

Université Saint-Louis – Bruxelles

Introduction historique à la pensée pénale

Syllabus de cours – Tome I

Christine Guillain, Olivia Nederlandt et Thibaut Slingeneyer

Année académique 2022-2023

Ce cours de droit pénal est conçu comme une introduction aux principes généraux du droit pénal qui sont d'application en Belgique. Il s'inscrit dans la perspective interdisciplinaire privilégiée à la Faculté de droit de l'Université Saint-Louis – Bruxelles et s'inspire, en grande partie, de l'ouvrage : Fr. Tulkens, M. van de Kerchove, Y. Cartuyvels et Chr. Guillain, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 10e éd., Bruxelles, Story-Scientia, 2014.

Ceci explique que ce cours, centré sur les principes généraux du droit pénal, fait une large place à une introduction généalogique à la pensée pénale et criminologique (syllabus – tome I). Cette introduction se conçoit comme une « boîte à outils » destinée à comprendre comment et sur quels fondements s'est construit notre droit pénal contemporain, mais aussi à éclairer les enjeux philosophiques, éthiques et politiques que le droit pénal est appelé à rencontrer et à arbitrer aujourd'hui.

La suite du parcours proposé est plus classique (syllabus – tome II). Elle introduit aux principaux enjeux relatifs aux sources, à la structure et aux caractéristiques du droit pénal (chapitre I). Ceci sera l'occasion de proposer un détour par les sources internationales et européennes. Sont ensuite envisagés les principaux pôles du droit pénal que constituent l'infraction (chapitre II), l'auteur (chapitre III) et la peine (chapitre IV). Ces trois dimensions cardinales du droit pénal connaissent des mutations importantes ces dernières années. Celles-ci soulignent régulièrement les évolutions du débat social autour du droit de punir, de ses finalités et de ses limites.

Si, dans les pays de tradition romano-germanique, le droit pénal se construit à partir des textes, ses contours sont aussi très largement définis par l'application qui en est faite par les cours et tribunaux. Une place importante est donc faite à la jurisprudence pour éclairer les principes à la lumière des pratiques. À cet effet, une farde de jurisprudence, reprenant des extraits de la plupart des décisions commentées au cours, est également mise à la disposition des étudiant·es.

Il est rappelé aux étudiant·es l'importance d'étudier le cours à l'aide d'un Code à jour.

Pour le surplus, il est renvoyé au descriptif du cours disponible sur Moodle.

Dans ce syllabus, il faut considérer que les groupes désignés au masculin, comme par exemple « les citoyens » ou « les condamnés », visent à la fois les femmes et les hommes cisgenres et trans, et à la fois les personnes non-binaires (ne se retrouvant pas dans la dichotomie homme-femme).

Introduction historique à la pensée pénale

L'objectif de cette introduction est double. Elle vise d'abord à proposer une *approche généalogique de la pensée pénale*, tel qu'elle s'est construite depuis le siècle des Lumières, moment fondateur du droit pénal moderne. Il ne s'agit pas ici de faire un cours d'« histoire » du droit pénal mais de retracer les grands moments de la pensée pénale et de ses évolutions, afin de mieux saisir comment s'est progressivement construite la pénalité moderne. Cette approche généalogique cherche à donner un éclairage à la fois juridique et criminologique sur les notions fondamentales de la matière pénale telles qu'elles sont abordées à chacune des grandes étapes envisagées : le crime, le criminel, la peine, la procédure.

Il s'agira ensuite d'envisager une *généalogie du droit pénal positif*, c'est-à-dire de tracer la filiation du droit pénal contemporain, soit la manière dont il s'est progressivement construit à travers l'histoire. Cette double démarche constitue un retour sur le passé qui nous paraît riche d'enseignements pour mieux comprendre le présent.

Section 1. Points de repère de la pensée pénale

Introduction

Avant d'aborder la généalogie du droit pénal proprement dit, il nous semble opportun d'évoquer, ne fût-ce qu'à grands traits, l'histoire de la pensée dont le droit pénal s'est nourri dans les principales phases de son développement.

Étant donné les différences considérables que l'on peut observer entre les discours divers qui ont accompagné le développement historique du droit pénal, nous avons privilégié le terme relativement neutre de « pensée pénale », comme d'autres auteurs ont pu parler ailleurs de « pensée juridique » ou de « pensée sociologique ». Une telle présentation permet de souligner la diversité des disciplines – philosophie et théorie pénale, doctrine pénale, criminologie, sociologie criminelle et pénale, notamment – qui ont pris le champ criminel et pénal pour objet de réflexion, ainsi que la diversité des points de vue – normatif, évaluatif, descriptif ou explicatif, selon le cas – qu'elles ont pu mettre en œuvre¹.

Cherchant principalement à mettre notre droit pénal contemporain « en perspective », nous faisons le choix de remonter à l'éclosion de la pensée classique au XVIII^e siècle. Ce courant de pensée reste aujourd'hui essentiel, même si de nombreux courants ultérieurs exerceront à leur tour une influence non négligeable sur les contours du droit pénal actuel. Dans ce cadre historique limité, nous ne prétendons pas à l'exhaustivité, mais tenterons seulement de procéder à un certain nombre de « coups de sonde » qui constituent autant de points de repère théoriques et doctrinaux dans l'approche du droit positif.

Parmi les repères fondateurs de la pensée pénale, nous aborderons sept courants de pensée qui constituent autant d'étapes chronologiques déterminantes de la construction de l'imaginaire pénal moderne. Dans chaque cas, afin de permettre de les comparer plus facilement, nous évoquerons, autant que possible, quatre thèmes que nous approfondirons ultérieurement en droit

¹ À cet égard, cf. notamment A.P. PIRES, « La criminologie d'hier et d'aujourd'hui », *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, t. 1 : *Des savoirs diffus à la notion de criminel-né*, Chr. Debuyst, Fr. Digneffe, J.-M. Labadie et A.P. Pires (dir.), Bruxelles-Montréal-Ottawa, De Boeck Université-Les Presses de l'Université de Montréal-Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1995, p. 23, où l'auteur utilise le terme de « champ d'étude » pour évoquer l'idée « qu'il y a divers savoirs disciplinaires qui ont néanmoins un thème commun », à savoir la « question criminelle » ou la « question pénale ».

positif : *le crime* (au sens général où l'entend la criminologie, c'est-à-dire comme synonyme d'infraction pénale), *le criminel*, *la peine* et *la procédure pénale*. Il convient encore de mettre en garde contre une lecture purement diachronique de cette « histoire » de la pensée pénale : si ces courants apparaissent et se développent à des moments différents dans le temps, bien souvent ils se combinent et se superposent plus qu'ils ne se remplacent, gardant chacun leur influence sur la pénalité contemporaine.

Le premier courant est la *pensée classique* qui émerge dans l'Europe des Lumières au cours de la deuxième moitié du XVIII^e siècle. Cette pensée constitue le point de départ du droit pénal moderne. Trois traits dominants la caractérisent : elle est légaliste (l'économie des délits et des peines doit être cadrée par la loi étatique) ; elle est utilitariste (si la peine doit être juste, elle doit surtout être socialement utile) ; elle est garantiste (s'il doit punir l'auteur d'un acte coupable, le droit pénal doit aussi protéger l'individu, ses droits et ses libertés contre l'« arbitraire » et les excès de pouvoir de la justice de l'État). Cette pensée classique sera prolongée au XIX^e siècle par une *pensée « néoclassique »*, parfois qualifiée de subjectiviste, qui mettra un accent plus prononcé sur la responsabilité morale du délinquant comme critère d'une « juste peine ». Notre Code pénal actuel, promulgué en 1867, est l'héritier de cette pensée pénale néoclassique.

Le deuxième courant est la *pensée positiviste*. Cette pensée, qui marque la naissance de la criminologie comme discipline à prétention scientifique, émerge à la fin du XIX^e siècle dans un contexte social marqué par la peur des « classes dangereuses ». Elle doit sa célébrité à l'École positive italienne et se construit en réaction contre le « laxisme » et les approches « métaphysiques » de la pensée néoclassique. Elle se donne une priorité : « défendre la société » contre le criminel, perçu comme un « individu dangereux », dont il faut saisir la nature ontologique.

Le troisième courant est une approche de *sociologie fonctionnaliste*, dont le père fondateur est le sociologue français Émile DURKHEIM (1858-1917). Au tournant des XIX^e et XX^e siècles, le sociologue opère une rupture radicale avec l'approche positiviste dans l'étude du crime. DURKHEIM met l'accent sur le crime et la loi pénale comme « fait social » qu'il faut comprendre en les mettant en relation avec d'autres faits de société. Les fonctions remplies par le crime, la loi pénale ou la peine deviennent l'angle d'analyse privilégié. Avec DURKHEIM, la pénalité et ses contours deviennent un objet sociologique : il s'agit d'en comprendre la place, le rôle, la fonction dans une société donnée.

Le quatrième courant est une approche de *sociologie de la déviance* qui se développe à partir des années 1950 aux États-Unis, avant de se propager en Europe. S'inspirant des analyses marxistes de la criminalisation, poursuivant l'approche sociologique ouverte par DURKHEIM, mais dans une perspective sociale moins « holiste » et plus critique, les « *théories de la réaction sociale* » mettent l'accent sur le crime comme produit d'une construction sociale (« le crime est d'abord le produit d'une définition sociale ») et sur le rôle concret des acteurs sociaux dans les processus de création et d'application de la loi pénale.

Le cinquième courant est centré, à partir des années 1960, sur le *retour de la victime*. Dans un contexte social marqué par l'individualisme, la posture victimaire gagne ses lettres de noblesse dans l'ensemble du champ social. C'est vrai aussi dans le champ de la pénalité où, grande oubliée de la justice pénale moderne, la victime refait surface. D'origine anglo-saxonne, un courant « victimologique » lutte pour la reconnaissance des victimes et de leurs droits en justice mais aussi pour une prise en compte de l'intérêt à la réparation de la victime d'une infraction pénale.

Un sixième courant, émergeant à partir des années 1990, met l'accent sur ce qu'on pourrait appeler une *pénologie du risque*. Dans un contexte social dominé par ce que le sociologue Ulrich BECK appelle « La société du risque »², la pénalité contemporaine fait place à de nouvelles inflexions qui mettent l'accent sur l'anticipation et la prédiction pour mieux contrôler les risques de délinquance.

Enfin, un septième courant, à partir des années 1980-1990, consiste, un siècle après le « criminel-né » de Cesare LOMBROSO (médecin lié à la pensée positiviste), en un *retour vers des explications biologiques du crime*.

Une remarque s'impose encore avant d'entamer notre parcours. Le XIXe siècle est relativement absent de cette approche. C'est pourtant une époque essentielle pour comprendre la généalogie de la pensée pénale et criminologique contemporaine. Trois apports majeurs peuvent y être repérés : une approche du crime comme phénomène social, caractérisé notamment par la *naissance de la statistique criminelle*, un savoir dans la construction duquel le Belge Adolphe. QUETELET jouera un rôle majeur ; le *développement de la psychiatrie* dont le corpus scientifique va se construire très largement à partir des univers connexes de l'asile et de la prison et dont sera issue la criminologie à la fin du XIXe siècle ; l'existence d'un *discours marxiste* sur la question pénale qui, même s'il reste périphérique, n'en propose pas moins des intuitions qui seront plus largement exploitées par la sociologie de la déviance après la Deuxième Guerre mondiale. Cette période est bouillonnante et passionnante. Elle n'est pas abordée ici, dès lors qu'elle fait l'objet d'une analyse approfondie dans le cours d'*Introduction à la pensée pénale et criminologique II*.

² U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Aubier, 2001.

§1. La pensée classique

Introduction

Le terme « classique » par lequel on qualifie habituellement la pensée pénale qui s'est développée au cours du XVIII^e siècle, ainsi que le droit qui en est issu, suscite, comme toute étiquette, un certain nombre de difficultés.

Le concept même de « classicisme » est équivoque sur le plan sémantique. Le terme semble en effet référer, d'une part, à des solutions de type « traditionnel » et, d'autre part, à un ensemble de constructions « élégantes » et « harmonieuses »³. Or, on s'aperçoit que les constructions de la pensée classique introduisent au contraire des innovations profondes en regard du droit pénal de l'Ancien Régime. Paradoxalement, la pensée « classique » est, en matière pénale, une pensée de rupture avec un ordre pénal jugé archaïque. Ceci se marque notamment par le rejet du système pénal de l'Ancien Régime, caractérisé par une certaine forme de « démesure » en ce qui concerne le fondement du droit de punir, l'intensité des peines, les pouvoirs du juge et les procédés utilisés pour établir la culpabilité du prévenu. La pensée pénale classique introduit un nouvel idéal de rationalité pénale – le siècle des Lumières est le siècle de la Raison –, qui promeut, au contraire, les idéaux de « proportion », de « mesure » et d'« économie » au coeur du système pénal. Les grands codes pénaux « classiques » qui font irruption dans l'Europe des souverains absolutistes de la deuxième moitié du XVIII^e siècle⁴ se présentent d'ailleurs comme des codes réformateurs, soucieux de rompre avec la pénalité d'Ancien Régime.

Quant à la période couverte par cette épithète, il paraît évident qu'elle se situe essentiellement au XVIII^e siècle, c'est-à-dire au siècle des Lumières. De nombreux auteurs la font commencer en 1748, date de la publication de *De l'esprit des lois* de MONTESQUIEU⁵ et considèrent que le point d'orgue de cette pensée se situe dans les années qui suivent, avec notamment comme emblème, le *Traité des délits et des peines* publié en 1766 par Cesare BECCARIA⁶. Fixer une date de clôture est plus complexe : certains évoquent 1813, date de la promulgation du Code pénal bavarois directement inspiré par Paul Johann Anselm VON FEUERBACH⁷ ; d'autres 1832, date de promulgation d'une loi française sur les circonstances atténuantes qui marquerait le relais pris par la pensée pénale néoclassique⁸ ; d'autres encore font subsister cette pensée jusqu'à nos jours, en y englobant les « alluvions ou... correctifs que lui ont apportés les théories « néoclassiques » postérieures »⁹.

Enfin, un certain nombre d'acteurs promoteurs de cette pensée, peuvent être identifiés. Bien qu'ils ne soient pas des spécialistes du droit pénal, ni même principalement intéressés à la réforme de celui-ci, la plupart des représentants français de la philosophie des Lumières¹⁰ apparaissent comme des précurseurs de la pensée pénale classique. Qu'il ait exercé une

³ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. I : Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général, 7^e éd., Paris, Cujas, 1997, p. 108.

⁴ Sur ces codes pénaux, voy. Y. CARTUYVELS, *D'où vient le Code pénal ? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIII^e siècle*, Bruxelles-Montréal-Ottawa, de Boeck, PUO, PUM, 1996.

⁵ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle. Un mouvement de politique criminelle humaniste*, Paris, Cujas, 1954, p. 51.

⁶ C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, traduction française de l'abbé A. Morellet, Lausanne, 1766.

⁷ M. ANCEL, *op. cit.*, p. 51.

⁸ Ph. GRAVEN, « La politique criminelle néoclassique », *Des libertés et des peines. Actes du Colloque Pellegrino Rossi organisé par le Département d'histoire du droit et des doctrines juridiques et politiques de l'Université de Genève*, Genève, Librairie de l'Université Georg et Cie, 1980, p. 110.

⁹ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 108.

¹⁰ Cf. notamment X, « Penser la peine à l'âge des Lumières », *Lumières*, 2012, n° 20.

influence manifeste sur BECCARIA ou qu'il ait de manière plus directe consacré des écrits au droit pénal, MONTESQUIEU (1669-1755)¹¹ est incontestablement un auteur important. Accessoirement, les encyclopédistes DE JAUCOURT (1704-1779) et DIDEROT (1713-1784), des philosophes comme ROUSSEAU (1712-1778) ou VOLTAIRE (1694-1778)¹² joueront également un rôle dans la propagation des idées pénales nouvelles.

Les noms les plus marquants de la pensée classique proprement dite sont BECCARIA (1738-1794)¹³ en Italie, Jeremy BENTHAM (1748-1832)¹⁴ en Angleterre, et VON FEUERBACH (1775-1833)¹⁵ en Allemagne. Nous n'évoquerons cependant ici que les deux premiers. Bien qu'ils soient l'un et l'autre juristes de formation, pas plus BECCARIA que BENTHAM n'abordent les phénomènes pénal et criminel en techniciens du droit. Prolongeant de ce point de vue la philosophie des Lumières, ils apparaissent d'abord, l'un et l'autre, comme des réformateurs soucieux de fonder le droit pénal sur un ensemble de principes rationnels. Dans leurs analyses, ils mettent dès lors davantage l'accent sur les principes que sur les dispositions techniques qui sont appelées à les mettre en œuvre¹⁶.

En Italie, BECCARIA (1738-1794), économiste de formation, publie en 1766 son *Traité des délits et des peines*. Ce petit livre se présente comme une synthèse des idées réformatrices de l'époque. Prudent, BECCARIA publie d'abord son texte en italien, de manière anonyme. Traduit un an plus tard en français par l'abbé MORELET, le *Traité* va faire le tour de l'Europe dans sa version française et s'ériger en référence indépassable de la pensée pénale classique.

En Angleterre, BENTHAM (1748-1832) s'impose également comme un des grands penseurs de l'époque. Issu d'un pays de *Common Law*, BENTHAM est paradoxalement fasciné par la codification dont il fera un des grands thèmes de son œuvre. Promoteur du « *Pannomion* », le philosophe théorise le Code comme « corps complet de législation ». Sur le plan pénal, BENTHAM est un repère essentiel pour trois raisons : d'abord, si ces propositions sur le Code pénal ne séduisent pas au XVIII^e siècle, elles trouveront un écho plus favorable au début du XIX^e siècle et le nom de BENTHAM sera étroitement associé au Code pénal français de 1810. Ensuite, BENTHAM est souvent considéré comme le père de l'utilitarisme pénal. Enfin, il est le penseur du « panopticon », soit un modèle de surveillance par le regard que l'auteur illustre à travers un projet carcéral. Pour BENTHAM, la prison est l'archétype de ce modèle de surveillance panoptique, qui joue sur la dissymétrie des rapports entre surveillant et surveillés. La prison panoptique est ainsi décrite : « *L'ensemble de cet édifice est comme une ruche dont chaque*

¹¹ Cf. notamment J. GRAVEN, « Montesquieu et le droit pénal », *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu*, Paris, Sirey, 1952, p. 209 et s.

¹² Cf. notamment E. MASMONTIEL, *La législation criminelle dans l'œuvre de Voltaire*, Paris, A. Rousseau, 1901 ; J. CONSTANT, « Voltaire et la réforme des lois pénales », *Rev. dr. pén. crim.*, 1958-1959, p. 535 et s. ; M. PORRET, « Voltaire : justicier des Lumières », *Cahiers Voltaire*, n° 8, 2009, p. 7 et s.

¹³ Cf. notamment F. HELIE, « Introduction au Traité des délits et des peines de Beccaria », C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, nouvelle éd. par F. HELIE, Paris, Guillaumin et Cie, 1856, p. VII et s. ; J. GRAVEN, « Beccaria et l'avènement du droit pénal moderne (1738-1794) », *Grandes figures et grandes œuvres juridiques*, Genève, Librairie de l'Université Georg et Cie, 1948, p. 97 et s. ; A.P. PIRES, « Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne », *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, t. 2 : *La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Chr. Debuyst, Fr. Digneffe et A.P. Pires (dir.), Bruxelles-Montréal-Ottawa, De Boeck Université-Les Presses de l'Université de Montréal-Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1998, p. 83 et s.

¹⁴ Cf. notamment G. GEIS, « Pioneers in criminology: Jeremy Bentham », *Journal of criminal law*, 1955, p. 159 et s. ; Fr. TULKENS, « Les principes du Code pénal de Bentham », *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 615 et s.

¹⁵ Cf. notamment E. WOLF, « Paul Johann Anselm von Feuerbach », *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, E. Wolf (dir.), 4^e éd., Tübingen, Mohr, 1963, p. 543 et s.

¹⁶ À ce sujet, cf. notamment H.L.A. HART, « Bentham and Beccaria », *Essays on Bentham. Studies in jurisprudence and political theory*, H.L.A. Hart (dir.), Oxford, Clarendon Press, 1982, p. 49.

cellule est visible d'un point central. L'inspecteur, invisible lui-même, règne comme un esprit, mais cet esprit peut au besoin donner immédiatement la preuve d'une présence réelle »¹⁷.

Parmi les héritiers de la pensée classique, on soulignera l'émergence au XIX^e siècle de la pensée « néoclassique »¹⁸. Influencée en partie par Emmanuel KANT (1724-1804)¹⁹, représentée par des auteurs comme Pellegrino ROSSI (1787-1848)²⁰ et Joseph ORTOLAN (1802-1874) en France, Jacques Joseph HAUS (1796-1881)²¹ en Belgique, cette pensée apportera un certain nombre de modifications à la pensée classique proprement dite. L'apport néoclassique sera d'ailleurs prolongé par certains courants plus récents que l'on a parfois qualifiés de « néoclassicisme nouveau »²².

A. Le Crime

On envisage ici trois questions qui concernent respectivement la définition du crime, la légitimation de l'incrimination et les principes qui régissent le processus d'incrimination.

1. La définition du crime

Les penseurs classiques ou leurs précurseurs ne s'intéressent pas beaucoup à la définition du crime. Parmi eux, DE JAUCOURT est, semble-t-il, le seul à proposer une définition générale du crime. Que ce soit au regard du droit naturel ou de la jurisprudence, le crime est une action qui « blesse directement l'intérêt public ou les droits du citoyen »²³. Le crime suppose une « transgression des lois... qui tend à troubler l'ordre public », de sorte que « le fait mérite punition »²⁴. Un critère fondamental émerge : le crime suppose une *atteinte matérielle, extériorisée par un acte, à un intérêt public*. Cette idée est affirmée aussi par MONTESQUIEU pour lequel « les lois ne se chargent de punir que les actions extérieures »²⁵. Une ligne de démarcation se trouve ainsi établie entre la religion et la morale, d'une part, les lois civiles, d'autre part. Le droit se sépare de la morale et de la religion. Il se laïcise et se met au seul service de la conservation de l'ordre social. Le droit pénal – c'est une rupture importante avec l'héritage religieux du droit pénal de l'Ancien Régime – n'est donc plus conçu comme le relais de la justice divine. Il n'est plus vengeance sur terre d'une éventuelle offense faite à Dieu. Comme le dit VOLTAIRE, « les offenses contre les dieux ne regardent que les dieux »²⁶.

La définition du crime en général ne retient donc guère l'attention des penseurs classiques. Chez BECCARIA, on trouve l'idée que le crime est l'acte qui « blesse le droit naturel », siège de la morale à l'époque. BENTHAM adopte lui une définition légaliste du crime, en posant qu'« un

¹⁷ J. BENTHAM, *Panoptique*, Paris, Fayard, 1791.

¹⁸ Cf. notamment G. LEAUTE, « Le néoclassicisme », *La responsabilité pénale*. Travaux du colloque de philosophie pénale, Paris, Dalloz, 1961, p. 351 et s.

¹⁹ Cf. notamment A.P. PIRES, « Kant face à la justice criminelle », *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, t. 2 : *La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Chr. Debuyst, Fr. Digneffe, J.-M. Labadie et A.P. Pires (dir.), Bruxelles-Montréal-Ottawa, De Boeck Université-Les Presses de l'Université de Montréal-Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1998, p. 145 et s.

²⁰ Cf. notamment J. GRAVEN, *Pellegrino Rossi, grand Européen*, Genève, Georg, 1949 ; A. DUFOUR, *Hommage à Pellegrino Rossi (1787-1848), Genevois et Suisse à vocation européenne*, Bâle-Francfort sur Main, Helbing & Lichtenhahn, 1998.

²¹ Cf. notamment J. THONISSEN, « Notice sur J.J. Haus », *Annuaire de l'Académie royale de Belgique*, 1884, p. 185 et s.

²² R. MERLE, « Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale. Le point de vue doctrinal », *Rev. sc. crim.*, 1964, p. 728.

²³ DE JAUCOURT, v° Crime (Droit nat.), *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers par une société de gens de lettres*, Mis en ordre et publié par DIDEROT et, quant à la partie mathématique, par D'ALEMBERT, t. IV, Paris, Briasson-David-Le Breton-Durand, 1854, p. 466.

²⁴ DE JAUCOURT, *ibidem*, p. 468.

²⁵ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, nouvelle éd., Paris, Garnier, 1871, p. 180.

²⁶ VOLTAIRE, « Commentaire sur le livre « Des délits et des peines » (1766) », *Œuvres complètes de Voltaire. Politique et législation*, vol. 1, Bruxelles, Ode et Wodon, 1827, p. 238.

délit, c'est tout ce que le législateur a prohibé »²⁷. Cette intuition est riche et ouvre implicitement la voie, non explorée à l'époque, à une approche nominaliste et relativiste du crime. Cette voie sera développée après la Deuxième Guerre mondiale par le courant de la sociologie de la déviance (*cf.* §4, *Les théories de la réaction sociale*).

2. La légitimation de l'incrimination

S'ils mettent l'accent sur la relativité de la notion de crime, BECCARIA comme BENTHAM se préoccupent plus des principes rationnels justifiant l'incrimination d'un comportement déterminé. Quels sont les critères rationnels qui justifient le fait d'ériger un acte en infraction pénale ? Deux principes légitimes d'incrimination, qui atténuent le nominalisme en puissance de cette pensée, sont retenus : l'utile et le juste.

Le premier principe est utilitariste. Il veut que soit justifiée l'incrimination d'actes qui portent atteinte à l'intérêt public. BENTHAM adopte de manière radicale cette conception utilitariste de l'incrimination. Pour lui, doit être qualifié délit « tout acte que l'on croit devoir être prohibé à raison de quelque mal qu'il fait naître ou tend à faire naître »²⁸ et BENTHAM vise ici clairement un « mal social ». BECCARIA adopte le même principe, soulignant que la véritable « mesure des délits » ne réside ni « dans l'intention de celui qui le commet », ni dans « la dignité de la personne offensée », ni dans l'offense faite à la « divinité »²⁹, mais bien dans « l'idée de l'utilité commune »³⁰. Ce qui justifie l'incrimination de certains actes, c'est bien le « dommage qu'ils causent à la société »³¹.

Cette conception utilitariste aboutit, dans le chef des deux auteurs, à prôner la « décriminalisation » d'un certain nombre de comportements : les offenses à Dieu, l'émigration, le suicide, en ce qui concerne BECCARIA ; les délits contre Dieu, l'usure, l'émigration, les relations homosexuelles (qualifiés de « délits de mal imaginaire »), l'ivrognerie, l'intempérance, les excès du jeu, la fornication, le suicide (qualifiés de « délits contre soi-même »), en ce qui concerne BENTHAM³². Ces exemples sont intéressants. Ils montrent la relativité dans le temps des catégories pénales et dès lors leur caractère de construction culturelle et sociale.

Si BENTHAM semble se satisfaire de ce critère utilitariste, BECCARIA en introduit un second qui est d'ordre moral. Pour lui, « il n'y a de délits punissables que ceux qui offensent à la fois la loi naturelle et la loi sociale »³³. Autrement dit, pour être légitimement incriminé, un acte doit porter atteinte à l'utilité commune, certes, mais aussi aux valeurs morales protégées par le droit naturel. Sont visées ici des valeurs comme la sûreté, la paix, la liberté, la propriété, etc.

La *pensée néoclassique* a très largement développé, avec BECCARIA et contre BENTHAM, cette exigence d'une double condition à l'incrimination. Ainsi, ORTOLAN affirme-t-il qu'est punissable « tout acte contraire à la notion du juste et qu'il importe à la conservation ou au bien-

²⁷ J. BENTHAM, « Traités de législation civile et pénale », *Œuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais*, t. I, éd. E. Dumont, Bruxelles, Coster, 1829, p. 125.

²⁸ J. BENTHAM, *ibidem*, p. 125 et 126.

²⁹ J. BENTHAM, *ibidem*, p. 140.

³⁰ J. BENTHAM, *ibidem*, p. 141.

³¹ J. BENTHAM, *ibidem*, p. 139.

³² À ce sujet, *cf.* notamment M. VAN DE KERCHOVE, « Décriminalisation et dépenalisation dans la pensée de Jeremy Bentham », *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 663 et s.

³³ F. HELIE, *op. cit.*, p. XLVI.

être social de réprimer. Les deux conditions sont indispensables »³⁴. De même, HAUS posera le principe qu'« il ne suffit pas que la Société ait intérêt à empêcher une action, pour qu'elle soit autorisée à la réprimer ; il faut *de plus* que cette action soit moralement répréhensible »³⁵. Le juste et l'utile sont ici les deux balises de l'incrimination.

3. Les principes relatifs au processus d'incrimination et leurs corollaires

En cette deuxième moitié du XVIII^e siècle, l'objectif poursuivi est d'imposer le légalisme pour faire barrage à « l'arbitraire » des juges et à l'insécurité juridique qui en découle. Un des grands thèmes qui porte la philosophie politique du XVIII^e siècle, depuis VOLTAIRE et « l'Affaire Calas »³⁶, est celui du « gouvernement de juges » auquel il importe de mettre un frein. En s'inspirant de MONTESQUIEU, BECCARIA et BENTHAM relèvent trois principes fondamentaux relatifs au processus d'incrimination³⁷ :

Un premier principe est celui de la *légalité des incriminations*. Comme le dit BECCARIA, « le droit de faire des lois pénales ne peut résider que dans la personne du législateur, qui représente toute la société unie par un contrat social »³⁸. Le siècle des Lumières est marqué par le « culte de la loi » et une volonté de faire de la loi (écrite) la seule et unique source du droit. Cette approche repose sur un double fondement : d'une part, comme l'explique BECCARIA au terme d'une vision rousseauiste de la société, seul le législateur qui représente le corps social tout entier a la légitimité démocratique d'ériger des actes en infraction³⁹. D'autre part, seul le légalisme apparaît capable d'assurer la prévisibilité et la sécurité juridique au citoyen ou encore d'éviter l'arbitraire. C'est ce qui amène BENTHAM à plaider pour l'adoption du Code (pénal) comme « corps complet (et unique) de législation ».

Le légalisme incriminateur a par ailleurs un corollaire : la loi pénale doit édicter des incriminations *claires* et *précises*. Ainsi, le Code pénal est-il conçu à l'époque des Lumières comme un « bréviaire » composé d'articles brefs, clairs et lisibles. L'absence de clarté appelle en effet l'interprétation, qui, très vite, devient source d'incertitude et d'imprévisibilité, d'insécurité et d'inégalité.

³⁴ J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal. Pénalité. Juridictions. Procédure*, 5^e éd., t. I, Paris, Plon, 1886, p. 94.

³⁵ J.J. HAUS, *Les principes généraux du droit pénal*, t. I, 2^e éd., Gand, A. Hoste, 1874, p. 37.

³⁶ *L'Affaire Calas* est une affaire judiciaire traitée à Toulouse dans les années 1761-1762 sur fond de conflit religieux entre catholiques et protestants. Le 13 octobre 1761, Marc-Antoine Calas, fils aîné de Jean Calas, est retrouvé étranglé dans la maison familiale. Au terme d'une procédure jugée expéditive, le père, Jean Calas, négociant calviniste, est convaincu d'avoir tué son fils pour l'empêcher de se convertir au catholicisme. Il est condamné le 10 mars 1762 « à être rompu vif, à être exposé deux heures sur une roue, après quoi il sera étranglé et jeté sur un bûcher pour y être brûlé ». Finalement, Jean Calas sera « seulement » roué vif, étranglé et son corps brûlé deux heures plus tard. Mis au courant de l'affaire, Voltaire publie en 1763 un *Traité sur la tolérance* dans lequel il demande la réhabilitation de Jean Calas, plaide pour la tolérance entre les religions et critique, implicitement, la justice d'Ancien Régime qui a, selon lui, condamné sans preuve. Aujourd'hui, l'analyse de Voltaire est plébiscitée dans son volet tolérance entre les religions : après l'attentat contre *Charlie Hebdo* en 2015 en France, l'ouvrage s'est retrouvé dans le record des ventes.

³⁷ Chez MONTESQUIEU, on trouve affirmés le principe de la séparation des pouvoirs avec la distinction des « trois puissances législative, exécutive et de juger » et celui du *rôle exclusif qui revient à la loi* en matière d'incrimination. MONTESQUIEU, qui propose également un type d'analyse sociologique, opère de manière assez réaliste une distinction suivant les régimes politiques :

- dans les États despotiques, il n'y a pas de loi et le juge est lui-même sa règle ;
- dans les États monarchiques, il y a une loi. Là où elle est précise, le juge la suit à la lettre, là où elle ne l'est pas, il en cherche l'esprit ;
- dans le gouvernement républicain (qui n'existe pas à son époque mais qu'il pose en termes de possible), « il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi ». De cette conception « légaliste » découle une exigence de *précision extrême* dans la rédaction de la loi, de sorte que le juge puisse se transformer en « bouche de la loi » ; mais en même temps apparaît une méfiance à l'égard d'une trop grande *simplicité* des lois criminelles : pour MONTESQUIEU, le souci simplificateur va de pair avec l'absolutisation du pouvoir. C'est ce qui explique par exemple sa méfiance à l'égard du processus de codification qui émerge à son époque, l'idéal d'uniformisation et de simplification du droit que porte le principe codificateur lui paraissant favoriser un pouvoir despotique.

³⁸ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris, Guillaumin et Cie, 1856, p. 18.

³⁹ C. BECCARIA, *ibidem*, p. 18.

Un deuxième principe est celui de la *généralité de la loi pénale*. Pour BECCARIA, « le souverain, qui représente la société même, ne peut faire que des lois générales, auxquelles tous doivent être soumis »⁴⁰. La volonté est ici de rompre avec le particularisme catégoriel de l'Ancien Régime, époque où il n'était pas anormal d'être soumis à des régimes juridiques et punitifs distincts selon sa condition (bourgeoisie, aristocratie, clergé, serfs...). Désormais, la loi pénale, générale et abstraite, sera une et visera l'ensemble des sujets de droit, quels que soient le statut, la condition sociale ou la profession de l'auteur de l'infraction.

Ce principe a pour corollaire celui de *l'égalité* des sujets de droit devant la loi pénale. BECCARIA évoque ainsi des lois générales « auxquelles tous doivent être soumis ». Un État, un code unique de lois pénales, un sujet de droit pénal : tel est le *credo* du légalisme centralisateur qui s'impose avec le développement de l'État-Nation à la fin du XVIII^e siècle.

Un troisième principe est celui de la *séparation des pouvoirs*. Sur le plan pénal, ce principe cher à MONTESQUIEU a deux implications : d'une part, le législateur a le pouvoir exclusif de créer la loi pénale et même de l'interpréter⁴¹. Le législateur est le seul « légitime interprète » de la loi qu'il crée. D'autre part, l'activité du juge se réduit à « juger », c'est-à-dire à appliquer la loi pénale au cas concret, au terme d'« un raisonnement parfait » qui a la nature d'un simple syllogisme⁴². À l'époque des Lumières, le juge idéal est donc un juge « aux yeux bandés ». Il est, dira MONTESQUIEU, « la bouche de la loi ». Rien de plus, rien de moins. Il n'a pas à faire « un raisonnement de plus », dira BECCARIA, sinon tout devient « incertitude et obscurité ».

B. Le criminel

On s'intéresse ici à la conception du criminel et à l'explication du passage à l'acte criminel, tels que pensés par les classiques.

