

1

DES POLITIQUES CRIMINELLES ENTRE INNOVATION ET RÉPÉTITION

Les réformes de la pénalité. Entre circularité et projet démocratique

Yves Cartuyvels, Université Saint-Louis, Bruxelles

La naissance du droit pénal moderne a, d'entrée de jeu, été associée à la réforme de la pénalité. Si, à la fin du XVIII^e siècle, émerge un nouveau discours de vérité (Foucault) sur le crime et le criminel ainsi que sur la peine et la procédure, c'est bien en réponse aux excès dénoncés de la pénalité d'Ancien Régime – mais c'est aussi pour répondre à un déficit d'effectivité et d'efficacité du spectacle punitif en vigueur sous l'Ancien Régime.

Un siècle plus tard, dans le dernier tiers du XIX^e siècle, le projet pénal classique qui mise sur une peine à la fois dissuasive pour les citoyens, rétributive pour les auteurs et correctrice pour les condamnés est à nouveau remis en question. Arguments de légitimité et d'efficacité sont à nouveau mobilisés pour remettre en question une pénalité jugée métaphysique dans sa construction et oublieuse des priorités de la défense sociale contre une *underclass* d'individus dangereux. La naissance de la criminologie donne alors naissance à un autre projet de politique criminelle, fondée sur la science plus que sur la morale, dans un souci utilitariste de protection de la société contre le danger (de récidive notamment) plus que sur l'idéal d'une juste peine. Marqué par un certain nombre d'excès et de faiblesses théoriques, le projet positiviste sera infléchi dans la pratique pour aboutir à un compromis entre les fondements du droit pénal classique et la nouvelle pénologie que propose le courant positiviste. L'influence positiviste reste néanmoins

importante et l'hybridation des logiques qu'elle suscite débouche sur une pénalité transformative qui marquera le ^{xx}e siècle. Un discours sur le traitement et la normalisation du délinquant se déploie à l'intérieur du champ pénal, complété à ses marges dans divers pays par des dispositifs de sûreté à vocation plus clairement neutralisatrice.

À partir des années 1970, la pénalité *welfare*, la résultante de ce compromis, est à nouveau remise en question. Ici encore, une crise d'efficacité – *nothing works* – débouche sur une crise de légitimité de la pénalité dans un contexte marqué par un incontestable retour sécuritaire. Crise de l'idéal de la réhabilitation¹, montée d'une *culture of control*², idéologie du risque³, amorce d'un *punitive turn*⁴ et développement d'un managérialisme pénal⁵ constitueraient autant de marqueurs d'une nouvelle pénologie⁶ marquant une rupture brutale avec la pénalité *welfare* dominante pendant un siècle.

C'est à partir d'un retour sur ces trois moments clés de la pénalité moderne que je voudrais questionner quelques enjeux de la réforme pénale et de la circulation des savoirs qui lui sont associés. Face à des défis qui se répètent sans se reproduire à l'identique à travers les époques, comment échapper à la circularité des politiques criminelles et aux échecs répétés de la politique pénale? Comment aujourd'hui, dans le domaine de la pénalité, innover et inventer? Penser la question à partir de la réforme pénale et de sa généalogie présente un intérêt spécifique: il permet d'identifier les pièges du présent à l'aide du passé et des enseignements qu'il nous livre. En cela, la démarche peut sans doute aider à réfléchir l'éclosion d'un projet pénal un peu moins répétitif et un peu plus démocratique.

1. R. Martinson, «What Works? Questions and Answers about Prison Reform», *Public Interest*, n° 35, 1974, pp. 22-54.
2. D. Garland, *The Culture of control: Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford: Oxford University Press, 2001.
3. P. O'Malley, *Crime and Risk*, Londres: Sage, 2010.
4. L. Wacquant, *Les prisons de la misère*, Paris: Liber-Raison d'Agir, 1999.
5. D. Kaminski, *Pénalité, management, innovation*, Namur: Presses de l'Université de Namur, 2009.
6. M. Filey, J. Simon, «The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications», *Criminology*, n° 4, 1992, pp. 449-474.

I. LES FONDEMENTS DU DROIT PÉNAL MODERNE : UN DROIT PÉNAL DÉMOCRATIQUE

La démesure et l'arbitraire de la pénalité dénoncés sous l'Ancien Régime donnent naissance à une nouvelle économie des délits et des peines à la fin du XVIII^e siècle (A). Issu de la philosophie pénale des Lumières, ce projet fondé sur le primat de la loi et un idéal de modération punitive assure la promotion de l'emprisonnement comme peine. Il dominera une pénalité qui se veut socialement utile au XIX^e siècle, mais se heurte cependant, au fil du siècle, à un certain nombre de limites qui amèneront sa remise en question (B).

A. UN PROJET PÉNAL, ENTRE HUMANISME ET UTILITARISME

Dans le courant du XVIII^e siècle, les Lumières pénales encouragent la création d'un projet pénal nouveau, en rupture avec l'ordre (ou le désordre) pénal de l'Ancien Régime. Porté par divers codes pénaux absolutistes qui consacrent à la fois le renforcement du pouvoir étatique et une philosophie pénale iusnaturaliste, le projet pénal moderne traduit bien un souci de *réforme*. L'évolution sera en effet graduelle et se veut correctrice d'une pénalité d'Ancien Régime en décalage avec l'évolution des mœurs et des pratiques sociales de l'époque⁷.

Tel qu'incarné par son plus célèbre promoteur, Cesare Beccaria⁸, le projet pénal réformateur qui se développe dans l'Europe des souverains absolutistes ou despotes éclairés au cours de la deuxième moitié du XVIII^e siècle prend appui sur un certain nombre de principes fondamentaux. Le premier est celui d'une *pénalité cadrée par la loi* dans le but de lutter contre l'arbitraire et l'inégalité. Le principe de légalité des délits et des peines est le premier pilier d'un droit pénal démocratique qui voit dans la loi le meilleur instrument de protection du sujet de droit contre le pouvoir de l'État. Le deuxième est celui d'une *pénalité réglée* associée à un idéal de prévisibilité et de sécurité juridique. Il s'agit ici, en faisant confiance à un arsenal de textes clairs et concis, d'articles brefs et précis, de marquer la rupture avec une pénalité d'exception, synonyme d'arbitraire et d'inégalité telle qu'on la connaissait sous

7. Y. Cartuyvels, *D'où vient le code pénal ? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIII^e siècle*, Montréal : Les Presses de l'université de Montréal, 1996.

