

Les mythes de la peine

EN ÉVOQUANT le mythe de la peine, on pourrait être tenté de se focaliser sur sa fondation ultime, qu'elle soit de nature religieuse, comme le suggère la Genèse, ou qu'elle soit laïque, comme le suggère la tragédie grecque des Euménides. Nous pourrions également évoquer ses prétendues fins dernières, comme l'envisagent certaines prédictions marxistes ou durkheimiennes. Nous n'irons pas jusque-là et nous contenterons d'évoquer des mythes plus rapprochés qui concernent directement le fondement de la peine.

En ce qui concerne le fondement de la peine, il existe au moins deux apories fondamentales, que P. Ricœur avait bien mises en lumière et que certaines représentations mythiques de la peine ont précisément pour objet de tenter de résoudre. La première réside dans l'introuvable liaison nécessaire entre ces « moments manifestement hétérogènes » que constituent le crime et la peine¹. La seconde réside dans le fait que « le subir et le faire subir (de la peine) sont dans deux vœux différents : celui du juge et celui de l'inculpé »². La première aporie est à la recherche d'une forme acceptable d'équivalence entre le crime et la peine. La deuxième est à la recherche d'une forme acceptable d'unité entre le juge et le coupable. Telle est la fonction de véritables mythes modernes construits par l'idéologie dominante du moment.

Un fondement prétendument naturel

Le mythe le plus répandu concernant l'équivalence supposée entre le crime et la peine réside dans son fondement prétendument « naturel » ou, si l'on préfère, dans l'idée que, loin d'être issue du désordre et de l'arbitraire, voire même d'un ordre « artificiel », qu'il soit éthique ou politique, la peine serait « naturellement » liée au crime. Ce mythe tend donc à ce que l'on pourrait appeler une « naturalisation » de la peine³.

Quatre modèles différents au moins de la nature sont susceptibles de jouer ce rôle.

Le premier est le modèle philosophique de la « nature des choses », qu'illustre parfaitement la pensée de Montesquieu. Selon ce dernier, en effet, « c'est le triomphe de la liberté, lorsque les lois criminelles tirent chaque peine de la nature particulière du crime. Tout l'arbitraire cesse; la peine ne descend point du caprice du législateur, mais de la nature de la chose; et ce n'est point l'homme qui fait violence à l'homme »⁴.

Le deuxième modèle est le modèle physique de la « mécanique des forces », qu'illustre à son tour la pensée classique de Beccaria et Bentham, qui conjugue les principes de l'utilité et de l'association des idées, conçus sur le modèle des principes de la physique newtonienne. La conséquence devrait en être que « l'association de ces deux idées : délit et peine, est forte et durable dans l'esprit de l'homme; de sorte que, insensiblement, il en arrive à les considérer l'un comme la cause, l'autre comme l'effet nécessaire et inéluctable »⁵.

Le troisième modèle est le modèle biologique de la « sélection des espèces », dont la pensée positiviste offre une éclatante illustration.

Partant de l'idée que « la peine sociale (...) n'est (...) qu'une imitation malheureuse ou une caricature de la peine naturelle »⁶, des auteurs comme Garofalo et Ferri n'en estiment pas moins que « le pouvoir social doit opérer comme la nature opère dans l'ordre biologique »⁷ et que « le pouvoir social produira artificiellement une sélection naturelle analogue à celle qui se produit spontanément dans l'ordre biologique »⁸. Par voie de conséquence, « la réaction dans la forme de l'élimination est l'effet socialement nécessaire de l'action du méfait (...) C'est donc un effet naturel, s'il est vrai que l'organisme social a, comme tout organisme physique, des lois invariables qui sont la condition de son existence »⁹.

Le quatrième modèle, enfin, est le modèle médical du « traitement régénérateur », qu'illustre bien la doctrine de la défense sociale de Prins. Partant de l'idée que la dégénérescence, sous-jacente à la criminalité, est une forme de « dé-naturation », à l'instar du déchet issu de l'industrialisation, son traitement prendra, comme pour celui-ci, la forme d'une « re-naturation » ou d'une « régénération », tentant, pour chaque catégorie, de « faire le triage » et de « déterminer, dans chaque cas, le régime à appliquer »¹⁰. Quel que soit le traitement adopté, le présupposé est le même : « Dans tout être vivant, même le plus inférieur, il y a encore ce qui est inhérent à la vie : c'est-à-dire une certaine énergie vitale; une certaine tendance créatrice. Il s'agit de la découvrir et de la faire jaillir. Ce sera l'honneur de la pédagogie actuelle d'avoir tenté de réveiller chez les pauvres d'esprit cette activité réduite, et d'avoir songé à l'utiliser comme l'industrie utilise les déchets et les sous-produits »¹¹.