1. Le criminel, un concept dérivé du crime : du citoyen à l'ennemi ou au citoyen conditionnel

La pensée classique n'accorde pas une place centrale au concept de criminel. Par rapport au concept de crime, il s'agit manifestement d'un concept second et dérivé. À l'opposé du courant positiviste un siècle plus tard (*cf. §2 la pensée positiviste*), les penseurs classiques ne cherchent pas à construire une théorie de la personnalité criminelle. Ils n'ontologisent pas le criminel. Ce dernier est un citoyen comme un autre, « citoyen rationnel et libre qui, à un moment donné, apparaît comme coupable d'avoir commis un crime » et, ainsi, d'avoir « rompu le traité social »⁴³. Pour les classiques, le criminel est un individu doué de libre arbitre qui commet une infraction pénale au terme d'un choix conscient et délibéré.

Si le délinquant n'est pas ontologisé d'entrée de jeu, le passage à l'acte lui fait cependant passer une frontière sociale. Ainsi ROUSSEAU considère que, par son acte, l'auteur devient ennemi du corps social : « tout malfaiteur, attaquant le droit social, *devient* par ses forfaits rebelle et traître à la patrie ; il *cesse* d'en être membre en violant ses lois, et même il lui fait la guerre... et quand on fait mourir le coupable, c'est moins comme citoyen que comme *ennemi* »⁴⁴. De cette

⁴⁰ C. BECCARIA, *ibidem*, p. 18.

⁴¹ C. BECCARIA, *ibidem*, p. 21.

⁴² C. BECCARIA, *ibidem*, p. 21.

⁴³ J.J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Paris, U.G.E., 1963 (coll. 10/18), p. 79.

⁴⁴ J.J. ROUSSEAU, *ibidem*, p. 79.

conception rousseauiste émergera une métaphore guerrière, encore largement utilisée aujourd'hui, qui associe le droit pénal à une « guerre » contre la criminalité.

Il faut noter ici, toutefois, que ni BECCARIA ni BENTHAM n'insistent sur l'hétérogénéité du criminel par rapport aux autres membres de la société. Le statut de l'auteur, reconnu coupable et condamné, est plus proche de celui d'un « citoyen conditionnel », temporairement privé de ses droits mais appelé à réintégrer la société, que de celui d'un ennemi à éliminer.

2. L'explication du passage à l'acte criminel

Dès lors qu'il n'est pas de nature criminelle, comment expliquer le passage à l'acte ? Pourquoi un individu libre et rationnel décide-t-il de faire un mauvais usage de sa liberté et de commettre une infraction ?

Chez les classiques, l'explication du passage à l'acte criminel repose sur une anthropologie à la fois sensualiste et rationaliste⁴⁵, une conception de l'homme comme être pris entre ses sens et sa raison. BECCARIA explique ainsi que l'homme est un *être sensible*, chez qui la passion ou l'intérêt (analysé en termes de plaisir) peut conduire à l'infraction. Mais l'homme est aussi un être doué de *raison* : il possède l'aptitude d'opérer une balance entre le plaisir possible à retirer du passage à l'acte et la douleur qui peut résulter de la peine. Pour BECCARIA, le passage à l'acte est alors fondamentalement le résultat d'un calcul d'intérêt entre plaisir et douleur dans le chef d'un individu rationnel. Deux situations peuvent alors expliquer le passage à l'acte : soit l'individu procède à un mauvais calcul du rapport plaisir - douleur et c'est sa raison qui est prise en défaut ; soit la douleur associée à peine est trop faible en regard du plaisir possible lié à l'infraction et la peine ne remplit pas son rôle dissuasif. De là cette idée centrale chez BECCARIA qu'une peine, pour être dissuasive, doit toujours infliger un mal qui « surpasse le bien que le coupable a retiré du crime »⁴⁶.

La pensée *néoclassique* réagira contre cette vision idéaliste du criminel comme individu libre et rationnel, dont l'acte serait toujours le résultat d'un choix libre et volontaire, fruit d'un calcul d'intérêt. Pourquoi ? Au XIX^e siècle, les tribunaux se confrontent à la folie criminelle et à des crimes inexplicables dont l'horreur même rend difficile de les attribuer à des auteurs doués de libre volonté et de raison. Dès lors, comme l'explique Raymond SALEILLES, l'idée qu'« en face d'un même acte, tout homme avait une égale liberté » apparaît comme une fiction. Plus, il apparaît « qu'il est des actes, même des crimes, pour lesquels cette liberté, non pas virtuelle..., mais actuelle et présente... n'existe pas ». S'introduit l'idée que la liberté de l'esprit n'est pas toujours pleine, qu'elle est susceptible de degrés, qu'on « peut avoir été plus ou moins libre »⁴⁷ et que, face à un même acte, tout individu n'a pas la même responsabilité.

La conséquence de ce constat est considérable : elle se traduit par l'introduction d'un principe de responsabilité « atténuée », qui débouchera sur la généralisation des circonstances atténuantes avec une loi pénale néoclassique de 1832 en France.

⁴⁵ En ce qui concerne BENTHAM, en particulier, cf. notamment J. FLORENCE, « Bentham psychologue », *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 391 et s.

⁴⁶ C. BECCARIA, *op. cit.*, p. 89. BECCARIA tempèrera toutefois cette conception idéaliste qui soumet toute l'économie du crime et de la peine à un calcul rationnel, admettant que d'autres causes peuvent pousser au passage à l'acte.

⁴⁷ R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, 3^e éd., Paris, F. Alcan, 1927, p. 67.

C. La peine

Contrairement au crime, la question de la peine est un thème de réflexion central pour la philosophie des Lumières. Un des combats majeurs de la pensée classique sera de rompre avec « l'arbitraire » et la « démesure » des peines corporelles de l'Ancien Régime. Comme le souligne Michel FOUCAULT dans le chapitre premier de *Surveiller et punir*⁴⁸, il s'agit d'en finir avec le « spectacle punitif » dont l'Affaire Calas donne encore un exemple en 1762.

La pénologie réformatrice de l'époque va se construire autour de l'idéal d'une peine *légale* (articulée autour de la loi pour mettre fin à l'arbitraire), *modérée* (l'excès des peines est contre-productif), *mesurée* (indexée à un calcul de proportion entre le délit et la peine) et visant plus *l'âme* que le corps du délinquant.

1. La nature de la peine : du corps à l'âme

Sous l'Ancien Régime, la peine est avant tout une souffrance, souvent la plus pénible possible, infligée au coupable. C'est le temps des peines corporelles, ce que FOUCAULT appelle « l'éclat des supplices »⁴⁹.

Les penseurs classiques prennent leurs distances avec cette conception de la peine comme souffrance infligée au corps du condamné. Ils privilégient désormais une *peine qui s'adresse à l'âme du condamné et du public*. Si pour BECCARIA, comme pour BENTHAM, la peine demeure un « mal », une « douleur » infligée à l'auteur d'une infraction, la représentation du mal est plus importante que le mal réel causé effectivement au condamné : « Il faut choisir, dit BECCARIA, les moyens qui feront sur l'esprit du peuple l'impression la plus efficace et la plus durable, et, en même temps, la moins cruelle sur le corps du coupable »⁵⁰. Dans le même sens, BENTHAM préconise de choisir la peine de sorte que « le mal réel soit aussi petit, et le mal apparent aussi grand que possible »⁵¹.

Trois éléments expliquent ce passage d'une punitivité sur le corps à une pénologie de l'âme qui traduit également un adoucissement du régime punitif : d'abord, un *penchant humaniste*, qui amène à rejeter le spectacle « atroce » des peines corporelles. Comme le soulignait déjà MONTESQUIEU, le caractère infamant de la peine, la honte qu'entraîne son prononcé doit être plus important que sa dimension afflictive⁵² ; ensuite, un *calcul utilitariste* qui, dans une philosophie de la peine axée sur la dissuasion, considère que la représentation du mal et l'impression qu'elle fait sur le public importent plus que le mal réel infligé au coupable. Enfin, comme l'explique FOUCAULT, le *caractère dangereux* sur le plan politique du *spectacle punitif*. Conçu pour impressionner le peuple, le spectacle des gibets et autres tortures s'avérait parfois

⁴⁸ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*. Naissance de la prison, Paris, Gallimard, 1975.

⁴⁹ M. FOUCAULT, *ibidem*, p. 36 à 39. Décivant l'arsenal des peines-suppliques prévues par l'ordonnance criminelle de 1670, FOUCAULT souligne que ce recours aux supplices « ne doit pas être assimilé à l'extrémité d'une rage sans loi » mais qu'il s'agit bien d'un « art réglé de la souffrance » qui repose sur deux éléments : d'une part, un « *code juridique de la douleur* » : « la peine, quand elle est suppliciente, ne s'abat pas au hasard ou en bloc sur le corps. Elle est calculée selon des règles détaillées », mise en corrélation, dans son intensité, sa qualité, sa longueur, avec la gravité du crime, la personnalité du criminel, le rang de la victime ; d'autre part, un *rituel* : l'art de la punition participe d'une « liturgie punitive » qui répond à deux exigences : « il doit, par rapport à la victime, être marquant (par la cicatrice qu'il laisse sur le corps, il doit « rendre infâme celui qui en est victime »). Mais il doit aussi, « du côté de la justice qui l'impose », être constaté par tous et ainsi traduire « la manifestation du pouvoir de punir ».

⁵⁰ C. BECCARIA, *op. cit.*, p. 87.

⁵¹ J. BENTHAM, « Théorie des peines légales », *Œuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais*, éd. E. Dumont, Bruxelles, Coster, 1829, t. II, p. 6.

⁵² MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 82 : « Suivons la nature, qui a donné aux hommes la honte comme leur fléau ; et que la plus grande partie de la peine soit l'infamie de la souffrir ».

contre-productif : il générerait parfois désordres et émeutes, amenant la contestation de la justice royale par des groupes de populations s'identifiant plus au condamné issu des mêmes classes sociales qu'à la justice⁵³.

2. La finalité des peines : d'une conception vindicative à un idéal de dissuasion

Sous l'Ancien Régime dominait une conception vindicative de la peine conçue comme vengeance du crime commis. Tournée vers le passé, la peine avait pour fonction de faire expier la faute morale liée au crime. Pour la pensée classique, ce fondement moral de la peine cède la place à un objectif utilitariste de prévention des délits futurs. La peine regarde désormais vers l'avenir, elle vise moins à venger le crime commis qu'à dissuader l'auteur de récidiver ou le public d'imiter le condamné : « le but des peines n'est pas de tourmenter un être sensible mais d'empêcher le coupable de nuire à nouveau et de détourner ses concitoyens du crime », explique BECCARIA⁵⁴. Le véritable but de la peine, c'est donc plus de prévenir les crimes afin de diminuer leur nombre et d'assurer la tranquillité publique que de « punir pour punir » leurs auteurs.

On soulignera au passage que BECCARIA introduit ici une distinction entre deux fonctions préventives de la peine : une fonction de *prévention spéciale*, en tant que la peine s'adresse au condamné qu'il s'agit d'empêcher de récidiver. Pour obtenir ce résultat, la peine doit tout à la fois intimider, neutraliser et réformer (sur un plan moral) le condamné. Ces trois fonctions seront attribuées à l'emprisonnement-travail qui se développe comme peine à partir de la fin du XVIIIe siècle et qui incarne le modèle du Panoptique imaginé par BENTHAM. Mais la peine a également une fonction, essentielle, de *prévention générale*⁵⁵, en tant qu'elle envoie un message à l'ensemble du corps social, pour détourner tout un chacun de la voie néfaste du crime. Cet objectif, qui apparaît central dans une perspective utilitariste, explique en grande partie le choix d'une pénologie de l'âme fondée sur le jeu des représentations, sur une psychologie des associations mentales entre le crime et la peine.

Sur ce point, la *pensée néoclassique* introduit également un correctif important. Renouant avec l'héritage du philosophe allemand des Lumières KANT, elle met l'accent sur la dimension *rétributive* de la peine, mais moins dans une perspective de vengeance comme sous l'Ancien Régime que de juste rétribution de la faute commise. Ainsi ROSSI peut-il dire que « la peine n'est que la rétribution, faite par un juge légitime, avec pondération et mesure, du mal par le mal »⁵⁶ et HAUS considérer que « le principe d'expiation et le principe de l'intérêt public constituent les *deux* éléments sur lesquels repose la légitimité de la peine sociale »⁵⁷. Deux raisons expliquent ce retour de la rétribution à l'époque néoclassique : d'abord, le constat que le Code pénal de 1810, inspiré par BENTHAM et marqué essentiellement par l'idéal utilitariste de prévention générale (dissuasion), débouche sur des peines légales excessivement sévères et dès lors souvent injustes. Ensuite, le souci de remédier à l'ineffectivité des peines que produit l'excès punitif : dans divers cas, les jurys d'assises (notamment) préféraient en effet prononcer l'acquittement plutôt que de condamner à des peines perçues comme démesurées. Il faut punir, certes, « mais pas plus qu'il n'est juste, pas plus qu'il n'est utile », tant pour des motifs d'humanité que des raisons d'effectivité des peines.

⁵³ M. FOUCAULT, *op. cit.*, p. 66.

⁵⁴ C. BECCARIA, *op. cit.*, p. 87 ; cf. également J. BENTHAM, « Théorie des peines légales », *op. cit.*, p. 143 : « Le but principal des peines, c'est de prévenir des délits semblables. L'affaire passée n'est qu'un point ; l'avenir est infini ».

⁵⁵ J. BENTHAM, « Théorie des peines légales », *op. cit.*, p. 10 et s.

⁵⁶ P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, t. I, 3^e éd., Paris-Genève, Sautet-Alexandre Mesnier-J. Barbezat, 1863, p. 224.

⁵⁷ J.J. HAUS, *op. cit.*, 2^e éd., 1874, p. 31.

3. Les principes de l'établissement des peines

En ce qui concerne l'établissement des peines, six principes rationnels peuvent être identifiés.

Le premier est le principe de *légalité des peines*. « Les lois seules », dit BECCARIA, « peuvent fixer les peines de chaque délit »⁵⁸. Ce principe cardinal, qui répond en miroir au principe de légalité des incriminations, se pose en réaction à l'arbitraire auquel conduisait le pouvoir des juges sous l'Ancien Régime.

Le second est le principe de *modération des peines*, assorti d'un corollaire qui est que ces peines modérées seront aussi *promptes et certaines*. Une double justification est ici mise en avant. D'abord, un souci humaniste pousse à en finir avec le spectacle punitif « atroce » de l'Ancien Régime. Ensuite, un calcul utilitariste cherche à accroître l'effectivité des peines, mieux assuré par des peines modérées : MONTESQUIEU précise ainsi que « lorsque la peine est sans mesure, on est souvent obligé de lui préférer l'impunité »⁵⁹. Dans une perspective de prévention, mieux vaut donc un châtiment modéré mais certain et prononcé rapidement après le crime qu'une peine trop sévère qui laisse espérer l'impunité. Si la modération des peines pose une limite par le haut, elle a néanmoins aussi une limite par le bas pour garder son effet dissuasif. BECCARIA et BENTHAM évoquent à cet égard un principe de *nécessité* ou d'*économie* du châtiment : il suffit, mais il faut « que le mal qu'il cause surpasse le bien que le coupable a retiré du crime ». Cela mais rien de plus : « toute sévérité qui passe ces limites devient superflue, et par conséquent tyrannique »⁶⁰.

Un troisième principe est celui de la *proportionnalité des peines* à la gravité des délits. Ce principe commande que « la même peine ne doit pas avoir lieu pour des crimes inégaux »⁶¹. Punir d'une peine identique des crimes inégaux reviendrait à encourager la commission des crimes les plus graves. Pourquoi éviter les violences accompagnant le vol si le vol avec violences est puni de manière identique au vol simple ? De là, l'idée que l'on « punit toujours par degrés »⁶² et qu'il convient de « fixer une progression des peines correspondante à la progression des crimes »⁶³. Les classiques introduisent ici le principe d'une échelle des peines correspondant à la gravité objective des délits, soit au mal social causé par l'infraction. Avec cette pensée, nous entrons dans l'ère d'une « pénalité de calcul », ce qui amène BENTHAM à réclamer des peines « divisibles » et « commensurables » pour s'adapter aux multiples variations de la gravité des délits⁶⁴. Cette pénalité de calcul explique aussi le succès de la prison comme peine : la combinaison des unités de temps et de travail permet en effet de sérier à l'infini l'espace punitif carcéral pour s'adapter aux variations de la gravité des délits.

Dans la pensée *néoclassique*, le principe de proportionnalité objective entre la peine et le délit s'infléchit doublement : d'une part, la gravité « objective » du délit ne s'apprécie plus uniquement en regard du *mal social* que cause l'infraction (principe utilitariste), mais aussi en regard du *mal moral* qui résulte de l'infraction (principe de justice) ; d'autre part, le principe de proportionnalité n'est plus fonction uniquement de la gravité objective du délit mais aussi de la *responsabilité morale subjective* de son auteur. Le juge, explique HAUS, doit aussi tenir compte

⁵⁸ C. BECCARIA, *op. cit.*, p. 18.

⁵⁹ MONTESQUIEU, *op. cit.*, p. 84.

⁶⁰ C. BECCARIA, *op. cit.*, p. 89 ; J. BENTHAM, « Traité de législation civile et pénale », *op. cit.*, p. 170.

⁶¹ DE JAUCOURT, *op. cit.*, p. 468.

⁶² MONTESQUIEU, *Lettres persanes*, Genève, Droz, 1965, p. 208.

⁶³ MONTESQUIEU, *ibidem*, p. 135.

⁶⁴ J. BENTHAM, « Théorie des peines légales », *op. cit.*, p. 10.

des circonstances personnelles qui diminuent la gravité de l'acte et qui « méritent à l'auteur une diminution plus ou moins considérable de la peine »⁶⁵. La conséquence de cette double inflexion est selon la formule d'ORTOLAN, que la peine proportionnée au délit ne peut dépasser la limite du juste ni celle de l'utile et qu'« à la moins élevée de ces deux limites, le droit de punir pour la société s'arrête »⁶⁶. Pour les néoclassiques, le principe de proportionnalité est donc pensé d'abord comme une limitation au droit de punir.

Un quatrième principe est celui de *l'analogie des peines aux délits*. Ce principe d'analogie repose sur une sorte de talion symbolique entre la peine et la nature du délit. Il commande, idéalement, que « chaque peine soit tirée de la nature particulière du crime »⁶⁷. On n'insiste pas ici sur ce principe qui ne sera jamais mis en œuvre dans la pratique pénologique : pour des raisons pratiques, l'emprisonnement va s'imposer comme peine.

Un cinquième principe est celui de *l'égalité devant la peine*. La volonté, repérable chez BECCARIA, est qu'une peine identique soit prononcée pour tous les auteurs d'un acte semblable, sans distinction de statut ou de rang. Ce principe est perçu comme un moyen de mettre fin à une justice d'ordres en soumettant tous les citoyens, quel que soit leur rang, à la même loi⁶⁸. Dans la pratique, seul le Code pénal révolutionnaire français de 1791 introduira pour chaque infraction le principe d'une peine fixe et donc *in abstracto* identique pour tous. Très vite cependant, ce principe d'égalité abstraite devant la peine est remis en cause. Ainsi BENTHAM dénonce-t-il « l'inégalité monstrueuse » que peut cacher une « apparence d'égalité » face à des crimes identiques dont les circonstances particulières pourraient servir de base de « justification, d'exténuation et d'aggravation »⁶⁹ de la peine. Influencé par BENTHAM, le Code pénal français de 1810 substituera rapidement au régime de peines fixes des peines flexibles, prévoyant un minimum et un maximum, laissant ainsi un espace d'individualisation au juge. Ce principe d'individualisation de la peine sera encore développé par les auteurs néoclassiques, mais en se fondant, cette fois, sur le degré de responsabilité morale du prévenu⁷⁰.

Un sixième et dernier principe est celui de la *personnalité des peines*. Il en résulte que seul l'auteur d'une infraction peut être puni et qu'« on ne doit pas être puni pour un crime d'autrui »⁷¹. Dans la pratique, cela se traduira par la suppression progressive de la peine de confiscation, dans la mesure où une telle peine « fait souffrir à l'innocent les châtiments réservés aux coupables »⁷².

D. La procédure pénale

C'est ici qu'apparaît le plus nettement le caractère *garantiste* de la pensée pénale classique, soit son caractère protecteur du sujet de droit et de ses libertés face à la justice pénale. En matière de procédure, la volonté est de fixer des limites légales à la recherche des crimes. Pour VOLTAIRE, tout n'est pas permis dans « la guerre que la justice fait à la méchanceté » et

⁶⁵ J.J. HAUS, *op. cit.*, p. 53.

⁶⁶ J. ORTOLAN, *op. cit.*, p. 94.

⁶⁷ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, *op. cit.*, p. 173.

⁶⁸ C. BECCARIA, *op. cit.*, p. 151 et 152 : « Les peines des personnes du plus haut rang doivent être les mêmes que celles du dernier des citoyens ».

⁶⁹ J. BENTHAM, « Traité de législation civile et pénale », *op. cit.*, p. 30.

⁷⁰ À cet égard, cf. notamment R. SALEILLES, *op. cit.*, p. 76 et s.

⁷¹ DE JAUCOURT, *op. cit.*, p. 467.

⁷² C. BECCARIA, *op. cit.*, p. 110-111.

l'homme de loi n'a pas à se transformer en « barbare »⁷³. À quoi MONTESQUIEU ajoute que « les formalités et les longueurs de la justice sont le prix de la liberté »⁷⁴. Le souci est de cadrer le processus judiciaire, ceci en réaction aux excès dénoncés de la justice inquisitoriale de l'Ancien Régime.

Divers principes de procédure émergent, qui constituent autant de limites à la recherche efficace des crimes. Parmi ces limites, on citera tout d'abord le principe de *séparation des fonctions de justice répressive*. Il en résulte qu'une fois l'infraction et la peine établies par le législateur, c'est à un « vengeur public », officier préposé par le prince dans chaque tribunal, qu'incombe la tâche de poursuivre en son nom tous les crimes⁷⁵, et à un juge de décider si le fait est prouvé et, le cas échéant, de prononcer la peine prévue par la loi⁷⁶.

Parmi d'autres principes évoqués par VOLTAIRE, on citera la *présomption d'innocence* de l'accusé⁷⁷, le respect des *droits de la défense*⁷⁸, la *publicité de la procédure*⁷⁹, la *motivation des jugements*⁸⁰ ou encore la *suppression de la torture inquisitoriale* comme moyen d'obtenir la vérité.

E. Évolution contemporaine de ces principes fondateurs de la pénalité moderne

On peut à bon droit se poser la question du sort réservé, deux siècles plus tard, à ces principes fondateurs du droit pénal moderne. Que sont-ils devenus ? Nous reprenons ici certains d'entre eux en regard desquels l'évolution ou la remise en question paraît la plus nette.

1. La légalité des incriminations : l'aspect formel, lié à la qualité du pouvoir légiférant, et l'aspect substantiel, lié à la qualité de la loi

D'un point de vue formel, le principe de légalité signifie que seule la loi peut ériger des faits en infraction (et, *de facto*, établir les peines correspondantes). Sur ce plan, le légalisme strict envisagé par les classiques associait le légalisme à la loi étatique et au Code pénal. Aujourd'hui, dans des sociétés complexes, marquées tant par le rôle croissant de l'exécutif comme source d'initiative législative que par la multiplication des niveaux d'édiction normative (niveau infra-national, national ou « fédéral », supra-national), ce légalisme strict a cédé la place à un principe de *légalité élargie*. Le terme « loi » englobe désormais des sources du droit de niveaux divers qui dépassent le seul législateur étatique, au prix d'un processus de délégation parfois contestable (*cf. infra*, Syllabus II, chap. 1, section 4, §1).

Sur le plan substantiel, le principe de légalité implique une certaine qualité de la loi du point de vue de son contenu : la loi doit être suffisamment claire et précise pour permettre au citoyen de guider sa conduite en connaissance de cause. Ce principe garantit la prévisibilité et la sécurité juridique pour le citoyen ; il est aussi le gage de la séparation des pouvoirs et conjure le risque d'arbitraire de la part des juges. Ici encore, il faut constater que l'évolution du droit pénal a bousculé, voire ébranlé ce principe, avec l'introduction croissante au cœur des lois pénales

⁷³ VOLTAIRE, *op. cit.*, p. 275.

⁷⁴ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, *op. cit.*, p. 72.

⁷⁵ MONTESQUIEU, *ibidem*, p. 79.

⁷⁶ MONTESQUIEU, *ibidem*, p. 74.

⁷⁷ VOLTAIRE, *op. cit.*, p. 277 et 278.

⁷⁸ VOLTAIRE, *ibidem*, p. 279.

⁷⁹ VOLTAIRE, *ibidem*, p. 275.

⁸⁰ VOLTAIRE, *ibidem*, p. 282.

d'« incriminations aux contours flous » qui altèrent sérieusement ce principe de légalité au sens substantiel (*cf. infra*, Syllabus II, chap. 1, section 4, §1).

2. La généralité de la loi pénale et le principe d'égalité devant la loi qui lui est associé

L'idéal classique suppose l'existence d'une loi pénale générale et abstraite, applicable, sans distinction à tous les sujets de droit. Le Code pénal, comme corps unique et complet de législation (BENTHAM), incarnait cet idéal.

Depuis la fin du XIX^e siècle, la naissance de l'État social, plus interventionniste, a infléchi ce principe. Son développement s'est traduit par l'apparition d'un *droit pénal catégoriel* visant des catégories spécifiques d'acteurs sociaux (le droit « pénal » des mineurs, celui des « aliénés délinquants », le droit pénal de l'entreprise, le droit pénal financier, etc.).

3. La séparation des pouvoirs et la distinction des rôles entre acteurs de création et d'application de la loi pénale

Selon la *doxa* classique, le législateur crée la loi pénale et le juge se contente de l'appliquer. Le juge ne peut pas créer lui-même d'infraction, quelle que soit son opinion sur la gravité, l'immoralité ou la dangerosité de l'acte soumis à son jugement. Et s'il est dans l'obligation d'interpréter la loi pénale en raison d'un manque de clarté du texte, ce juge aux yeux bandés est (normalement) tenu par un principe « d'interprétation stricte ».

Aujourd'hui, l'examen de la pratique judiciaire révèle une réalité moins tranchée :

- d'une part, la multiplication d'incriminations aux contours flous amène régulièrement le juge pénal à clarifier la portée réelle de la loi pénale à partir d'un cas d'application. La loi pénale originaire apparaît alors comme un produit semi-fini, amenant le juge à se faire le « co-créateur » d'une loi pénale qui s'écrit « à plusieurs mains »⁸¹ ;
- d'autre part, l'idéal classique d'un juge aux yeux bandés s'est retourné : de signe d'impartialité, le bandeau de la justice est aujourd'hui régulièrement perçu comme source d'aveuglement. On lui demande « d'ouvrir les yeux ». Le juge pénal travaille désormais au dossier, il pèse les intérêts en présence. Parfois même, les acteurs du processus judiciaire sont appelés à négocier la peine avec les parties, « à l'ombre de la loi pénale » (médiation pénale, procédure du plaider coupable, etc.).

4. Le principe de légalité des peines (*cf. infra*, Syllabus II, chapitre IV)

Le principe de la légalité des peines est rappelé par l'article 14 de la Constitution. Il en découle trois conséquences :

- le juge ne peut prononcer de peine si la loi n'en prévoit pas ;
- le juge ne peut prononcer une peine différente (ni dans son taux ni dans sa nature) de celle prévue par la loi, sous réserve des mécanismes de correctionnalisation ou de contraventionnalisation d'une infraction ;
- si l'infraction est constatée, le juge a l'obligation de prononcer la peine édictée par la loi. Il ne bénéficie pas ici de la liberté du Ministère public qui dispose lui de « l'opportunité des poursuites » et peut décider de classer sans suite une infraction.

⁸¹ F. OST et M. VAN de KERCHOVE, « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *R.I.E.J.*, 2000, 44, p. 1 à 99.

Plusieurs exceptions viennent toutefois tempérer ce principe :

- le mécanisme de la « *suspension du prononcé de la condamnation* » prévu par l'art. 3 de la loi du 29 juin 1964 sur la suspension, le sursis et la probation. Ce mécanisme permet au juge qui constate la culpabilité de l'auteur, de suspendre le prononcé de la peine pour éviter les effets néfastes de la peine (en termes de stigmatisation ou de frein à la réinsertion) ;
- en cas de *concours d'infractions*, l'article 65, al. 2 du Code pénal prévoit que le juge peut, dans certains cas, se contenter d'une déclaration de culpabilité et renvoyer à une peine déjà prononcée ;
- en cas de *dépassement du « délai raisonnable »*, l'article 21^{ter} du Titre Préliminaire du Code d'Instruction Criminelle prévoit que le juge peut se contenter d'une simple déclaration de culpabilité ou prononcer une peine inférieure à la peine minimale prévue ;
- en cas d'admission d'une *cause d'excuse absolutoire*, le juge statue sur la culpabilité du prévenu, sans prononcer de peine.

En outre, dans certaines matières « para-pénales », les peines légales, dont la nature et le taux sont fixés par la loi, sont remplacées par des « mesures de protection » ou des « mesures de sûreté » dont le contenu est variable et la durée souvent indéterminée. C'est le cas en matière de protection de la jeunesse ou en matière d'internement à l'égard des délinquants auxquels on reconnaît un trouble mental.

5. Le principe d'égalité devant la peine

Le principe veut qu'une peine identique frappe tous les auteurs d'une même infraction. On sait que ce principe a très vite été infléchi par l'introduction de « peines flexibles » et, au XIX^e siècle, par la généralisation du mécanisme des circonstances atténuantes.

Par la suite, l'individualisation de la peine s'est accrue :

- au stade présentenciel (avant le jugement), le parquet peut *classer sans suite* une infraction, proposer à l'auteur une *alternative aux poursuites* (travail d'intérêt général, transaction et médiation pénale...), envisager une *négociation* sur la peine (reconnaissance préalable de culpabilité débouchant sur une peine moins forte). Ce type de justice, entre marchandage et négociation, individualise fortement le prononcé de la peine ;
- au stade sentenciel (stade du jugement), le juge peut régulièrement choisir entre des *peines concurrentes* (peine d'emprisonnement, peine d'amende, peine de travail, peine de probation autonome, peine de surveillance électronique...), comme il peut décider, dans certains cas, de *suspendre le prononcé de la peine* ou de prononcer une *peine avec sursis* ;
- au stade post-sentenciel enfin (après le jugement), c'est l'exécution de la peine qui s'individualise fortement. Ici, l'administration pénitentiaire, le juge de l'application des peines ou le tribunal de l'application des peines peuvent moduler l'exécution des peines en fonction de la trajectoire pénale du condamné (en refusant ou en octroyant des permissions de sortie, congés pénitentiaires, libérations provisoires, surveillances électroniques, libérations conditionnelles, etc.).

6. Le garantisme procédural

Réagissant contre les excès de la justice inquisitoriale d'Ancien Régime, la pensée pénale classique s'est voulue fortement garantiste sur le plan procédural. Aujourd'hui, certaines de ces garanties protectrices du justiciable sont mises à mal, souvent, pour des motifs d'efficacité de la répression. La tension entre *Law and Order* (le respect de la loi et les exigences du maintien de l'ordre) amène à remettre en question certains principes jugés indépassables par les classiques.

Si le jeu des rapports de force entre les acteurs du pouvoir judiciaire (accroissement des pouvoirs de la police et du parquet, menace sur le juge d'instruction) et le respect des droits de la défense⁸² font régulièrement débat, c'est peut-être l'évolution du droit pénal sur la question de la torture inquisitoriale qui souligne de la manière la plus forte l'évolution en cours. À cet égard, l'arrêt CEDH *Gafgen c. Allemagne* du 1^{er} juin 2010 est emblématique (*cf.* annexe).

⁸² Ainsi, dans l'arrêt *Salduz c. Turquie* du 27 novembre 2008, la CEDH a condamné la Turquie pour ne pas prévoir la présence obligatoire de l'avocat dès les premiers interrogatoires d'un inculpé par la police. Cette absence de l'avocat à ce stade préliminaire de l'enquête a été jugée contraire à l'article 6 de la CEDH qui consacre le droit à un procès équitable. Cette absence était de règle dans plusieurs États – dont la Belgique – qui ont dû modifier leur législation pour se mettre en conformité avec l'arrêt *Salduz*.

§ 2 La pensée positiviste ou la naissance de la criminologie

Introduction

En guise d'introduction, il paraît important de souligner le contexte particulier dans lequel émerge cette pensée positiviste à la fin du 19^e siècle, d'un point de vue épistémologique et d'un point de vue pénal, ainsi que ses sources directes.

1. Le contexte épistémologique et juridique

D'un point de vue épistémologique, l'époque est marquée par l'avènement du *positivisme scientifique*. À la fin du XIX^e siècle, le discours scientifique entend s'affranchir de ses présupposés philosophiques, métaphysiques et moraux pour dire le « vrai » sur le monde réel de manière neutre et objective. Le discours scientifique prend ses distances avec une approche spéculative pour chercher la cause explicative des phénomènes physiques et sociaux. À cet effet, il privilégie une démarche empirique, fondée sur l'observation, l'expérimentation, et la vérification⁸³.

Le positivisme, c'est donc une attitude épistémologique qui consiste à ne reconnaître comme pertinent pour la connaissance que ce qui peut être observé ou vérifié par l'expérience. Trois postulats sont liés à cette démarche : la croyance en la neutralité axiologique de la science (qui, à l'inverse de l'idéologie, serait dégagée de la sphère des valeurs) ; la valorisation de l'expérimentation comme source de validité de la connaissance ; l'étiologie (ou recherche de la cause des phénomènes) comme boussole de la démarche scientifique, sur fond d'une lecture déterministe du comportement humain⁸⁴.

En sciences humaines, cette démarche positiviste s'inscrit dans une perspective *évolutionniste* et non plus essentialiste de l'espèce humaine, influencée par Charles DARWIN (1809-1882). Dans son ouvrage majeur sur *L'origine des espèces* (1859), ce dernier développe la thèse de « l'évolution » de l'espèce : l'espèce humaine ne possède pas une nature immuable, mais dérive de l'espèce animale et ne diffère de celle-ci que dans une mesure relative et variable. L'évolution de chaque individu est fonction d'un processus général d'adaptation et de sélection naturelle. Mais, d'une part, le processus de sélection naturelle n'est pas infallible et, d'autre part, il n'exclut pas des phénomènes de régression individuelle ramenant l'homme civilisé à un état sauvage et primitif très largement comparable au stade animal.

Cette lecture évolutionniste de l'être humain explique que se propage, à la fin du XIX^e siècle, l'idée que subsistent dans le genre humain « civilisé » des êtres « involués » que l'on qualifiera aussi de « dégénérés » et qui seront considérés comme une menace pour la civilisation. La dégénérescence est en effet une des grandes peurs de la deuxième moitié du XIX^e siècle, comme en témoigne le « *Traité des dégénérescences* », publié par le psychiatre français Bénédict Auguste MOREL en 1857. Aliénés et criminels y sont largement assimilés à des « anormaux », dont la dégénérescence est perçue comme d'autant plus dangereuse qu'elle se transmet par l'hérédité.

⁸³ E. FERRI, *La sociologie criminelle*, Paris, F. Alcan, 1905, p. 10 : « Cette nouvelle école... est l'application de la méthode expérimentale à l'étude des délits et des peines ».

⁸⁴ E. FERRI, *ibidem*, p. 42 : « La psychologie positive a démontré que le prétendu libre arbitre était une pure illusion subjective ».