8. C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Paris : ENS Éditions, 2009.

l'Ancien Régime. Le troisième est celui d'une *pénalité modérée* que souligne la volonté de proportionner la peine à la gravité objective du crime ou du délit. Toutefois, le principe de proportionnalité ne sert pas que l'idéal humaniste de modération. Il répond aussi à un *calcul utilitariste* qui constitue le quatrième angle du quadrilatère pénal moderne : une pénalité mesurée est plus volontiers appliquée et son pouvoir de dissuasion est plus important que des peines lourdes qui mènent à l'impunité. Le plaidoyer d'un Beccaria pour l'abolition de la peine de mort est éclairant à cet égard : si la modération punitive s'impose, c'est pour des raisons d'humanité certes, mais aussi, sinon surtout, parce qu'elle est gage d'efficacité dans la répression⁹.

L'ordre pénal tel que le dessinent penseurs des Lumières et souverains absolutistes est bien un droit pénal de l'ordre. Le temps est à la règle, au calcul, à l'esprit de système. Une pénalité rationnelle s'adresse à la part de raison et de calcul qui est en l'homme. S'adossant en amont à une *police préventive* qui repose sur « une panoplie de mesures spécifiquement conçues pour constituer une stratégie systématique, effective et économique de prévention du crime »¹⁰, la réponse pénale prend appui en aval sur la prison comme peine. Ce n'est pas un hasard : l'emprisonnement se prête bien à l'imaginaire d'une pénalité de calcul. Le croisement des unités de temps, de travail et d'unités de souffrance liées aux divers régimes de détention permet une sériation presque infinie des peines. De manière plus fine que le spectacle d'une pénalité corporelle grossière, l'emprisonnement comme peine permet de répondre au calcul de proportion à vocation dissuasive que requiert la peine moderne. En outre, là où la peine sur le corps se lit comme rétribution et retranchement, le panoptique carcéral peut faire le pari – très largement utopique, l'histoire de la prison nous l'apprendra – d'une punition inclusive, source de réformation morale et de réadaptation sociale d'individus que le crime a transformé en « ennemi[s] du corps social »¹¹. Ceci explique que la prison comme peine utile oscille entre dissuasion (prédominante) des citoyens et amendement-correction (secondaire) d'individus affectés d'un statut de citoyenneté conditionnelle¹².

9. A. Cavanna, *La codificazione penale in Italia. Le origine lombarda*, Giuffrè, 1987.

10. M. Dean, *The Constitution of poverty*, Londres : Routledge, 1991, p. 195.

11. J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Paris : UGE, 1963, p. 79.

12. B. Vaughan, « Punishment and conditional citizenship », *Punishment and Society*, n° 2, 2000, p. 27.

B. LES IMPASSES DU DROIT PÉNAL MODERNE : LIMITES DU LÉGALISME, ÉCHEC DU RÉFORMISME CARCÉRAL, RÉCIDIVE ET ÉMERGENCE DE L'INDIVIDU DANGEREUX

Cette pénalité rationnelle et utilitariste à fondement objectiviste dominera le début du XIX^e siècle – à ceci près que, dans les textes, l'utilitarisme l'emporte sur l'humanisme. Aussi, comme c'est le cas dans le code pénal français de 1810, le souci de modération de la peine laisse-t-il place à des peines exemplaires d'une excessive sévérité. Assez rapidement, la pratique judiciaire cherche des correctifs et en vient à s'autoréguler. C'est que la pénalité réglée du code pénal, jugée à son tour démesurée, heurte le sentiment de justice et débouche sur des acquittements spontanés¹³. Par ailleurs, l'objectivisme pénal est mis à mal par la confrontation des juges à des individus de chair et de sang dans les prétoires. Aussi, un courant néo-classique promeut-il l'indexation de la peine à la responsabilité morale subjective du délinquant pour mieux proportionner la peine à la gravité du délit commis. Ici encore, idéal de justice et calcul d'utilité sociale se croisent : certes il s'agit de trouver une peine plus juste ; mais il s'agit aussi de renforcer l'effectivité des peines prévues en s'assurant qu'elles soient bien appliquées en pratique. L'introduction des circonstances atténuantes par une loi française de 1832 doit bien se lire dans cette double perspective : adoucir la répression pour des motifs de justice tout en resserrant les mailles du filet pénal.

Un deuxième élément vient bousculer l'équilibre de la pénalité classique. Au fil des années, l'idéal de réformation morale du délinquant par la prison apparaît comme un échec. La priorité donnée à l'idéal de dissuasion dans l'échelle des fonctions de la peine ainsi que le souci de privilégier ordre et discipline à l'intérieur de l'espace carcéral mettent un frein aux stratégies à visée correctrice en prison. Certes, dans la querelle des modèles, l'introduction du régime cellulaire vise bien à inaugurer une prison plus humaine favorisant le retour sur soi du condamné et son amendement moral ; mais le constat est, au fil du temps, celui d'un échec cuisant¹⁴. Entre idéal et pratiques, l'écart reste grand et la prison apparaît jusque tard dans

13. A. Chauveau, F. Hélie, *Théorie du Code Pénal*, T. I., E. Legrand, 1845, p. 25.

14. A. Prins, « Criminalité et répression », in L. Wodon, J. Servais, *L'œuvre d'Adolphe Prins*, Bruxelles, ULB, 1934, p. 331.

le siècle comme un espace de violence et de non droit¹⁵, marqué plus par des pratiques brutales que par une civilisation des mœurs. Il en résulte que la prison apparaît rapidement comme l'école du crime. Se transformant en « danger au lieu d'une garantie sociale », elle « ouvre un vaste enseignement mutuel au crime »¹⁶, ce dont témoignent les chiffres de la récidive.

Véritable obsession sécuritaire qui se construit au fil du siècle, la récidive se fait le symptôme le plus évident de l'échec du réformisme carcéral et, plus largement, des finalités tant dissuasives que correctrices de la peine. Comme le soulignera plus tard A. Prins en Belgique, le problème est moins celui des grands récidivistes, dont le nombre diminue, que celui de cette foule de petits criminels issus des classes laborieuses parmi lesquels se trouvent nombre d'« incorrigibles récidivistes » ou autres « délinquants de profession »¹⁷. C'est là que se situe la véritable menace pour l'ordre social, à une époque où les classes laborieuses sont associées à des « classes dangereuses »¹⁸ sur fond de commotions sociales : vers la moitié du XIX^e siècle, le crime commence en effet à être lu moins comme un danger pour l'individu dans son corps ou dans ses biens que comme une menace pour l'équilibre de la société tout entière¹⁹.