Un fondement consensuel ou l'illusion de la contractualisation de la peine

A ces mythes relatifs au fondement naturel de la peine, s'en ajoutent d'autres relatifs à son fondement consensuel¹². Il s'agit cette fois, non plus d'accréditer l'idée d'une équivalence naturelle entre le crime et la peine, mais celle d'une unité de volonté entre le juge et le coupable. A l'illusion d'une naturalisation de la peine, se substitue alors l'illusion d'une contractualisation de celle-ci.

Un auteur a écrit récemment que « rien n'est plus saugrenu (...) qu'un rapprochement du consentement et de la sanction »¹³. Et pourtant, comme il le reconnaît lui-même, nous sommes bien forcés de constater, au fil de l'évolution de nos systèmes juridiques contemporains, « le développement d'une sorte de consensualisme propre au droit pénal »¹⁴, que certains n'hésitent pas à assimiler à une véritable « contractualisation » du droit pénal¹⁵.

Ponctuellement, en effet, il apparaît clairement que la légitimation de certaines sanctions ou de certaines procédures extrajudiciaires ne saurait plus faire l'économie aujourd'hui de l'exigence du consentement. C'est ainsi que la conception actuelle de la « dignité de la personne » a pour effet que « certaines mesures coercitives telles

(1) P. RICŒUR, « Interprétation du mythe de la peine », in *Il mito della pena*, sous la direction de E. CASTELLI, *Archivio di filosofia*, 1967, n°s 2-3, p. 23.

(2) *Ibidem*.

(3) A ce sujet, cf notamment M. VAN DE KERCHOVE, « La naturalisation des peines », in *Images et usages de la nature en droit*, sous la direction de Ph. GÉRARD, F. ŒST et M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1993, pp. 255 et s.

(4) MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, nouvelle éd., Paris, Garnier, 1871, p. 173.

(5) C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, nouvelle trad. française, Paris, Cujas, 1966, p. 105.

(6) E. FERRI, *La sociologie criminelle*, trad. de l'italien par L. TERRIER, Paris, 1905, p. 261.

(7) R. GAROFALO, *La criminologie - Etude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, trad. de l'italien par l'auteur, Paris, 1888, p. 254.

(8) *Ibidem*, p. 232.

(9) *Ibidem*, p. 253.

(10) A. PRINS, « Dégénérescence et criminalité », *Rev. dr. pén. crim.*, 1909, p. 111.

(11) *Ibidem*, p. 115.

(12) Nous reprenons ici quelques idées plus longuement développées dans M. VAN DE KERCHOVE, « Le consentement dans le champ de la sanction pénale : portée et enjeux », in *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, sous la direction de Fr. DIGNEFEE et Th. MOREAU, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2006, pp. 397 et s.

(13) M. DANTI-JUAN, « Le consentement et la sanction », in *La sanction du droit - Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, Paris, P.U.F., 2001, p. 367.

(14) *Ibidem*.

(15) En ce sens, cf notamment F. ALT-MAES, « La contractualisation du droit pénal, mythe ou réalité? », *Rev. sc. crim.*, 2002, pp. 501 et s.

que l'accomplissement d'un travail ou l'application d'un traitement médical ne puissent plus être envisagées aujourd'hui en dehors du consentement de l'intéressé »¹⁶. Par ailleurs, le recours à un règlement extrajudiciaire, qui implique l'exclusion du droit à l'intervention d'un tribunal en matière pénale, ne saurait être non plus justifié en l'absence de la volonté de l'intéressé d'y renoncer¹⁷. Il paraît certain cependant que la liberté du consentement est fondamentalement problématique en cette matière. Si l'on excepte des cas limites où le consentement aurait été extorqué par la force, comme en cas de torture, la situation typique à laquelle on se trouve confronté est en effet celle où l'auteur de l'infraction donne son consentement à une sanction sous la menace explicite ou implicite soit de poursuites, soit du prononcé ou du maintien d'une peine considérée normalement comme plus sévère.