La thèse évolutionniste de Darwin exercera une triple influence sur la criminologie naissante dans le dernier tiers du XIXe siècle :

- d'abord, le criminel est rapidement considéré comme l'expression d'une forme inférieure d'évolution qui se repère sur son corps. Le thème du « corps parlant », soit d'un corps qui avoue l'intériorité de l'âme, sera au cœur de l'anthropologie criminelle promue par LOMBROSO. C'est donc sur le corps que peut se lire l'évidence du mal, de la violence, du crime qui se confond avec l'origine animale ou bestiale, dégénérée ou involuée de l'homme ;
- ensuite, les causes de l'invololution propre au criminel seront cherchées soit dans l'hérédité, soit dans le milieu social. Ce raisonnement nous orientera vers une criminologie biologique (LOMBROSO) ou vers une criminologie plus sociologique (Enrico FERRI, Raffaele GAROFALO) qui met l'accent sur le rôle complémentaire des facteurs environnementaux dans l'éclosion du criminel ;
- enfin, un certain type de darwinisme social souligne que l'action sociale de l'homme doit remédier aux failles de l'action sélective de la nature. Dans l'intérêt de la préservation de la race, l'homme doit intervenir pour freiner le déploiement et la transmission des facteurs de non-évolution. Ceci peut passer, par exemple, par la limitation des mariages entre « pauvres » ou « inférieurs », « aliénés » ou « criminels » dans une sorte d'eugénisme précurseur, qui connaîtra un succès plus important au début du XXe siècle aux États-Unis (dans les textes tout au moins)⁸⁵, dans certains pays du Nord de l'Europe (la Suède) et plus tard dans l'Allemagne nazie⁸⁶. Cette volonté de préserver le corps social contre une menace qui le mine de l'intérieur débouchera aussi sur un projet de politique criminelle axé sur la mise à l'écart du délinquant, en fonction de son degré de dangerosité pour la société civilisée de son temps.

Du point de vue juridique et pénal, la pensée positiviste se pose en réaction à la pensée néoclassique qui domine la pratique pénale dans la deuxième moitié du XIXe siècle. La pensée néoclassique encourage l'individualisation des peines en fonction du degré de responsabilité morale du délinquant. Elle incarne une tendance « compréhensive », qui sera critiquée comme « laxiste », dans la mesure où elle favorise en principe un adoucissement des peines et traduit ainsi, pour les positivistes, un « désaccord frappant entre la logique judiciaire et l'intérêt social »⁸⁷. La pensée néoclassique se heurte alors de plein fouet, dans le dernier tiers du siècle, à la « révolte positiviste » qui signe la naissance de la criminologie : « Aux sophismes de l'école juridique », la criminologie oppose comme priorité de la pénalité « la défense (de la société) contre les ennemis naturels de la société »⁸⁸ et s'emploie à construire un discours sur le criminel.

⁸⁵ Y. CARTUYVELS, « Les usages sociaux de la biologisation du crime à la fin du XIXe siècle : quelques enjeux et limites », *Jurisprudence. Revue critique*, 2015, p. 189 à 204.

⁸⁶ N. RAFTER, « Criminology's Darkest Hour: Biocriminology in Nazi Germany », *The Australian and New-Zealand Journal of Criminology*, 2008, n°2, p. 287 à 306.

⁸⁷ R. GAROFALO, *La criminologie. Étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, Paris, F. Alcan, 1890, p. VIII. Cf. également A. PRINS, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Bruxelles-Leipzig, Misch et Tron, 1910, repr. Genève, Médecine et Hygiène, 1986, p. 17 : « il est facile de montrer le désaccord qui existe entre la doctrine classique et les réalités sociales » ; p. 16 : « si l'exercice du droit de punir exige l'évaluation exacte des différents éléments constitutifs d'une volonté intelligente et libre, les difficultés de punir augmentent ».

⁸⁸ R. GAROFALO, *op. cit.*, p. X.

2. Les sources du positivisme pénal (ou de la criminologie)

a) *L'école positive italienne ou la naissance de la criminologie*

Les théories positivistes du phénomène criminel coïncident avec l'éclosion de la criminologie scientifique, c'est-à-dire de la criminologie comme activité de connaissance. Ces théories se développent à l'origine en Italie à la fin du XIX^e siècle, à travers trois noms célèbres : LOMBROSO (1835-1909)⁸⁹, FERRI (1856-1929)⁹⁰ et GAROFALO (1851-1934)⁹¹.

Médecin psychiatre, LOMBROSO (1835-1909) représente les versants anthropologique et biologique du positivisme. Influencé par le *Traité sur la dégénérescence* de MOREL, LOMBROSO consacre sa thèse de doctorat en médecine au « crétinisme » en 1859. Lombroso a également lu DARWIN et s'intéresse, en outre, aux travaux de Joseph GALL, un médecin d'origine allemande réfugié en France qui sera le fondateur, au début du 19^e siècle, de la phrénologie (science du cerveau). LOMBROSO reprendra à GALL – l'inventeur de la « bosse des maths » – une double thèse centrale qui est a) que le cerveau est porteur d'informations sur l'ensemble de la vie affective et intellectuelle de l'homme et b) qu'une cartographie de la vie morale de l'homme peut se décoder à partir de la forme du crâne qui est un moule fidèle du cerveau.

En 1876, LOMBROSO publie la première édition de son ouvrage majeur, *L'Uomo delinquente* (L'homme criminel). Il y développe ses premières thèses relatives à l'*atavisme* du criminel (soit l'inachèvement de son évolution) et situe l'explication de la nature criminelle dans des facteurs de nature biologique, et surtout dans certaines anomalies notamment crâniennes. À partir de recherches effectuées sur des soldats, puis sur des détenus ou encore sur des prostituées, LOMBROSO en vient à définir un type anthropologique de criminel, individu prédestiné au crime, doté de tatouages, d'un nez imposant, de mâchoires épaisses, autant d'indices corporels qui traduisent à un déficit plus ou moins accentué de sens moral. On est bien, avec Lombroso, dans le paradigme du « corps parlant ».

Assez rapidement, les théories de LOMBROSO soulèvent la critique. Le recours à des « groupes-contrôle » de non-délinquants falsifie sa théorie : on trouve les mêmes traits physiques « arriérés » chez des non-délinquants... Aussi, progressivement, se développe l'idée qu'outre l'atavisme, d'autres facteurs comme le *milieu* jouent également un rôle dans le passage à l'acte criminel.

FERRI représente le versant sociologique du positivisme. Juriste de formation, longtemps membre du parti socialiste en Italie, FERRI sera amené à élaborer un projet de Code pénal en 1921, après l'accession de MUSSOLINI au pouvoir, qui traduit une approche spécifiquement positiviste du crime. Bien qu'aussi déterministe que LOMBROSO, FERRI mettra davantage l'accent sur l'importance des facteurs extérieurs à l'individu – sociaux, économiques et politiques – dans l'explication du comportement criminel. Sa perspective est donc plus sociologique que purement anthropologique. Elle l'amène à proposer, dans sa *Sociologie Criminelle* (1885), une théorie multicausale de la criminalité : le criminel est présenté comme le fruit de facteurs tant anthropologiques que physiques et sociaux⁹². Se développe chez FERRI l'idée, exprimée encore plus nettement par un représentant de l'École française, Alexandre

⁸⁹ Cf. notamment M. ANCEL, « Le centenaire de l'« Uomo delinquente ». Exposé introductif », *Rev. sc. crim.*, 1977, n° 2, p. 285 et s..

⁹⁰ Cf. notamment P. BOUZAT, « Le centenaire d'E. Ferri, l'œuvre du maître, son actualité », *Rev. sc. crim.*, 1957, p. 1 et s.

⁹¹ Cf. notamment Ph. MARY, « Relecture de Garofalo », *Journ. proc.*, n° 141, 30 décembre 1988, p. 22 et s.

⁹² P. MARCHETTI, « De la responsabilité au risque. L'École positive et les « nouveaux horizons » du droit pénal », *Rev. dr. pén. crim.*, 2017, n°6, p. 562 à 585.

LACASSAGNE, que « le microbe, c'est le criminel, un élément qui n'a d'importance que le jour où il trouve le bouillon (social) qui le fait fermenter ». Autrement dit, ce qui explique le passage à l'acte criminel, c'est la rencontre entre un être malade ou prédisposé au crime et un milieu social délétère.

Enfin, GAROFALO est également juriste. Après avoir été magistrat, il aura également une carrière politique et universitaire. Comme FERRI, il semble avoir trouvé dans le fascisme naissant en Italie un terreau politique propice au développement de ses théories criminologiques. Plus intéressé que ses deux collègues par la pratique pénale, GAROFALO portera une attention constante aux réformes pratiques du système pénal.

b) Le mouvement de la défense sociale

Dans le sillage de la pensée positiviste, se développent, au tournant des XIX^e et XX^e siècles, les doctrines de la *défense sociale*, dont le Belge Adolphe PRINS (1845-1919) sera un des auteurs les plus représentatifs⁹³. Ce mouvement de défense sociale s'inspire largement du positivisme criminologique dont il reprend les éléments fondamentaux : lecture déterministe du criminel, priorité de la défense sociale contre des individus dangereux, mise en question du néoclassicisme pénal. Sur un plan pratique, ce courant d'idées sera porté en Europe par l'Union Internationale de droit pénal. Fondée en 1889 à Berlin, cette association dont PRINS est un des membres fondateurs, introduit dans le débat les idées positivistes pour modifier les systèmes pénaux d'inspiration néoclassique qui dominent à l'époque. Le choc entre les deux cultures pénales débouchera sur un compromis entre les anciens et les nouveaux, les néoclassiques et les positivistes : pour l'essentiel, dans les États de droit occidentaux à caractère démocratique, le droit pénal néoclassique restera en place, mais sera complété à ses marges par des « lois de dangerosité » d'inspiration positiviste. Dérogatoires aux principes classiques (légalité, proportionnalité), ces lois visent certaines figures spécifiques de la délinquance qui incarnent la dangerosité à l'époque : délinquants d'habitude et récidivistes, vagabonds et mendiants, aliénés délinquants, mineurs délinquants.

La Belgique donne un très bon exemple de ce compromis. Si le Code pénal néoclassique de 1867 reste en place, plusieurs *lois de défense sociale* viennent combler les « lacunes » du Code pénal pour assurer une défense plus efficace de la société contre les « individus dangereux ». Ainsi de la *loi du 31 mai 1888 établissant la libération conditionnelle et les condamnations conditionnelles* ; de la *loi du 27 novembre 1891 pour la répression du vagabondage et de la mendicité* ; de la *loi de 1912 sur la protection de l'enfance* ou encore de la *loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude* (dont un chapitre est consacré aux délinquants d'habitude, englobés dans une même « anormalité » que les aliénés délinquants).

Ces lois, qui s'articulent autour des notions de diagnostic et de danger, de traitement et de sûreté, d'adaptation, de réhabilitation ou d'exclusion, substituent au « droit pénal gardien des libertés » un « droit pénal gardien de l'ordre ». L'objectif est chaque fois de mieux protéger la société contre le crime, grâce à des « mesures » ambiguës de « protection ou de sûreté » qui sont en outre régulièrement à durée indéterminée.

⁹³ À cet égard, cf. notamment Fr. TULKENS, « Un chapitre de l'histoire des réformateurs. Adolphe Prins et la défense sociale, Introduction », *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Genève, Médecine et Hygiène, 1986, p. 1 et s. ; Ph. MARY, *Délinquant, délinquance et insécurité. Un demi-siècle de traitement en Belgique (1944-1997)*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 46 à 69.

Au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale, les doctrines de la défense sociale ont connu un certain nombre d'infléchissements nouveaux, aboutissant notamment à ce que l'on a pu appeler la « *défense sociale subjectiviste* »⁹⁴ dans la personne de Filippo GRAMATICA (1901-1979) en Italie, la « *défense sociale nouvelle* »⁹⁵ autour de Marc ANCEL (1902-1990) en France et la « *défense sociale "anti-oppressive"* »⁹⁶ autour d'auteurs comme Severin VERSELE (1914-1978) en Belgique.

A. Le crime

Contrairement aux représentants de la pensée classique qui s'intéressent peu à la définition du crime, les positivistes sont fascinés par le crime. Ils attachent à cette question une place centrale dès lors que pour eux, derrière l'acte pénal se cache un individu criminel anormal et prédisposé au crime dont il faut identifier les traits. Ce sera le thème de « l'homme délinquant ».

Dans un livre intitulé *Criminologie* (1888), GAROFALO est le premier à tenter une reconstruction scientifique du crime, sur base d'une distinction entre le « délit juridique » et le « délit naturel »⁹⁷. Le délit juridique est rapidement mis de côté : construction des juristes, incrimination conventionnelle qui varie selon les pays, ce type de délit concerne des actes peu graves qui ne portent pas véritablement atteinte à la morale sociale. Ces délits conventionnels n'intéressent pas la vraie science, parce qu'ils peuvent être commis par tout un chacun et ne traduisent pas, chez leur auteur, de véritable « anomalie morale » ou de penchant criminel⁹⁸. Ce qui retient l'attention des positivistes, c'est le « délit naturel » : il s'agit là du véritable crime au sens scientifique, parce que sa commission révèle chez son auteur la présence d'un atavisme ou d'une pathologie morale qui souligne la présence d'une personnalité criminelle. Aussi est-ce ce délit naturel qu'une définition sociologique ou scientifique du crime doit chercher à circonscrire.

Cherchant à déterminer les contours du délit naturel, GAROFALO adopte dans un premier temps une méthode inductive et se demande s'il est possible d'établir un *catalogue des crimes universels*, soit de faits qui seraient toujours et partout érigés en infraction : peut-on « parmi les crimes et les délits de nos lois contemporaines en trouver qui, en tout temps et en tous lieux ont été considérés comme des actions punissables »⁹⁹ ? La réponse est négative : même certains crimes effroyables comme le parricide, l'assassinat ou le meurtre n'ont pas toujours été incriminés dans toutes les sociétés. Il existe des sociétés « sauvages » qui ne les ont pas érigés en crime¹⁰⁰.

Modifiant sa démarche, GAROFALO se demande alors s'il serait possible de considérer comme délits naturels des faits portant atteinte à des *sentiments moraux universels*¹⁰¹. Devant la diversité des sentiments moraux constituant l'armature des différentes sociétés qu'il étudie, GAROFALO décide de retenir comme critère les sentiments moraux constitutifs des sociétés civilisées de son époque, soit ces sentiments qui constituent en quelque sorte « la *recta ratio* » ou « le sens moral moyen » des peuples civilisés ou races supérieures de l'humanité¹⁰². Selon

⁹⁴ F. GRAMATICA, *Principes de défense sociale*, Paris, Cujas, 1963 ; R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 133.

⁹⁵ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, *op. cit.*

⁹⁶ R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, p. 147.

⁹⁷ R. GAROFALO, *op. cit.*, p. 3.

⁹⁸ R. GAROFALO, *ibidem*, p. 60.

⁹⁹ R. GAROFALO, *ibidem*, p. 4.

¹⁰⁰ R. GAROFALO, *ibidem*, p. 4.

¹⁰¹ R. GAROFALO, *ibidem*, p. 9.

¹⁰² R. GAROFALO, *ibidem*, p. 9 et 10.

lui, deux sentiments constitutifs de la « vraie morale contemporaine » peuvent être identifiés : il s'agit d'un sentiment de *pitié*, d'une part, qui consiste dans « la répugnance à la cruauté, et la résistance aux impulsions qui seraient la cause d'une souffrance pour nos semblables »¹⁰³; il s'agit, d'autre part, d'un sentiment de *probité*, lequel « exprime le respect pour tout ce qui appartient à autrui »¹⁰⁴. Pour GAROFALO, est alors un délit naturel tout acte qui offense un de ces deux sentiments moraux constitutifs de la « vraie morale contemporaine » de l'humanité.

Sur la base d'une telle définition, GAROFALO propose logiquement une *classification* des délits naturels en deux catégories. La première catégorie regroupe les offenses au sentiment de pitié (agressions à la vie des personnes, atteintes à l'intégrité physique et à l'intégrité morale, etc.). La seconde regroupe les atteintes au sentiment de probité (atteintes violentes à la propriété telles que vols, extorsion, incendie, etc. ; agressions sans violence telles qu'escroquerie, infidélité, banqueroute, violation d'un secret ; lésions indirectes à la propriété ou aux droits civils des personnes telles que faux témoignage, substitution d'enfant, suppression d'état civil).

Dans une démarche très proche, FERRI propose lui une distinction entre le « délit naturel » (qui permet de penser une personnalité criminelle) et le « délit légal » considéré une « pure création politique ». Il arrive aussi à une classification partiellement différente des crimes naturels¹⁰⁵.

Par la suite, des auteurs comme PRINS en Belgique relativiseront cette distinction « délit naturel-délit juridique » en affirmant qu'« il n'y a pas de délits naturels » et que « la loi pénale varie suivant les époques et les régions »¹⁰⁶. D'autres auteurs, plus récents, se rattachant aux doctrines de la défense sociale, n'ont pas hésité à poursuivre, en des termes partiellement différents, les idées de GAROFALO. On citera ainsi Hermann BEKAERT qui dans un article publié en 1948 et intitulé « ordre social et structure conventionnelle », propose, de distinguer nettement les infractions aux règles constitutives de l'« ordre social » et les infractions aux règles formant une « structure conventionnelle »¹⁰⁷ de la société. Par ailleurs, cette distinction continue à courir de manière implicite derrière la répartition des infractions dans le Code pénal ou dans des lois particulières. Le Code pénal constituerait le « noyau dur » du droit pénal, sanctionnant les infractions les plus importantes, alors que le droit pénal hors code serait plus proche d'un droit pénal « conventionnel ». Une lecture combinée du livre II du Code pénal et de diverses lois particulières infirme néanmoins cette analyse : on trouve dans le livre II du Code pénal des infractions désuètes et a priori peu importantes (le bris de clôture), alors que certaines lois particulières protègent des valeurs et des intérêts jugés substantiels.

B. Le criminel

Quels que soient les auteurs et leurs classifications, un point commun les réunit : l'« être criminel » existe et il est doté, comme le souligne GAROFALO, d'une « absence, éclipse ou faiblesse du sentiment de pitié ou de probité », soit d'un défaut de sens moral¹⁰⁸. À l'inverse, « l'homme qui possède ces sentiments à un degré suffisant d'énergie n'aurait pas pu les violer »¹⁰⁹.

¹⁰³ R. GAROFALO, *ibidem*, p. 20.

¹⁰⁴ R. GAROFALO, *ibidem*, p. 32.

¹⁰⁵ E. FERRI, *op. cit.*, p. 88 à 94.

¹⁰⁶ A. PRINS, *Science pénale et droit positif*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Marescq, 1899, p. 78 et 79.

¹⁰⁷ H. BEKAERT, « Ordre social et structure conventionnelle », *Rev. dr. pén. crim.*, 1947-1948, p. 1 et s.

¹⁰⁸ R. GAROFALO, *op. cit.*, p. 57.

¹⁰⁹ R. GAROFALO, *op. cit.*, p. 57. ; E. FERRI, *op. cit.*, p. 109 : « Un individu qui n'a pas la prédisposition au crime... ne deviendra jamais un 'scélérat' ».

De cette idée découlent trois conséquences :

- la première est, comme l'explique encore GAROFALO, qu'il n'y a pas de « délinquant fortuit »¹¹⁰ : celui qui passe à l'acte a forcément une prédisposition au crime. FERRI souligne également que « ne devient pas criminel qui veut » et que les seules circonstances (la misère par exemple) ne suffisent pas à expliquer le crime. Derrière cette thèse peut se lire une réponse aux critiques sociales des penseurs marxistes de la fin du XIXe siècle qui dénoncent le rôle de la société d'exploitation dans la production de la criminalité ;
- la deuxième est que le crime est bien le symptôme d'une « anomalie morale »¹¹¹ : il est le révélateur d'une personnalité pathologique chez un individu qui ne possède pas le « sens moral moyen » propre aux individus civilisés ou évolués. On peut alors, comme GAROFALO, distinguer des types psychiques de criminels différents, selon leur degré d'anomalie morale. Ainsi, GAROFALO distingue « deux variétés *psychiques* de la race, deux types distincts : d'un côté, des hommes dénués du sentiment de pitié ; de l'autre, des hommes dénués du sentiment moyen de probité »¹¹². En outre, au sein de ces deux catégories, on distinguera le « *criminel typique* » (individu dénué de tout sens moral, « sorte de monstre dans l'ordre psychique ayant des traits qui le ramènent à l'animalité inférieure ») du « *criminel inférieur* » ou « *incomplet* » (individu marqué par une « faiblesse du sens moral », une anomalie de nature, doté de « traits d'atavisme qui le rapproche des sauvages »)¹¹³;

criminel typique	criminel inférieur ou incomplet
aucun sens moral déshumanisé animalité inférieure/monstre	faiblesse du sens moral anomalie de nature et victime du milieu sauvage

- la troisième conséquence est que le criminel est d'abord appréhendé comme un individu dangereux contre lequel il faut défendre la société. L'importance de ce critère de la dangerosité apparaît nettement chez PRINS, lequel distingue trois classes de criminels selon leur état de dangerosité : les « *normaux* » d'abord : auteurs de crimes dus à la passion, d'infractions dues à la misère ou de petits délits occasionnels et isolés, ils ne témoignent pas d'un véritable état dangereux; les « *défectueux* » ensuite, soit des individus qui témoignent d'une « infériorité mentale et morale »¹¹⁴ et chez qui l'état dangereux est fréquent; les « *aliénés criminels* » enfin, qui présentent pour ainsi dire toujours les caractères de l'état dangereux. L'« état dangereux » de l'individu – qui peut d'ailleurs se manifester « avant le crime et indépendamment du crime »¹¹⁵ – constitue donc le critère de classification le plus pertinent à ses yeux et passe, comme chez les positivistes, avant la prise en compte de « l'acte poursuivi »¹¹⁶.

¹¹⁰ R. GAROFALO, *op. cit.*, p. 89.

¹¹¹ R. GAROFALO, *ibidem*, p. 60 ; cf. également E. FERRI, *op. cit.*, p. 15, note 1 : « Il faut étudier *d'abord* la personne qui commet le crime et le milieu où elle le commet, pour étudier *ensuite* juridiquement le crime commis, non pas comme un être isolé existant par lui-même, mais comme indice du tempérament organique et psychique de son auteur ».

¹¹² R. GAROFALO, *op. cit.*, p. 58.

¹¹³ *Ibid.*, p. 100 à 105. FERRI nuancera cette classification en distinguant cinq catégories de délinquants, qu'il qualifiera respectivement de « criminels fous », de « criminels nés », de « criminels habituels », de « criminels par passion » et de « criminels d'occasion » (E. FERRI, *op. cit.*, p. 151).

¹¹⁴ A. PRINS, La défense sociale et les transformations du droit pénal, *op. cit.*, p. 94.

¹¹⁵ A. PRINS, *ibidem*, p. 68.

¹¹⁶ A. PRINS, *ibidem*, p. 74.

La pensée positiviste traduit clairement l'idée que le criminel est un être qui se distingue de l'homme normal. Il est bien construit comme un « type à part », expression d'une « race dégénérée physiquement et moralement »¹¹⁷, dont l'existence constitue une menace pour la société à la mesure de son anormalité.

C. La peine

Sur cette question de la peine, les positivistes ne partagent pas toujours les mêmes positions. On synthétise ici leur pensée autour de trois éléments essentiels : un débat sur l'utilité ou non de la prévention, la conception de la fonction et de la nature des peines, le fondement du choix de la peine.

1. Le débat sur la prévention : divergences de vues entre GAROFALO et FERRI

Le thème de la défense sociale devenu central, un débat émerge sur l'utilité ou non d'une politique d'intervention en amont de la peine. GAROFALO se montre ici critique à l'égard de ce qu'on appellerait aujourd'hui des formes de prévention sociale ou policière. L'éducation morale des jeunes ? Il lui paraît douteux qu'elle puisse créer un instinct moral absent chez ceux qui en manquent, la part de l'hérédité étant prépondérante. Lutter contre les inégalités économiques, sources de misère et de criminalité ? Dès lors que le délit naturel repose sur un défaut de sens moral pathologique ancré dans l'individu, l'explication psychologisant du crime invalide l'idée que l'ordre économique et la misère sont les vraies causes du crime¹¹⁸. Mener des actions policières à caractère préventif ? GAROFALO n'y est bien sûr pas opposé mais estime que ceci peut seulement « s'opposer à l'accroissement de certaines habitudes vicieuses qui sont ordinairement la cause de crimes et de délits »¹¹⁹. Pour GAROFALO, c'est la peine et la peine seule qui est la véritable réponse au crime.

FERRI propose une image très différente de la politique pénale. Pour lui, la peine n'est pas nécessairement « le meilleur et le plus utile des remèdes » contre la criminalité¹²⁰. La peine doit être pensée à sa juste place, en complément d'« équivalents des peines »¹²¹ au cœur d'une politique criminelle intégrée qui repose sur quatre échelons complémentaires :

- d'abord, des *mesures de « prévention sociale »* qui remontent « jusqu'aux origines lointaines du délit pour en supprimer les premiers germes »¹²². On citera ici, à titre d'exemple, l'organisation de travaux publics procurant du travail aux indigents, l'instauration de taxes dissuasives sur la fabrication et la vente d'alcool ou encore l'adoption de systèmes de surveillance, de sécurité et d'alarme ;
- ensuite, dès lors qu'il est impossible d'enrayer toutes les sources du crime à la source¹²³, il faut prévoir des « *moyens réparatoires* » pour sanctionner les délits juridiques, ces infractions pas vraiment « criminelles », au sens où elles ne traduisent pas une véritable dangerosité chez leurs auteurs¹²⁴.

¹¹⁷ R. GAROFALO, *op. cit.*, p. 61 ; E. FERRI, *op. cit.*, p. 42 : « Le délinquant n'est pas un homme normal ; ... au contraire, par des anormalités organiques et psychiques héréditaires et acquises, il constitue une classe spéciale, une variété de l'espèce humaine ».

¹¹⁸ En ce sens, cf. également A. PRINS, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, *op. cit.*, p. 154 : « À la base de l'indigence matérielle, il y a l'indigence physiologique, mentale et morale ».

¹¹⁹ R. GAROFALO, *op. cit.*, p. 201.

¹²⁰ E. FERRI, *op. cit.*, p. 265.

¹²¹ E. FERRI, *ibidem*, p. 268.

¹²² E. FERRI, *ibidem*, p. 311 et 312.

¹²³ E. FERRI, *ibidem*, p. 314 : « La disparition absolue de toute condition criminogène est humainement impossible ».

¹²⁴ E. FERRI, *ibidem*, p. 464 et 465.

- enfin, la chaîne pénale doit prévoir des « *moyens répressifs* » (tels que l'emprisonnement) pour « les délits peu graves et les délinquants peu sérieux »¹²⁵ et
- des « *moyens éliminatoires* » (peine de mort, asiles pour les fous criminels, colonies agricoles) pour les criminels inassimilables qui « seraient un danger continu ». Sont visés ici les auteurs de crimes graves (homicides, viols, incendies, etc.) ou ceux dont l'état traduit une dangerosité particulière, soit les criminels-nés, les récidivistes et délinquants d'habitude ou encore les aliénés délinquants¹²⁶.

2. La fonction et la nature des peines : exclure ou éliminer en fonction de la dangerosité

GAROFALO ne croit guère aux fonctions d'expiation et d'amendement de la peine infligée à un délinquant qui est un individu « anormal ». De même, si la fonction d'intimidation peut se concevoir pour les « criminels inférieurs », elle lui paraît sans effet pour les grands criminels ou « criminels typiques ». Pour lui, le rôle commun à toute peine est surtout d'exclure un individu « dont l'adaptation aux conditions du milieu ambiant est apparue incomplète ou impossible »¹²⁷. La peine doit donc compléter l'action de la nature en produisant artificiellement une sélection analogue à celle qui se produit spontanément dans l'ordre biologique¹²⁸.

Quant aux modalités de cette exclusion, elles seront fonction du « danger social futur »¹²⁹ que représente le criminel inadapté et de son « idonéité à la vie sociale »¹³⁰. Sont alors envisagées par GAROFALO, en ordre décroissant, la *peine de mort*, élimination radicale pour ceux que leur crime a placé « en dehors de l'humanité » ; la *déportation* pour ceux dont l'état est incompatible avec tout milieu civilisé (voleurs professionnels, vagabonds...) mais dont les instincts sauvages seraient plus compatibles avec les mœurs de tribus primitives ; la *relégation* pour les criminels influencés par leur milieu immédiat, ou encore d'autres sanctions (par exemple des interdictions professionnelles) moins sévères pour des catégories moins graves de délinquants. À noter que GAROFALO envisage une *sanction de réparation*, lorsque le risque de récidive lui paraît faible et que le dommage causé semble réparable. Quant à la *peine de détention*, il ne l'envisage pas pour les auteurs de délits naturels.

3. Le fondement du choix de la peine : de la responsabilité morale à la responsabilité sociale (ou dangerosité sociale)

À l'inverse du postulat néoclassique, l'école positiviste ne fonde pas la peine et son choix sur le degré de responsabilité morale du délinquant, une question « métaphysique » jugée insoluble. Ce qui oriente le choix de la peine, c'est désormais la dangerosité sociale de l'individu délinquant. Celle-ci s'évalue d'une part, en regard des « caractères organiques et psychiques » de chaque type de criminel, et d'autre part, sur la base de « la qualité plus ou moins antisociale de l'acte » et de « la qualité plus ou moins antisociale de l'agent »¹³¹.

¹²⁵ E. FERRI, *ibidem*, p. 466.

¹²⁶ E. FERRI, *ibidem*, p. 466. Avec son projet de politique criminelle fondé sur une complémentarité entre moyens de prévention et moyens de répression, FERRI se montre précurseur. Le principe d'une politique criminelle « intégrée » dépassant le seul recours au droit pénal renaîtra en Europe dans les années 1990, avec l'émergence d'une politique de sécurité « globale et intégrée », caractérisée par le partenariat entre acteurs et moyens de prévention et de répression au cœur d'une « chaîne pénale ».

¹²⁷ R. GAROFALO, *op. cit.*, p. 231.

¹²⁸ R. GAROFALO, *ibidem*, p. 232. Sur ce modèle biologique de « naturalisation » des peines, comparé à d'autres modèles – philosophique, physique ou médical –, cf. notamment M. VAN DE KERCHOVE, « La naturalisation des peines », *Images et usages de la nature en droit*, Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1993, p. 270 et s.

¹²⁹ R. GAROFALO, *op. cit.*, p. 301.

¹³⁰ R. GAROFALO, *ibidem*, p. 305.

¹³¹ E. FERRI, *op. cit.*, p. 468 et 469.

Le critère de dangerosité sociale a également un impact important sur la manière de concevoir la durée de la peine. Dès lors que l'état dangereux devient le critère, l'école positive propose de recourir à des *peines ou mesures à durée indéterminée* dont le terme est lié à l'évolution de l'état dangereux. Ce déplacement autorise deux commentaires. D'une part, d'un droit pénal de l'acte, associé à un droit pénal démocratique, on glisse ici vers un droit pénal de l'agent, qui menace les principes de légalité et de proportionnalité de la peine et traduit une inflexion potentiellement totalitaire ; d'autre part, ce droit pénal de l'agent traduit une forme d'*individualisation de la peine*, mais dans un sens très différent de l'individualisation envisagée par la pensée néoclassique¹³². Conçue dans une perspective de justice par le néoclassique (une « juste peine »), l'individualisation se perçoit ici dans une perspective de défense sociale.

D. Procédure

La pensée positiviste adopte, notamment dans le chef de GAROFALO, une attitude critique à l'égard des garanties de procédure chères à la pensée classique. Le « garantisme classique » est perçu comme un frein à l'efficacité de la répression. Pour GAROFALO, les lois de procédure sont en effet des « lois protectrices du crime » qui rendent plus difficile l'application des peines et suggèrent au malfaiteur des moyens d'éviter ou de retarder leur exécution¹³³. Sa critique vise notamment la publicité de la procédure et le principe du contradictoire, dans la mesure où « c'est le plus souvent par le secret le plus rigoureux que l'on parvient à connaître la vérité »¹³⁴. Ce magistrat de profession s'attaque également à certaines limitations imposées à la détention préventive, au caractère accusatoire de la procédure, à l'institution du jury, à l'oralité des débats, à la prescription de l'action pénale et de l'exécution des peines ou encore à la grâce et à l'amnistie¹³⁵.

S'il se montre également critique à l'égard des lois de procédure en vigueur, FERRI propose néanmoins une approche plus nuancée de la procédure pénale qu'il souhaite réformer selon trois principes :

- le premier principe consiste à envisager une application différentielle des lois de procédure et des garanties qu'elles proposent (présomption d'innocence, grâce, prescription pénale) en fonction du degré de dangerosité du délinquant : pour les « criminels évolutifs » (délinquants peu dangereux), les garanties individuelles doivent primer au cours du procès pénal. En revanche, lorsque la justice pénale affronte des « criminels ataviques » (délinquants dangereux), ces garanties doivent s'effacer devant l'intérêt de la défense sociale¹³⁶;
- le second principe est qu'une fois la culpabilité matérielle d'un individu établie, la priorité du juge n'est plus de déterminer sa responsabilité morale pour édicter une « juste peine » (modèle néoclassique). Dans une perspective de défense sociale, la priorité est de fixer la « forme de préservation sociale la mieux appropriée au prévenu, selon la catégorie anthropologique à laquelle il appartient »¹³⁷. Pour déterminer cette

¹³² Y. CARTUYVELS, « Responsabilité morale et défense sociale. Deux versions asymétriques de l'individualisation des peines en Belgique au XIXe siècle », *Cesare Beccaria. La controverse pénale, XVIIIe-XXIe siècle*, M. Porret (dir.), Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2015, p. 183 à 210.

¹³³ R. GAROFALO, *op. cit.*, p. 348.

¹³⁴ R. GAROFALO, *ibidem*, p. 354.

¹³⁵ R. GAROFALO, *ibidem*, p. 355 à 380.

¹³⁶ E. FERRI, *op. cit.*, p. 493.

¹³⁷ E. FERRI, *ibidem*, p. 492.

mesure de préservation adéquate, le juge doit pouvoir s'appuyer sur un dispositif scientifique, l'expertise, et celle-ci se conçoit comme « une discussion exclusivement scientifique sur les symptômes présentés par le délinquant »¹³⁸. Dans le sillage des théories positivistes, les doctrines de la défense sociale proposeront alors de scinder le procès pénal en deux phases : la première, portant sur l'examen de l'infraction et la décision de culpabilité, serait l'objet d'un débat contradictoire devant le juge. La deuxième, concernant l'examen de la mesure à prendre, suppose l'examen de la « personnalité du délinquant » et pourrait, à la limite, se dérouler en l'absence du juge et être confiée à des médecins¹³⁹ ;

- le troisième principe, enfin, est qu'« il doit y avoir continuité et solidarité entre les différentes fonctions pratiques de défense sociale, depuis la police judiciaire jusqu'à la sentence et à son exécution »¹⁴⁰. FERRI reste ici fidèle à sa conception d'une politique criminelle intégrée.

¹³⁸ E. FERRI, *ibidem.*, p. 513.

¹³⁹ À cet égard, cf. notamment M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, *op. cit.*, p. 241 et s. ; M. ANCEL, « La césure du procès pénal », *Problèmes contemporains de procédure pénale. Recueil d'études en hommage à Louis Hugueney*, Paris, Sirey, 1964, p. 205 et s.

¹⁴⁰ E. FERRI, *op. cit.*, p. 492.

§ 3. Les théories sociologiques fonctionnalistes (Durkheim)

Introduction

Même si certains auteurs de la pensée positiviste mettent l'accent, avec FERRI par exemple, sur le rôle des facteurs sociaux dans l'explication et la prévention du crime, ce courant reste marqué par une forme d'individualisme essentiel : pour les positivistes, le crime est perçu et étudié d'abord comme un fait de nature individuelle et non comme une question sociale.

À la fin du XIX^e siècle, une approche sociologique, incarnée par Émile DURKHEIM (1857-1917), propose une autre approche du crime, en rupture méthodologique avec le « positivisme individualiste » (Talcott PARSONS)¹⁴¹ de l'École italienne. Il s'agit ici d'aborder tant le crime que la loi pénale comme « fait social », soit un « fait extérieur à l'individu »¹⁴², qui « ne peut être expliqué que par un autre fait social »¹⁴³.