Une quatrième difficulté enfin est posée par l'impasse que représentent pour la pénalité certaines figures de la délinquance ou de la déviance, aux frontières de la responsabilité morale et de la folie, aux confins de la prison et de l'asile. Si les fous échappent à la répression pénale (pour être pris en charge par des structures psychiatriques civiles), les demi-fous, ceux qui passent à l'acte dans un moment d'égarement mental que rien ne semblait annoncer – ces crimes commis « dans le degré zéro de la folie » dira Foucault²⁰ – font bien l'objet d'un jugement pénal. Bénéficiant de circonstances atténuantes en raison de leur moindre responsabilité, ils ne sont généralement

15. B. Vaughan, « Punishment and conditional citizenship », *Punishment and Society*, op. cit., pp. 27-32.

16. Ch. Lucas, *Du système pénitentiaire en Europe et aux États-Unis*, vol. II, Thimothée Dehay, 1830, p. 17.

17. A. Prins, *Criminalité et répression*, op. cit., pp. 310-311.

18. L. Chevalier, *Classes laborieuses et classes dangereuses à Paris, pendant la première moitié du XIX^e siècle*, Paris : Plon, 1958, pp. 458 et s.

19. L. Radzinowicz, « The dangerous offender », *The Police Journal*, 1968, pp. 414 et s.

20. M. Foucault, « L'évolution de la notion d'« individu dangereux » dans la psychiatrie légale », *Déviance et Société*, 1981, n° 4, p. 406.

condamnés qu'à des peines légères. Aussi rejoignent-ils rapidement la foule des vagabonds, mendiants, joueurs, ivrognes, prostituées, récidivistes, délinquants d'habitude et autres délinquants professionnels qui constituent l'armée du crime (et de la subversion) dans l'anonymat des grandes villes. Se construit alors un imaginaire de la déviance qui se superpose à celui de la délinquance : englobés dans un même discours et affublés de caractéristiques interchangeables²¹, ces petits délinquants qui oscillent entre la prison et l'asile apparaissent comme une classe de citoyens à part, potentiellement affectés d'une tendance permanente au crime se déployant sur fond d'une anormalité constitutive.

Ces divers éléments cumulés favorisent l'émergence d'une nouvelle lecture de la question criminelle dans le dernier tiers du siècle. Cette lecture s'oriente « non vers une sociologisation du crime, mais vers une anthropologisation du criminel »²². Il ne s'agit plus de comprendre la portée morale d'un acte et de le juger dans son contexte social, circonstances atténuantes à l'appui ; il convient désormais de jauger et de juger un homme dont l'acte souligne la dangerosité sociale. Autrement dit, le *credo* néo-classique de l'individualisation de la peine au nom de la juste rétribution de la faute morale se retourne pour les besoins de la défense de la société contre le criminel. C'est dans ce but qu'« elle [la science moderne] déclare avec beaucoup de bon sens que pour juger l'homme, il faut connaître l'homme, et qu'elle poursuit une enquête sur les caractères physiques et moraux des criminels de profession »²³. Sur fond de la menace que représentent les classes dangereuses, une science de l'homme criminel peut se construire. Scientifiquement fondée, l'anthropologie criminelle est aussi politiquement utile. Elle permettra la construction d'une *underclass* d'individus dangereux séparée du reste du corps social.

21. N. Rafter, *Creating Born Criminals*, outh Oak Street : University of Illinois Press, 1997, p. 119.

22. M. Sénellart, « L'ennemi intérieur dans le discours de la défense sociale au XIX^e siècle », *Erytheis*, n° 2, 2007, p. 9.

23. A. Prins, *Criminalité et répression*, op. cit., p. 295.

II. LA NAISSANCE DE LA CRIMINOLOGIE : UNE SCIENCE POLICIÈRE AU SERVICE PRIORITAIRE DE LA DÉFENSE SOCIALE

La menace sociale que représentent les classes dangereuses favorise une stratégie de diversion : il s'agit de séparer l'ivraie du bon grain, ce que permet la construction scientifique de l'individu dangereux comme risque criminel contre lequel l'État doit garantir les citoyens (A). La nouvelle science du criminel que propose la criminologie naissante fait de cette dernière un discours policier traversé par des tensions diverses qui soulignent aussi ces limites dans le cadre d'un État de droit (B).

A. LA CONSTRUCTION DE L'INDIVIDU DANGEREUX : LE VOLET PÉNAL D'UN PROJET ASSURANTIEL

Dans la société industrielle qui se construit, le danger social n'est plus tant associé comme au début du siècle à des individus flottants dont le manque de prudence menaçait la sécurité et la prévisibilité des échanges²⁴. Il est le fait de classes dangereuses dont les revendications menacent l'équilibre du projet politique de l'État de droit libéral.

L'enjeu devient alors de construire autrement la dangerosité pour dissocier les menaces et faire glisser le curseur du risque politique vers un risque criminel plus ciblé et mieux contrôlable. Le discours sur l'individu dangereux aura cette fonctionnalité : avec cette nouvelle terminologie, l'ennemi social – ou, plus exactement, une partie de celui-ci – est transformé en déviant, l'*underclass* criminelle séparée des classes laborieuses²⁵.

Le glissement de lecture n'est évidemment pas neutre politiquement : ciblant des individus anormaux et non plus une classe sociale, associant le danger à une pathologie de nature, réifiant le criminel comme produit de l'atavisme, de l'hérédité ou de la dégénérescence, cette nouvelle lecture du

24. P. O'Malley, « Risk societies and the government of crime », in M. Brown, J. Pratt (ed.), *Dangerous offenders, Punishment and Social Order*, Londres : Routledge, 2000, p. 24.

25. J. Pratt, « Dangerousness and modern Society », dans M. Brown, J. Pratt (ed.), *op. cit.*, pp. 37-39.

danger naturalise, individualise et dépolitise les enjeux de la déviance²⁶. Est ici prise à rebours une lecture socio-politique du crime, problématique parce que susceptible de remettre en cause l'ordre social et les inégalités de classe en tant que facteurs de production du crime. Les échos d'une criminologie marxiste – promue par exemple dans les cercles de socialistes utopistes²⁷ – s'en retrouveront très largement étouffés derrière l'engouement pour la nouvelle science anthropologique du crime.

