées sur un contrôle en milieu ouvert..... 409
Marie-Sophie DEVRESSE

La réinsertion sociale dans le dispositif belge de la libération conditionnelle : une analyse foucaldienne des conditions d'octroi et des instances décisionnelles..... 427
Thibaut SLINGENEYER

CONCLUSION

Contre le « bon sens » pénal..... 499
Diane BERNARD