Cette sociologie « fonctionnaliste » va donc s'intéresser au crime et à la réaction pénale en tant que phénomènes de société qu'il s'agit de comprendre en mettant l'accent sur le rôle ou la « fonction »¹⁴⁴ qu'ils remplissent dans une société déterminée. Ceci amènera DURKHEIM à expliquer le crime en référence à la morale dominante ou à mettre l'accent sur la fonction symbolique de la peine dans une société donnée. DURKHEIM est au départ de cette approche, mais certaines de ses thèses majeures sur le phénomène criminel connaîtront des développements ultérieurs, avec des sociologues comme Kai ERIKSON, Albert COHEN et Robert MERTON dans le monde anglo-saxon, Paul FAUCONNET en France.

Le contexte historique dans lequel la pensée durkheimienne se développe comporte trois dimensions essentielles.

Sur le *plan socio-économique*, la fin du XIX^e siècle est marquée par l'accélération brutale du processus d'industrialisation, avec les mutations sociales qui lui sont liées. DURKHEIM mettra ici l'accent sur l'importance de la « division du travail » comme ciment des conditions d'existence et de la « solidarité sociale » qui structure la société. Pour le sociologue français, la division du travail croissante que connaît la société industrielle (et la spécialisation des rôles qui lui est liée), traduit et encourage la montée de l'individualisme et l'émergence de sociétés moins homogènes qu'auparavant. Ceci a un impact direct sur le *plan moral* : pour DURKHEIM, toute société se construit autour d'un ensemble de valeurs partagées qu'il appelle la « conscience collective ». Or, constate-t-il, dans les sociétés modernes, marquées par la montée de l'individualisme, cette « conscience collective » s'atténue et remplit moins qu'auparavant son rôle de cohésion sociale.

Sur le *plan juridique*, cette plus grande fragmentation morale contribue à l'émergence ou à l'extension de certaines formes générales d'*anomie* et d'« irréglementation », notamment dans le champ des activités économiques et professionnelles. Pour DURKHEIM, le processus d'« anomie » traduit l'extension d'une sphère de la vie sociale qui se déploie « en dehors de toute action morale » et qui est marquée par les « conflits, désordres, loi du plus fort, voire

¹⁴¹ T. PARSONS, *The structure of social action*, vol. 1, New York-Londres, The free press-Collier-Macmillan, 1968, p. 306.

¹⁴² E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, 18^e éd., Paris, P.U.F., 1973, p. 4.

¹⁴³ E. DURKHEIM, *ibidem*, p. 143.

¹⁴⁴ E. DURKHEIM, *ibidem*, p. 95 et 96.

anarchie »¹⁴⁵. DURKHEIM s'inquiète ici en conséquence du développement de sphères d'activités marquées par « une absence de réglementation par le droit »¹⁴⁶, tout comme il fait le constat d'un adoucissement et d'un rétrécissement progressif du droit pénal en regard d'autres types de droit.

Sur le *plan scientifique* enfin, l'époque est dominée par le positivisme qui constitue la toile de fond sur laquelle DURKHEIM articule sa pensée. Si DURKHEIM tend à prolonger la démarche des criminologues positivistes par certains aspects, il entend également rompre avec ce courant sur d'autres points¹⁴⁷. On verra, par exemple, que dans sa quête d'une définition du crime, il prend d'abord appui sur GAROFALO pour ensuite s'en détacher radicalement.

A. Le crime

DURKHEIM aborde la question du crime essentiellement sous trois aspects différents : celui de sa définition, celui de sa normalité et celui de l'évolution du processus de criminalisation.

1. La définition du crime

Pour définir le crime, DURKHEIM articule d'abord très explicitement sa conception à celle de GAROFALO. Comme ce dernier, le sociologue français se propose de chercher la nature du crime, son « élément permanent et général » ou ses « propriétés intrinsèques », soit l'invariant qui permettrait de l'identifier.

Comme GAROFALO, DURKHEIM envisage d'abord de dégager un certain nombre de ressemblances essentielles « non seulement entre tous les crimes prévus par la législation d'une seule et même société, mais entre tous ceux qui ont été ou qui sont reconnus et punis dans les différents types sociaux »¹⁴⁸. Assez rapidement, il renonce à cette démarche au motif qu'elle mènerait à un résultat trompeur : certes, il est possible d'identifier certaines « ressemblances essentielles » propres à quelques crimes « universels », réprimés en tout temps et en tous lieux. Mais on ne toucherait là qu'une « infime minorité » des crimes et une telle méthode « ne pourrait nous donner du phénomène (criminel) qu'une notion singulièrement tronquée, puisqu'elle ne s'appliquerait qu'à des exceptions »¹⁴⁹. Autrement dit, cette démarche ne donnerait aucune explication sur la nature de la grande majorité des actes érigés en crime par les lois pénales.

Dès lors, à défaut de pouvoir dégager « les propriétés *intrinsèques* des actes imposés ou prohibés par les règles pénales », DURKHEIM se rabat sur une définition juridique du crime : il s'agit pour lui d'identifier le rapport constant que ces actes entretiennent avec une condition qui leur est *extérieure*¹⁵⁰ et de comprendre ce qui explique leur criminalisation. L'élément propre au crime, explique alors DURKHEIM, c'est d'être « universellement réprouvé par les membres d'une société donnée » et de provoquer « cette réaction caractéristique qu'on nomme la peine »¹⁵¹. La question devient dès lors de savoir ce qui explique que, dans une société donnée,

¹⁴⁵ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, P. U. F., 1973, p. II et III.

¹⁴⁶ E. DURKHEIM, *ibidem*, p. III.

¹⁴⁷ Sur la continuité et les ruptures de la pensée de Durkheim avec les positivistes, voir I. TAYLOR, P. WALTON et J. YOUNG, *The new criminology : for a social theory of deviance*, Londres-Boston-Henley, Routledge and Kegan Paul, 1974, p. 70 et s.

¹⁴⁸ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, op. cit., p. 35.

¹⁴⁹ E. DURKHEIM, *ibidem*, p. 36.

¹⁵⁰ E. DURKHEIM, *ibidem*, p. 37.

¹⁵¹ E. DURKHEIM, *ibidem*, p. 39.

un acte entraîne une réprobation sociale telle qu'il est érigé en crime. Quel est le motif social déterminant qui explique l'incrimination d'un acte ?

Dans la recherche de cet « élément extérieur » qui explique l'incrimination, DURKHEIM commence par éliminer le critère utilitariste des « exigences fondamentales de la vie collective »¹⁵² ou de la nuisance sociale. Ce critère voudrait que ne soient criminalisés que les actes « nuisibles » à la société ou représentant un danger social. Or DURKHEIM constate qu'une « multitude d'actes sont érigés en crimes, alors qu'ils ne sont pas, par eux-mêmes, nuisibles à la société » ou, ce qui va dans le même sens, qu'un nombre important d'actes font l'objet d'une répression pénale sans proportion avec leur degré de nocivité sociale. DURKHEIM prend ici l'exemple du meurtre : « universellement considéré comme le plus grand des crimes », le meurtre est en fait réprimé de manière totalement disproportionnée en regard de son degré réel de nuisance sociale. C'est assez clair si on le compare à un coup de bourse ou une faillite, des actes qui ne sont pas du tout réprimés aussi sévèrement alors pourtant qu'ils « peuvent désorganiser beaucoup plus gravement le corps social qu'un homicide isolé ». Car, ajoute DURKHEIM, « qu'est-ce qu'un homme de moins dans la société ? Qu'est-ce qu'une cellule de moins dans l'organisme ? »¹⁵³.

DURKHEIM refuse également de suivre GAROFALO dans l'idée que les actes criminels seraient ceux qui offensent « certains sentiments moraux particuliers », tels que les sentiments de pitié et de probité. Selon DURKHEIM en effet, les sentiments moraux sont variables et « si aujourd'hui, les sentiments altruistes identifiés par GAROFALO dominent dans notre type de société, d'autres sociétés ont pu être dominées par d'autres types de sentiments (religieux, domestiques, etc.) et rien ne permet de préjuger ce qu'il adviendra dans l'avenir des sentiments actuellement dominants¹⁵⁴.

DURKHEIM en conclut alors que le caractère commun à tous les crimes, c'est le fait de froisser des sentiments qui « sont communs à la grande moyenne des individus de la même société »¹⁵⁵. Le crime, c'est donc l'acte qui offense des sentiments gravés de manière « uniforme », avec une « certaine intensité moyenne » dans les consciences ; ou, pour reprendre une formule durkheimienne, le crime c'est l'acte qui constitue une « *offense aux états forts et définis de la conscience collective* »¹⁵⁶.

Cette définition du crime suscite deux remarques. D'une part, avec cette approche, DURKHEIM récuse implicitement l'idée qu'il y aurait un crime par nature. Il introduit l'idée que le crime est d'abord le produit de nos catégories morales : « nous ne le réprouvons pas parce qu'il est un crime, mais il est un crime parce que nous le réprouvons »¹⁵⁷. D'autre part, le jeu des incriminations fluctue, dès lors qu'il est fonction des évolutions de la conscience collective. DURKHEIM prend ici une distance très nette avec une conception « réaliste » ou « substantialiste » du crime, telle que la défendaient les positivistes de l'École italienne.

¹⁵² E. DURKHEIM, *ibidem*, p. 37.

¹⁵³ E. DURKHEIM, *ibidem*, p. 37 et 38.

¹⁵⁴ E. DURKHEIM, *ibidem*, p. 39.

¹⁵⁵ E. DURKHEIM, *ibidem*, p. 40.

¹⁵⁶ E. DURKHEIM, *ibidem*, p. 40.

¹⁵⁷ E. DURKHEIM, *ibidem*, p. 48.

2. La normalité du crime

Un deuxième thème de réflexion important chez DURKHEIM est celui de la normalité du crime. DURKHEIM opère ici une distinction entre « normalité de fait » et « normalité de droit », deux concepts dont la différence n'est pas toujours aisée à comprendre dans la mesure où les deux dimensions se recoupent partiellement selon ses explications.

Par « normalité de fait »¹⁵⁸, DURKHEIM vise le fait que le crime est un phénomène de « sociologie normale » qui « tient aux conditions générales de la vie collective » et qu'on le rencontre nécessairement dans toutes les sociétés : le crime ne s'observe pas seulement dans la plupart des sociétés de telle ou telle espèce, mais dans toutes les sociétés de tous les types. Il n'en est pas où il n'existe une criminalité »¹⁵⁹. Dès lors, l'existence de la criminalité n'est pas une « maladie sociale » : le crime est un fait normal, pour autant cependant « qu'il ne dépasse pas un certain niveau »¹⁶⁰. La « normalité de fait » du crime ne préjuge donc pas du fait qu'il puisse y avoir, dans une société donnée, des « formes anormales » de criminalité ou « un taux exagéré » de criminalité¹⁶¹.

Par « normalité de droit »¹⁶², DURKHEIM souligne que le crime est en fait inévitable et utile. Le crime est d'abord inévitable ou « nécessaire »¹⁶³, en raison de la diversification des consciences individuelles : il n'est pas de société, aussi homogène soit-elle, où les individus n'auraient jamais de comportements s'écartant de la morale sociale¹⁶⁴. Même dans une société de « saints », argumente-t-il contre Gabriel TARDE, des fautes vénielles seraient érigées en infraction pénale parce que perçues comme dissidentes par rapport à la conscience collective. Derrière cet argument, DURKHEIM explique au fond la raison profonde de la normalité de fait du crime.

Ensuite, le crime est utile, un « facteur de santé publique, une partie intégrante de toute société saine »¹⁶⁵. L'utilité est d'abord indirecte, au sens où l'absence de crime dans une société donnée signifierait l'existence d'une conscience collective à ce point dominante et intégrée par tous que la société en serait figée. L'existence du crime, dès lors qu'il marque l'écart entre les consciences individuelles et la conscience collective, est le symptôme d'une société vivante, capable de changement d'un point de vue moral et juridique. Mais le crime a aussi une utilité directe, au sens où il est « un facteur (positif) de changement, il permet de déstabiliser la morale et le droit et de les faire évoluer avec les transformations de l'existence collective »¹⁶⁶. Dans certains cas, le crime anticipe directement la morale et le droit à venir (criminalité « antérograde »)¹⁶⁷ et c'est sa perpétration qui rend possible la consécration juridique d'un changement de morale en cours¹⁶⁸. S'il le considère comme inévitable et à certains égards utile,

¹⁵⁸ E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, op. cit., p. 59.

¹⁵⁹ E. DURKHEIM, *ibidem*, p. 64.

¹⁶⁰ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, op. cit., p. 66.

¹⁶¹ E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, op. cit., p. 66.

¹⁶² E. DURKHEIM, *ibidem*, p. 59.

¹⁶³ E. DURKHEIM, *Le suicide. Étude de sociologie*, nouvelle éd., Paris, P.U.F., 1969, p. 414 : « Le crime est nécessaire... il ne peut pas ne pas être ».

¹⁶⁴ E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, op. cit., p. 69 : « Il ne peut pas y avoir de société où les individus ne divergent plus ou moins du type collectif ».

¹⁶⁵ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, op. cit., p. 66.

¹⁶⁶ E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, op. cit., p. 70.

¹⁶⁷ E. DURKHEIM, *ibidem*, p. 71.

¹⁶⁸ DURKHEIM rappelle ainsi que « la liberté de penser dont nous jouissons actuellement n'aurait jamais pu être proclamée, si les règles qui la prohibaient n'avaient été violées avant d'être solennellement abrogées » (*ibid.*). On peut penser ici à certaines « croisades morales » menées

DURKHEIM n'en fait pas pour autant l'apologie du crime : « de ce que le crime est un phénomène de sociologie normale, il ne suit pas qu'il ne faille pas le haïr », écrit-il encore¹⁶⁹.

La thèse de la « normalité » ou « fonctionnalité » au moins partielle du crime a connu des prolongements dans les théories sociologiques de la déviance. Ainsi, ERIKSON affirme-t-il, en se réclamant explicitement de DURKHEIM, que la déviance constitue « un produit normal d'institutions stables », en ce que les sociétés éprouvent le besoin d'encourager un certain degré de diversité pour éprouver et réaffirmer les limites mêmes du système social¹⁷⁰. De même, un auteur comme Albert COHEN estime-t-il que la déviance peut « contribuer de façon positive au succès et à la vitalité des systèmes sociaux »¹⁷¹, par exemple en éclairant les règles du groupe social, en renforçant l'unification du groupe pour ou contre le déviant (thème du bouc émissaire) ou en signalant l'existence de défaillances dans l'organisation sociale¹⁷².

3. L'évolution du processus de criminalisation : l'écart entre les sociétés à solidarité mécanique et les sociétés à solidarité organique

La position de DURKHEIM sur ce point, largement critiquée¹⁷³, est étroitement liée à ses thèses relatives à la typologie des sociétés et la fonction de la division du travail social. DURKHEIM fait le constat à son époque d'une régression du droit pénal, qu'il associe au passage de sociétés à « solidarité mécanique » à des sociétés à « solidarité organique ».

Pour DURKHEIM, les sociétés primitives se fondaient sur une « solidarité mécanique » ou solidarité par similitudes. Ces sociétés, fortement homogènes, étaient marquées par une similitude importante des activités entre leurs membres, une faible division du travail, une grande homogénéité physique et psychique et, dès lors, une très grande conformité des consciences individuelles à la conscience collective. À ce type de société correspondait la domination d'un droit répressif (pénal) dont la fonction était, en sanctionnant tout écart à une morale sociale très fortement ancrée dans les consciences, de renforcer la conscience collective¹⁷⁴.

En revanche, les sociétés industrielles – celles de la fin du XIXe siècle – se fondent sur une « solidarité organique » ou par « complémentarité », à l'image d'un corps vivant dont le fonctionnement global est tributaire de la complémentarité entre ses organes. À la différence des premières, ces sociétés sont caractérisées par une spécialisation des rôles, une forte division du travail, une importante différenciation individuelle et un affaiblissement corrélatif de la conscience collective. Dans ce type de société plus « éclatée », le droit répressif cède du terrain au profit d'un « droit coopératif ou restitutif » (droit civil, administratif, constitutionnel), dont l'objet est plus de « réguler » de manière horizontale les rapports entre les individus que de rappeler les fondamentaux de la conscience collective.

par des infracteurs qui, en matière d'avortement ou d'euthanasie par exemple, ont revendiqué la violation de l'interdit pénal pour faire évoluer la morale sociale et la loi pénale.

¹⁶⁹ E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, op. cit., p. 72, note 1.

¹⁷⁰ K.T. ERIKSON, "Notes on the sociology of deviance", *The other side. Perspectives on deviance*, H.S. Becker (dir.), New York-Londres, The free press-Collier-Macmillan, 1964, p. 9 et s.

¹⁷¹ A. COHEN, *La déviance*, Gembloux, Duculot, 1971, p. 23.

¹⁷² A. COHEN, *ibidem*, p. 23 à 32.

¹⁷³ L.S. SHELEFF, "From restitutive law to repressive law. Durkheim's "The division of labor in society" re-visited", *Archives européennes de sociologie*, t. XVI, 1975, n° 1, p. 16 et s.

¹⁷⁴ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, op. cit., p. 104 et 105.

D'un point de vue évolutif, la thèse de DURKHEIM est, par conséquent, que « plus un type social est rapproché du nôtre, plus le droit coopératif devient prédominant ; au contraire, le droit pénal occupe d'autant plus de place qu'on s'éloigne de notre organisation actuelle »¹⁷⁵.

B. Le criminel

Si le crime occupe une place plus centrale que le criminel dans les travaux de DURKHEIM, ce dernier se trouve cependant évoqué à plusieurs reprises, mais à travers des représentations partiellement différentes, selon le contexte pris en considération.

1. De l'autre radical à un « agent régulier de la vie sociale »

Dans une perspective peu critique, influencée par les conceptions positivistes dominantes, et que DURKHEIM considérera lui-même ultérieurement comme erronée¹⁷⁶, le criminel est d'abord décrit comme la « négation même de la solidarité »¹⁷⁷, marqué par une forme d'altérité radicale : « si aujourd'hui comme autrefois, le criminel est l'objet de notre réprobation, c'est parce qu'il n'est pas notre semblable », n'hésite pas à écrire DURKHEIM¹⁷⁸.

Après avoir développé ses thèses relatives à la normalité du crime, DURKHEIM est amené à revoir partiellement cette conception du criminel. Ce dernier n'apparaît plus par la suite comme un « être radicalement insociable ..., sorte de corps étranger et inassimilable, introduit au sein de la société »¹⁷⁹, mais bien comme « un agent régulier de la vie sociale »¹⁸⁰. Le criminel devient donc un rouage de l'ordre social, ce qui n'empêche pas de le considérer comme un rouage « déviant ».

2. Trois figures de la déviance : le déviant biologique, le rebelle fonctionnel, le délinquant « dysfonctionnel »

Selon certains interprètes de la pensée de DURKHEIM, il est possible de distinguer différents types de « déviants » (et, sans doute, de criminels, par analogie), selon l'état de la société et notamment le type de division du travail et de solidarité sociale qui la caractérise.

Un premier type de déviant serait le déviant « biologique ou psychologique »¹⁸¹. Ce type de déviant est un individu dont la conscience morale est plus faible que la conscience morale moyenne, individu doté d'une propension au mal « souvent héréditaire » qui l'amène à enfreindre les exigences de la conscience collective¹⁸². Ce type de déviant est inévitable et se retrouve dans toute société, y compris dans celles qui connaissent une division du travail « normale » produisant un type de solidarité sociale conforme à l'évolution de la société.

¹⁷⁵ E. DURKHEIM, *ibidem*, p. 120. Il convient cependant de relativiser cette position initiale de DURKHEIM à la lumière de ses considérations ultérieures relatives à l'évolution des peines (*cf. infra*, C. La peine).

¹⁷⁶ E. DURKHEIM, Les règles de la méthode sociologique, *op. cit.*, p. 71, note 1.

¹⁷⁷ E. DURKHEIM, De la division du travail social, *op. cit.*, p. 343.

¹⁷⁸ E. DURKHEIM, *ibidem*, p. 391.

¹⁷⁹ E. DURKHEIM, Les règles de la méthode sociologique, *op. cit.*, p. 71.

¹⁸⁰ E. DURKHEIM, *ibidem*, p. 72.

¹⁸¹ I. TAYLOR, P. WALTON et J. YOUNG, *op. cit.*, p. 84 et 85.

¹⁸² En ce qui concerne le caractère héréditaire de la « perversion morale » et de la criminalité en particulier, DURKHEIM admet en effet, avec LOMBROSO, que « la propension au mal est souvent héréditaire ». Il estime néanmoins qu'« on n'en peut rien déduire relativement aux formes particulières du crime et du délit » (*De la division du travail social, op. cit.*, p. 305).

Un second type de déviant a pu être qualifié de « rebelle fonctionnel »¹⁸³. Est visé ici « l'idéaliste qui rêve de dépasser son siècle », soit le criminel qui, à l'image de SOCRATE, transgresse la loi pour « préparer une morale et une foi nouvelles ». Ce type de déviant remplirait une fonction positive dans la société dès lors que, par son acte transgressif, il contribue à la faire évoluer. À la différence du déviant « biologique ou psychologique », on ne le trouve pas dans toute société : son émergence suppose une société marquée par une forme pathologique de division du travail (qualifiée de « contrainte ») dans laquelle les règles morales ne sont plus en phase avec les réalités de la vie sociale. À propos de SOCRATE dont il salue en quelque sorte le comportement déviant, DURKHEIM écrit ainsi que « les Athéniens avaient alors besoin (de la voie tracée par SOCRATE) parce que les traditions dont ils avaient vécu jusqu'alors n'étaient plus en harmonie avec leurs conditions d'existence »¹⁸⁴.

Un troisième type de déviant est qualifié de « dysfonctionnel ». Il s'agit ici d'un individu qui transgresse les normes soit par excès d'individuation (« déviant égoïste »), soit par insuffisance d'individuation (« déviant altruiste »), soit encore en raison d'une absence de freins mis à ses passions. Comme le « rebelle fonctionnel », ce type de déviant viendrait par son existence même souligner l'état d'une société marquée par une division du travail pathologique, ici productrice d'« anomie ». Certes, le recours à ce type de profil « dysfonctionnel » a été mobilisé par DURKHEIM à propos du suicide et non à propos du crime en général. Toutefois, il le mobilisera à propos de l'homicide, énonçant l'hypothèse qu'« une individuation faible ou... un état d'altruisme excessif pousse aux homicides »¹⁸⁵, de même que « l'anomie... ouvre une autre (source de l'homicide) »¹⁸⁶.

Le tableau suivant, emprunté à TAYLOR, WALTON et YOUNG¹⁸⁷, permet de se représenter plus clairement ces différents cas de figure.

Société	Individu	
Division normale du travail	(Conformiste)	Type 1 Déviant biologique ou psychologique
Division pathologique du travail	Type 2 Rebelle fonctionnel	Type 3 Déviant dysfonctionnel (anomie ou égoïsme)

On peut en conclure que, dans la pensée de DURKHEIM, le criminel ne constitue pas une entité homogène et que l'état de la société à laquelle il appartient constitue, en plus des facteurs de nature individuelle, un élément essentiel à l'explication de son comportement.

On soulignera encore que, dans le sillage de DURKHEIM, d'autres auteurs comme Robert King MERTON évoquent plusieurs formes d'adaptation individuelle à l'état de la société, débouchant à rebours sur quatre types de déviants : l'« innovateur » qui, tel le voleur professionnel ou le criminel en col blanc, adhère aux buts, mais rejette les moyens autorisés ; le « ritualiste » qui, tel le bureaucrate zélé, souscrit aux moyens, sans adhérer aux buts ; le « retraitiste » qui, tel le

¹⁸³ I. TAYLOR, P. WALTON et J. YOUNG, *op. cit.*, p. 84.

¹⁸⁴ E. DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, *op. cit.*, p. 71.

¹⁸⁵ E. DURKHEIM, *Le suicide*, *op. cit.*, p. 407.

¹⁸⁶ E. DURKHEIM, *ibidem*, p. 409.

¹⁸⁷ I. TAYLOR, P. WALTON et J. YOUNG, *op. cit.*, p. 85. Les deux colonnes verticales correspondant au profil de l'individu permettent de distinguer selon que ce profil répond (1^{re} colonne) ou non (2^e colonne), d'un point de vue fonctionnel, aux besoins de la société.

vagabond ou le toxicomane, rejette à la fois les buts et les moyens; le « rebelle », enfin, qui, tel le révolutionnaire, tente de redéfinir de nouveaux buts et de nouveaux moyens¹⁸⁸.

C. La peine

Les sanctions pénales font l'objet, chez DURKHEIM, de trois types de réflexions, relatives respectivement à leur définition, à leur fonction et à leur évolution.

1. La définition de la peine

DURKHEIM définit la peine comme « une réaction passionnelle, d'intensité graduée, que la société exerce par l'intermédiaire d'un corps constitué sur ceux de ses membres qui ont violé certaines règles de conduite »¹⁸⁹.

Trois éléments ressortent de cette définition : tout d'abord, si la peine est une réaction passionnelle, elle suppose néanmoins une certaine forme de « graduation » et de proportionnalité à la gravité du crime¹⁹⁰. Autrement dit, à la différence de la vengeance (susceptible de tous les excès), la peine est une réponse mesurée à l'infraction.

Ensuite, à la différence de la « répression diffuse » dont peut faire l'objet une action simplement immorale, la peine suppose une certaine forme d'« *organisation* », soit un cadre régulateur qui en organise la distribution. Avec « l'intermédiaire d'un corps constitué », DURKHEIM vise clairement « l'établissement d'un tribunal » auquel est soumis le jugement de l'infraction¹⁹¹.

Enfin, DURKHEIM souligne que les peines impliquent une « douleur, ou, tout au moins, ... une diminution infligée à l'agent ; elles ont pour objet de l'atteindre dans sa fortune, ou dans son honneur, ou dans sa vie, ou dans sa liberté, de le priver de quelque chose dont il jouit »¹⁹². Cette dimension *afflictive* est caractéristique de la peine et souligne ce qui la sépare, par exemple, de sanctions restitutives qui ont pour objet de « remettre les choses en état » ou de « rétablir des rapports troublés sous leur forme normale »¹⁹³.

2. Les fonctions de la peine

Quant à la fonction des peines, DURKHEIM commence par relativiser l'impact du passage, classiquement relevé par la dogmatique pénale, d'une peine vengeance (dominante sous l'Ancien Régime) à une peine essentiellement dissuasive (perspective utilitariste défendue par les classiques). Selon lui, ces deux dimensions – vengeance/expiation et dissuasion/prévention – sont en fait étroitement liées : lorsque la vengeance était prioritaire, explique-t-il, c'était aussi « avec l'idée d'écarter le retour de ce mal »¹⁹⁴, soit dans un but de prévention. Et à l'inverse, la

¹⁸⁸ R.K. MERTON, *Social theory and social structure*, New York-Londres, The free press-Collier-Macmillan, 1967, p. 131 et s.

¹⁸⁹ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, op. cit., p. 64.

¹⁹⁰ E. DURKHEIM, *ibidem*, p. 55.

¹⁹¹ E. DURKHEIM, *ibidem*, p. 63 et 64. On mettra ceci en lien avec certains commentaires suscités en Belgique par l'« Affaire Dutroux », soulignant que « la justice n'est pas un bureau de poste » et mettant l'accent sur l'importance d'un certain ritualisme consubstantiel à l'acte de juger.

¹⁹² E. DURKHEIM, *ibidem*, p. 33. DURKHEIM semble avoir ultérieurement développé l'idée que la réprobation inhérente à la peine « garderait toute sa raison d'être, alors même qu'elle ne serait pas ressentie comme douloureuse par celui qui la subit » (*L'éducation morale*, p. 147, cité par Fr. DIGNEFFE, « Durkheim et les débats sur le crime et la peine », *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, t. 2, *La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, C. Debuyst, Fr. Digneffe et A.P. Pires (dir.), Bruxelles-Montréal-Ottawa, De Boeck Université-Les Presses de l'Université de Montréal-Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1998, p. 382).

¹⁹³ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, op. cit., p. 33, 34 et 64.

¹⁹⁴ E. DURKHEIM, *ibidem*, p. 54.

fonction dissuasive prioritaire de la peine moderne n'empêche pas que cette dernière demeure « avant tout, une expiation du passé »¹⁹⁵, donc « un acte de vengeance »¹⁹⁶. En pratique, la peine continue d'ailleurs à se calculer comme rétribution d'un acte passé que le coupable doit expier. Le concept de proportionnalité de la peine au délit apparaît ici comme un opérateur clé, tant du calcul de la rétribution que de celui de la dissuasion.

Un deuxième élément souligné par DURKHEIM est le rôle essentiel de la *fonction symbolique* de la peine. Pour DURKHEIM, la véritable fonction de la peine n'est pas directement utilitaire : « elle ne sert pas ou ne sert que très secondairement à corriger le coupable ou à intimider ses imitateurs possibles ». D'ailleurs, ajoute-t-il, « à ce double point de vue, son efficacité est justement douteuse et, en tout cas, médiocre ». La véritable fonction de la peine est en fait d'un autre ordre, de nature essentiellement symbolique : elle consiste à « maintenir intacte la cohésion sociale en maintenant toute sa vitalité à la conscience commune »¹⁹⁷. Punir, dit DURKHEIM, ne sert donc pas tant à défendre la société contre le crime qu'à réaffirmer l'existence et l'importance des valeurs blessées par le crime. Il s'agit, en prononçant la peine, d'une part de proposer « un baume, guérissant les blessures faites aux sentiments collectifs » et, d'autre part, de rappeler à tout un chacun que « les sentiments collectifs (violés) sont toujours collectifs »¹⁹⁸. Inversant la perspective du sens commun, DURKHEIM en déduit alors que « le châtiment est surtout destiné à agir sur les honnêtes gens »¹⁹⁹.

Dans un sens très proche de DURKHEIM, certains de ses continuateurs, comme ERIKSON, souligneront que la peine a pour fonction de raffermir l'autorité de la norme violée et de réaffirmer où se trouvent les limites du groupe social²⁰⁰. De même, pour André DAVIDOVITCH, la peine aura pour fonction de « décharger la société du poids du crime et de réaffirmer la validité des impératifs sociaux violés »²⁰¹.

3. L'évolution des peines

Dans un texte intitulé « Deux lois de l'évolution pénale »²⁰², DURKHEIM identifie une première loi de nature « quantitative », selon laquelle l'intensité de la peine s'atténuerait avec l'avènement de sociétés plus développées qui s'éloignent d'un pouvoir absolu. DURKHEIM prend ici appui sur le fait qu'en France, la répression a connu une forme d'adoucissement continu depuis la monarchie absolue, avec l'adoption du Code pénal de 1810, et surtout depuis sa révision en 1832 (généralisation des circonstances atténuantes). Une deuxième loi, de nature « qualitative », est que la privation de liberté tend à devenir le mode le plus fréquent et le plus normal de contrôle social.

DURKHEIM explique cette double évolution de la pénalité par un changement de nature des incriminations. Aux crimes de « lèse-divinité » et de « lèse-majesté » (sanctionnant des atteintes à des valeurs collectives ou religieuses) privilégiés sous l'Ancien Régime, se substituent avec la modernité des crimes de « lèse-humanité » (sanctionnant les atteintes à des valeurs individuelles), qui soulèvent une moindre indignation sociale et donc des peines moins

¹⁹⁵ E. DURKHEIM, *ibidem*, p. 55.

¹⁹⁶ E. DURKHEIM, *ibidem*, p. 56.

¹⁹⁷ E. DURKHEIM, *ibidem*, p. 76.

¹⁹⁸ E. DURKHEIM, *ibidem*, p. 76 et 77.

¹⁹⁹ E. DURKHEIM, *ibidem*, p. 77.

²⁰⁰ K.T. ERIKSON, *op. cit.*, p. 14.

²⁰¹ A. DAVIDOVITCH, « Le fonctionnement du concept de responsabilité dans le cadre judiciaire », *La responsabilité pénale*, Paris, Dalloz, 1961, p. 233.

²⁰² E. DURKHEIM, « Deux lois de l'évolution pénale », *Année Sociologique*, 1899-1900, vol. IV, p. 65 à 95.

sévères. Par ailleurs, cette modération croissante des peines se traduit aussi par la substitution progressive de la peine privative de liberté (conçue comme une peine « légère ») à la peine capitale et aux peines corporelles. Faut-il en déduire que l'adoucissement de la répression va se poursuivre indéfiniment et faire en sorte que « les peines tendent vers zéro » ? DURKHEIM ne le pense pas. Pour lui, le mouvement est momentané et lorsque les crimes de lèse-humanité auront occupé l'ensemble du droit pénal, le mouvement de retrait prendra fin et s'amorcera sans doute un mouvement en sens inverse.

D. La procédure pénale

DURKHEIM n'accorde qu'une place très limitée à l'étude de la procédure pénale et, par voie de conséquence, au rôle spécifique des différents organes d'application du droit pénal²⁰³. On retiendra ici une particularité. Répartissant en deux grandes catégories les règles juridiques, DURKHEIM dissocie le droit pénal ou droit répressif (associé aux sociétés à solidarité mécanique) de ce qui appelle le « droit restitutif » ou « coopératif » (associé aux sociétés à solidarité organique) dans lequel il range « le droit civil, le droit commercial, le droit des *procédures*, le droit administratif et constitutionnel, abstraction faite des règles pénales qui peuvent s'y trouver »²⁰⁴. Autrement dit, DURKHEIM regroupe les droits des différentes procédures – criminelle, civile et commerciale – et dissocie, par le fait même, le droit de la procédure pénale par rapport au droit pénal lui-même. La raison en est que DURKHEIM, plutôt que d'insister sur le lien d'auxiliarité qui pourrait unir la procédure pénale au droit pénal lui-même, insiste davantage sur le rôle qui lui est propre sur le plan de l'organisation administrative : « nous ne voyons pas quelle différence radicale sépare l'administration de la justice du reste de l'administration »²⁰⁵. Pour lui, « le droit de procédure ne devrait être considéré que comme une variété du droit administratif »²⁰⁶.

Parmi les continuateurs de DURKHEIM, on évoquera encore, dans un sens partiellement différent, les réflexions émises par des auteurs comme ERIKSON ou Harold GARFINKEL qui mettent l'accent sur la dimension de « cérémonie » propre à la procédure pénale : la procédure pénale est analysée comme une cérémonie au terme de laquelle un individu déchoit de sa position normale dans la société pour entrer dans le rôle du « déviant »²⁰⁷, ce qui permet à GARFINKEL de parler de « cérémonie de dégradation »²⁰⁸. Ces auteurs entrent ici dans un type d'analyse qui sera repris et amplifié par les « théories de la réaction sociale ».

²⁰³ En ce sens, cf. notamment S. LUKES et A. SCULL, « Introduction », *Durkheim and the law*, S. Lukes et A. Scull (dir.), Oxford, Robertson, 1983, p. 5.

²⁰⁴ E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, op. cit., p. 34.

²⁰⁵ E. DURKHEIM, *ibidem*, p. 95.

²⁰⁶ E. DURKHEIM, *ibidem*, p. 95.

²⁰⁷ K.T. ERIKSON, op. cit., p. 16.

²⁰⁸ H. GARFINKEL, « Successful degradation ceremonies », *American journal of sociology*, vol. 61, 1956, p. 420 et s.

§ 4. Les théories de la réaction sociale (ou de la définition sociale)

Introduction

Si les théories fonctionnalistes, et la pensée de DURKHEIM en particulier, ont pu exercer une influence certaine sur les théories de la réaction sociale, il ne fait pas de doute qu'il existe entre elles des différences suffisamment importantes pour y voir des approches spécifiques des phénomènes criminel et pénal²⁰⁹.