Ce discours qui désocialise et individualise la question de la déviance se produit paradoxalement à un moment où le projet de l'État de droit libéral laisse la place à la logique solidariste de l'État social. Au laisser-faire de l'État de droit libéral succède le projet assurantiel de l'État social, à l'État gendarme se substitue un État interventionniste soucieux de peser sur les équilibres sociaux et de protéger les individus contre les risques divers qui les menacent. Comme l'a bien montré F. Ewald²⁸, une des principales transformations qu'introduit l'État social concerne la mise en place d'un régime assurantiel caractérisé par un transfert des risques de l'individu vers l'État dans les divers domaines de la vie sociale. Le projet de défense sociale contre l'individu dangereux que promeut la criminologie naissante doit se comprendre dans ce contexte assurantiel : s'il ne s'y réduit pas, ce projet est aussi la traduction, dans l'ordre de la pénalité, de l'idéal de protection des citoyens contre les risques qu'assume désormais l'État social²⁹.

26. Se référant à Foucault, P. O'Malley souligne bien ce passage : « First, the liberal problematic of social danger linked the idea of dangerousness primarily to the "dangerous classes"... Foucault argued that the disciplines' focus upon the individual had crucial political effects, for they disaggregated the dangerous classes in crucial ways. By focusing upon the pathological individual, the political reality of these classes was disrupted; by subjecting "criminals" to scientific method, the apolitical reality of their pathology was neutrally confirmed; by locating such individuals in segregated buildings, their difference was graphically symbolised. Over and above this (...), the coercive substrate of the disciplines provided means to "tame" the threat of mass disorder that confronted liberal government » (P. O'Malley, « Risk Societies and the Government of crime », in M. Brown, J. Pratt (ed.), *op. cit.*, p. 21).

27. Fr. Digneffe, « Problèmes sociaux et représentations du criminel », in Ch. Debuyst, Fr. Digneffe, J.-M. Labadie, A.-P. Pires, *Histoire des savoirs sur le crime & la peine*, vol. I., De Boeck Université, les Presses de l'université d'Ottawa, les Presses de l'université de Montréal, 1995, pp. 200-208.

28. F. Ewald, *L'État providence*, Paris : Grasset, 1986.

29. J. Pratt, « Dangerousness and modern society », *op. cit.*, p. 38.

B. LA CRIMINOLOGIE POSITIVISTE : LA SCIENCE ET L'UTILITÉ SOCIALE PLUTÔT QUE LA MORALE ET LE DROIT

La fin du ^{xix}^e siècle marque la naissance de la criminologie comme discipline. Incarnée par l'Ecole italienne et le trio Lombroso, Ferri, Garofalo, la criminologie introduit une rupture épistémologique importante avec les discours antérieurs sur le crime et le criminel tout comme elle propose un autre regard sur la peine et le jeu procédural³⁰.

Qu'il s'agisse de la vision du crime et du criminel ou des réponses à apporter à la délinquance, la criminologie qui est marquée sur le plan épistémologique par le positivisme ambiant rompt à de multiples égards avec la logique pénale classique et néo-classique. Pour les besoins de mon propos, je me contente ici de souligner quatre points de rupture qu'introduit la criminologie positiviste, d'abord associée à la naissance et aux développements de l'anthropologie criminelle en Italie à la fin du ^{xix}^e siècle.

Dans un contexte où « la seule autorité est celle de la science »³¹, les approches spéculatives et métaphysiques de la doctrine pénale traditionnelle cèdent la place à une approche scientifique et empirique du crime et du criminel. Sur fond de déterminisme parfois radical, la question criminelle n'est plus tant affaire du libre choix de l'individu que de causalités biologiques (Lombroso), auxquelles s'ajouteront des variables sociales (Ferri) et psychologiques (Garofalo)³². Biologie et sociobiologie du crime et du criminel se déploient pour proposer un discours causaliste sur le criminel perçu comme individu doté d'une prédisposition au crime. Le changement de perspective est considérable : à travers une approche scientifique de l'homme criminel, l'école positive italienne propose un projet de politique criminelle dont le fondement ne repose plus sur les principes d'une éthique juridique (libre-arbitre, responsabilité morale, culpabilité, peine) mais bien sûr des évidences scientifiques (déterminisme, responsabilité sociale, anormalité) et un souci avant tout sécuritaire (la défense sociale)³³.

30. M. van de Kerchove, Fr. Tulkens, Y. Cartuyvels, Ch. Guillaïn, *Introduction au droit pénal. Approche juridique et criminologique*, Anvers : Kluwer, 2010.

31. C. Lombroso, *L'Uomobianco e l'uomo di colore*, Padua, Sachetto, 1871, p. 10.

32. M.-B. Clinard, « Criminalita », *Enciclopedia del Novecento*, Milan: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1975, pp. 1059-1070.

33. F. Digneffe, « L'école positive et le mouvement de défense sociale », dans Ch. Debuyst, Fr. Digneffe, A.-P. Pires (dir.), *Histoire des savoirs sur le crime & la peine*, Montréal : Les Presses de l'université de Montréal, 1995, p. 192.

Dès le départ, la criminologie comme science est mise au service non pas tant d'un idéal de connaissance que d'un idéal d'ingénierie sociale, à savoir la défense de la société contre le crime. Cette science policière produit un savoir partiel et partial dont l'objectif n'est plus de déterminer la juste peine pour rétribuer un acte contraire à la loi pénale. Le but est ici de chercher les indices de criminalité potentielle ou de dangerosité que l'état psychique du délinquant révèle³⁴ et de déterminer la mesure la mieux adaptée à son degré de dangerosité sociale.

À une époque marquée par le darwinisme, la peur de la dégénérescence et les théories Lamarckiennes sur l'hérédité, la science a vocation à jouer un rôle de réassurance sociale. Sa fonction est de dépister l'individu dangereux, de séparer les corrigibles des incorrigibles, de déterminer des régimes graduels de prise en charge, et enfin de neutraliser voire d'éliminer en fonction du degré de dangerosité. Dans ce travail instrumental, la vérité du discours de la science se fissure très vite derrière un unanimité de façade. Deux types de logique scientifique vont s'affronter dans le champ de l'expertise pénale. D'un côté une *science probabiliste*, fondée sur des distributions statistiques et des probabilités, cherchant l'identification de profils ou la construction de groupes ou catégories à risques derrière le croisement d'un certain nombre de variables physiques et/ou mentales interconnectées³⁵; cette science, parfois associée à un idéal de gestion actuariel des risques avant la lettre³⁶, aura relativement peu de succès dans le champ de la pénalité. De l'autre une *science médico-psychiatrique déterministe*, associant dangerosité individuelle et pathologie de la psyché, qui privilégie approche biographique et diagnostic clinique; cette dernière s'impose. Derrière des conflits de pouvoir professionnels³⁷ se joue aussi, plus fondamentalement, un conflit de paradigmes dans le champ en voie de constitution de la santé mentale. La fin de siècle est freudienne et, dans le champ de la pénalité, le diagnostic clinique l'emporte sur le *testing* prédictif.

