

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 peine¹ : il s'agit bien de « questions catégoriquement 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 donc 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 aristotéliens.

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 conflictualité ; 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, faisons 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 sexuelles⁴ ; 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*, 1^{er} février 2018, en ligne.

¹³ Ladd, dans cet ouvrage, p. 27.

¹⁴ CNRS et Université de Lorraine, v^o « bon sens ».

bon sens est, pour nous, ici, le discernement de ce qui est évident¹⁵ 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 naturalisation¹⁶. 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-Strauss¹⁷. 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 mort¹⁸, 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 pas¹⁹ mais mérite cependant qu'on la prenne en compte²⁰), 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 expulsions 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 Fassin²⁴, 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 châtement 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 contestable²⁶ 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 Durkheim²⁹ : 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

<i>Ce que faire sens veut dire : sanction pénale et questions de sens</i>	9
Kevin LADD	

PREMIÈRE PARTIE : FAIRE SENS

<i>Les représentations sociales des peines en France : une approche par entretiens collectifs</i>	61
Virginie GAUTRON et Cécile VIGOUR	
<i>Y a-t-il un sens à punir l'hérésie ? La confessionnalisation d'une peine criminelle en France (v. 1520 – v. 1550)</i>	103
David EL KENZ	
<i>Face au radicalisme, faut-il accorder une confiance radicale à la peine ?</i>	127
Paul DHAEYER	
<i>Pérégrinations sur le sens-tiers de la peine. (Excès, Dette, Incommensurabilité)</i>	151
Jérôme FERRAND	

DEUXIÈME PARTIE : ÉPROUVER LE SENS

<i>Les représentations de la peine chez les enfants de la rue incarcérés à Bukavu</i>	177
Charles KAKULE KINOMBE	
<i>Les sens et non-sens de la peine infligée à l'entourage des personnes détenues</i>	201
Sandra LEHALLE	
<i>Pénalité et familles : à propos des victimes collatérales de la peine</i>	231
Frédéric MÉGRET	
<i>Un temps pour condamner, un temps pour laisser souffrir, un temps pour en sortir ?</i>	291
Aude LEROY	
<i>Grammaire de la peine vécue</i>	345
Kevin LADD	

TROISIÈME PARTIE : DIRIGER LA PEINE

<i>La critique de l'éclectisme pénal.</i> <i>D'un modèle de contradictions à un modèle de contorsions.....</i>	387
Olivier RAZAC	
<i>« Punir en situation ». Le sens particulier des sanctions fondées sur un contrôle en milieu ouvert.....</i>	409
Marie-Sophie DEVRESSE	
<i>La réinsertion sociale dans le dispositif belge de la libération conditionnelle : une analyse foucaldienne des conditions d'octroi et des instances décisionnelles.....</i>	427
Thibaut SLINGENEYER	

CONCLUSION

<i>Contre le « bon sens » pénal.....</i>	499
Diane BERNARD	