Parmi ces différences, la plus importante réside sans doute dans le fait que, contrairement à DURKHEIM, les théories de la réaction sociale ne conçoivent pas la société comme un tout indifférencié, la conscience collective comme unique²¹⁰ et les organes de création et d'application du droit pénal comme des organes neutres qui seraient le simple « reflet » de la conscience collective. À cette perspective holiste – que DURKHEIM relativisera lui-même à la fin de sa vie –, les théoriciens de la réaction sociale opposent une vision nettement plus conflictuelle du monde social : composée d'une pluralité des groupes sociaux en conflit, la société est marquée par l'hétérogénéité de la conscience collective (« il n'y a pas une opinion publique, mais des opinions publiques ») et, en son sein, les organes publics sont appelés à jouer un rôle spécifique et différencié dans le fonctionnement du système pénal. Autrement dit, les acteurs de création et d'application de la loi pénale sont ici perçus comme des « acteurs sociaux », porteurs d'intérêts et de valeurs, qui opèrent des choix et jouent un rôle déterminant dans le fonctionnement du système pénal.

La genèse et le développement de ce courant théorique diffèrent partiellement selon les auteurs, dans la mesure où il peut se concevoir comme le point de rencontre de plusieurs orientations plus ou moins convergentes. Dans les années 1950 apparaît aux États-Unis un courant qualifié de « labeling theory » ou « théorie de l'étiquetage »²¹¹. Dans son ouvrage de référence, *Outsiders. Studies in the sociology of deviance*, Howard Saul BECKER souligne la portée du concept de « labeling » : le terme suggère que tant la qualité d'acte délinquant que celle d'individu déviant ne sont pas des caractères qui leur sont intrinsèques, mais les conséquences d'un étiquetage social : « Le déviant est celui à qui on a réussi à appliquer cette étiquette, le comportement déviant est le comportement que les gens qualifient ainsi »²¹².

Ce type d'analyse, porté par des sociologues de la déviance d'orientation constructiviste, traduit un double souci : d'une part, il s'agit de dépasser la criminologie étiologique de l'école italienne, centrée sur le seul délinquant individuel et son passage à l'acte. D'autre part, il s'agit d'orienter la sociologie de la déviance vers l'étude du système pénal, en tant que ce dernier crée de la déviance. Un accent majeur sera mis ici sur le « stigmatisme pénal » qui résulte de l'intervention pénale et ses conséquences problématiques. On peut à cet égard souligner quatre effets problématiques du stigmatisme pénal :

- l'étiquette de déviant qui résulte de la condamnation pénale rend plus difficile la réintégration sociale (cf. la problématique du casier judiciaire) ;

²⁰⁹ S. LUKES et A. SCULL, *op. cit.*, p. 20 et s.

²¹⁰ Il est vrai que Durkheim a lui-même ébranlé ce postulat en reconnaissant que « nous faisons partie de plusieurs groupes et il y a en nous plusieurs consciences collectives », mais il en a minimisé aussitôt l'importance, en ajoutant que « cette complication ne change rien au rapport que nous sommes en train d'établir » (*De la division du travail social*, *op. cit.*, p. 74, note 1).

²¹¹ Cf. notamment E.M. SCHUR, *Labeling deviant behavior. Its sociological implications*, New York-Londres, Harper and Row, 1971.

²¹² H.S. BECKER, *Outsiders. Studies in the sociology of deviance*, New York-Londres, The free press-Collier-Macmillan, 1963, p. 9.

- le stigmate lié à la condamnation peut produire une « identification au rôle » de déviant et favoriser l'entrée dans une sous-culture de la déviance ou dans une « carrière délinquante »²¹³ (cf. la problématique de la récidive) ;
- l'étiquetage pénal favorise un imaginaire clivé entre délinquants et victimes (réelles ou potentielles) et tend à figer les rapports entre « menaçants » et « menacés ». À cet égard, l'intervention pénale favorise la création d'une « criminologie de l'Autre »²¹⁴ ;
- la logique individualisante et responsabilisante de la condamnation pénale contribue à dépolitiser la question de la déviance, en oblitérant ses dimensions économiques, culturelles ou sociales.

Dans les années 1960, la *labeling theory* est jugée trop restrictive ou unilatérale, en ce qu'elle élude le rôle joué par le déviant lui-même dans le processus d'étiquetage. Certains auteurs, dont BECKER, privilégient alors l'appellation de « théorie interactionniste »²¹⁵, rappelant ainsi la « dette de l'analyse en termes d'étiquetage à l'égard de l'interactionnisme symbolique (de George Herbert MEAD) ». Dans cette perspective interactionniste, le justiciable n'est plus un individu purement « passif » face à la machine pénale. Aussi, l'étiquette de déviant est-elle perçue comme le résultat d'un jeu d'interactions entre les acteurs du système pénal et l'individu qui s'y confronte. Aussi, comme l'explique BECKER, « la déviance n'est pas considérée comme une entité statique, mais plutôt comme le produit sans cesse remodelé d'un processus dynamique d'interaction sociale »²¹⁶. Une conséquence directe de cette perspective interactionniste sera de considérer que les justiciables confrontés au système pénal connaissent des trajectoires diverses et que tout individu qui entre dans le système n'en ressort pas automatiquement avec l'étiquette de déviant.

Une troisième qualification enfin, souvent utilisée dans le monde francophone à partir des années 1970, est celle de « théorie de la réaction sociale ». L'appellation souligne l'intérêt de la recherche scientifique pour « les réactions sociales à la déviance », soit « les processus par lesquels des personnes en viennent à être définies comme déviantes par d'autres »²¹⁷. Il s'agit, dans cette perspective, d'étudier deux processus qui, cumulés, produisent le « statut de déviant ». Le processus de « criminalisation primaire » d'abord, par quoi on vise le processus d'incrimination ou de création de la loi pénale par lequel la réaction sociale définit ce qui est déviant ou non. Le processus de « criminalisation secondaire » ensuite, par quoi on vise le processus d'application de la loi pénale, soit la réaction sociale en tant qu'elle « étiquette » et produit le déviant à travers le jeu des interactions qui jalonnent sa trajectoire dans le système pénal.

Cette focalisation sur la réaction sociale en tant qu'elle crée la déviance suscitera de nouvelles orientations de recherche vers, d'une part les processus de création de la loi pénale (comment se construit la loi pénale et quels sont les acteurs porteurs d'un projet pénal ? Quels sont les intérêts et valeurs protégés par la loi pénale ?) et d'application de la loi pénale (comment

²¹³ On ne verse cependant pas ici pas dans le nominalisme absolu. L'idée n'est pas que l'étiquette ou le stigmate suffit à expliquer le crime : « il serait absurde de suggérer que les voleurs à main armée attaquent les gens parce qu'on les a étiquetés comme voleurs à main armée » (H.S. BECKER, *op. cit.*, p. 203).

²¹⁴ D. GARLAND, *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago, University of Chicago Press, 2002.

²¹⁵ H.S. BECKER, *op. cit.*, p. 181. À ce sujet, cf. également L. VAN OTRIVE, « Interactionnisme et néo-marxisme. Une analyse critique », *Déviance et société*, 1977, vol. 1, n° 3, p. 253 et s.

²¹⁶ E.M. SCHUR, *op. cit.*, p. 8. Cette qualification est également retenue par Ph. MARY, *Délinquant, délinquance et insécurité*, *op. cit.*, p. 241 à 261.

²¹⁷ J.I. KITSUSE, « Societal reaction to deviant behavior », *Social problems*, vol. 9, n° 3, 1962, p. 247 ; Ph. ROBERT, « La sociologie entre une criminologie de passage à l'acte et une criminologie de la réaction sociale », *L'année sociologique*, vol. 24, 1973, p. 446 ; J. FAGET, *Sociologie de la délinquance et de la justice pénale*, Ramonville, Ellipses, 2007.

fonctionne le système de la justice pénale ? Comment se déroulent les interactions entre acteurs du système pénal et les justiciables ?).

A. Le crime

Dans le prolongement de la définition de départ adoptée par DURKHEIM, les théories de la réaction sociale soulignent d'abord la relativité des concepts de crime et, plus largement, de déviance en tant que produits d'une définition sociale. BECKER affirme ainsi que ce sont « les groupes sociaux (qui) *créent* la déviance en adoptant les *règles* dont l'infraction constitue la déviance »²¹⁸. Philippe ROBERT souligne également que, loin d'être une propriété intrinsèque à un comportement spécifique, « le crime comme toute déviance... n'est qu'un concept dérivé... qui renvoie à l'étude des normes qui l'institue »²¹⁹. D'une formule plus radicale, ROBERT synthétise cette perspective nominaliste en disant que c'est « *la loi pénale (qui) crée l'infraction* par son institution même » (pas le comportement, bien entendu, mais son existence en tant que crime)²²⁰. Pour les partisans de ce courant « constructiviste », les concepts de crime et de déviance sont donc d'abord le produit dérivé d'une norme pénale qui définit certains actes en infraction. On comprend mieux dès lors que par « réaction sociale », les auteurs de ce courant ne désignent pas « seulement des manifestations *postérieures* à la commission d'une infraction » mais englobent également le phénomène *antérieur* de criminalisation primaire qu'ils considèrent comme la première étape de construction de la déviance²²¹.

Cette perspective nominaliste amène logiquement les auteurs de ce courant à accorder une place essentielle à l'étude des normes pénales, ceci sous deux angles différents²²². Le premier problème envisagé est celui de *l'incrimination* ou de la création de la loi pénale. Quelle est la genèse de la loi pénale ? Quels sont les intérêts et les valeurs protégés par la loi pénale ? L'accent sera mis ici sur le jeu des acteurs sociaux à l'œuvre derrière le processus de création de la loi. Étudiant la législation sur les drogues aux États-Unis au début de XXe siècle, BECKER soulignera ainsi le rôle des « entrepreneurs de morale » à l'œuvre derrière la création de certaines lois pénales²²³, alors que son compatriote Joseph GUSFIELD évoquera les « croisades symboliques »²²⁴ de certains groupes qui voient dans la norme pénale un moyen d'imposer leurs valeurs spécifiques à l'ensemble de la société. De ce type d'approche émerge un constat : contrairement à ce que laissaient entendre les analyses de DURKHEIM, la loi pénale n'est pas tant l'expression de la conscience collective que le résultat d'un compromis de paix provisoire entre des intérêts et des valeurs en conflit. L'exemple de la législation sur les drogues émergeant aux États-Unis au début de XXe siècle, telle qu'analysée par BECKER et d'autres, montre bien cette dimension : la loi est largement le résultat de l'action des Ligues de tempérance qui cherchent à imposer les valeurs de la classe moyenne protestante ; elle subit l'influence des syndicats américains soucieux de disqualifier la main-d'œuvre chinoise (grande consommatrice d'opium) et de protéger ainsi les travailleurs américains ; elle traduit aussi les intérêts de la police new-yorkaise qui, grâce à la criminalisation des drogues, a pu obtenir des budgets supplémentaires.

²¹⁸ H.S. BECKER, *op. cit.*, p. 9.

²¹⁹ Ph. ROBERT, *La question pénale*, Genève, Droz, 1984, p. 106.

²²⁰ Ph. ROBERT, *ibidem*, p. 107.

²²¹ Ph. ROBERT, « La sociologie entre une criminologie du passage à l'acte et une criminologie de la réaction sociale », *op. cit.*, p. 469.

²²² Ph. ROBERT, *La question pénale*, *op. cit.*, p. 108 et 109.

²²³ H.S. BECKER, *op. cit.*, p. 121.

²²⁴ J.R. GUSFIELD, *Symbolic Crusade: Status Politics and the American Temperance Movement*, Urbana, University of Illinois Press, 1963.

Le deuxième problème envisagé est celui de la *réception* de la norme pénale dans une société donnée. S'intéressant aux représentations sociales du crime dans la société française, ROBERT et Claude FAUGERON remettent en question « l'hypothèse du consensus » à propos de « la gravité différentielle des conduites criminelles »²²⁵. Selon ces chercheurs, si l'on excepte les 25% des comportements qui se trouvent aux extrêmes de l'échelle de gravité des crimes, « d'importants clivages traversent la société française à propos des incriminations et de leur ordre de priorité »²²⁶. Les « zones de dissensus » sont donc nettement plus importantes que les « zones de consensus »²²⁷. On pourrait dire, en termes plus simples, qu'il n'y a pas « une » mais « des » opinions publiques à propos de l'échelle de gravité des crimes.

B. Le criminel

Pour les représentants américains de l'interactionnisme symbolique, la qualité de criminel (ou de déviant) n'est pas une qualité intrinsèque de l'individu. Elle est le produit d'un double processus d'étiquetage social. Étiquetage social *indirect* d'abord, au sens où cette qualité dépend d'abord de la construction sociale de l'acte comme infraction (criminalisation primaire). Étiquetage social *direct* ensuite, au sens où cette qualité de déviant ne résulte pas seulement de la commission d'un acte qualifié déviant mais suppose une rencontre avec le système pénal au terme de laquelle l'individu ressort avec l'étiquette de « déviant » (criminalisation secondaire).

À cet égard, BECKER souligne que « beaucoup de contrevenants (*offenders*) peuvent ne pas être appréhendés et éviter ainsi d'être inclus dans la population des “déviants” »²²⁸. C'est la raison pour laquelle le déviant est « celui auquel cette étiquette a été appliquée avec succès »²²⁹ au terme de sa trajectoire pénale. À partir de recherches empiriques, les auteurs vont montrer l'importance de la diversité des trajectoires pénales : aux différents stades du système de la justice pénale existent des « voies de sortie » ou « boîtes de dérivation » qui permettent de sortir du système pénal avant de se voir condamné et étiqueté comme déviant. On peut penser ici, entre autres mécanismes, au classement sans suite policier, au classement sans suite du parquet, à la médiation pénale ou à la suspension du prononcé de la condamnation par le juge de fond. Le type d'interactions qui se déploient tout au long de la trajectoire pénale est donc déterminant de l'étiquetage (ou non) comme « déviant ».

Cette théorie de l'étiquetage social (direct et indirect) conduit à deux constats, eux aussi nourris empiriquement. D'une part, le système pénal fonctionne, tant au stade de la criminalisation primaire que secondaire, de manière discriminatoire au sens où il agit prioritairement sur certains groupes cibles. Au stade de la création de la loi pénale, ce sont plutôt, comme le souligne FOUCAULT les « illégalismes des classes populaires » qui font l'objet d'une incrimination pénale²³⁰, les « white collar crimes » faisant eux plus régulièrement l'objet d'une définition administrative, civile, fiscale ou autres (ex. : le choix de la voie la moins imposée). Au stade de l'application de la loi pénale, des recherches déjà anciennes montrent que l'auteur condamné par la justice pénale est d'abord un individu de « sexe masculin », « surtout un jeune », qu'il est « plus que proportionnellement un étranger » et qu'il appartient

²²⁵ Ph. ROBERT, « La sociologie entre une criminologie de passage à l'acte et une criminologie de la réaction sociale », *op. cit.*, p. 485 ; Ph. ROBERT et Cl. FAUGERON, *La justice et son public*, Genève, Médecine et Hygiène, 1978.

²²⁶ Ph. ROBERT et Cl. FAUGERON, *Les forces cachées de la justice. La crise de la justice pénale*, Paris, Le Centurion., p. 185.

²²⁷ Ph. ROBERT et Cl. FAUGERON, *ibidem*, p. 179.

²²⁸ H.S. BECKER, *op. cit.*, p. 9. C'est pour cette raison qu'on a pu dire que « la théorie interactionniste de la déviance tend à minimiser toujours davantage le rôle de l'infraction à l'égard de la norme » (N. HERPIN, *Les sociologues américains et le siècle*, Paris, P.U.F. p. 78).

²²⁹ H.S. BECKER, *op. cit.*, p. 9.

²³⁰ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, *op. cit.*

préférentiellement à certaines « catégories socio-professionnelles (vulnérables) »²³¹. Le constat reste largement valable aujourd'hui. BECKER en conclut que « la loi est appliquée d'une manière différenciée » et « davantage à certaines personnes qu'à d'autres »²³².

D'autre part, la théorie de l'étiquetage permet d'opérer une distinction proposée par Edwin LEMERT entre deux types de déviance, la « déviance primaire » et la « déviance secondaire ». Pour LEMERT, la déviance primaire désigne une première forme de transgression des normes, dont les causes peuvent être multiples et dont les effets n'affectent que superficiellement le statut et la structure psychique de l'infacteur. Cette figure fait penser à celle du « délinquant occasionnel » pour lequel l'acte transgressif ne restera qu'un accident de parcours. La déviance secondaire, en revanche, traduit un engagement dans la déviance ou « l'identification au rôle de déviant » qui résulte de l'intervention stigmatisante du système de la justice pénale²³³. Est mis en lumière ici le paradoxe de la réponse pénale qui, plutôt que de mettre un frein à la déviance, engage par sa réponse même un individu dans une « carrière déviante »²³⁴. Ce problème est largement mis en lumière par les thèmes de la prison comme « école du crime » ou de la récidive²³⁵.

C. La peine

Trois éléments relatifs à la peine sont mis en exergue par ce courant de pensée.

D'abord, si la peine est analysée comme une réponse parmi d'autres à la déviance, elle est envisagée essentiellement à travers ses dimensions de stigmatisation, de dégradation et de ségrégation.

Ensuite, on souligne ici que le propre de la peine, à la différence d'autres sanctions (restitutives ou réparatrices), est d'être le vecteur de l'« intérêt à la répression de l'État » et non pas de l'« intérêt à la réparation de la victime »²³⁶. Comme le souligne Ph. ROBERT, la logique de la peine suppose « la substitution du souverain à la victime dans le rôle de l'offensé »²³⁷, ce qui souligne la dimension publique prioritaire du droit pénal.

Enfin, la peine est considérée comme une production sociale qui permet une « gestion différentielle des illégalismes » en fonction de clivages socio-professionnels. Certes, on retrouve aussi des chefs d'entreprise en prison (notamment via le contentieux de la délinquance sexuelle qui dépasse les cloisonnements sociaux), mais ceci reste plutôt exceptionnel. Et, globalement, l'ordre des peines types n'apparaît pas le même pour les infracteurs, selon qu'ils appartiennent à des groupes socialement vulnérables (prison-sursis-amende) ou à des groupes dotés d'un capital social, culturel et financier favorisé (ordre inversé : amende-sursis-prison)²³⁸. Selon que vous êtes riche ou misérable...

²³¹ Ph. ROBERT et Cl. FAUGERON, *Les forces cachées de la justice*, op. cit., p. 87.

²³² H.S. BECKER, op. cit., p. 12 et 13.

²³³ E.M. LEMERT, *Human deviance, social problems and social control*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1972, p. 62 et 63.

²³⁴ H.S. BECKER, op. cit., p. 25.

²³⁵ C'est notamment en réponse à ce problème que se développent ces dernières années, avec un succès très relatif, des « alternatives » dont l'objectif est de lutter contre le recours systématique à la prison et la surpopulation carcérale.

²³⁶ M. VAN DE KERCHOVE, « Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées ? Réflexions sur les phénomènes de dissociation entre la validité formelle et l'effectivité des normes juridiques », *Droit et pouvoir*, t.I., *La validité*, X. Dijon, H. Dumont et A. Berten (dir.), 1987, p. 327 à 346.

²³⁷ Ph. ROBERT, *La question pénale*, op. cit., p. 168.

²³⁸ Ph. ROBERT, *La question pénale*, *ibidem*, p. 184 et 185. Voy. aussi Ph. ARTIERES et P. LASCOUMES, *Gouverner, enfermer. La prison, un modèle indépassable ?*, Paris, Presses de Sciences Po, 2004.

D. La procédure pénale

Un des apports les plus intéressants des théories de la réaction sociale est d'avoir mis en lumière le problème de l'interaction essentielle existant entre le processus de création de la norme pénale (criminalisation primaire) et le processus de son application (criminalisation secondaire) et de ses « ratés ». Cette interaction, apparemment évidente, ne l'est pas en pratique. Ainsi, BECKER souligne-t-il que « l'existence d'une règle ne garantit pas automatiquement qu'elle sera appliquée »²³⁹, alors que Michel van de KERCHOVE s'interroge sur le fait de savoir si « les lois pénales sont faites pour être appliquées »²⁴⁰.

Le constat comme l'interrogation soulignent qu'un écart peut séparer le processus de création de la norme pénale (criminalisation primaire) et le processus de son application (criminalisation secondaire). Comment expliquer cette dissociation ou le fait qu'une loi pénale promulguée ne soit pas appliquée ou seulement de manière partielle ?

Plusieurs facteurs explicatifs peuvent être mis en avant :

1. Lorsque certaines règles pénales font l'objet d'un *dissensus* plus ou moins important, une technique de compromis consiste à édicter ou maintenir formellement et symboliquement la règle, sans qu'on cherche à en assurer l'application effective²⁴¹. On peut même parfois maintenir la règle pénale de manière formelle tout en décourageant son application effective (« dépenalisation de fait »).

2. Loin d'être des automates, les acteurs du système de la justice pénale *opèrent des choix*, à tous les stades de celui-ci. Ces choix peuvent être guidés par « l'intérêt pour la règle elle-même », quand ces acteurs se mettent dans la peau « d'entrepreneurs moraux » (*rule enforcers*)²⁴², par des « intérêts organisationnels »²⁴³ ou « professionnels »²⁴⁴. Un impératif de gestion peut ainsi pousser à faire des choix pour répondre à la surcharge de la justice pénale. En Belgique, le classement sans suite d'affaires jugées peu importantes répond à cette problématique, là où dans d'autres pays, on est parfois amené à fixer des « quotas » d'enregistrement en matière de plaintes (par exemple pour les vols de vélo aux Pays-Bas).

3. Enfin, un facteur important est l'existence de *mécanismes de sélection*, tant à l'entrée d'une infraction dans le système de la justice pénale que dans son traitement par le système de la justice pénale. Ce processus de sélection a pour effet que seule une partie des infractions commises fera l'objet de poursuites et d'une condamnation effective, ce qui entraîne *de facto* une application partielle de la loi pénale dans divers cas de figure :

- des *mécanismes de sélection existent à l'entrée* du système pénal et sont liés à ce qu'on appelle la « reportabilité » d'une infraction²⁴⁵. Certaines infractions sont peu « visibles »²⁴⁶ (par exemple en matière de délinquance économique ou financière) et échappent dès lors au système pénal. Dans d'autres cas, certaines infractions, visibles,

²³⁹ H.S. BECKER, *op. cit.*, p. 121.

²⁴⁰ M. VAN DE KERCHOVE, « Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées ? Réflexions sur les phénomènes de dissociation entre la validité formelle et l'effectivité des normes juridiques », *J.T.*, 1985, p. 329 et s.

²⁴¹ H.S. BECKER, *op. cit.*, p. 124; J.R. GUSFIELD, *op. cit.*, p. 115, 121 et 122.

²⁴² H.S. BECKER, *op. cit.*, p. 155 et s.

²⁴³ T. DICKSON, « Bureaucracy and morality: an organizational perspective on a moral crusade », *Social Problems*, 1968, n°16, p. 143 et s.

²⁴⁴ H.S. BECKER, *op. cit.*, p. 156.

²⁴⁵ Ph. ROBERT et Cl. FAUGERON, *Les forces cachées de la justice*, *op. cit.*, p. 32.

²⁴⁶ Ph. ROBERT et Cl. FAUGERON, *Les forces cachées de la justice*, *ibidem*, p. 32 et 33.

peuvent ne faire l'objet d'aucun « renvoi »²⁴⁷ vers le système pénal pour des raisons diverses : il s'agit d'un crime sans victimes (individualisées), d'un acte de délinquance intra-familiale, d'un acte qui laisse penser à la victime que l'infacteur a peu de chances d'être poursuivi, etc.) Or, comme le système pénal est peu *self-starter*, c'est-à-dire qu'il ne s'auto-approvisionne que très peu lui-même²⁴⁸, l'absence de reportabilité d'un certain nombre d'infractions pénales pèse, dès le départ, sur le taux de non-application de la loi pénale. Si l'infraction est bien « reportée » vers le système pénal, cela ne signifie pas encore qu'elle va être « traitée » pour déboucher sur une peine prononcée et appliquée.

- des *mécanismes de « filtrage »* existent également au niveau du traitement de l'affaire par le système pénal. Au stade policier, des infractions peuvent connaître une absence d'enregistrement (classement vertical) ; au stade de l'information, le parquet peut décider un classement sans suite, proposer une médiation pénale ou une transaction pénale. Le juge de fond peut lui parfois envisager la suspension du prononcé ou une condamnation avec sursis. Si la peine est prononcée, son exécution peut encore être individualisée par le Tribunal De l'application des peines... Il résulte de ces divers mécanismes de sélection que le système pénal s'apparente à un « entonnoir à filtres successifs »²⁴⁹, marqué, à chaque phase d'intervention (police, parquet, juridictions d'instruction, juridictions de jugement, tribunal de l'application des peines), par un processus plus ou moins important de sélection.

L'existence de ces processus de sélection emporte trois conséquences, mises en lumière par les chercheurs :

- 1) La criminalité réelle est un chiffre noir que les statistiques policières ou judiciaires – « statistiques de la criminalité enregistrée » – ne reflètent que très partiellement.
- 2) Les statistiques criminelles donnent une image rétrécie mais aussi déformée de la criminalité réelle : ces statistiques surreprésentent en effet certains types de délits (mieux reportés et mieux « traités ») et en sous-représentent d'autres (moins visibles, moins renvoyés ou qui sortent du système pénal en cours de route).
- 3) Les statistiques criminelles constituent dès lors plus une mesure du fonctionnement et des priorités de la justice pénale qu'un étalon de mesure de la criminalité²⁵⁰.

²⁴⁷ Ph. ROBERT et Cl. FAUGERON, *Les forces cachées de la justice*, *ibidem*, p. 33 à 36.

²⁴⁸ Ph. ROBERT et Cl. FAUGERON, *Les forces cachées de la justice*, *ibidem*, p. 33.

²⁴⁹ Ph. ROBERT et Cl. FAUGERON, *Les forces cachées de la justice*, *ibidem*, p. 63.

²⁵⁰ Ph. ROBERT et Cl. FAUGERON, *Les forces cachées de la justice*, *ibidem*, p. 57 ; T. SLINGENEYER, « Criminalité réelle : équation et réflexions », *Dictionnaire de la criminologie en ligne*, disponible sur <http://criminologie.site.koumbit.net/article/criminalité-réelle-équation-et-réflexions>

§ 5. Le retour de la victime

Introduction

Les différentes théories examinées jusqu'ici ont en commun de ne pas accorder une place primordiale à la victime d'une infraction pénale. De même, la victime a régulièrement été présentée ces dernières années comme « la personne oubliée »²⁵¹ ou le « parent pauvre »²⁵² d'un système de justice pénale construit autour de l'affrontement entre l'auteur de l'infraction et l'État. La victime n'a qu'une faible influence sur le cours ultérieur des événements lorsqu'une affaire a été définie comme criminelle et prise en charge par le système pénal.

Depuis les années 1960, le « retour » de la victime dans la pensée pénale²⁵³ est une réalité qui peut s'expliquer par le cumul de plusieurs facteurs.

Sur le plan sociétal, l'émergence d'une culture victimaire traduit le glissement de sociétés structurées autour du conflit et de la revendication collective vers des sociétés d'individus en quête de reconnaissance personnelle ; la multiplication des droits subjectifs encourage également chacun à mettre l'accent sur les manques qui l'affectent ; un sentiment général d'insécurité, lié à l'incertitude croissante qui pèse sur les trajectoires sociales, souligne également une peur de victimisation liée à la montée des inégalités et au démantèlement progressif des filets de protection sociale pour les plus vulnérables ; une culture néolibérale de la responsabilisation est également ressentie comme injuste par ceux qui estiment ne pas avoir les moyens de répondre aux injonctions à « être autonome » qui leur sont adressées.

Sur le plan pénal, d'autres facteurs expliquent le retour de la victime : l'accroissement du sentiment d'insécurité associé à la petite délinquance, dont certains soulignent qu'il accroît la perception victimaire, là où d'autres soulignent que ce sentiment est instrumentalisé par l'État pour masquer son incapacité à lutter contre les autres sources plus profondes d'une insécurité existentielle²⁵⁴ ; le reflux de l'acceptation de l'« accident » qui pousse chaque individu à exiger l'identification d'un responsable-coupable devant la justice pénale ; la crise du modèle de réhabilitation conçu en termes de traitement du délinquant ; le besoin de revaloriser un système pénal en crise, tant en termes d'efficacité que de légitimité²⁵⁵.

Ce regain d'intérêt pour la victime va favoriser le développement de deux types de savoir.

Le premier à une *visée explicative* et cherche à mieux comprendre la place que joue la victime sur la scène pénale. On voit ici émerger :

²⁵¹ Cf. notamment J. SHAPLAND, J. WILLMORE et P. DUFF, *Victims in the criminal justice system*, Aldershot-Brookfield, 1985, p. 1 ; R.E. BARNETT, "Restitution: a new paradigm of criminal justice", *Assessing the criminal. Restitution, retribution, and the legal process*, R.E. Barnett et J. Hagel (dir.), Cambridge, Mass., Ballinger, 1977, p. 363.

²⁵² FORUM NATIONAL POUR UNE POLITIQUE EN FAVEUR DES VICTIMES, Plan stratégique d'une politique nationale en faveur des victimes. Fondements pour une charte belge de la victime d'infractions pénales, Bruxelles, Ministère de la Justice, juin 1996, p. 7.

²⁵³ Cf. également A. WYVEKENS, *L'insertion locale de la justice pénale. Aux origines de la justice de proximité*, Paris, L'Harmattan, 1997, p. 117, qui parle de la « victime, nouvelle étoile de la scène pénale ? » ; M. BARIL, *L'envers du crime*, Paris, L'Harmattan, coll. Sciences criminelles, 2002 ; D. SALAS, *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette Littératures, 2005, p. 63 où l'auteur parle du « temps des victimes » ; C. ELIACHEFF et D. SOULEZ-LARIVIERE, *Le temps des victimes*, Paris, Albin Michel, 2007.

²⁵⁴ Y. CARTUYVELS et Ph. MARY (dir.), *L'État face à l'insécurité. Dérives politiques des années 1990*, Bruxelles, Labor, 1999.

²⁵⁵ Sur ce dernier point, voy. notamment S. GUTWIRTH et P. DE HERT, "Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers", *Delikt en Delinkwent*, 2001, p. 1079 et s.

- a) des « enquêtes de victim(is)ation »²⁵⁶ qui répondent au développement d'enquêtes de délinquance « auto-reportée »²⁵⁷, tant pour combler les lacunes des statistiques de délinquance enregistrée (cf. le chiffre noir de la délinquance) que pour mieux comprendre le point de vue des victimes ;
- b) des recherches qui s'intéressent aux comportements et caractéristiques personnelles de la victime²⁵⁸, aux interactions qui se développent entre le criminel et la victime et aux perceptions réciproques que ce processus implique²⁵⁹ ;
- c) des recherches qui étudient les rapports entre les victimes et la justice pénale, mettant en lumière un processus de « victimation secondaire » qui résulte du sentiment de maltraitance ressenti par les victimes dans leur confrontation à l'appareil pénal²⁶⁰.

Un second type de savoir propose une perspective *scientifique*, qui a également une portée *réformatrice* ou *normative*. La visée poursuivie ici est double : d'une part, il s'agit d'envisager différemment le procès pénal en redonnant à la victime une place d'acteur, ceci au prix d'un questionnement assez fondamental sur la logique même de la peine ; d'autre part, il s'agit, de manière concrète et dans la foulée d'auteurs comme GAROFALO²⁶¹ ou PRINS²⁶², de mettre un accent plus important sur les droits des victimes dans le procès pénal ou sur leur droit à la réparation du dommage subi, quitte à encourager une forme de privatisation de la justice pénale.

Parmi la mosaïque de courants qui se croisent sur fond de ce souci victimaire, on en retiendra deux qui ont joué (ou jouent encore) un rôle important dans la discussion pénale et criminologique. Le premier est l'*approche abolitionniste*, développée par deux auteurs principaux, le Néerlandais Louk HULSMAN²⁶³ et le Norvégien Nils CHRISTIE²⁶⁴. Favorables à l'abolition du système pénal, les partisans de l'abolitionnisme évoquent le remplacement du terme « infraction » par celui de « situation-problème » et proposent le recours à des modes plus horizontaux (communautaires, conciliatoires ou civils) de règlement des conflits. Un second courant est celui de la *restorative justice* : moins radical dans sa remise en cause du pénal, ce courant met l'accent sur l'importance d'organiser la réponse à l'infraction dans une perspective de « réparation » du dommage et/ou de « restauration » des liens entre auteur et

²⁵⁶ Concernant certaines illustrations de telles enquêtes, cf. notamment W.G. SKOGAN, *Sample surveys of the victims of crime*, Cambridge, Mass., Ballinger, 1976. Concernant les problèmes inhérents à une telle méthode, cf. notamment R. ZAUBERMAN (dir.), « Sources d'information sur les victimes et problèmes méthodologiques dans ce domaine », *Recherches sur la victimisation. Études relatives à la recherche criminologique*, vol. XXIII, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1985.

²⁵⁷ À ce sujet, cf. notamment R. ZAUBERMAN (dir.), *Les enquêtes de délinquance et de déviance auto-reportées en Europe. État des savoirs et bilan des usages*, Paris, L'Harmattan, 2009.

²⁵⁸ E.A. FATTAH, « La victimologie : entre les critiques épistémologiques et les attaques idéologiques », *Déviance et société*, 1981, vol. 5, n° 1, p. 74. Ainsi, pour VON HENTIG l'âge ou le sexe de la victime, l'appartenance à l'une ou l'autre catégorie générale d'individus, tels que les jeunes, les femmes, les personnes âgées, les malades mentaux, les toxicomanes, les alcooliques, les immigrés ou encore les membres de minorités raciales, sont des facteurs qui peuvent favoriser certains passages à l'acte criminel (H. VON HENTIG, *The criminal and his victim*, New Haven, Yale university press, 1948, p. 404 à 419).

²⁵⁹ Cf. notamment E.A. FATTAH, « Some recent theoretical developments in victimology », *Victimology. An international journal*, 1979, n° 2, p. 198 et s. ; E.A. FATTAH, « Le rôle de la victime dans le passage à l'acte : vers une approche dynamique du comportement délictuel », *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1973, XXVI, 2, p. 173 et s. L'idée générale est que, dans de nombreux cas, le crime ne résulte pas mécaniquement de l'attitude d'un sujet, le criminel, dont la victime serait l'objet, mais d'une interaction « sujet-objet », dans laquelle, « en un sens, la victime modèle et façonne le criminel » (H. VON HENTIG, *op. cit.* p. 384).

²⁶⁰ En Belgique, l'« Affaire Dutroux » et les fortes critiques lancées par les parents des petites victimes à l'adresse de la justice souligneront cette dimension.

²⁶¹ R. GAROFALO, *op. cit.*, p. 400 : « Pour la classe de délinquants qui se trouve placée à la limite inférieure de la criminalité naturelle, la peine de l'emprisonnement pourrait être avantageusement remplacée par la seule contrainte rigoureuse du dédommagement du mal matériel et moral dont ils ont été la cause ».

²⁶² A. PRINS, *Science pénale et droit positif*, *op. cit.*, p. 374.

²⁶³ Cf. notamment L. HULSMAN, « Une perspective abolitionniste du système de justice pénale et un schéma d'approche des situations problématiques », *Dangerosité et justice pénale. Ambiguïté d'une pratique*, C. Debuyst (dir.), Genève, Masson-Médecine et Hygiène, 1981, p. 7 et s. ; L. HULSMAN et J. BERNAT DE CELIS, *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, Le Centurion, 1982.