34. Ch. De Buyst, « La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie », *Criminologie*, n° 2, 1984, pp. 7-24.

35. B. Harcourt, « Surveiller et punir à l'âge actuariel. Généalogie et critique », *Déviance et Société*, n° 1, 2011, pp. 5-33.

36. R. Castel, « De la dangerosité au risque », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 47-48, 1983, pp. 119-127; P. O'Malley, « Risk societies and the government of crime », *op. cit.*, p. 24.

37. N. Rafter, *Creating Born Criminals*, *op. cit.*, pp. 168-173.

Porteuse d'un idéal de défense sociale, la criminologie scientifique se heurte rapidement aux frontières du droit. L'opposition sera virulente entre pénalistes (néo-classiques) attachés aux principes fondateurs d'un droit pénal de l'acte et positivistes soucieux de promouvoir un droit para-pénal de la personne. Si les néo-classiques sont sensibles à l'idéal de défense sociale, ils se méfient d'un projet positiviste qui, appliqué dans toute sa rigueur, ne signifierait rien moins que « la mort du droit pénal »³⁸ et de ses dimensions garantistes. Où est la menace ? Elle pèse d'abord sur le principe de légalité des incriminations, lequel suppose des incriminations précises et la commission d'un acte pour autoriser l'intervention pénale. Dès lors que domine le souci de défense sociale, une intervention *ante-delictum* est parfaitement envisageable à l'encontre d'un « individu dangereux comme virtualité d'actes »³⁹ au nom de la prévention du comportement dangereux. Dans la foulée, ce sont les corollaires de ce principe de légalité qui sont menacés : non-rétroactivité de la loi pénale et interprétation stricte (ou interdiction de l'interprétation par analogie) constituent autant de contraintes à éliminer. La menace pèse ensuite sur le principe de légalité et de proportionnalité de la peine. Dès lors que l'enjeu est de trouver une mesure de défense sociale adaptée non plus à la gravité de l'acte ni à la responsabilité morale du délinquant mais à sa témébilite ou responsabilité sociale, la peine cède la place à des mesures de sûreté ou à des formes de *preventative detention* dont la nature et la durée sont flexibles et évolutives en fonction de l'état de danger de l'individu. Émerge ici un « droit pénal de l'ennemi »⁴⁰ dans lequel la science sert d'instrument de légitimation à la mise en œuvre d'un droit d'exception(s). Le cas par cas se met au service d'une logique prioritaire de neutralisation ou d'élimination d'individus dangereux qui ne sont plus perçus comme citoyens à part entière.

38. R. Salleilles, « L'individualisation de la peine », in R. Ottenhof (dir.), *L'individualisation de la peine. De Salleilles à aujourd'hui*, Paris : Eres, 2001, p. 95.

39. M. Foucault, « L'évolution de la notion d'"individu dangereux" dans la psychiatrie légale », *Déviance et Société*, n° 4, 1981, p. 421.

40. S. Krasmann, « The enemy on the border », *Punishment and Society*, n° 9, 2007, p. 305.

III. LE COMPROMIS DE LA PÉNALITÉ *WELFARE* : ENTRE CULPABILITÉ ET DANGÉROSITÉ, ÉLIMINATION ET TRAITEMENT

À la fin du XIX^e siècle, l'engouement pour les thèses positivistes se heurte aussi à une résistance d'une autre nature. Si ce projet n'est pas toujours compatible avec les principes de l'État de droit, il n'est pas non plus nécessairement conforme en tout point au projet protecteur de l'État *Welfare*. Dans la pratique, un compromis va s'élaborer entre droit pénal de l'acte et logique de défense sociale sur fond d'un souci commun tant pour le traitement et la réformation du criminel que pour la mise à l'écart des plus dangereux de ceux-ci (A). Le discours de la réforme du criminel, caractéristique dominante de la pénalité *Welfare* issue de ce compromis, connaît son apogée dans les années 1950-1970 (B).

A. UN COMPROMIS ENTRE DROIT PÉNAL DE L'ACTE ET LOGIQUE DE DÉFENSE SOCIALE

Comme l'explique D. Garland⁴¹, le projet de l'anthropologie criminelle était sans doute excessif à un double point de vue : d'une part, il questionnait directement les cadres de l'État de droit – point sur lequel les pénalistes de l'école néo-classique, même si séduits par certains objectifs de la défense sociale, n'étaient pas prêts à lâcher prise⁴² ; d'autre part, la logique de précaution généralisée induite par le système de défense sociale pouvait également heurter les idéaux réformateurs et intégrateurs du projet de l'État social. La question était donc de sauvegarder les aspects positifs d'une pénalité de défense sociale plus individualisée en les séparant de ses conséquences les plus problématiques.

Dès lors, dans les pratiques, la pénalité *Welfare* va chercher un compromis réformateur entre les principes anciens du droit pénal de l'État libéral et les apports nouveaux d'une pénalité positiviste – entre responsabilité morale et déterminisme psychosocial, culpabilité et dangerosité, légalité et défense de la société, réintégration et neutralisation. Ce compromis stratégique, avalisé

41. D. Garland, « The Birth of the Welfare Sanction », *British Journal of Law and Society*, 1981, n° 8, pp. 30-31.

42. R. Salleilles, L'individualisation de la peine, *op. cit.*

notamment par l'Association internationale de droit pénal⁴³, se traduira dans les faits par une triple orientation. Premièrement, la logique positiviste et les dispositifs de sûreté qu'elle promeut ne pénètrent pas le cœur de la pénalité mais se déploient à sa périphérie. Le cœur du droit pénal reste objectiviste, marqué par les principes beccariens de la pénalité classique (légalité, proportionnalité, responsabilité morale). Autrement dit, la substitution généralisée d'un droit de défense sociale au droit pénal n'aura pas lieu, tout au moins dans les États démocratiques⁴⁴. En outre, là où les dispositifs positivistes de sûreté émergent à l'égard de groupes d'individus à risques (mineurs délinquants, aliénés criminels, récidivistes et délinquants d'habitude), ils continuent dans l'ensemble à maintenir l'exigence d'un acte comme point de départ à l'intervention pénale. Deuxièmement, le droit pénal (néo-classique) se laisse largement pénétrer par une logique individualisante et réformatrice au stade de l'exécution de la peine. Individu, caractère, sens de l'acte, diagnostic et traitement : dans le cadre du projet *Welfare* naissant, le « grand récit de la réforme »⁴⁵ prend corps, notamment à partir de la pratique pénitentiaire⁴⁶. Ce récit réformateur permet de recycler l'idéal positiviste de défense de la société contre le crime, jugé somme toute intéressant par la plupart, mais d'une manière plus acceptable sur le plan éthique. Troisièmement, cette morale thérapeutique qui préside au projet

43. Voir par exemple le débat lors du congrès de Bruxelles de l'Association internationale de droit pénal des 26 au 29 juillet 1926 tel que rapporté par L. Rabinowicz, *Mesures de sûreté. Étude de politique criminelle*. Préface de E. Ferri, Paris : Les écrivains réunis, 1928, pp. 124-135.