Or, la question se pose évidemment de savoir si une telle menace n'est pas constitutive d'une contrainte ou d'une violence viciant le consentement. A cette question, certains ont répondu par la négative en invoquant le principe traditionnel selon lequel « l'usage d'une voie de droit ne constitue ni une menace ni une contrainte ni même une violence, si les moyens employés et le but poursuivi sont légitimes »¹⁸. En revanche, d'autres ont soutenu qu'existerait « à tout le moins quelque contrainte constitutive de violence à faire accepter telle ou telle obligation à un cocontractant sous la menace ostensible de l'envoyer en prison »¹⁹. Ce constat plaiderait en faveur de l'idée qu'il ne s'agit pas d'analyser l'exigence d'un tel consentement selon les critères du droit contractuel, mais comme « une sorte d'invitation à acquiescer à la sanction ou à ses divers prolongements »²⁰, voire qu'il s'agirait d'une véritable « hypocrisie » où le consentement exigé masque l'existence d'une obligation réelle²¹. A tout le moins, devrait-on affirmer qu'il y a obligation pour l'intéressé de manifester une préférence entre les termes d'une alternative, dont aucun n'est réellement voulu en lui-même.

Globalement, cependant, on ne peut s'empêcher de penser que l'exigence du consentement de l'auteur de l'infraction s'inscrit dans le développement d'une idéologie dominante aux termes de laquelle « l'accord des sujets de droit tend à devenir une condition nécessaire à la légitimité des règles qui les obligent »²² et où l'application des normes « dépend, non plus de la soumission, mais de l'adhésion des destinataires »²³. Répondant à un vœu déjà clairement formulé au XVIII^e siècle, la diffusion d'une telle idéologie paraît concilier les impératifs d'efficacité et de légitimité de la sanction pénale. En 1755, dans son *Discours sur l'économie politique*, Rousseau le suggérait en termes généraux : « le gouvernement, disait-il, se fera difficilement obéir s'il se borne à l'obéissance », car « l'autorité la plus absolue est celle qui pénètre jusqu'à l'intérieur de l'homme et ne s'exerce pas moins sur la volonté que sur les actions »²⁴. Quelques années plus tard, en 1771, Jousse précisait, en matière pénale, que, « comme il ne suffit pas que la loi commande ce qui est bon et juste en soi, et qu'il faut encore qu'elle l'insinue, et grave dans les cœurs par des raisons solides, afin que les sujets y obéissent de bon gré, et non par crainte; il faut encore que les accusés se jugent et se condamnent eux-mêmes, en quelque sorte »²⁵.

Aujourd'hui encore, « le nouveau sujet de droit pénal », pour reprendre l'expression de Dan Kaminski, paraît conçu dans les liens d'une véritable « allégeance » où il « obéit à son propre engagement et non à l'ordre de l'autre »²⁶ ou, selon les termes de Foucault comme étant « le gestionnaire de sa propre punition »²⁷. On ne peut que souhaiter qu'un tel mythe ne devienne jamais entièrement réalité.

Michel VAN DE KERCHOVE

(16) M. DANTI-JUAN, *op. cit.*, p. 375.

(17) Cfr Ph. FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés - La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant et éd. de l'U.L.B., 2001.

(18) F. ALT-MAES, *op. cit.*, p. 509.

(19) M. DANTI-JUAN, *op. cit.*, p. 378.

(20) *Ibidem*.

(21) Cfr notamment P. COUVROT, « Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres », *Rev. sc. crim.*, 1999, p. 376.

(22) A. SUPLOT, *op. cit.*, p. 633.

(23) J. CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne? », *Les transformations de la régulation juridique*, sous la direction de J. CLAM et G. MARTIN, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 36.

(24) J.-J. ROUSSEAU, « Discours sur l'économie politique », *Œuvres complètes*, t. III, Paris, Bibliothèque de la Pléiade, 1964, p. 251. Sur ce thème, cfr notamment *L'amour des lois - La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Laval-Paris, Les Presses de l'Université de Laval-L'Harmattan, 1996.

(25) D. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, t. I, Paris, Debure, 1771, p. VIII.

(26) D. KAMINSKI, « Un nouveau sujet de droit pénal? », in *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, *op. cit.*, p. 338.

(27) « Alternatives à la prison : diffusion ou décroissance du contrôle social - Une entrevue avec Michel Foucault », *Criminologie*, vol. XXVI, n° 1, p. 18.