²⁶⁴ N. CHRISTIE, « Conflicts as property », *The British journal of criminology*, vol. 17, 1977, n° 1, p. 1 et s. ; N. CHRISTIE, *Limits to pain*, Oslo, Universitetsforlaget, 1981 (traduction française par D. KAMINSKI, *Au bout de nos peines*, Bruxelles, Larcier-De Boeck, 2005).

victime, auteur et société²⁶⁵. En Belgique ce courant est fortement représenté à la KULeuven, avec notamment Lode WALGRAVE²⁶⁶, Tony PETERS ou Ivo AERTSEN²⁶⁷. Ce sont ces deux courants que l'on mobilisera ici pour l'essentiel.

A. Le crime

Partant de l'idée qu'il n'existe pas de « notion ontologique du crime » qui permettrait de lui attribuer une « nature intrinsèque particulière »²⁶⁸, les *abolitionnistes* entendent « problématiser » la notion de crime et la remplacer par la notion souple de « situation-problème ». Le « crime » est alors conçu comme « un conflit interpersonnel requérant solution »²⁶⁹, dans un cadre ouvert qui laisse aux intéressés « le choix du cadre d'interprétation de l'événement et de l'orientation à donner à la réponse éventuelle »²⁷⁰. Dans cette perspective, la situation-problème n'est plus considérée d'avance comme un « fait punissable », ni même comme une situation « nécessitant une quelconque intervention extérieure »²⁷¹.

L'approche *restauratrice* quant à elle, met l'accent sur la nature « conflictuelle » du crime : le crime est à concevoir moins comme la violation d'une règle de droit ou une offense à l'État que comme un dommage concret causé à des personnes et aux relations que celles-ci entretiennent au sein d'une même communauté²⁷². Cette perspective, très différente de l'approche pénale classique qui vise la répression d'un fait punissable, orientera aussi différemment la réponse à l'infraction, plus orientée vers la victime et la communauté²⁷³. Dès lors, l'approche restauratrice mettra l'accent sur la restauration de la paix et du lien social, tout en favorisant la réparation et la restauration des droits de la victime²⁷⁴.

²⁶⁵ G. VARONA, *Restorative justice: new social rites within the penal system?*, Oñati, The Oñati international Institute for the sociology of law, 1996 ; E.A. FATTAH et S. PARMENTIER (dir.), *Victim policies and criminal justice on the road to restorative justice. Essays in honour of Tony Peters*, Louvain, Universitaire Pers Leuven, 2001 ; L. DUPONT et F. HUTSEBAUT (dir.), *Herstelrecht tussen toekomst en verleden. Liber amicorum Tony Peters*, Louvain, Universitaire Pers Leuven, 2001 ; M. JACCOUD, *Justice réparatrice et médiation pénale – Convergences ou divergences?*, Paris, L'Harmattan, 2003 ; R. CARIO, *Justice restauratrice – Principes et promesses*, Paris, L'Harmattan, 2^e éd., 2010 ; AERTSEN, T. DAEMS et L. ROBERT (dir.), *Institutionalizing restorative justice*, Cullompton, Willan, 2006 ; R. MACKAY (dir.), *Images of restorative justice*, Francfort, Verlag für Polizeiwissenschaft, 2007 ; I. VANFRAECHEM, I. AERTSEN et J. WILLEMSSENS (dir.), *Restorative justice realities: empirical research in a European context*, La Haye, Eleven International pub., 2010 ; Ph. GAILLY, *La justice restauratrice*, Bruxelles, Larcier, 2011 ; L. WALGRAVE (dir.), *Restorative justice and the law*, Cullompton, Willan, 2011 ; G. JOHNSTONE, *Restorative justice: Ideas, values, debates*, Londres, Routledge, 2011. Au sujet de la distinction entre restauration et réparation, cf. notamment S. DEMET, C. JACQMAIN et E. PARELLO, « Quels enjeux pour une politique pénitentiaire ? Réflexions sur le concept de justice réparatrice ou de justice restauratrice », J.D.J., n° 185, 1999, p. 21 et s. Concernant les rapports entre le concept de restauration et les autres « paradigmes » de la peine, cf. notamment M. VAN DE KERCHOVE, « La justice restauratrice au coeur du conflit des paradigmes de la peine », L'avènement juridique de la victime, Journées régionales d'histoire de la justice, Besançon, 11-12 avril 2013, 2015.

²⁶⁶ L. WALGRAVE, "Mediation and community service as models of a restorative approach: why should it be better? Explicating the objectives as criteria of evaluation", *Restorative justice on trial. Pitfalls and potentials of victim offender mediation. International research perspectives*, H. Messmer et H.-U. Otto (dir.), Dordrecht-Boston-Londres, Kluwer, 1992, p. 343 et s. ; L. WALGRAVE et I. AERTSEN, "Reintegrative shaming and restorative justice. Interchangeable, complementary or different?", *European Journal on criminal policy and research*, vol. 4, 1996, n° 4, p. 67 et s. ; L. WALGRAVE, "La justice restauratrice: à la recherche d'une théorie et d'un programme", *Criminologie*, 1999, vol. 32, n° 1, p. 7 et s.

²⁶⁷ T. PETERS, "Bemiddeling, herstel en strafrechtspleging", *Panopticon*, 1993, p. 97 et s. ; T. PETERS et I. AERTSEN, "Restorative justice: in search of new avenues in judicial dealing with crime. The presentation of a project of mediation for reparation", *Changes in society and criminal justice in Europe*, vol. 1, C. Fijnaut (dir.), Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1995, p. 311 et s.

²⁶⁸ L. HULSMAN et J. BERNAT DE CELIS, « Fondements et enjeux de la théorie de l'abolition du système pénal », *Punir mon beau souci. Pour une raison pénale*, F. Ringelheim (dir.), Bruxelles, ULB, 1984, p. 308 ; L. HULSMAN, « Struggles about terminology: "problematic situation" vs "crime" », *Politique, police et justice au bord du futur. Mélanges pour et avec Lode Van Outrive*, Y. Cartuyvels, Fr. Digneffe, A. Pires et Ph. Robert (dir.), Paris-Montréal, L'Harmattan-L'Harmattan Inc., 1998, p. 45 et s.

²⁶⁹ L. HULSMAN et J. BERNAT DE CELIS, « Fondements et enjeux... », *op. cit.*, p. 311.

²⁷⁰ L. HULSMAN et J. BERNAT DE CELIS, *ibidem*, p. 312.

²⁷¹ L. HULSMAN et J. BERNAT DE CELIS, *ibidem*, p. 312.

²⁷² Cf. notamment H. ZEHR, *Changing lenses a new focus for crime and justice*, Scottsdale, Herald Press, 1990, p. 18 et s. ; L. WALGRAVE, « "Herstelrecht" een derde weg in het gerechtelijk antwoord op jeugddelinquentie? », *Panopticon*, 1992, p. 27.

²⁷³ H. ZEHR, *ibidem*, p. 224 ; L. WALGRAVE, "Herstelrecht'...", *op. cit.*, p. 28.

²⁷⁴ H. ZEHR, *ibidem*, p. 224 ; L. WALGRAVE, "Herstelrecht'...", *op. cit.*, p. 28.

B. Le criminel

En plaçant la victime au centre de leurs préoccupations, les différents courants de pensée évoqués introduisent un triple déplacement en regard de la place et la perception du criminel dans la justice pénale. D'abord, à l'affrontement binaire classique entre le criminel et l'État se substitue une approche triangulaire de la justice pénale, auteur-victime-société. Ensuite, dans certains cas, l'intérêt pour la victime peut conduire à une perception plus abstraite de l'auteur dont la trajectoire ou l'expérience de vie passent à l'arrière-plan. Enfin, la perspective victimologique peut conduire à concevoir l'auteur moins comme un « contrevenant » transgresseur de règles ou comme un être « anti-social », que comme l'« auteur » d'un préjudice concret subi par une ou plusieurs victimes²⁷⁵ ou comme le « protagoniste » d'un conflit interpersonnel ou d'une situation-problème²⁷⁶.

C. La peine

En ce qui concerne la peine, les principaux apports proviennent des auteurs qui conçoivent des solutions alternatives aux formes traditionnelles d'intervention du droit pénal.

L'alternative la plus radicale est sans aucun doute proposée par le courant *abolitionniste*. Émergeant dans les années 1960, sous la houlette de HULSMAN, les abolitionnistes partent de l'idée que « le système pénal ne peut être et ne sera jamais qu'une machine à produire des souffrances vaines » et que « ce n'est pas en touchant aux buts de la peine, ou à sa durée, ou à ses fondements théoriques, ou à ses modalités, qu'on peut changer quoi que ce soit au système »²⁷⁷. Ces auteurs estiment, de même, que « toutes les « mesures » autres que la « peine » organisées à l'intérieur du système pénal étatique, quelle que soit leur vocation éducative ou thérapeutique, n'ont en fait jamais perdu leur caractère *afflictif* et *infamant* »²⁷⁸. Ils en tirent la conclusion qu'il ne faut pas chercher à faire un droit pénal meilleur mais « quelque chose de meilleur que le droit pénal »²⁷⁹. En conséquence, ils estiment qu'à défaut de pouvoir résoudre une situation-problème au sein du groupe, les intéressés ne devraient pouvoir recourir, comme forme d'intervention extérieure, qu'à une « approche *civile* »²⁸⁰ (au sens large du terme, pouvant inclure le recours à des mesures administratives²⁸¹). Une grille de lecture civile du conflit leur paraît en effet « adéquate quel que soit le conflit » et, en toute hypothèse, « plus utile aux intéressés que l'actuel système pénal »²⁸².

Le courant de la *Restorative Justice* ou « justice restauratrice » est aujourd'hui l'alternative la plus en vogue à la réponse pénale classique. Reprenant des intuitions abolitionnistes, ce courant privilégie la réparation du dommage subi par la victime, cherche la réintégration de l'auteur et favorise la pacification du lien social mis à mal par le crime. Ses partisans s'intéressent aux champs les plus divers de la pénalité, des crimes de masse (avec les Commissions Vérité et Réconciliation) aux crimes de droit commun (médiation réparatrice) ou à la justice des mineurs (sentencing circles).

²⁷⁵ Cf. notamment, en ce sens, H. VON HENTIG, *The criminal and his victim*, New Haven, Yale University press, 1948, p. 383, où l'auteur parle de « doer-sufferer relation » et p. 387 où il parle de « relationships between the one who injures and the one who is injured ».

²⁷⁶ L. HULSMAN et J. BERNAT DE CELIS, *Peines perdues*, op. cit., p. 110. Les auteurs insistent, dans ce sens, sur la nécessité de « problématiser... la notion d'auteur » (p. 108), comme ils l'ont fait également pour la notion de crime.

²⁷⁷ L. HULSMAN et J. BERNAT DE CELIS, « Fondements et enjeux... », op. cit., p. 309.

²⁷⁸ L. HULSMAN et J. BERNAT DE CELIS, *ibidem*, p. 300.

²⁷⁹ La formule, célèbre, est empruntée à G. RADBRUCH.

²⁸⁰ L. HULSMAN et J. BERNAT DE CELIS, *Peines perdues*, op. cit., p. 154.

²⁸¹ L. HULSMAN et J. BERNAT DE CELIS, « Fondements et enjeux... », op. cit., p. 311, note 22.

²⁸² L. HULSMAN et J. BERNAT DE CELIS, *Peines perdues*, op. cit., p. 154 et 155.

Alors que de nombreuses mesures visent principalement la participation des parties et la réparation du dommage à la victime (médiation pénale, médiation réparatrice, travaux d'intérêt général, etc.)²⁸³, d'autres mesures plus collectives visent davantage la restauration du lien social, la réhabilitation ou la réintégration des (anciens) détenus²⁸⁴ (projets de réconciliation auteur/victime, programmes de conscientisation et d'information auprès des détenus, concertations restauratrices en groupe, cercles de soutien et de responsabilité, etc.). Une littérature abondante souligne l'intérêt de l'ensemble de ces dispositifs, tant en ce qui concerne le besoin de reconnaissance et le traitement des souffrances des victimes²⁸⁵, que le processus de responsabilisation et de réintégration des auteurs ou encore l'impact en termes de réconciliation et de pacification sociale²⁸⁶.

D. La procédure pénale

En mettant l'accent sur la victime, les courants de pensée évoqués ici sont susceptibles d'apporter un triple éclairage sur la procédure pénale.

En premier lieu, ils mettent en lumière *la façon dont la justice pénale est perçue par les victimes* et notamment la façon dont elles s'estiment traitées par les acteurs de la justice pénale²⁸⁷. À cet égard, diverses recherches ont mis en lumière un phénomène de « victimisation secondaire »²⁸⁸ : ce concept souligne le fait que, trop souvent, la victime d'une infraction pénale (victimisation primaire) éprouve le sentiment de devenir une seconde fois victime, en raison de l'attitude que lui réservent les services de police et de justice dans leur réponse à l'infraction commise²⁸⁹.

En deuxième lieu, un accent est mis sur l'octroi d'une *place plus importante aux victimes dans le procès pénal*. Le motif en est que celles-ci sont *de facto* « dépossédées » et perdent la propriété de leur conflit dès que celui-ci entre dans la machine pénale²⁹⁰. Ceci débouche sur des initiatives diverses visant à renforcer l'implication des victimes tout au long du processus pénal. Service d'aides aux victimes, information sur le sort des dossiers pénaux, droit à demander certains actes d'instruction, droit d'avis en matière de libération anticipée, etc. constituent autant d'innovations qui s'inscrivent dans cette perspective.

En troisième lieu émerge une volonté de promouvoir, en lieu et place, ou parallèlement au procès pénal proprement dit, de *nouveaux modes alternatifs de résolution des conflits* (MARC) plus « participatifs »²⁹¹ ou négociés, favorisant le dialogue entre auteur et victime, plutôt que le

²⁸³ A. LEMONNE, « Évolution récente dans le champ de la médiation en matière pénale : entre idéalisme et pragmatisme », *Rev. dr. pén.*, 2007, liv. 2-3 ; Ph. MARY (dir.), *Travail d'intérêt général et médiation pénale. Socialisation du pénal ou pénalisation du social ?*, 1997, Bruxelles, Bruylant.

²⁸⁴ M. DHAMI, G. MANTLE et D. FOX, « Restorative Justice in Prisons », *Contemporary Justice Review*, 2009, p. 43 et s.

²⁸⁵ R. CARIO, *op. cit.*, 2007 ; H. STRANG, *Repair or revenge. Victims and restorative justice*, Oxford, Clarendon Press, 2002 ; B. CLAES et A. LEMONNE, « La justice réparatrice en Belgique : une nouvelle philosophie de la justice ? », *Justice ! Des Mondes et des visions*, V. Strimelle, A. Jaspert, S. Smeets et F. Van Hamme (dir.), 2014, p. 121 à 141.

²⁸⁶ A. CAMERON, *Restorative Justice: A Literature Review*, Vancouver, The British Columbia Institute Against Family Violence, 2005.

²⁸⁷ Cf. notamment J. SHAPLAND, J. WILLMORE et P. DUFF, *Victims in the criminal justice system*, Aldershot-Brookfield, Gower, 1985.

²⁸⁸ Cf. notamment R.I. MAWBY et S. WALKLATE, *Critical criminology. International perspectives*, Londres, Sage, 1994, p. 33 ; E.C. VIANO, « Victims of crime as stereotypes », *Revue internationale de philosophie pénale et de criminologie de l'acte*, 1995, p. 111 et 112.

²⁸⁹ En Belgique, l'« Affaire Dutroux » a été l'occasion de mettre en lumière cette dimension. Les parents des deux petites filles assassinées ont largement dénoncé les mauvais traitements dont ils estimaient avoir fait l'objet dans le chef, notamment, d'une justice hautaine et peu à l'écoute de leur souffrance.

²⁹⁰ Cf. notamment J. GITTNER, « Expanding the rôle of the victim in a criminal action », *Pepperdine law review*, 1984, vol. 11, p. 121.

²⁹¹ Sur ce concept, cf. notamment Fr. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, « La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ? », *Rev. Dr. Pén. crim.*, 1996, n° 5, p. 445 et s. ; Ph. GERARD, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Droit*

recours au « glaive » pénal. Au départ, ce souhait prenait une forme radicale, chez certains théoriciens abolitionnistes notamment : ces derniers préconisaient la disparition pure et simple des tribunaux répressifs²⁹² et leur remplacement soit par des tribunaux civils²⁹³, soit par des « face-à-face » entre l’auteur de l’infraction et la victime organisés par des instances de médiation communautaires²⁹⁴. Il a pris une forme plus nuancée ensuite, notamment chez les partisans de la justice restauratrice, qui admettent généralement l’existence d’un véritable « pluralisme judiciaire »²⁹⁵. Dans les faits, ces MARC se déploient, à l’image de la médiation pénale, à l’« ombre » de la justice pénale et sont généralement pensés comme complémentaires à l’action des tribunaux²⁹⁶.

négocié, droit imposé ? Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, p. 529 et s. Concernant la reconsidération de la place de la victime dans le procès pénal en Belgique, cf. notamment J. DU JARDIN, « La personne lésée dans l’action pénale », *Rev. Dr. Pén. crim.*, 1968-1969, p. 674 et s. ; M. FRANCHIMONT, « La victime dans le procès pénal », *J.T.*, 1997, p. 121 et s. ; B. DESMET, « De tendens tot overaccentueren van het slachtoffer in het strafproces », *Panopticon*, 1998, p. 387 et s.

²⁹² L. HULSMAN et J. BERNAT DE CELIS, *Peines perdues*, op. cit., p. 154.

²⁹³ L. HULSMAN et J. BERNAT DE CELIS, *ibidem*, p. 155.

²⁹⁴ L. HULSMAN et J. BERNAT DE CELIS, *ibidem*, p. 156 et 157.

²⁹⁵ Cf. notamment J.-P. BONAFÉ-SCHMITT, “Alternatives to the judicial model”, *Mediation and criminal justice. Victims, offenders and community*, N. Wright et B. Galaway (dir.), Londres, Sage, 1989, p. 193.

²⁹⁶ A. GARAPON, *Le gardien des promesses, Justice et démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1996, p. 230.

§ 6. La pensée pénale face au risque : métamorphose(s) de la dangerosité

Introduction

Dans le fil d'une évolution repérable dans divers domaines du droit – dont le droit de l'environnement ²⁹⁷ – le concept de « risque » a pénétré de manière croissante la pénalité depuis la fin du XXe siècle, donnant naissance à ce que certains ont appelé une « nouvelle pénologie » (*New Penology*) ²⁹⁸, recourant aux techniques probabilistes de l'actuariat ²⁹⁹.

Le principe d'une gouvernementalité du crime par le risque n'est pas neuve. À la fin du XIXe siècle, le thème de la dangerosité, porté par la criminologie positiviste (*cf. supra*, §2), est déjà concurrencé par une idéologie du risque. Où se situe l'écart ? L'imaginaire de la dangerosité repose sur l'idée qu'il s'agit de défendre la société contre *un individu* dangereux doté d'une personnalité criminelle. L'objectif est de dépister le danger probable que représente un individu singulier prédisposé au crime, sur la base d'un entretien clinique subjectif centré sur les causes possibles du passage à l'acte. En contrepoint, l'imaginaire du risque propose, en recourant à des techniques issues de l'actuariat, non plus d'identifier des individus dangereux mais de définir des groupes ou *profils à risques*, sur fond du « croisement de variables ou facteurs dont la mise en relation rend plus ou moins probable l'avènement du comportement indésirable » ³⁰⁰ et d'y rattacher des individus singuliers.

Au début du XXe siècle aux États-Unis, des *échelles de risque* sont construites dans les champs connexes de la criminalité et de la folie pour identifier les groupes à risques déviants ³⁰¹. L'objectif est un dépistage systématique, plus sûr que l'expertise clinique de dangerosité qui ne procède qu'au cas par cas sur des individus singuliers, permettant d'identifier « tous les faibles d'esprit, tous les aliénés incurables et tous les épileptiques, tous les imbéciles, tous les criminels récidivistes, tous ceux qui souffrent manifestement d'une carence de la volonté et tous les ivrognes invétérés » ³⁰². L'idéal est celui d'une prévention totale : il s'agit de construire un système de détection parfaitement étanche, qui pense l'intervention pénale préventive à partir de « classes à risques » et non plus d'individus singuliers. En ce début du XXe siècle, l'imaginaire du risque devra céder devant l'imaginaire de la dangerosité. Les échelles de risque apparaissent finalement peu fiables et leur logique de pur dépistage s'accorde mal avec l'idéal dominant d'une pénalité axée sur la réhabilitation et le traitement du délinquant. La logique étiologique de la dangerosité (comprendre les causes du passage à l'acte individuel) l'emporte sur la logique probabiliste du risque qui fait fi de l'histoire individuelle du sujet.

À la fin du XXe siècle toutefois, on assiste à la renaissance d'une pénalité actuarielle du risque qui, selon certains, traduirait la revanche des sciences probabilistes (corrélations) sur les

²⁹⁷ Y. CARTUYVELS (dir.), *Les ambivalences du risque : regards croisés en sciences sociales*, Bruxelles, FUSL, 2008.

²⁹⁸ M. FEELEY et J. SIMON, « The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications », *Criminology*, 1992, 30, 4, p. 452 et 455. Pour une synthèse en langue française, voy. T. SLINGENEYER, « La nouvelle pénologie, une grille d'analyse des transformations des discours, des techniques et des objectifs dans la pénalité », *Champ pénal/ Penal Field*, 2007, IV.

²⁹⁹ L'actuariat est une technique utilisée par les compagnies d'assurance pour calculer le montant de la prime demandée à un futur assuré, en fonction du risque qu'il représente. Son profil de risque est obtenu par la mise en relation de divers facteurs de risque (âge, quartier, accidents antérieurs, etc.) dont le croisement chiffré permet de définir un score de risque et de verser le conducteur dans un groupe à risque en fonction du risque probable d'indemnisation qu'il représente.

³⁰⁰ R. CASTEL, « De la dangerosité au risque », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1983, n°47-48, p. 122.

³⁰¹ B. HARCOURT, « Surveiller et punir à l'âge actuariel. Généalogie et critique », *Déviance & Société*, 2011, p. 5 à 33 ; A. A. BRUCE, E. W. BURGESS et A. M. HARNO, « A Study of the Indeterminate Sentence and Parole in the State of Illinois », *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, 1928, n°1, p. 1 à 306 ; E. W. BURGESS, « Is Prediction Feasible in Social Work? A Inquiry Based upon a Sociological Study of Parole Records », *Social Forces*, 1929, p. 533 à 545.

³⁰² C.F. MAC DONALD, « Presidential Address », *American Journal of Insanity*, juillet 1914, p. 9.

sciences étiologiques (causes)³⁰³. Plusieurs facteurs peuvent expliquer ce retour de l'idéologie du risque et des technologies actuarielles au cœur des politiques pénales. Le premier est, sous l'impulsion d'une prise de conscience dans le domaine de l'environnement, l'*importance prise par la question du risque et du principe de précaution* dans tous les domaines de la vie sociale. Dans ce que BECK appelle la « société des risques »³⁰⁴, le souci de prédire, de calculer et d'anticiper les risques réels et potentiels s'est considérablement accru dans tous les champs de la vie sociale et le champ pénal n'échappe pas à cette tendance lourde. Le second est le glissement croissant de nos sociétés vers une *gouvernance algorithmique*. Cette « gouvernance par les nombres » repose sur une double opération de *data mining* (récolte et croisement de données multiples) et de profilage automatisé. Les profils, construits à partir du croisement des données récoltées, permettent d'envoyer des messages standardisés mais spécifiques aux membres d'un même groupe (par exemple à certaines catégories de consommateurs ou d'électeurs) ou d'établir et d'orienter des politiques publiques ciblées dans un idéal d'optimisation³⁰⁵. Dans le champ pénal, diverses politiques de détection, de prévention et de punition sont désormais liées au croisement de données statistiques³⁰⁶ érigées en indicateurs de risque(s)³⁰⁷. Le troisième facteur est le déploiement d'une *pénalité de contrôle*, sur fond d'une crise de la pénalité de correction. Comme le souligne le sociologue américain David GARLAND, si les institutions pénales héritées de l'histoire pénale du XXe siècle (la police, les tribunaux, la prison) n'ont pas fondamentalement changé, la culture du système, elle, a bien évolué : moins directement centrée sur la (ré)insertion des déviants, elle est désormais plus orientée par le souci de prévenir, contrôler et gérer les risques de délinquance³⁰⁸.

A. Le crime

Renouant en partie avec certaines intuitions de la pensée positiviste de la fin du XIXe siècle (*cf. supra*, §2), la pensée actuarielle conçoit le crime comme un « événement dont les possibilités de survenance sont probabilisables »³⁰⁹, c'est-à-dire comme un risque qu'il s'agit de prévoir,

³⁰³ J. PRATT, « Dangerousness, Risk and Technologies of Power », *The Australian and New-Zealand Journal of Criminology*, 2005, n°1, p. 20 et 21.

³⁰⁴ U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Aubier, 2001.

³⁰⁵ F. OST, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 306. La technologie algorithmique permet ainsi aux acteurs politiques d'adresser des messages spécifiques à divers groupes de population comme elle permet aux publicitaires de cibler (et aussi de formater) nos désirs. Sur la gouvernance algorithmique, voy. A. SUPLOT, *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France, 2012-2014*, Paris, Fayard, 2015.

³⁰⁶ En matière de numérisation et de digitalisation de la justice, la Belgique accuse un certain retard. Ce n'est qu'en 2019 qu'a été adoptée une loi visant à mettre en ligne l'ensemble de la jurisprudence (Loi du 5 mai 2019 portant dispositions diverses en matière d'informatisation de la Justice, de modernisation du statut des juges consulaires et relativement à la banque des actes notariés, *M.B.*, 19 juin 2019), mais sa date d'entrée en vigueur n'est fixée – actuellement – qu'au 30 septembre 2023. Ce projet de mise en ligne de la jurisprudence génère à la fois engouement et crainte. D'un côté, la publicité des décisions a une visée démocratique, rendant la justice plus accessible au grand public et permettant de faciliter la recherche juridique pour les praticiens du droit, les scientifiques, les journalistes ou les étudiants. D'un autre côté, elle soulève le risque de développement par des entreprises privées d'algorithmes brassant ces jurisprudences, ce qui pourrait encourager un glissement vers une justice prédictive. Cette utilisation d'algorithmes développés par le privé soulève bien des questions. Ainsi, les entreprises privées ne divulguent généralement pas le code source de leur logiciel, si bien qu'il est impossible de contester la validité scientifique du résultat produit par celui-ci. En outre, la prétendue « neutralité technologique » a été remise en cause, car les logiciels, créés par des êtres humains, qui ne sont pas neutres, souffrent de biais à diverses étapes de leur conception. Le recours à la justice algorithmique devrait dès lors conduire à poser la question du respect du droit à un procès équitable. À cet égard, on peut mentionner l'affaire *State v. Loomis*, jugée en 2017 par la Cour suprême de l'État fédéré du Wisconsin, qui n'a pas sanctionné l'utilisation du logiciel COMPAS, considérant que le droit au procès équitable était respecté tant que le juge ne fonde pas sa décision exclusivement sur les résultats de ce logiciel ; la Cour suprême des États-Unis ne s'est pas saisie de l'affaire.

³⁰⁷ B. HARCOURT, « Surveiller et punir à l'âge actuariel », *Déviante & Société*, 2011, n°1, p. 5 à 33.

³⁰⁸ D. GARLAND, *The culture of control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago, University of Chicago Press, 2002. De manière significative, Garland souligne comme seule véritable innovation institutionnelle l'émergence à la fin du XXe siècle d'un secteur de prévention, avec de nouvelles politiques et de nouveaux acteurs (agents de prévention, gardiens de la paix, médiateurs, etc.) ; K. HANNAH-MOFFAT, « Évaluation du risque et des besoins chez les jeunes contrevenants : un aperçu », *Rapport de recherche sur la justice pour les jeunes*, Ministère de la Justice, Canada, avril 2003, en ligne, www.justice.gc.ca/fra/pr-rp/jp-cj/yj-jy/rr03_jj4-rr03_yj4-rr03_jj4.pdf, consulté le 12 avril 2018.

³⁰⁹ G. CLIQUENNOIS, « Vers une gestion des risques légitimante dans les prisons françaises », *Déviante et Société*, 2006, 30, p. 355.

de gérer et de contrôler pour en minimiser l'occurrence et les impacts sociaux négatifs. Dans une perspective actuarielle, le crime est moins perçu comme un problème moral que comme un *risque normal*, au même titre que ceux couverts par la sécurité sociale (maladie, chômage...) ³¹⁰. Il s'agit alors moins de comprendre les causes ou de saisir le sens d'un acte perçu comme le symptôme d'un malaise individuel ou social (l'ancienne pénalité *Welfare*) que de penser les stratégies les plus adaptées pour prévenir ou contrôler les effets du crime. Problème technique, dont la définition, la nature ou les causes ne sont plus interrogées, le crime est perçu comme une *probabilité statistique* dont il faut maintenir les occurrences dans des seuils socialement acceptables et réguler les conséquences négatives par une logique de gestion systémique ³¹¹.

La « nouvelle pénologie » ne propose donc pas tant une nouvelle vérité sur l'essence du crime qu'un discours sur le fonctionnement du système pénal comme instrument de gestion et de contrôle du crime. C'est dans ce sens qu'il faut comprendre l'affirmation de Malcolm FEELEY et Jonathan SIMON selon laquelle la criminologie actuarielle « n'est pas du tout une criminologie, mais une *branche appliquée de la théorie des systèmes* » ³¹². Cette approche technocratique du crime comme problème à gérer par le système pénal traduirait selon certains une *définalisation* de la pénalité ³¹³ : les discours sur la fin ou les finalités sociales de la pénalité comme sur la légitimité de l'intervention pénale s'estompent au profit d'une approche managériale centrée sur un nouvel objectif prioritaire : assurer, dans un souci d'efficacité systémique, la gestion optimale des flux (« inputs » et « outputs ») à l'intérieur du système pénal.

B. Le criminel

Dans une perspective actuarielle, le système pénal s'organise autour de la gestion de groupes à risques, considérés comme dangereux, indésirables ou indisciplinés ³¹⁴. Le délinquant individuel ne disparaît pas, mais il est abordé et traité en tant que membre du groupe à risques auquel il est associé. Les déviants sont *regroupés en sous-populations à risques plus ou moins élevés* (par exemple *low risk*, *medium risk*, *high risk*), grâce au travail technique de profilage qui vise à absorber le singulier du cas dans des catégories plus générales. Objectivé comme membre d'une sous-population particulière, le déviant n'est dès lors plus décrit à travers ses caractéristiques morales ou pathologiques personnelles mais catégorisé à travers les risques que représente le groupe auquel il est associé. L'idée de base est que les risques « ne sont pas les mêmes pour tous les individus » ³¹⁵ et que se voir affecté de divers facteurs peut augmenter le risque que représente un « cas » pour la sécurité de la population ³¹⁶.

³¹⁰ M. FEELEY et J. SIMON, « Actuarial Justice: the Emerging New Criminal Law », *The Futures of Criminology*, D. Nelken (dir.), Sage, London, 1994, p. 173.

³¹¹ M. FEELEY M. et J. SIMON, *The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications*, op. cit., 1992, p. 452 et 455 ; G. CHANTRAINE, « Prison et regard sociologique. Pour un décentrage de l'analyse critique », *Champ pénal/Penal Field*, 2004, I, p. 3 ; D. ROBERT, « Transformations récentes de la législation fédérale sur la mise en liberté sous condition au Canada. Une lecture à la lumière des écrits sur la notion de risque », *Criminologie*, 2001, p. 77 ; M. LYNCH, « Waste Managers ? The New Penology, Crime Fighting, and Parole Agent Identity », *Law and Society Review*, 1998, p. 842.

³¹² M. FEELEY et J. SIMON, « The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications », op. cit., 1992, p. 466.

³¹³ D. KAMINSKI, *Pénalité, management, innovation*, Namur, PUN, 2010.

³¹⁴ M. FEELEY M. et J. SIMON, op. cit., 1992, p. 455 ; F. BRION, « Réflexions sur les fonctions et la nature de la libération conditionnelle », *Rev. dr. pén. crim.*, 2001, p. 421 ; G. CHANTRAINE, op. cit., 2004, p. 5.

³¹⁵ M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France. 1977-1978*, Paris, Gallimard-Seuil, 1977-1978, éd. 2004, p. 63. Ewald précise cette idée : « Il n'y a pas à proprement parler de risque individuel. (...) Ce n'est en effet que sur l'étendue d'une population que le risque devient calculable. Le travail de l'assureur est précisément de constituer cette population par sélection et division des risques » (F. EWALD, *Histoire de l'État providence*, Paris, Livre de Poche, 1996, p. 138).

³¹⁶ Selon FOUCAULT, le « cas » n'est pas « le cas individuel mais (...) est une manière d'individualiser le phénomène collectif ». Autrement dit, est visé ici l'individu non pas en tant que singularité mais en tant qu'il porte les caractéristiques d'un groupe spécifique (M. FOUCAULT, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France, 1977-1978*, op. cit., p. 62).

En se centrant sur l'identification de profils de risque, la pensée actuarielle néglige la production de représentations relatives à la *subjectivité* des criminels³¹⁷. La notion « d'individu dangereux » supposait l'existence d'une « personnalité criminelle » susceptible d'être étudiée en fonction de la trajectoire pénale et des caractéristiques propres d'un individu singulier. Le profil à risque fait l'impasse sur cette dimension subjective, voire sur la notion même de « personne »³¹⁸ puisque le justiciable devient la combinaison d'une série de facteurs de risque³¹⁹.

En orientant son action sur la gestion des risques criminels, la pénologie actuarielle se détache également de la représentation du délinquant comme individu psychologiquement ou socialement vulnérable à traiter. Cette pensée traduit une *dépathologisation* du criminel perçu ici comme un individu rationnel, autonome et prudent, « entrepreneur de lui-même »³²⁰ et capable d'opérer un « choix rationnel »³²¹.

C. La peine

Inscrite dans un système qui cherche à réguler de manière rationnelle le crime, la peine devient un « élément dans la gestion économique globale de la criminalité »³²². S'il s'agit de tolérer certaines formes de criminalité et de ne pas en tolérer d'autres selon une logique économique de coût/bénéfice, il faut de même, en matière de peine, « calculer les seuils en deçà desquels une peine a un effet économique significatif et ceux où elle a un coût trop élevé par rapport au taux de criminalité »³²³. Ce sont « *les deux pôles* de la relation crime / défense sociale contre le crime, qui sont également codés comme risques, dangers virtuels pour la société, en tant qu'ils sont l'un et l'autre des *coûts* »³²⁴. La peine ne doit plus travailler à une transformation de l'individu à des fins de réintégration ou de disciplinarisation³²⁵ mais doit permettre de gérer le risque que représente la délinquance pour la société³²⁶ en optimisant l'allocation des ressources pénales (limitées) à l'ensemble de la population pénale en fonction des niveaux de risque³²⁷.

Le premier objectif de la peine est d'infléchir le « choix rationnel » du déviant en posant un prix qui bouleverse les coûts et bénéfices de l'activité criminelle. La menace de la peine cherche donc à *dissuader par l'intéressement* (ex. : le slogan « le crime ne paye pas »). Mais si l'individu ne « répond pas » aux signaux économiques de la peine, l'objectif devient alors sa

³¹⁷ Les techniques actuarielles façonnent artificiellement des groupes dont les membres, n'ayant pas partagé un vécu commun, n'ont qu'un faible sentiment d'appartenance. Les membres de ces groupes ne se retrouvent pas dans les représentations formalisées que les méthodes actuarielles font d'eux. Les groupes créés sont de simples conglomerats d'individus. En classifiant les individus dans des groupes ayant une faible identité collective, les techniques actuarielles réduisent les capacités de ces individus à lutter politiquement pour une cause commune.

³¹⁸ A. ROUVROY, « Autour de l'informatique : les algorithmes et la disparition du sujet », *The Conversation*, 2016, en ligne, <https://theconversation.com/autour-de-l-informatique-les-algorithmes-et-la-disparition-du-sujet-53515>, consulté le 12 avril 2018.