44. L. Rabinowicz, *Mesures de sûreté. Étude de politique criminelle*, op. cit. Positiviste convaincu, ce dernier évoque une motion d'extrême-gauche déposée au Congrès de Bruxelles qui, pour rester fidèle aux idées du positivisme, propose de ne laisser au juge « la faculté que d'appliquer les mesures de sûreté » (pp. 132-133). De même, l'auteur se montre admiratif à l'égard du Code pénal de l'URSS qui a supprimé la peine et ne connaît plus que la mesure de défense sociale (p. 157) et qui, à part « quelques exagérations [...] en toute objectivité, est un très beau code » (p. 104). La place faite à la logique positiviste dans l'ensemble de la pénalité semble aussi être un des écarts qui, en Italie, séparera le projet de code pénal positiviste préparé par E. Ferri en 1921 et le Code Rocco adopté quelques années plus tard.

45. Je reprends l'expression à J. Pratt, « The return of the Wheelbarrow men; or, the arrival of postmodern Penalty? », *British Journal of Criminology*, n° 40, 2000, p. 132.

46. Certains font remonter les sources de ce mouvement réformateur à la *Déclaration de principes* du *National Congress on Penitentiary and Reformatory Discipline* qui se tiendra à Cincinnati aux États-Unis en 1870. E.C. Wines (ed.), *Transactions of the National Congress on Penitentiary and Reformatory Discipline, held at Cincinnati, Ohio, 1870*, Weed Parsons and Company, 1871.

transformateur de la pénalité *Welfare* produit un déplacement du pouvoir vers les « instances administratives »⁴⁷ ou « médico-psychologiques »⁴⁸, notamment au stade du *post-sentencing*. Dès lors que le criminel est un individu qui commet un acte et plus seulement une abstraction légale, dès lors qu'il doit être traité dans une perspective de réintégration ou écarté en raison de sa dangerosité, diagnostic et évaluation de sa trajectoire deviennent des enjeux centraux pour adapter la répression. Le juge perd ici son monopole pour partager le pouvoir de décision avec d'autres acteurs mieux outillés pour sonder l'état d'esprit du délinquant.

B. LES ANNÉES 1950-1970 : L'APOGÉE DE LA PÉNALITÉ WELFARE

La logique assurantielle, solidariste et redistributive de l'État social connaît son apogée après la deuxième guerre mondiale avec le développement dans l'Europe occidentale de l'après-guerre de l'« État providence » qui succède à l'État social. Le principe d'une citoyenneté sociale, incarnée par la reconnaissance d'une deuxième génération des droits de l'homme à coloration sociale, oblige l'État à octroyer à l'ensemble des citoyens des standards de vie intégrateurs.

Cette évolution socialisante se reflète sur le projet du welfarisme pénal. Sur le plan théorique, une approche critique s'oppose à l'individualisme méthodologique de la criminologie du passage à l'acte, dominante jusqu'à la deuxième guerre mondiale. Les théories de l'étiquetage et l'interactionnisme symbolique dans le monde anglo-saxon ainsi que les théories de la réaction sociale ou de la définition sociale dans le monde francophone mettent l'accent sur la dimension de *construction sociale* de la déviance à travers les processus de criminalisation primaire et secondaire⁴⁹. Les enjeux de la déviance sont ici perçus comme une question politique, enjeux de « conflits de points de vue »⁵⁰ et de rapports de pouvoir au cœur des interactions sociales. Dans

47. D. Garland, *The Birth of the Welfare sanction*, op. cit., p. 41.

48. M. van de Kerchove, « "Médicalisation" et "fiscalisation" du droit pénal : deux versions asymétriques de la dépenalisation », *Déviance et Société*, 1981, n° 1, pp. 1-23.

49. Ph. Robert, « La sociologie entre une criminologie du passage à l'acte et une criminologie de la réaction sociale », *L'Année Sociologique*, 1973, pp. 441-504.

50. Ch. Debuyst, *Essais de criminologie clinique : Entre psychologie et justice pénale*, Bruxelles : Larcier, 2009.

le champ des pratiques, une lecture du déviant comme être « socialement vulnérable »⁵¹ accentue la perception de la délinquance comme question politique et sociale. Aux États-Unis, la prévention de la délinquance s'inscrit dans le cadre d'une « guerre à la pauvreté »⁵². En Europe, dans le droit fil du welfarisme pénal, le déviant fait l'objet d'efforts renouvelés visant sa réforme et sa réintégration dans la société⁵³ au cœur d'un système qui se préoccupe plus de protéger ses *intérêts sociaux* que ses droits formels. Méfiance à l'égard du traitement en institution (*correctional institutions*), volonté de favoriser une intervention en milieu ouvert (*community care*) et recours aux techniques du travail social (*case work techniques*)⁵⁴ caractérisent un idéal de défense sociale nouvelle à vocation humaniste qu'incarne en France M. Ancel.

À la fin des trente glorieuses, la logique de la réhabilitation se heurte cependant à un double problème. D'une part, elle continue à traduire les ambiguïtés d'un projet intégrateur disciplinaire propre à l'interventionnisme *Welfare*. Cancérisation du contrôle social⁵⁵ et logique de normalisation font l'objet d'une critique progressiste d'inspiration foucaldienne : derrière la bienveillance d'une intervention qui se déploie au nom de l'intérêt d'autrui, se découpe une logique disciplinaire. D'autre part, si le discours de la transformation réintégrative fait l'unanimité, son succès dans les pratiques est moins évident. On sait en fait peu de chose du succès ou des échecs des divers programmes de réhabilitation mis en œuvre. Sur fond de crise économique et d'une résurgence de réflexes sécuritaires, l'idéal transformateur commence à questionner les décideurs⁵⁶. Tout comme le modèle *Welfare* dont il est issu, c'est le projet d'une pénalité transformative en lui-même qui est remis en question.