³¹⁹ B. QUIRION, « Traiter les délinquants ou contrôler les conduites : le dispositif thérapeutique à l'ère de la nouvelle pénologie », *Criminologie*, 2006, p. 157 ; R. CASTEL, « De la dangerosité au risque », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1983, p. 123.

³²⁰ M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, Paris, Gallimard-Seuil, 1978-1979, éd. 2004, p. 232.

³²¹ W. BROWN, « Néolibéralisme et fin de la démocratie », *Vacarme*, 2004, 29, p. 86 à 93.

³²² B. MAZABRAUD, « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, 2010, 42, p. 172.

³²³ B. MAZABRAUD, *ibidem*, p. 172.

³²⁴ S. LEGRAND, *Les normes chez Foucault*, Paris, PUF, 2007, p. 294.

³²⁵ B. QUIRION, *op. cit.*, 2006, p. 146. Il s'agit alors moins de viser une transformation de l'individu qu'une transformation de l'image qu'a l'individu de lui-même et une transformation, voire un évitement de certaines situations.

³²⁶ M. FEELEY et J. SIMON, *op. cit.*, 2003, p. 79 ; M. VACHERET, J. DOZOIS et G. LEMIRE, « Le système correctionnel canadien et la nouvelle pénologie : la notion de risque », *Déviante et Société*, 1998, p. 43.

³²⁷ M. FEELEY et J. SIMON, *op. cit.*, 1992, p. 452 ; M. FEELEY et J. SIMON, *op. cit.*, 1994, p. 173 à 175 ; F. BRION, *op. cit.*, 2001, p. 409 à 433.

neutralisation. Il ne s'agit donc plus, comme le revendiquait « l'ancienne pénologie », de chercher à corriger ou traiter, moraliser ou normaliser le délinquant par la peine³²⁸.

Symboliquement, *l'incarcération* demeure la peine de référence, car elle est perçue comme efficace dans la neutralisation des risques de commission d'infractions. Est valorisée ici, selon l'expression de Michel FOUCAULT³²⁹, la « prison-exclusion » ou la « prison-entrepôt », c'est-à-dire non pas celle qui a vocation à rétribuer, réformer et réhabiliter, mais celle qui se contente de neutraliser. L'incarcération, dont la durée comme le régime (ouvert/semi-ouvert/ fermé ; normal/ maximal/ « super max »)³³⁰ sont déterminés par le risque que représente le délinquant pour la société, est perçue d'abord comme un moyen de retarder ou d'éviter la commission d'infractions. La durée et l'intensité de la peine de prison ne sont donc pas censées dépendre de la nature de l'acte criminel, ni de la personnalité du délinquant mais de son profil de risque³³¹. Dans cette perspective, la bonne prison n'est pas celle qui permet à l'individu de se resocialiser mais celle dont il est difficile de s'évader.

Dans une pénologie marquée par un souci économique d'optimisation des ressources, l'incarcération n'a pas le monopole de la peine. Le recours à la prison est coûteux et donc peu efficient à l'égard de divers groupes à plus faibles risques. La prison s'inscrit dès lors dans un *continuum de contrôle* dont les divers échelons sont complémentaires. Réservée aux délinquants présentant des taux élevés de risque, la prison est complétée par d'autres dispositifs plus « soft » de punition/contrôle, ce qui doit permettre d'affecter à chaque « cas » la mesure optimale qui lui convient, c'est-à-dire celle qui minimise à la fois le risque de commission d'infraction et le coût du contrôle³³². D'un point de vue synchronique, la notion de continuum de contrôle se comprend comme l'ensemble des mesures pénales dont le but est le contrôle du délinquant et le principe d'allocation le profil de risque³³³. D'un point de vue diachronique, cette notion se comprend comme l'adaptation permanente de la mesure de surveillance au risque et à ses évolutions. Cette approche conçoit la personne délinquante comme un sujet à risque transformable (transformative risk subject) au moyen d'interventions « thérapeutiques » à caractère comportemental. L'évaluation des besoins (*cf. infra*, D.) a donc été incorporée dans la logique de prédiction et de gestion du risque de récidive³³⁴. Cela aboutit en pratique à ce que

³²⁸ M. FEELEY et J. SIMON, *op. cit.*, 1994, p. 173 ; F. BRION, *op. cit.*, 2001, p. 420. Ceci nous conduit à penser que l'expression « ancienne pénologie » aurait pu être avantageusement utilisée au pluriel. En effet, cette expression est mobilisée pour décrire des pratiques relevant aussi bien du jugement rétributif/moral (*retributive judgment*) que du diagnostic clinique (*clinical diagnosis*) (M. FEELEY et J. SIMON, *op. cit.*, 1992, p. 450) ; J. SIMON, *Poor Discipline. Parole and the Social Control of the Underclass, 1890-1990*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1993, p. 105 ; F. BRION, *op. cit.*, 2001, p. 422.

³²⁹ M. FOUCAULT, « La vérité et les formes juridiques », *Dits et écrits*, Paris, Gallimard, 1974, éd. 2001, vol. I, p. 1482.

³³⁰ On distingue les établissements en fonction du niveau de sécurité qui y a cours (normal, maximal, « super max ») ou en fonction du type de régime (ouvert, semi-ouvert, fermé).

³³¹ M. FEELEY et J. SIMON, *op. cit.*, 1992, p. 458 ; M. FEELEY et J. SIMON, *op. cit.*, 1994, p. 174 et 175. Ceci n'empêche pas que le score de risque prenne aussi appui sur des variables liées à la nature de l'acte ou à la personnalité de l'auteur.

³³² Il s'agit de trouver la mesure qui permet de maintenir le mieux « un type de criminalité (...) à l'intérieur de limites qui soient socialement et économiquement acceptables » (M. FOUCAULT, *op. cit.*, 1977-1978, p. 7).

³³³ Des trajectoires institutionnelles de contrôle, plus ou moins intensif, sont prévues pour les délinquants en fonction du risque qu'ils représentent (D. ROBERT, *op. cit.*, 2001, p. 77.). On sait, par ailleurs, que la population de condamnés « hors les murs » et sous surveillance a aujourd'hui dépassé celle des détenus en prison (F. McNEILL et K. BEYENS, « Introduction: Studying Mass Supervision », *Offender supervision in Europe*, F. McNeill et K. Beyens (dir.), New York, Palgrave Macmillan, 2013, p. 1 à 18.). Un changement de culture est ici également perceptible, que soulignent les programmes de surveillance intensive hors les murs proposés initialement aux États-Unis (M. FEELEY et J. SIMON, *op. cit.*, 1992, p. 456 ; J. SIMON, *Poor Discipline. Parole and the Social Control of the Underclass, 1890-1990*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1993, p. 229.) : ces programmes de suivi probatoire, s'ils ont toujours oscillé entre aide et contrôle, semblent s'analyser aujourd'hui moins dans une optique de réinsertion sociale du libéré que dans une optique de contrôle permettant une détection précoce des risques qu'il crée (L'érosion de la dimension réhabilitative du travail social en justice au profit d'une approche de contrôle est également soulignée en Belgique ; K. BEYENS, « The new generation of community sanctions in Belgium », *Community Punishment. European perspectives*, G. Robinson, F. McNeil (dir.), London, Routledge, 2016, p. 25). La surveillance intensive, outil de stabilisation du libéré et de contrôle précis de sa vie quotidienne bien plus que technique de normalisation à des fins d'intégration, serait ainsi le symbole du passage de « sociétés disciplinaires » (FOUCAULT) à des « sociétés de contrôle » (Gilles DELEUZE).

³³⁴ K. HANNAH-MOFFAT, « Criminogenic need and the transformative risk subject: the hybridizations of risk/need in penalty », *Punishment and Society*, 2005, p. 29 à 51.

la logique du risque ait absorbé celle de la réinsertion : la réinsertion est conçue comme un moyen de réduction du risque de récidive et non comme une finalité en elle-même ; pour désigner cette évolution, Gwen ROBINSON parle de « managerial rehabilitation »³³⁵.

D. La procédure pénale

On mettra ici l'accent sur deux éléments. D'une part, l'évolution managériale ou régulatoire de la pénalité se traduit par un *changement de représentation* de la justice pénale. Autrefois associée à la figure symbolique d'une dame aux yeux bandés, parée du glaive et de la balance, la justice pénale fait aujourd'hui l'objet d'une représentation systémique, sous la forme d'un diagramme arborescent, avec entrées et sorties multiples, lieux d'interconnexions et couloirs de dérivation³³⁶.

D'autre part, dans une « nouvelle pénologie » orientée par la gestion/contrôle des risques, l'*identification des risques* que porte le déviant devient un enjeu d'expertise majeur³³⁷. En amont du système pénal peuvent être promus des dispositifs de détection des risques et de suivi comportemental des sujets détectés, dans une optique de prévention³³⁸. À l'intérieur du système pénal, des politiques de prévention (policière ou situationnelle³³⁹) peuvent également être orientées par le niveau de risque que représentent certains groupes de populations ou certains contextes environnementaux. Ainsi, les profils de risque sont introduits dans le travail policier³⁴⁰, pour cibler prioritairement certaines catégories de personnes ou fixer des priorités temporelles et/ou géographiques en termes de surveillance. Concernant la phase judiciaire, le recours au « profil de risque » pour calibrer la décision à prendre est utilisé avec une intensité variable selon les pays et de manière plus importante dans les pays anglo-saxons. Si le recours au « profil de risque » apparaît désormais aussi au stade sentenciel (pour déterminer la nature et l'intensité de la peine), il est surtout utilisé au stade post-sentenciel (pour décider de l'octroi d'une mesure de libération conditionnelle par exemple).

Pour établir le risque que représente le délinquant, on voit resurgir ces *échelles actuarielles de risques*, apparues dans les années 1920 mais aussitôt abandonnées en raison de leur faible fiabilité. Aujourd'hui, les échelles de risques de nouvelle génération ont pour objectif premier d'évaluer le risque de récidive d'un délinquant sur la base de sa ressemblance avec les membres d'un groupe qui ont adopté ce comportement infractionnel dans le passé et avec lesquels il partage un certain nombre de caractéristiques communes³⁴¹. C'est donc l'« appartenance à un groupe et non la situation individuelle qui détermine (...) la décision pénale »³⁴². Concrètement, le raisonnement actuariel consiste à récolter des informations concernant le délinquant sur une série de facteurs de risques ou « prédictors » (l'âge, le sexe, la couleur de peau, le passé

³³⁵ G. ROBINSON, « Late-modern rehabilitation. The evolution of a penal strategy », *Punishment & Society*, 2008, p. 434.

³³⁶ M. FEELEY et J. SIMON, « Actuarial Justice: the Emerging New Criminal Law », *op. cit.*, p. 173 à 204.

³³⁷ M. FEELEY et J. SIMON, *op. cit.*, 1992, p. 454 et 461 ; M. FEELEY et J. SIMON, *op. cit.*, 1994, p. 175 et 180 ; D. ROBERT, *op. cit.*, 2001, p. 77. L'expression « nouvelle pénologie » utilisée par FEELEY et SIMON peut sembler parfois trop étroite tant ces auteurs s'intéressent à (et illustrent) la présence d'une logique actuarielle dans l'ensemble de la justice pénale.

³³⁸ Pour une approche critique, voy. Y. CARTUYVELS, « Troubles de conduite et déviance : des amours en eaux troubles », *Rev. dr. pén. cr.*, 2009, n°4, p. 32 à 61.

³³⁹ Les mesures de prévention situationnelle ou de techno-prévention sont des mesures qui se centrent sur des groupes et des situations identifiées comme à risque. Ces mesures préventives cherchent moins à travailler sur les causes du crime qu'à cartographier les groupes et les conduites à risque en vue d'en minimiser les effets. Il s'agit d'identifier les bons prédictors et ainsi d'obtenir une détection rapide (M. FEELEY et J. SIMON, *op. cit.*, 2003, p. 94).

³⁴⁰ Ainsi, les premiers profils ayant influencé les interventions policières furent ceux du pirate de l'air ou du transporteur de drogues illégales. La combinaison d'une série de facteurs comportementaux sert à distinguer ces pirates ou ces transporteurs des autres voyageurs (M. FEELEY et J. SIMON, *op. cit.*, 1994, p. 177 et 183).

³⁴¹ H. KEMSHALL, *Understanding risk in criminal justice*, Open University Press, Glasgow, 2003, p. 65.

³⁴² B. HARCOURT, « Critique du champ pénal à l'âge actuariel », *Cahiers Parisiens/Parisian Notebooks*, vol. 3, 2007, p. 790.

judiciaire, le quartier d'habitation, etc.), de pondérer les différentes réponses grâce à un modèle de régression multiple et finalement d'attribuer un « score » de risque au délinquant. Le score global obtenu permet de classer le délinquant dans un sous-groupe auquel est attaché un niveau de risque³⁴³ et la réponse pénale correspondante. Les prédicteurs utilisés dans l'équation de régression sont dérivés de l'observation des comportements de délinquants antérieurs.

En pratique, l'*objet du risk assesment* opéré avec les échelles de risque est double. D'une part, il s'agit de classer les délinquants dans des groupes en fonction de leur profil de risque à des fins de contrôle adéquat. Ce profil est établi sur la base de deux types de prédicteurs, souvent comportementaux³⁴⁴ : des facteurs statiques de risque (âge, sexe, type et nombre d'antécédents judiciaires, etc.) auxquels on a joint, dans un second temps, des facteurs dynamiques ou « besoins criminogènes »³⁴⁵, soit des besoins sur lesquels il est possible d'agir pour réduire le risque de récidive (emploi, stabilité familiale, non usage de drogues...). Sur la base de cette double grille, les délinquants se voient allouer un score de risque et de besoin (*risks and needs score*) qui permet de définir le niveau de surveillance adéquat³⁴⁶. Mais d'autre part, dès lors qu'une action efficace sur les « besoins criminogènes » doit permettre de réduire la tendance à la récidive³⁴⁷, le score risk/need sert également à définir un programme comportemental de prise en charge du délinquant, programme en outre affiné en fonction de la « réceptivité » (*Responsivity*) de ce dernier (motivation, aptitudes cognitives, ...). Le modèle *Risk-Need-Responsivity* (RNR) se veut donc utile non seulement aux acteurs judiciaires pour calibrer la décision judiciaire en fonction du risque que représente l'individu mais aussi aux services de probation pour définir et adapter les programmes d'apprentissage dans une perspective de réduction des risques de récidive.

Même si au fil des années, les échelles de risque se sont affinées (*risk scales* puis *risk/need scales* et enfin le modèle *Risk-Need-Responsivity*) elles continuent de soulever différentes critiques.

Une première critique concerne l'apparente neutralité des échelles de risque. Ces dernières ont été promues pour remédier aux lacunes de l'expertise clinique de dangerosité, jugée subjective, voire arbitraire. Or, ces échelles sont peut-être moins « neutres » que promis. Au stade de leur élaboration, il apparaît que ces échelles, derrière leur image « scientifique », sont aussi « une construction sociale complexe et irrésolue, composée d'un mélange de facteurs politiques, culturels, institutionnels et personnels »³⁴⁸. Elles ne sont donc pas axiologiquement neutres ou dépourvues de valeurs et le choix des « besoins criminogènes » retenus illustre cette dimension. Seuls sont en effet pris en compte les besoins qui sont susceptibles d'être ciblés par un programme d'apprentissage³⁴⁹. Ces besoins concernent, pour l'essentiel, les domaines de

³⁴³ B. HARCOURT, *op. cit.*, 2011, p. 28.

³⁴⁴ M. FEELEY et J. SIMON, *op. cit.*, 1994, p. 177 et 183.

³⁴⁵ K. HANNAH-MOFFAT, « Criminogenic need and the transformative risk subject: the hybridizations of risk/need in penalty », *Punishment and Society*, 2005, p. 29 à 51.

³⁴⁶ J. SIMON, *op. cit.*, 1993, p. 130 et 174 à 176 ; M. LYNCH, *op. cit.*, 1998, p. 855 et 856.

³⁴⁷ Ils se distinguent des risques ou facteurs statiques (exemple : l'âge, le sexe, les délits antérieurs) qui sont immuables et rendent par conséquent les réponses incapacitantes les plus séduisantes (K. HANNAH-MOFFAT, « Criminogenic Needs and the Transformative risk subject. Hybridizations of risk/need in penalty », *Punishment and Society*, 2005, p. 29 à 51. K. HANNAH-MOFFAT. et M. SHAW, « Situation risquée : le risque et les services correctionnels au Canada », *Criminologie*, 2001, p. 47 à 72.).

³⁴⁸ T. GODDARD, « The indeterminacy of the risk factor prevention paradigm: A case study of community partnerships implementing youth and gang violence prevention policy », *Youth Justice*, 2014, p. 3 à 21, cité dans K. HANNAH-MOFFAT, « Criminogenic needs and Correctional Programming. Needle in a Haystack », *Criminology & Public Policy*, 2015, p. 116.

³⁴⁹ Pour une présentation de ces interventions « cognitives », voy. D. ANDREW et J. BONTA, *Psychology of criminal conduct*, Andersen, Cincinnati, 1998 ; K. HANNAH-MOFFAT, *op. cit.*, 2005, p. 29 ; B. QUIRION, *op. cit.*, p. 157. Les deux derniers auteurs développent une perspective critique.

l'emploi, des interactions sociales, de l'orientation émotionnelle, de l'abus de substances jugées problématiques, du fonctionnement dans la communauté ³⁵⁰. Les autres « besoins criminogènes » qui échappent à l'action possible du monde pénal ne sont pas pris en compte, au motif que « *If there is no solution, there is no problem* »³⁵¹. Ceci revient à souligner que des facteurs environnementaux (par exemple, l'exploitation économique ou la vulnérabilité sociale) sortent de l'image explicative du crime, ce qui n'est politiquement pas neutre.

Une deuxième critique souligne, qu'au stade de leur utilisation, ces échelles se confrontent elles aussi aux limites de l'objectivité évaluatrice. Le rêve algorithmique est celui d'une lecture machinique et automatisée des données récoltées. On en est relativement loin ici : diverses variables « dynamiques » qu'il s'agit de « scorer » (« faible habileté sociale », « favorable au crime », « pourrait mieux gérer son temps », « aucun intérêt personnel », etc.) sont clairement sujettes à interprétation dans le chef de l'évaluateur-cocheur. L'évaluation actuarielle des risques n'échappe pas à cette part (irréductible ?) de subjectivité dans l'évaluation qu'elle se donnait pour mission d'éliminer.

Une troisième critique concerne la valeur prédictive ou la fiabilité des échelles de risque en regard de la trajectoire future d'un individu. Les risques et besoins identifiés ne sont pas ceux qui émergent au terme d'un entretien singulier avec un individu, encore moins ceux que l'individu concerné percevrait ou identifierait lui-même. N'étant ni contextualisés, ni rapportés à l'individu lui-même, les « profils » sont peut-être susceptibles de fixer une loi générale, correcte en moyenne, mais rien ne garantit que cette loi soit pertinente en termes de prédiction dans le cas précis³⁵². C'est tout l'écart qui sépare une personne de son « double numérique », ce qui amène certains à conclure « qu'il est impossible de traiter des individus de manière juste s'ils sont traités comme des abstractions, déconnectés de leurs contextes de vie spécifiques »³⁵³.

Enfin, une quatrième critique souligne que le contexte d'adoption des techniques actuarielles traduit un certain désenchantement en matière de traitement des délinquants. En termes de projet social, elles symbolisent le passage d'un idéal de traitement des individus (*treatment*) à celui du traitement statistique de ces derniers (*processing*) à des fins d'optimisation fonctionnelle et de contrôle ³⁵⁴. Certains y voient la marque d'une pénalité « post-correctionnelle », déshumanisée, plus soucieuse de gérer des stocks ou des déchets sociaux que de réinclure les délinquants dans un projet commun³⁵⁵. À l'impuissance à agir sur les causes du crime répond la volonté d'en contrôler les effets.

³⁵⁰ K. HANNAH-MOFFAT, *op. cit.*, 2005, p. 35.

³⁵¹ K. HANNAH-MOFFAT, *ibidem*, p. 42).

³⁵² La fiabilité prédictive de ces « méthodes quantitatives néo-positivistes » est aujourd'hui à son tour contestée ; V. GAUTRON et E. DUBOURG, « La rationalisation des outils et méthodes d'évaluation : de l'approche clinique au jugement actuariel », *Criminocorpus. Revue d'Histoire de la justice, des crimes et des peines*, 26 janvier 2015, p. 1 à 20.

³⁵³ K. HANNAH-MOFFAT, « Gridlock or mutability: Reconsidering "gender" and risk assesment », *Criminology & Public Policy*, 2009, p. 215.

³⁵⁴ J. SIMON, *op. cit.*, 1988, p. 772 ; J. SIMON, *op. cit.*, 1993, p. 172.

³⁵⁵ Z. BAUMAN, « Social issues of Lawand Order », *British Journal of Criminology*, 2000, p. 205 à 221.

§ 7. Le retour d'une explication biologique du crime

Un siècle après le « criminel-né » de LOMBROSO resurgit un intérêt pour une explication biologique ou biosociale du crime.

LOMBROSO, avec le thème du « criminel-né » qui lui est cher, peut être considéré comme le père de la bio-criminologie. Son influence sera déterminante jusqu'à la Première Guerre mondiale. Le psychiatre-criminologue est reconnu, ses théories sur le criminel-né étudiées et discutées, en Europe et aux États-Unis. Puis, vient le déclin, devant l'absence de fondements scientifiques de ses théories, et le relais pris en Europe par une criminologie plus sociologique.

Dans l'entre-deux-guerres, l'intuition de Lombroso connaît toutefois un regain de faveur en Allemagne où les associations entre criminalité et anormalité, criminalité et dégénérescence, criminalité et hérédité, continuent à survivre. Une « criminologie biologique » émerge dans le cadre du projet nazi, laquelle soutient l'existence de « types criminogènes », soit l'existence de natures inférieures qui, mises dans certaines conditions, produisent le criminel.

Après la Deuxième Guerre mondiale, ce type d'approche a été très largement renvoyé aux oubliettes pour deux raisons. D'une part, l'essor du paradigme de la réaction sociale (*cf. supra*, §4) oriente la pensée pénale et criminologique vers une approche plus sociologique, centrée sur le fonctionnement du système pénal et non plus sur le criminel et l'explication de son passage à l'acte. D'autre part, le développement de la bio-criminologie nazie, qualifiée de « période la plus noire de la criminologie »³⁵⁶, contribue à disqualifier ce type d'approche essentialiste.

Cependant, la « bio-criminologie » ou « criminologie biosociale »³⁵⁷ change lentement de statut à partir des années 1980. Certains, aux États-Unis, estiment qu'il faut en finir avec le « tabou » imposé par l'expérience nazie. Ils rejettent également le « diktat » imposé par les approches constructivistes du crime qui imposent une lecture sociologique de la déviance au détriment des approches biosociales³⁵⁸. On assiste dès lors à un regain d'intérêt, même s'il reste timide, pour les fondements biologiques des comportements sociaux que la fascination pour la délinquance sexuelle vient alimenter.

Ceci se traduit par différents travaux qui présentent une certaine hétérogénéité. Ainsi, certaines études cherchent (à partir d'études quantitatives sur les jumeaux) à déterminer l'« hérédabilité » du crime, en d'autres termes la part des facteurs génétiques et des facteurs non génétiques (environnementaux³⁵⁹) dans l'explication de la criminalité. D'autres, estiment que cette manière d'aborder l'explication du crime n'est pas suffisamment « scientifique » et vont par exemple se centrer sur l'identification d'un gène associé à la violence³⁶⁰, décrédibiliser les facteurs environnementaux en indiquant, par des formules rhétoriques étonnantes, que les individus choisissent leur environnement en fonction de leur patrimoine génétique, s'intéresser aux neurones, à la fréquence cardiaque, aux hormones... pour expliquer le passage à l'acte et défendre l'intérêt de recourir aux expertises neuroscientifiques en justice pénale³⁶¹.

La tentation de « localiser la bête dans l'homme » réapparaît comme explication simple et rassurante qui conduit, dans une perspective déterministe, à « biologiser » ou à « médicaliser »

³⁵⁶ N. RAFTER, « Criminology's Darkest Hour: Biocriminology in Nazi Germany », *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 2008, p. 287 à 306.

³⁵⁷ J. LARREGUE, « La criminologie biosociale à l'aune de la théorie du champ. Ressources et stratégies d'un courant dominé de la criminologie états-unienne », *Déviance & Société*, 2017, p. 167 à 199.

³⁵⁸ R.A. WRIGHT et J.M. MILLER, « Taboo until today? The coverage of biological arguments in criminology textbooks, 1961 to 1970 and 1987 to 1996 », *Journal of Criminal Justice*, 1998, p. 1 à 19.

³⁵⁹ Le sens donné à ce concept de « variable environnementale » varie dans ces études : alimentation, lieu d'habitation... (J. LARREGUE, *Héréditaire. L'éternel retour des théories biologiques du crime*, Le Seuil, Paris, 2020).

³⁶⁰ La criminologie biosociale cherche davantage à expliquer la violence que la criminalité. En effet, vu le caractère variable (car construit) du crime, il paraît peu pertinent d'essayer de rechercher une cause « naturelle » au crime. La criminologie biosociale reste cependant (actuellement ?) focalisée sur la violence des classes populaires (il n'y a pas de véritables travaux sur le patrimoine génétique des criminels en col blanc, par exemple).

³⁶¹ Voy., par exemple, P. LARIEU, *Neurosciences et droit pénal. Le cerveau dans le prétoire*, Paris, L'Harmattan, 2015.

le problème social complexe de la délinquance³⁶². Les causes du problème sont « internes » à l'individu, ce qui permet de désocialiser et dépolitiser le problème de la déviance (les modes d'organisation sociale ne sont plus questionnés). Ce retour d'une explication biologique peut s'intégrer à une justice actuarielle (*cf. supra*, §6) en fournissant à cette dernière de nouveaux facteurs de risque (un « risque génétique ») pour prédire la délinquance.

Tout ceci relance la très vieille querelle entre partisans du déterminisme (génétique) et tenants du libre arbitre et de la responsabilité. En arrière-fond se dessine aussi un questionnement sur la compatibilité entre ce type d'explication biologique du criminel par la science et les catégories de l'État de droit.

De manière incidente (mais pas anecdotique pour autant), on soulignera que, comme à la fin du XIX^e siècle, cette discussion pénale s'alimente d'un débat qui se déploie dans le champ connexe de la santé mentale. Ici, un courant dominé par des psychologues cognitivo-comportementaux, se réclamant parfois de l'héritage lombrosien, réhabilite l'idée qu'il y aurait des individus prédisposés à la déviance ou à la commission d'« actes antisociaux » que l'on pourrait détecter en prenant appui sur les neurosciences³⁶³. Aux antipodes d'une approche constructiviste de la déviance, resurgit ici le fil lombrosien d'une « criminologie de l'Autre »³⁶⁴, postulant l'existence de crimes par nature et de criminels dotés par essence d'une « personnalité antisociale »³⁶⁵.

§ 8. Conclusion

Ce regard sur le trajet de la pensée pénale depuis le XVIII^e siècle jusqu'à nos jours fait apparaître à la fois des éléments de continuité et des points de rupture, des déplacements et des formes de circularité dans la manière d'aborder la question pénale et de reconstruire son objet d'études. De l'acte criminel à l'individu criminel ; de l'individu criminel vers la société à laquelle il appartient ; de la société perçue comme un ensemble aux acteurs qui en son sein participent aux processus de criminalisation et de création de la déviance ; des acteurs de la réaction sociale aux victimes de l'infraction pénale ; des victimes aux profils à risques criminels, voire au retour de l'individu dangereux déterminé. Évolutions et déplacements certes, mais aussi boucles étranges et métamorphoses, au sens d'un retour du même sous des formes différentes.

Aujourd'hui, ces différentes pensées sur le crime tendent à se combiner plus qu'à se remplacer, dans un *patchwork* éclectique d'influences diverses. Elles exercent toutes une influence et contribuent ainsi à l'émergence d'une pénalité multiple, parfois qualifiée de « volatile et contradictoire »³⁶⁶.

³⁶² Y. CARTUYVELS, « Troubles de conduite et déviance : des amours en eaux troubles », *Rev. dr. pén. crim.*, 2009, p. 33 et s.

³⁶³ Voy. les débats suscités en France par un rapport de l'INSERM consacré au dépistage des troubles de conduites chez les enfants de zéro à trois ans, INSERM, *Les troubles des conduites chez l'enfant et l'adolescent*, Paris, Éditions de l'INSERM, 2005.

³⁶⁴ D. GARLAND, *A culture of control*, op. cit.

³⁶⁵ Pour une approche critique, voy. J. ENGLEBERT et Ch. ADAM, « La "personnalité sociale", antithèse de la psychopathologie », *Déviance & Société*, 2017, p. 3 à 28.

³⁶⁶ P. O'MALLEY, "Volatile and Contradictory Punishment", *Theoretical Criminology*, 1999, p. 175 à 196.

Section 2. La généalogie du droit positif

Il est impossible ici de refaire l'histoire du droit pénal ou de la procédure pénale. On se contentera de rappeler les grandes étapes qui ont jalonné la création de notre droit pénal contemporain depuis le XVIII^e siècle.

§ 1. Les textes fondateurs : le Code pénal révolutionnaire (1791) et le Code pénal Napoléon (1810)

A. Le Code pénal révolutionnaire de 1791

Le 22 mai 1791, aux lendemains de la Révolution française, un *Rapport sur le projet de Code pénal* est présenté à l'Assemblée Constituante, au nom des comités de constitution et de législation criminelle, par Michel LEPELETIER DE SAINT-FARGEAU (1760-1793)³⁶⁷. Ce texte, essentiel³⁶⁸, situe le code en projet dans le « chaos » des anciennes institutions et développe, principalement en ce qui concerne les peines, la « théorie du nouveau système pénal » qui se fonde très largement sur les travaux des réformateurs et les idées de BECCARIA³⁶⁹. Le *Code pénal* est adopté le 6 octobre 1791.

La première partie, *Des condamnations*, porte sur les différentes peines, peines principales (la peine de mort, l'enfermement, le déshonneur, les travaux forcés publics) et peines accessoires (déchéance, interdiction, déportation). Les peines sont égales, personnelles, temporaires et les peines corporelles ont disparu. La seconde partie, *Des crimes et de leur punition*, définit les infractions et détermine les peines applicables. Celles-ci sont fixes à la fois dans leur nature et dans leur durée³⁷⁰, obéissant ainsi strictement au principe de légalité. La peine de mort, largement discutée, est en définitive maintenue³⁷¹. Quant à l'emprisonnement, qui deviendra au XIX^e siècle l'archétype de la peine moderne et de la peine « douce », il s'installe dans le système pénal.

À travers le mouvement des idées et des faits qui l'ont produit, ce premier Code pénal est profondément symbolique. Il traduit, tant par sa forme que par ses dispositions, une rupture radicale avec le droit pénal de l'Ancien Régime et pose les fondements du droit pénal moderne qui, aujourd'hui encore, gouvernent très largement la répression. Les postulats de ce que l'on appelle le *droit pénal classique* se mettent progressivement en place. Ainsi, le *libre-arbitre* est-il la condition générale de toute responsabilité³⁷². Le délinquant n'est, dès lors, ni « un monstre

³⁶⁷ Voy. F. LEPELETIER DE SAINT-FARGEAU, *Œuvres de Michel Lepeletier de Saint-Fargeau, avec une notice sur la vie et divers documents historiques*, 2^e éd., Bruxelles, 1834 ; S. PLAWSKI, « Lepeletier de Saint-Fargeau, auteur du projet de Code pénal de 1791 », *Rev. sc. crim.*, 1957, pp. 619 et s.

³⁶⁸ Il est reproduit dans P. LASCOUMES, P. PONCELA et P. LENOËL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du Code pénal*, Paris, Hachette, 1989, pp. 327-353.

³⁶⁹ *Rapport sur le projet de Code pénal*, par M. LEPELETIER DE SAINT-FARGEAU, en annexe de la séance du 23 mai 1791, *Archives parlementaires de la révolution françaises*, année 1887, pp. 327, 329.

³⁷⁰ Contrairement à ce que l'on pense généralement, ce sont les peines en matière criminelle qui sont fixes. En matière correctionnelle, seule la durée maximale de l'enfermement est fixée tandis que l'amende est soumise à différents modes de fixation.

³⁷¹ R. BADINTER, « Beccaria, l'abolition de la peine de mort et la révolution française », in CENTRO NATIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE, *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*, Atti del Congresso (Milano, 15-17 dicembre 1988), pp. 36 et s.; P. PONCELA, « L'acteur social-citoyen: premiers et derniers mots sur l'abolition de la peine de mort », *Acteur social et délinquance. Une grille de lecture du système de justice pénale*, Hommage au Professeur Christian Debuyst, Droit et société, 1991, pp. 207 et s.

³⁷² Selon R. MERLE et A. VITU, les pénalistes de l'Ancien Régime se fondaient également sur l'homme capable de raison, capable de distinguer le bien et le mal (*Traité de droit criminel*, 6^e éd., t. I, 1988, pp. 114-115, n° 65). Il s'agit de la notion philosophique du libre arbitre qui s'identifie avec la liberté humaine ; cf. *infra*, § 2. Le Code pénal belge de 1867 : la notion persiste, mais dans sa dimension religieuse, dans le droit néoclassique.

ni un malade »³⁷³, mais le violateur lucide du pacte social. La peine, qui est la conséquence légale du délit, est le signe de cette liberté du citoyen. Par ailleurs, l'*utilité* est le principe et la mesure de la peine.

B. Le Code pénal Napoléon de 1810

À l'aube du XIX^e siècle, l'après-révolution a commencé. Les juristes de Bonaparte reprennent l'entreprise de la codification et celle-ci se déroulera de 1801 à 1810. Pour ses auteurs, le passage s'opère de l'idéalisme au réalisme, de l'utopie au pragmatisme, de l'humanité à la sécurité. L'état d'esprit est « de stabiliser certains acquis de la Révolution tout en garantissant le rétablissement d'un ordre »³⁷⁴.

En regard du texte précédent, l'option est sécuritaire. Peu de référence aux théories pénales réformatrices de la fin du XVIII^e siècle sont faites dans un projet de réforme qui met surtout l'accent sur le maintien de l'ordre : « Chaque jour cependant, la société doit être conservée; et à des calamités présentes, il faut opposer des remèdes rapides: tel est le but des lois criminelles et du Code pénal »³⁷⁵.

Largement influencé par BENTHAM³⁷⁶, le Code de 1810 est marqué par une philosophie utilitariste, sans oublier la dimension rétributive inspirée des doctrines de KANT³⁷⁷. Il en résulte un texte plus sévère et rigoureux, notamment sur le plan des peines, même si le texte (ré)introduit un système de peines flexibles avec, pour chaque infraction, un minimum et un maximum légalement fixés. Centré essentiellement sur la question des incriminations et des peines, le texte est moins développé en ce qui concerne les principes généraux du droit pénal ou les règles portant par exemple sur la participation criminelle, les excuses ou les causes de justification qui sont réglées de manière plus incidente.

§ 2. Le Code pénal belge de 1867 : une œuvre néoclassique

Si, historiquement, l'entreprise de la codification est liée soit à un moment révolutionnaire, comme en 1791, soit à un régime politique fort, comme en 1810, elle est également étroitement liée à l'avènement des nationalités. Le Code pénal belge s'inscrit dans cette perspective même si, comme nous le verrons, il est essentiellement porté par un courant doctrinal.

A. Les prémisses

1. La période hollandaise (1814-1830)

Suite au traité de Vienne en 1815, la Belgique est réunie aux Provinces-Unies³⁷⁸ où se trouvait appliqué le Code pénal Napoléon de 1810. L'article 163 de la loi fondamentale du Royaume

³⁷³ *Ibid.*

³⁷⁴ *Ibid.*, p. 213.