-
- 51. L. Walgrave, « Délinquance systématisée des jeunes et vulnérabilité sociétale. Essai de construction d'une théorie intégrative », *Médecine et Hygiène*, 1992.
 - 52. P. Marris, M. Rein, *Dilemmas of Social Reform*, Altherton, 1967, pp. 52-53, cité in G. Rose, « Penal Reform as History », *British Journal of Criminology*, 1970, p. 356.
 - 53. B. Vaughan, « Punishment and conditional citizenship », *Punishment and Society*, n°23, 2000, p. 34.
 - 54. G. Rose, *Penal Reform as History*, op. cit., pp. 355-356.
 - 55. S. Cohen, *Visions of Social Control. Crime, Punishment and Classification*, Oxford: Polity Press, 1985.
 - 56. R. Martinson, « What Works? Questions and Answers about Prison Reform », op. cit., pp. 22-54.

IV. LE PATCHWORK DE LA PÉNALITÉ CONTEMPORAINE : UN MODÈLE POST-MODERNE ?

La crise de la pénalité *Welfare* se joue sur le fond du constat d'échec de la logique réhabilitative. Dans un contexte marqué par le retour d'un climat sécuritaire, la pénalité semble se chercher entre des tendances multiples et contradictoires (A). Une double orientation semble toutefois dominer, entre managérialisme et retour d'un discours de dangerosité (B).

A. CRISE DE LA PÉNALITÉ WELFARE ET CHANGEMENT DE CULTURE PÉNALE

En 1974, le sociologue américain R. Martinson publie un article qui fera date dans les transformations de la pénalité moderne. Fruit d'une recherche synthétisant les résultats d'études menées entre 1945 et 1967 aux États-Unis sur divers programmes de réhabilitation, l'article renvoie une image peu flatteuse de ces programmes et s'intitule *What Works? Questions and Answers about Prisons Reform*. La réponse donnée par Martinson à cette question sera vulgarisée derrière l'expression *nothing works*. Autrement dit, l'impact des programmes de réhabilitation – sur la récidive notamment – est jugé faible et peu systématique⁵⁷. D'une manière qui n'était pas nécessairement conforme aux conclusions qu'en tirait l'auteur, l'article signe le début d'une offensive en règle contre la pénalité *Welfare*.

Dans un contexte marqué par le retour de discours sécuritaires, l'accroissement des taux élevés de délinquance enregistrée et l'importance des chiffres de la récidive, un changement de *culture* pénale s'amorce dont la lecture n'est pas aisée. Caractérisée par une relative inconsistance, la pénalité post-moderne se distingue par une sorte de patchwork « volatile et contradictoire » d'influences⁵⁸. L'hybridation des logiques se joue, avec des équilibres différents selon les pays, sur le fond du paysage suivant : le maintien d'un appareillage institutionnel qui n'a pas fondamentalement changé – police, juges, prisons sont toujours en place – et le développement d'une culture

57. *Ibid.*, p. 25 : « with few and isolated exceptions, the rehabilitative efforts that have been reported so far have had no appreciable effect on recidivism ».

58. P. O'Malley, « Volatile and Contradictory Punishment », *Theoretical Criminology*, n° 3, 1999, p. 176.

des intervenants plus orientée vers la prévention et le contrôle⁵⁹ ; le renforcement de tendances punitives dures, parfois associées au retour à une pénalité pré-moderne caractérisée par l'excès, l'esprit de vengeance et son caractère spectaculaire⁶⁰ ; le développement d'un nouveau secteur de prévention et l'émergence d'une culture de réparation soucieuse de l'intérêt des victimes (*restorative justice*) qui se pose en alternative à la culture punitive, même si cette tendance réparatrice reste marginale dans les pratiques.

B. LA PÉNALITÉ ENTRE MANAGÉRIALISME ET RETOUR DE LA DANGÉROSITÉ

Le cumul de ces évolutions multiples, entre résistances *Welfare* et inflexions néo-libérales⁶¹, ne rend pas facile l'identification d'un modèle dominant de la pénalité contemporaine. Au risque de la réduction, on peut néanmoins identifier les éléments suivants qui semblent marquer une rupture avec la pénalité *Welfare*.

Sur fond d'idéologie néo-libérale, l'irruption d'une *logique managériale* se traduit par trois inflexions centrales : d'abord, une conception de la justice comme entreprise dont la performance doit être évaluée non plus en regard de principes de justice mais bien du coût social du crime, lequel englobe son propre fonctionnement et lui donne une place prioritaire dans les registres nouveaux de l'évaluation⁶² ; ensuite, l'adoption d'un langage et de technologies nouvelles axées sur le contrôle et la gestion des risques de déviance – ceci parfois au prix du retour paradoxal d'une logique bureaucratique que le managérialisme contemporain se donnait pourtant pour mission de contrôler ; enfin, un décentrement du centre de gravité de la justice pénale vers l'amont, soit vers les acteurs (policiers) jugés le plus à même d'intervenir

59. D. Garland, *A culture of control. Crime and social order in contemporary society*, op. cit.

60. S. Hallworth, « The Case for a Postmodern Penalty », *Theoretical Criminology*, 2002, n° 2, pp. 145-163. Pour une critique de cette conception, S. Penna, M. Yar, « From Modern to Postmodern Penalty? A response to Hallsworth », *Theoretical Criminology*, n° 4, 2003, pp. 469-482.

61. Fr. Bailleau, Y. Cartuyvels, (dir.), *La justice des mineurs en Europe. Entre modèle Welfare et inflexions néo-libérales*, Paris : L'Harmattan, 2007.

62. E. Zedlewski, « When Have We Punished Enough? », *Public Administration Review*, n° 5, 1985, pp. 771-779.

de manière éclairée, précoce et pragmatique sur le terrain. Comme à la fin du XIX^e siècle, on se méfie de l'abstraction et on privilégie une méthode de travail fondée sur le terrain.

Une nouvelle vision du délinquant émerge. Ce dernier n'est plus considéré comme un individu psychiquement et socialement vulnérable à traiter mais (re)devient un *acteur rationnel capable de faire des choix* et de les assumer. À l'heure où l'ethos libérale réhabilite la prise de risque sur le plan social en valorisant de manière indifférenciée l'individu « entrepreneur de soi »⁶³, l'imaginaire pénal traduit cette injonction par un discours de responsabilisation de l'auteur de l'infraction. Ce dernier est dès lors moins à traiter comme malade à transformer qu'à ériger en partenaire actif de sa propre prise en charge. *Bargaining* et contractualisation, bien souvent sous forme de contrats d'adhésion faussement égalitaires, soulignent les avances d'une justice consensuelle ou *dealatoire*⁶⁴ en quête d'effectivité accrue plus que de justice, de gestion pragmatique plus que de réflexivité subjective.

On assiste au retour en miroir du délinquant rationnel, *de l'individu dangereux et d'un droit pénal de sûreté*. La France des dix dernières années est sans doute exemplaire de ce mouvement qui met l'accent sur une « criminologie de l'Autre »⁶⁵ et qui vient compléter, au terme d'un principe connu de « bifurcation » des politiques criminelles⁶⁶, l'approche managériale centrée sur le délinquant rationnel. Dans plusieurs pays européens, le début du XXI^e siècle est marqué par le développement, l'intensification ou le retour en grâce d'une logique de sûreté associée au projet de la défense sociale pour répondre à une menace qui s'est déplacée : plutôt que les atteintes à la propriété commises par les petits récidivistes et autres délinquants d'habitude comme à la fin du XIX^e siècle, ce sont les atteintes au corps qui font ici l'objet d'une protection renforcée. Délinquants sexuels et autres prédateurs rejoignent le terroriste pour incarner désormais la dangerosité⁶⁷. C'est dans

63. P. O'Malley, *Risk societies and the government of crime*, op. cit., p. 27.

64. A. Garapon, « Un nouveau modèle de justice : efficacité, acteur stratégique, sécurité », *Espit*, 2008, p. 106.

65. D. Garland, *A culture of control. Crime and social order in contemporary society*, op. cit., pp. 184 et s.

66. A. Bottoms, « Reflections on the Renaissance of Dangerousness », *The Howard Journal of Criminal Justice*, n° 2, 1977, pp. 70-96.

67. « Risque, dangerosité et sécurité. Renaissance et mutations de la défense sociale », *Déviance et Société*, n° 4, 2010, (numéro spécial).

ces domaines que se déploie désormais une version renouvelée du droit pénal de l'ennemi, avec la promotion de dispositifs en délicatesse et les principes garantistes du droit pénal classique⁶⁸.

Dans cette double perspective de gestion des risques et de la dangerosité, la *place de la science* comme outil d'administration et instrument de légitimation ne disparaît pas. Toutefois, si elle se maintient, c'est au prix d'une métamorphose. Les sciences compréhensives privilégiées par la pénalité *Welfare*, à savoir les approches cliniques⁶⁹ et les sciences sociales, sont largement disqualifiées. Elles reculent au profit d'une nouvelle alliance entre sciences probabilistes – les échelles actuarielles de risque – et psychologie cognitivo-comportementale sur fond d'un nouvel engouement pour le potentiel explicatif des neuro-sciences sur la personnalité criminelle. La résurgence d'une lecture biologisante du criminel, qui s'apparente à certains égards à un retour du refoulé positiviste, n'est pas insignifiante. Elle a aussi pour effet de dépolitiser les enjeux de la déviance au nom de ce que la pénalité n'a pas de prise sur les variables macro-sociales qui pèsent sur le crime. Comme le souligne, de manière critique, K. Hannah-Moffat: *if there is no solution, there is no problem*⁷⁰.

CONCLUSION

À ce stade, on peut faire un constat : le retour de la dangerosité associé à un droit pénal de sûreté croisé avec la revanche des sciences probabilistes sur les approches cliniques rappelle singulièrement le projet de l'anthropologie criminelle et de ses successeurs à la fin du XIX^e siècle, avec sa confiance dans la science vraie et son relatif dédain du droit. Ce sont les mêmes craintes suscitées par certaines figures extrêmes oscillant entre responsabilité et anormalité qui alimentent un retour de la dangerosité comme ligne directrice de la pénalité. La différence entre les deux moments réside sans doute dans l'idéologie de surplomb qui les englobe : darwinisme et peur de la dégénérescence sur fond d'un paternalisme d'État dans un cas, idéal de régulation managériale des populations en contexte néo-libéral dans l'autre.

68. M. Delmas-Marty, *Libertés et sûreté dans un monde dangereux*, Paris : Seuil, 2010.

69. J. Pratt, « Dangerousness, Risk and Technologies of Power », *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, n° 1, 2005, pp. 20-21.

70. K. Hannah-Moffat, « Criminogenic needs and the transformative risk subject. Hybridizations of risk/need in penalty », *Punishment and Society*, 2007, p. 42.

D'une nouvelle pénologie à l'autre : au-delà des différences, serions-nous condamnés à la circularité des politiques criminelles ? Poser la question revient à se demander comment échapper à la pulsion de répétition. À cet égard, deux paravents, me semble-t-il, peuvent être mobilisés pour chercher à innover. Le premier est le *discours des droits*, le *discours du droit*. L'histoire à la fin du XIX^e siècle le montre : face aux utopies gestionnaires et aux dérives de la science, le droit et ses catégories restent sans doute le meilleur instrument pour mettre un frein aux tentations autoritaires ou aux ambitions totalisantes. Par sa valorisation de la procédure, par le relativisme assumé tant de ses constructions (la loi positive comme construction politique et sociale) que de sa mise en œuvre (le jugement comme acte qui décide sur fond d'un doute), le droit fait obstacle tant à l'utopie dangereuse d'une vérité dernière qu'au fantasme d'une gestion sans médiation dont la violence est rarement absente. Le second est la promotion d'une justice communicationnelle conçue comme échange de points de vue qu'incarnent certains modes alternatifs de résolution des conflits. La voie est ici étroite et pavée d'embûches : comment éviter la privatisation du conflit et sortir d'un mode de règlement qui serait pur rapport de pouvoir ? Mais il n'en est guère d'autre.

Dans les deux cas, il s'agit, au fond, toujours de parier sur l'humain en tant qu'être de langage et sur sa capacité à échanger et argumenter pour se transformer. Ce qui est en jeu – et les dérives de la science criminelle de la fin du XIX^e siècle le soulignent bien – c'est aussi l'opposition entre deux visions du sujet : la vision démocratique d'un sujet « auto-institué » et autonome, considéré comme le moteur de son propre devenir, et celle qui réduit l'autonomie du sujet à sa conformation disciplinaire à un projet hétéronome qui lui est imposée de l'extérieur⁷¹.

71. C. Castoriadis, « Psychanalyse et politique », dans Cornelius Castoriadis (dir.), *Le monde morcelé. Les carrefours du labyrinthe-3*, Paris : Seuil, 1990, pp. 173-190.

Épreuve de contrôle