³⁷⁵ J.B. TARGET, J.B. TARGET, « Observations sur le projet de Code criminel », in J.G. LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France. Commentaire et compléments des codes français*, 1827-32, vol. XXIX, p. 7.

³⁷⁶ Voy. P. PONCELA, « L'empreinte de la philosophie utilitariste sur le droit pénal français », *La peine, quel avenir ?*, Paris, Le Cerf, 1983, pp. 51 et s.

³⁷⁷ Pour Emmanuel KANT, la peine est un impératif catégorique écrit dans la conscience. Il faut que justice se fasse parce qu'il existe une loi morale supérieure qui exige que le crime ne reste pas impuni. Il reprend l'idée de l'expiation morale (*punitur quia peccatum est*) et de la souffrance qui justifie le retour des peines perpétuelles et des châtiments corporels.

³⁷⁸ *Pasin.*, 1814-1815, p. 199.

des Pays-Bas du 24 août 1815 prescrit très vite la rédaction de codes nouveaux³⁷⁹, car Guillaume I^{er} voyait dans un code national (en fait, typiquement néerlandais), le moyen d'assurer l'union entre les nouvelles provinces réunies³⁸⁰. En 1827, le gouvernement hollandais transmettra aux États généraux un projet de Code pénal³⁸¹, qui suscitera dans les provinces du Sud (Belgique) une opposition unanime. Ce texte, qualifié de « hideux », fut abandonné en 1828³⁸². Sur le plan législatif, on retiendra de cette période les arrêtés du prince souverain du 9 septembre 1814 et du 20 janvier 1815 qui instaurent (avant la loi française de 1832), un système de circonstances atténuantes³⁸³.

2. *La Constitution de 1831 et la révision des codes*

À l'indépendance, le Code pénal de Napoléon reste d'application en Belgique. Toutefois, la *Constitution* du 7 février 1831, qui contient d'importantes dispositions en matière pénale³⁸⁴, prescrit en son article 139, 11° la révision des codes, dont le Code pénal, « dans le délai le plus bref ».

Le 1^{er} août 1834, le ministre de la Justice LEBEAU présente à la Chambre des représentants un *projet de loi portant réforme du Code pénal de 1810*³⁸⁵. Cette réforme incomplète, très largement inspirée par la loi française du 28 avril 1832 sur les circonstances atténuantes, ne fut pas discutée. Les observations critiques de J.J. HAUS contribueront largement à enterrer le texte³⁸⁶, tout en posant les balises du futur Code pénal belge de 1867.

B. L'influence de la pensée pénale néoclassique et le Code pénal de 1867

En France, la doctrine pénale est dominée dès le début du XIX^e siècle par l'École néoclassique, représentée par GUIZOT (1787-1874)³⁸⁷ et surtout par Pelegrino ROSSI³⁸⁸. Associant à l'objectif d'utilité sociale promu par le Code pénal Napoléon un idéal de justice morale, l'école néoclassique cherche à rééquilibrer le curseur entre les inspirations de BENTHAM et de KANT. La volonté est aussi de lutter contre l'excessive sévérité du Code pénal Napoléon, laquelle a aussi pour effet de favoriser l'ineffectivité de peines jugées trop sévères.

La volonté réformiste est incarnée par une loi du 28 avril 1832 portant révision du Code pénal qui réalise deux réformes significatives portant seulement – et à dessein – sur le régime des

³⁷⁹ *Pasin.*, 1815, p. 333. Notons que l'article 171 abroge la peine de confiscation générale (*Ibid.*, p. 340).

³⁸⁰ J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique ou Commentaire et complément du Code pénal belge*, t. 1, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1867, Introduction, pp. II-III : « Le gouvernement voulait asseoir le nouveau royaume sur une base solide, et il pensait, non sans raison, que l'introduction immédiate d'une législation nationale uniforme serait un lien puissant entre les diverses provinces ».

³⁸¹ *Ontwerp-Wetboek van strafrecht*, Verslag der handelingen van de tweede kamer der Staten-generaal gedurende de zitting van 1826-1827, gehouden te Brussel, van 16 oktober 1826 tot 8 mei 1827, 1ste deel, n° XXIII.

³⁸² J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique ou Commentaire et complément du Code pénal belge*, t. 1^{er}, Bruxelles, Bruylant, 1867, pp. III et IV.

³⁸³ Arrêté du prince souverain du 9 septembre 1814 autorisant les cours à atténuer les peines de réclusions portées par le Code pénal (*Pasin.*, 1814-1815, p. 257) et arrêté du prince souverain du 20 janvier 1815 qui autorise les cours à commuer la peine des travaux forcés en celle de la détention, et à exempter de l'exposition publique (*Ibid.*, p. 455).

³⁸⁴ Voy. E. HUYTTENS, *Discussions du congrès national de Belgique*, t. II, Bruxelles, Adolphe Wahlen, 1844, p. 484.

³⁸⁵ *Doc. parl.*, Chambre, 1833-1834, 1 vol., 281 p. La commission LEBEAU était composée de CRUTS, PLAISANT, LECLERCQ, DE FEMELMONT et DE VISSCHER (rapporteur).

³⁸⁶ Cf. J.J. HAUS, *Observations sur le projet de révision du Code pénal présenté aux chambres belges ; suivies d'un nouveau projet*, 3 parties, Gand, L. De Busscher-Braeckman, 1835-1836. Le « Discours préliminaire » publié dans la première partie (pp. 1 à 40) est un exposé historique sur l'évolution du droit pénal, notamment dans les Pays-Bas autrichiens avant leur réunion à la France (pp. 9 à 20).

³⁸⁷ Fr. GUIZOT, *Des conspirations et de la justice politique. De la peine de mort en matière politique*, Paris, Sautet-Alexandre Mesnier-J. Barbezat, 1822, repr., Paris, Fayard, 1984.

³⁸⁸ P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, op. cit.

peines³⁸⁹. D'une part, elle supprime les supplices (carcan, marque, etc.), vestiges d'une pénalité sur le corps maintenue en 1810; d'autre part, elle tempère la rigueur des pénalités, en généralisant à toutes les catégories d'infractions le système des circonstances atténuantes. L'*individualisation* de la peine s'inscrit dans les textes³⁹⁰. On soulignera encore que la pensée pénale néoclassique est aussi marquée par le développement de la *technique juridique*. Un accent plus important sera mis sur les principes généraux du droit pénal, ce dont témoigneront les nombreuses codifications pénales réalisées en Europe au XIXe siècle³⁹¹. Le Code pénal italien de 1899 (le *Code Zanardelli*) est le plus significatif de cette volonté de perfection législative.

En Belgique, J.J. HAUS et J.S.G. NYPELS sont des représentants de cette école. Chargé de préparer les avant-projets et de rédiger les exposés des motifs, HAUS notamment va jouer un rôle quasiment exclusif dans l'élaboration du Code pénal de 1867. Il en résultera une très grande personnalisation du code, que certains voulaient déjà à l'époque appeler le *Code Haus*, témoignant ainsi de la dimension essentiellement doctrinale de l'œuvre³⁹². Sur le plan pénal, HAUS se réclame du juriste Pelegrino ROSSI qu'il cite fréquemment et s'oppose radicalement à la doctrine utilitariste de BENTHAM qui a fondé les principes du Code pénal de 1810³⁹³. Représentant exemplaire de l'école néoclassique, J.J. HAUS place au centre de sa pensée la notion d'expiation et son corollaire, l'amendement. Pour lui, « le principe de l'expiation et celui de l'intérêt public constituent les deux éléments sur lesquels repose la légitimité de la peine sociale »³⁹⁴. J.J. HAUS s'oppose, en quelque sorte par anticipation, à la doctrine de la défense sociale qui commence à apparaître en Belgique, notamment avec A. PRINS³⁹⁵.

Très largement rédigé par J.J. HAUS, le Code pénal entre en vigueur le 15 octobre 1867³⁹⁶. Œuvre de réforme, le Code pénal de 1867 vise moins à créer un nouveau code pénal qu'à réformer l'ancien. Selon les termes de HAUS, il ne s'agit que « d'une *révision* de notre législation pénale, et non d'un code entièrement nouveau. Ce serait une folie de renverser le Code pénal de fond en comble et de le remplacer par un système tout différent, pour le plaisir seul de créer une législation nationale ». Il n'est donc pas question de « bouleverser... notre système pénal mais seulement d'en corriger les parties défectueuses et d'en combler les

³⁸⁹ A. CHAUVÉAU, *Code pénal progressif ; commentaires sur la loi modificative du Code pénal*, Paris, rue Coquellière, 27, 1832.

³⁹⁰ M. FOUCAULT décèle dans cette loi la première déviation par rapport à la perfection de l'équation classique : « Sous le nom de crimes et de délits, on juge bien toujours des objets juridiques définis par le Code mais on juge en même temps des passions, des instincts, des anomalies, des infirmités, des inadaptations, des effets du milieu ou de l'hérédité; on punit des agressions mais à travers elles des agressivités, des violents mais en même temps des perversions, des meurtres qui sont aussi des pulsions et des désirs » (*Surveiller et punir, op. cit.*, pp. 22-23) ; voy. R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale, op. cit.*

³⁹¹ En Espagne de 1822 à 1870 ; en Russie en 1845 ; au Portugal en 1852 et 1886 ; dans les pays scandinaves en 1842, 1864 et 1866 ; en Autriche en 1852 ; en Belgique en 1867 ; en Allemagne en 1870 ; aux Pays-Bas en 1881.

³⁹² Cf. la nécrologie de HAUS dans la *Belgique Judiciaire*, t. 39, 13 mars 1881, col. 336. Voy. aussi J. DE BROUWER, « Jacques-Joseph Haus et l'esprit de la réforme du Code pénal de 1810 », *J.T.*, n° 6413, 2010, pp. 646 et s.

³⁹³ Critiquant le Code pénal de 1810, J.J. HAUS estime : « C'est la base sur laquelle repose le Code pénal qui est vicieuse. Cette base est l'utilité, la seule utilité ; quant à la justice, elle est foulée aux pieds » (*Observations sur le projet de révision du Code pénal présenté aux chambres belges ; suivies d'un nouveau projet, op. cit.*, première partie, p. 25). Il s'en prend sévèrement à ce passage de TARGET : « C'est la nécessité de la peine qui la rend légitime... La gravité des crimes se mesure donc, non pas tant sur la perversité qu'ils annoncent que sur les dangers qu'ils entraînent » (*Ibid.*, pp. 25-26 ; J.B. TARGET, « Observations sur le projet de Code criminel », in J.G. LOCRE, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France. Commentaire et compléments des codes français*, 1827-32, vol. XXIX, p. 8). Que ce soit le danger et non la perversité qui constitue la mesure du crime lui paraît une « théorie funeste ».

³⁹⁴ R. WARLOMONT, « J.J. Haus », *Biographie nationale*, Académie royale des Sciences, des Lettres et des Beaux-arts de Belgique, t. 38, supplément t. 10, Bruxelles, Bruylant, 1973-74, p. 310.

³⁹⁵ Cf. *infra*, § 3. Le droit pénal et la défense sociale.

³⁹⁶ L'arrêté royal du 14 novembre 1926 publie une traduction officielle du Code en langue néerlandaise mais celle-ci n'a pas la valeur authentique du texte original en français. Il faudra attendre la loi du 10 juillet 1964 pour que la version flamande officielle du Code pénal de 1867 soit approuvée.

lacunes »³⁹⁷. Les modifications introduites concernent surtout le droit pénal général qui, comme nous l'avons vu, avait été peu traité dans les textes antérieurs (la tentative, le concours, la participation criminelle, etc.). Elles témoignent d'une grande qualité technique. En ce qui concerne les infractions, beaucoup de qualifications ont été maintenues mais les peines ont été diminuées³⁹⁸.

§ 3. Le droit pénal et la défense sociale

À peine le Code de 1867 était-il formulé que s'inscrivait dans le droit pénal un tout autre « discours de vérité »³⁹⁹. Le « krach » de la répression secoue et inquiète l'Europe de la fin du XIX^e siècle. Les caractères du droit pénal, son juridisme, son abstraction, conçus autrefois comme des garanties de la liberté individuelle, apparaissent comme les raisons de l'inefficacité de la lutte contre la délinquance. Dans son étude de 1886, *Criminalité et répression*, A. PRINS situe bien la nature de la réaction : « Les classifications exagérées, les subdivisions minutieuses qui veulent saisir les moindres nuances et s'occuper des plus petits détails forment un engrenage inextricable... Et pendant que les magistrats, livrés à de véritables opérations d'arithmétique, se perdent au milieu de calculs compliqués, d'un fouillis de dénominations légales et de distinctions d'école, ils doivent nécessairement oublier et le caractère social de leurs fonctions et le caractère objectif de la peine. Le droit, reflet puissant de la réalité vivante, devient ainsi une scolastique vide et stérile »⁴⁰⁰.

A. La révolte positiviste

C'est dans ce creux que va s'infiltrer l'influence de la doctrine positiviste italienne⁴⁰¹. Quels sont les postulats de cette doctrine ? Alors que le délinquant classique est politiquement ou moralement libre, l'*homo criminalis* de l'école criminelle positive est socialement ou biologiquement déterminé. La notion de responsabilité, fondée sur le libre-arbitre, constitue une entrave à la protection de la société qui est la fonction assignée au droit pénal. Celui-ci doit, dans cette perspective, intervenir sur base du critère de l'état dangereux. L'infraction n'est dès lors pas un fait juridique abstrait mais un fait humain et social naturel qu'il importe d'examiner non pas objectivement en droit, mais subjectivement par rapport à la personnalité concrète de son auteur. Les peines doivent, quant à elles, être à la fois préventives et défensives.

B. L'Union internationale de droit pénal

L'influence des idées positivistes va se « fondre » dans les systèmes juridiques et le droit pénal de nombreux pays d'Europe occidentale par l'Union internationale de droit pénal⁴⁰², fondée à

³⁹⁷ « Premier rapport, correspondant aux chapitres I, II et III du projet, comprenant le système pénal, fait au nom de la commission du gouvernement par M. J.J. Haus et adressé à M. le ministre de la Justice », in J.S.G. NYPELS, *Législation criminelle de la Belgique ou Commentaire et complément du Code pénal belge*, op. cit., n° 15, p. 23.

³⁹⁸ A. DELEBECQUE, *Les codes en vigueur en Belgique avec les modifications introduites de 1814 à 1882*, Bruxelles-Liège, Librairies Polytechniques De Decq, 1882. Sur l'évolution du régime des peines entre le Code pénal de 1810 et celui de 1867, voy. M. VAN DE KERCHOVE, « La peine, de 1810 à 1867, entre changement et continuité », *J.T.*, 2010, n° 6413, pp. 677 et s.

³⁹⁹ Cf. M. FOUCAULT, *L'ordre du discours*, Paris, Gallimard, 1971, p. 20 : « Un ensemble aussi prescriptif que le système pénal cherche ses assises dans un savoir sociologique, psychologique, médical, psychiatrique : comme si la parole même de la loi ne pouvait plus être autorisée, dans notre société, que par un discours de vérité ».

⁴⁰⁰ A. PRINS, *Criminalité et répression. Essai de science pénale*, Bruxelles-Leipzig, Librairie européenne C. Muquardt, Merzbach et Falk, 1886, pp. 86-87.

⁴⁰¹ Voy. *supra*, Section 1. Points de repère de la pensée pénale.

⁴⁰² « Le centenaire de l'Union/Association internationale de droit pénal », *Rev. int. dr. pén.*, 1990, pp. 27-353 ; J. SACE, « L'Union internationale de droit pénal », in *Cent ans de criminologie à l'U.L.B. Adolphe Prins, L'Union internationale de droit pénal, le Cercle universitaire pour les études criminologiques, sous la direction de P. Van der Vorst et Ph. Mary*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 45 et s.

Berlin en 1889 par l'Allemand Fr. VON LISZT (1851-1919)⁴⁰³ le Hollandais G. VAN HAMEL (1842-1917)⁴⁰⁴ et le Belge A. PRINS (1845-1919)⁴⁰⁵. Cette création marque aussi le développement du droit pénal comparé en manière telle que les initiatives législatives qui sont désormais prises en Belgique participent à une sorte de droit pénal commun à l'Europe de la défense sociale.

C. Adolphe Prins, réformateur en Belgique

Au niveau national, les théories positivistes vont être « reçues » dans le champ pénal par l'intermédiaire de la défense sociale⁴⁰⁶. En Belgique, cette doctrine se construit dans l'œuvre d'Adolphe PRINS⁴⁰⁸. Empruntant à l'école positive le principe du déterminisme et la notion d'état dangereux, Prins souligne que la priorité du droit pénal c'est la défense de la société contre le crime ou « à travers la diversité des formes juridiques, ... le maintien de l'ordre »⁴⁰⁷.

Sur le plan législatif, Prins sera à l'origine de lois complémentaires du Code pénal, qui traduisent les orientations de la défense sociale et qui s'écartent, dans leurs principes, des fondements du droit pénal classique. On citera ici la *loi du 31 mai 1888 établissant la libération conditionnelle et les condamnations conditionnelles dans le système pénal*, destinée à « enrayer le péril moral et social de la récidive » ; la *loi du 27 novembre 1891 pour la répression du vagabondage et de la mendicité* qui organise un internement de sûreté en vue de la réadaptation⁴⁰⁸ ; un projet de loi du 10 octobre 1889 sur la protection de l'enfance qui deviendra la *loi du 15 mai 1912 sur la protection de l'enfance* ou encore la *loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude*⁴⁰⁹. Ces lois s'articulent autour des notions de diagnostic et de danger, de traitement et de protection, d'adaptation et de réhabilitation, de mesure et de durée indéterminée. Elle fait une place plus importante à l'état (dangereux) de la personne qu'à la gravité de son acte pour orienter sa trajectoire pénale.

D. La défense sociale nouvelle

Après la Seconde Guerre mondiale, l'influence de la *défense sociale nouvelle*, qui se développe sur le plan international, se fait sentir dans la pensée et la pratique pénales en Belgique. Ce mouvement introduit une nouvelle conciliation. D'un côté, il se situe dans la filiation de la

⁴⁰³ Cf. A. DE NAUW, « À propos de la vie et de l'œuvre de von Liszt : la notion d'antijuridicité matérielle et le droit pénal belge », in *Cent ans de criminologie à l'U.L.B. Adolphe Prins, L'Union internationale de droit pénal, le Cercle universitaire pour les études criminologiques, sous la direction de P. Van der Vorst et Ph. Mary*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 93 et s.

⁴⁰⁴ Cf. C. ELIAERTS, « La vie et l'œuvre de Van Hamel », in *Cent ans de criminologie à l'U.L.B. Adolphe Prins, L'Union internationale de droit pénal, le Cercle universitaire pour les études criminologiques, sous la direction de P. Van der Vorst et Ph. Mary*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 69 et s.

⁴⁰⁵ R. BEAUTHIER et J. VANDERLINDEN, « Prins et l'histoire du droit pénal », in *Cent ans de criminologie à l'U.L.B. Adolphe Prins, L'Union internationale de droit pénal, le Cercle universitaire pour les études criminologiques, sous la direction de P. Van der Vorst et Ph. Mary*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 221 et s.

⁴⁰⁶ Sur le plan pénitentiaire, c'est Louis VERVAECK, médecin à l'administration des prisons, qui sera le pionnier de l'introduction des idées de l'école criminelle positive. Il était surnommé le LOMBROSO belge.

⁴⁰⁷ A. PRINS, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, op. cit., p. 55.

⁴⁰⁸ Voy. W. DEPREUW, *Landlopers, bedelaars en thuislozen. Een socio-historische analyse van repressie, bijstand en instellingen*, Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen, 1988. La loi du 12 janvier 1993 contenant un programme d'urgence pour une société plus solidaire (M.B., 4 février 1993) abroge les articles 342 à 347 du Code pénal relatifs aux délits contre la sécurité publique commis par des vagabonds ou des mendiants (art. 26) ainsi que la loi du 27 novembre 1891 pour la répression du vagabondage et de la mendicité (art. 27).

⁴⁰⁹ M. VAN DE KERCHOVE, « L'organisation d'asiles spéciaux pour aliénés criminels et aliénés dangereux. Aux sources de la loi de défense sociale », *Généalogie de la défense sociale en Belgique (1880-1914)*, textes recueillis par Fr. Tulkens, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988., pp. 113 et s. ; J. GOETHALS, « Krankzinnigheid en delinquentie anno 1900. Problemen en oplossingen als aanloop naar de wet ter bescherming van de maatschappij », *Panopticon*, 1990, pp. 369 et s. ; F. SENCIE, « Prins et la loi belge de défense sociale », *Cent ans de criminologie à l'U.L.B., op. cit.*, pp. 141 et s. La loi du 9 avril 1930 a été remplacée par la loi du 1^{er} juillet 1964 de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude. Sur l'histoire et la pratique de cette législation, voy. J. GOETHALS, *Abnormaal en Delinkwent. De geschiedenis en het actueel functioneren van de wet tot bescherming van de maatschappij*, Anvers-Arnhem, Kluwer rechtswetenschappen-Gouda Quint, 1991.

défense sociale originaire, en ce qu'il recherche les moyens pratiques de lutter contre la criminalité et de protéger la société ; le droit criminel est chargé de réaliser ce devoir de l'État. D'un autre côté, il s'en sépare en ce qu'il entend se conformer à la conscience sociale et assurer d'abord le respect des valeurs humaines et des droits de l'homme, sur la base du principe de la légalité.

En d'autres termes, le courant de la défense sociale se veut plus humaniste, comme le souligne le titre de l'ouvrage de Marc ANCEL publié en 1954 : *La défense sociale nouvelle. Un mouvement de politique criminelle humaniste*⁴¹⁰. L'accent est mis sur la resocialisation et la réintégration des délinquants, sur fond d'une conception optimiste de l'homme. La réforme de la loi sur les anormaux mentaux en 1964 et de celle relative à la protection de la jeunesse en 1965 ainsi que l'adoption de la loi du 29 juin 1964 concernant la suspension, le sursis et la probation – qui est également une loi complémentaire du Code pénal – s'inscrivent dans cette orientation.

§ 4. L'entreprise de réforme du Code pénal

Si, sur le plan doctrinal, le fait marquant de la fin des années 1960 et du début des années 1970 est la réflexion sur les « frontières de la répression »⁴¹¹, engagée dans le contexte international de la question de la décriminalisation et de la dépénalisation⁴¹², la fin de la décennie verra la mise en chantier des travaux de réforme des codes. La plupart des réformes n'aboutiront pas, mais la fin du 20^{ème} siècle et le début du 21^{ème} siècle connaîtront une activité législative intense alimentée, pour l'essentiel par l'exécution des engagements européens et internationaux de la Belgique⁴¹³ et par la survenance d'événements exceptionnels tels que l'« affaire Dutroux » ou les attentats terroristes dont les retombées législatives ont été extrêmement importantes⁴¹⁴. Au cours de la législature 2014-2019, deux projets de réforme du droit pénal et de la procédure pénale ont été discutés au sein du gouvernement, sans toutefois aboutir.

A. La réforme du Code pénal dans les années 1970

Le texte fondateur est l'*arrêté royal du 6 avril 1976* portant création d'une commission pour la révision du Code pénal, dont la mission est de faire rapport sur les orientations de la réforme et de présenter, ensuite, au ministre de la Justice, un « avant-projet de loi contenant un nouveau Code pénal ainsi que les autres modifications législatives que la réforme proposée rendrait

⁴¹⁰ M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle. (Un mouvement de politique criminelle humaniste)*, 3^e éd., Paris, Cujas, 1981. La position de F. GRAMATICA est plus radicale en ce qu'il substitue la défense sociale au droit pénal : l'objectif de l'amélioration de l'individu doit permettre toutes les mesures d'intervention sociales, appliquées à tous les sujets inadaptés (*Principi di difesa sociale*, Padoue, Cedam, 1961, trad. fr. Paris, Cujas, 1964). La Société internationale de défense sociale est fondée en 1949 et elle adopte, en 1954, un « Programme minimum » (*Rev. sc. crim.*, 1954, pp. 807-809 et 1955, pp. 562-568) qui fait l'objet d'un addendum par M. ANCEL en 1984 (voy. *Cahiers de défense sociale*, 1988, pp. 197-192).

⁴¹¹ *Les frontières de la répression*, Actes du colloque international organisé par l'Université libre de Bruxelles sous la direction de R. LEGROS, 2 t., Bruxelles, Ed. de l'Université de Bruxelles, 1974.

⁴¹² M. VAN DE KERCHOVE, *Le droit sans peines. Aspects de la dépénalisation en Belgique et aux États-Unis*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987 ; Fr. TULKENS, *Surcriminalisation et décriminalisation. Les choix de la justice pénale aux États-Unis à la fin des années 1960 (1975)*, Louvain-la-Neuve, Département de criminologie et de droit pénal, Document de travail, 17/1, 1987.

⁴¹³ Cf. *infra*, Syllabus II, Chapitre I. Le droit pénal, Section 4. Les sources du droit pénal, § 2. Une légalité élargie.

⁴¹⁴ Cf., notamment M. VAN DE KERCHOVE, « Les réactions législatives aux disparitions d'enfants. "L'affaire Dutroux", paradigme de l'accélération du temps juridique ? », *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, pp. 1075 et s. ; « Les mouvements législatifs consécutifs aux affaires de délinquance sexuelle », *Sexe et normes*, sous la direction de Ch. ADAM, D. DE FRAENE, Ph. MARY, C. NAGELS et S. SMEETS, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 19 et s. ; D. BIGO, *L'impossible cartographie du terrorisme, Culture et Conflits*, URL : <http://conflits.revues.org/1149> ; K. BANNELIER, Th. CHRISTAKIS, O. CORTEN, B. DELCOURT, *Le droit international face au terrorisme. Après le 11 septembre 2001*, Pedone, Paris ; F. DUBUISSON, « La définition du « terrorisme » : débats, enjeux et fonctions dans le discours juridique », *Confluences Méditerranée*, 2017/3 (N° 102), p. 29-45 ; L. HENNEBEEL et D. VANDERMEERSCH (dir.), *Juger le terrorisme dans l'État de droit*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 17-54.

nécessaires » (art. 2). Le *Rapport au Roi*, qui indique les intentions de la réforme, évoque deux ordres de préoccupations : d'une part, les transformations des conditions matérielles et humaines de la vie qui « ont modifié les données de la lutte contre la délinquance »; d'autre part, l'existence de certains comportements nouveaux qui « menacent la sécurité et inquiètent l'opinion ». À cet effet, la recherche de voies nouvelles de répression entend mieux protéger les droits essentiels des individus et de la collectivité et concilier, dans une action de défense sociale, « les exigences de l'efficacité et de l'humanité »⁴¹⁵. Le *Rapport sur les principales orientations de la réforme* présenté par la commission pour la révision du Code pénal en juin 1979⁴¹⁶ suscita diverses observations et analyses⁴¹⁷.

L'arrêté royal du 8 avril 1983 nomma un commissaire royal (M.R. LEGROS, professeur à l'Université libre de Bruxelles et premier président de la Cour de cassation) et un commissaire royal adjoint (M.J. D'HAENENS, professeur à la Rijksuniversiteit Gent, conseiller à la Cour de cassation et président de la commission de révision du Code pénal) à la réforme du Code pénal. L'arrêté royal précise que l'avant-projet comprendra la partie générale du droit pénal (art. 1^{er} à 100) ainsi que les propositions nécessaires pour permettre une application de cette partie générale, sans attendre que la réforme du droit pénal spécial soit achevée. Le 28 janvier 1986, le ministre de la Justice rend public l'*Avant-projet du Code pénal* de M.R. LEGROS, en annonçant qu'il procédera à une très vaste consultation au sujet des réformes proposées⁴¹⁸. L'énoncé des articles est suivi d'un exposé des motifs qui constitue une contribution doctrinale significative⁴¹⁹.

En 1986, la commission pour la révision du Code pénal dépose à son tour ses observations sur le texte du commissaire royal⁴²⁰, et, en septembre de la même année, un *comité de rédaction* est chargé de déposer un projet de Code pénal. Si le projet de Code pénal n'a jamais vu le jour et a suscité un certain scepticisme⁴²¹, certaines réformes s'en inspirent comme la loi du 27 avril 1987 sur la motivation des peines ou la loi du 10 juillet 1996 portant abolition de la peine de mort et modifiant les peines criminelles.

B. La réforme du Code pénal aujourd'hui

Le chantier de la réforme du droit pénal fut relancé en 2014, sous la 54^e législature, lorsque le gouvernement annonça une réforme et une modernisation de la matière pénale. Le ministre de la Justice, Koen GEENS, détaillé dans son « plan justice » ses projets en vue de réformer le droit pénal, la procédure pénale et l'exécution des peines⁴²².

⁴¹⁵ Pasin., 1976, p. 735.

⁴¹⁶ COMMISSION POUR LA REVISION DU CODE PENAL, *Rapport sur les principales orientations de la réforme*, Bruxelles, Moniteur, 1979.

⁴¹⁷ AFDELING STRAFRECHT, STRAFVORDERING EN CRIMINOLOGIE VAN DE RECHTSFACULTEIT (K.U.L.), « Open brief aan de Minister van Justitie over de hervorming van het strafrecht », *Panopticon*, 1980, pp. 317 et s.; Fr. TULKENS, « Aspects particuliers de la réforme du droit pénal », *Ann. Dr.*, 1983, pp. 13 et s.; Fr. TULKENS, « La réforme du Code pénal en Belgique. Question critique », *Déviance et société*, 1983, pp. 197 et s.

⁴¹⁸ R. LEGROS, *Avant-projet de Code pénal*, préface de J. GOL, vice-premier ministre et ministre de la Justice, Bruxelles, Moniteur, 1985, 216 p.

⁴¹⁹ Fr. TULKENS, « À propos de la réforme du Code pénal. Analyse de l'avant-projet de Code pénal de M. R. Legros, commissaire royal à la réforme du Code pénal », *J.T.*, 1987, pp. 557 et s., 573 et s.

⁴²⁰ COMMISSION POUR LA REVISION DU CODE PENAL, Observations de la commission sur l'avant-projet de Code pénal de M. Robert Legros, commissaire royal à la réforme du Code pénal, Bruxelles, Moniteur, 1988, 112 p.

⁴²¹ Cf. notamment Fr. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, « Un nouveau code pénal ? Conclusions », *Vers un nouveau code pénal ? Les exemples belge et français*, *Journ. proc.*, n° 116, 13 novembre 1987, pp. 56 et s.; F. BARTHOLEYNS, « La codification en droit pénal : une voie sans issue? », *Actualité de la codification. Droit belge et européen*, *Rev. dr. U.L.B.*, 2003, n° 2, pp. 165 et s.; Y. CARTUYVELS, « Réformer le Code pénal aujourd'hui : un idéal à reconsidérer ? », *J.T.*, 2010, n° 6413, p. 642-645.

⁴²² K. GEENS, Ministre de la Justice, Plan Justice, Une plus grande efficacité pour une meilleure justice, 18 mars 2015, *Doc. Parl.*, Ch., sess. ord. 2014-2015, n°54-1019.

En ce qui concerne le droit pénal, le souhait est de le réformer afin que celui-ci gagne en clarté et en cohérence. À cette fin, « une commission à composition multidisciplinaire, comprenant notamment des magistrats, des avocats et des membres du monde académique » est créée par arrêté ministériel du 30 octobre 2015⁴²³. Composée de Joëlle ROZIE, professeure à l'Université d'Anvers, et de Damien VANDERMEERSCH, avocat général à la Cour de cassation et professeur à l'UCLouvain et l'USL-B, elle a élaboré, en octobre 2016, une proposition d'avant-projet de Livre 1^{er} du Code pénal⁴²⁴. Selon les termes du ministre de la Justice, cette œuvre constitue « un instrument cohérent, précis et à la fois simple qui permettra au juge et au ministère public de mieux concilier le droit, la justice et l'efficacité »⁴²⁵.

Les travaux de la Commission ont été approuvés le 20 janvier 2017 par le Conseil des ministres moyennant quelques aménagements⁴²⁶. L'avant-projet de Code pénal – Livre 1^{er} a été soumis au Conseil d'État qui a rendu son avis en date du 27 mars 2017. Le texte a ensuite subi plusieurs modifications pour prendre la forme d'un projet de Code pénal – Livre 1^{er}.

Les auteurs du projet partent d'un double constat : d'une part, « le droit pénal matériel est devenu un enchevêtrement complexe que les justiciables peuvent difficilement déchiffrer » et, d'autre part, de « nombreuses règles de droit ne sont plus en phase avec leur mise en pratique »⁴²⁷. Les auteurs veulent tendre à une réforme dont les maître-mots sont précision, cohérence et simplicité et le projet innove dans de nombreux domaines: il uniformise les règles relatives à la tentative et aux causes de justification, simplifie les règles relatives à la participation criminelle ou à la responsabilité pénale de la personne morale, abandonne le mécanisme de la correctionnalisation et de la contraventionnalisation, n'autorise plus la dénaturation de l'infraction ou encore prône une division bipartite des infractions en supprimant les contraventions. Comme le souligne le Collège du ministère public, le projet devrait apporter « davantage de simplification, de sécurité juridique et de clarification dans l'application des règles de droit pénal matériel »⁴²⁸.

Le projet tente également de reléguer l'emprisonnement au rang de remède ultime, en obligeant le juge à motiver le choix de la peine et son taux. Si la peine peut encore exprimer « la désapprobation de la société », elle doit également favoriser « la réhabilitation et l'insertion sociale de l'auteur ». Il propose une nouvelle échelle de peines qui exclut le recours à l'emprisonnement pour certaines catégories d'infractions, afin de respecter le principe de proportionnalité. Enfin, le projet diversifie les peines afin d'offrir plus de flexibilité au juge, en instaurant notamment la condamnation par déclaration de culpabilité pour toutes les infractions ou en autorisant le prononcé de peines accessoires à titre principal⁴²⁹.

⁴²³ Accord de gouvernement, 9 octobre 2014, p. 116 ; Arrêté ministériel du 30 octobre 2015 portant création des Commissions de réforme du droit pénal et de la procédure pénale, *M.B.*, 29 décembre 2015.

⁴²⁴ J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH (avec le concours de J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS), Commission de réforme du droit pénal. Proposition d'avant-projet de Livre 1^{er} du Code pénal, *Les dossiers de la Revue de Droit pénal et de Criminologie*, n° 24, La Charte, 2016, p. V. Pour une version adaptée, voy. J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH et J. DE HERDT (avec le concours de M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS), Un nouveau Code pénal pour le futur ? La proposition de la Commission de réforme du droit pénal, *Les dossiers de la Revue de Droit pénal et de Criminologie*, n° 27, La Charte, 2019. Voy. aussi J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, « A quelques pas de...les lignes de force du projet de réforme du Code pénal », in V. Franssen et A. Masset (dir.), *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, 194 de la CUP sous la direction de Vanessa Franssen et Adrien Masset, Liège, Anthémis, 2019, pp. 11 – 43.

⁴²⁵ *Ibid.*, p. V.

⁴²⁶ J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH, J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS, « La proposition d'avant-projet de nouveau Livre 1^{er} du Code pénal. Après 150 ans, une réforme bien nécessaire », *J.T.*, 2017, pp. 129-135.

⁴²⁷ J. ROZIE et D. VANDERMEERSCH, *op. cit.*, p. 31.

⁴²⁸ *Avis sur la réforme du Code d'instruction criminelle* du Collège du ministère public, Bruxelles, 15 janvier 2018, p. 6.

⁴²⁹ Pour un premier aperçu, voy. Ch. GUILLAIN, D. SCALIA, *La réforme du Livre 1^{er} du Code pénal belge*, Larcier, 2018, 217p.

Le projet de réforme du Livre 1^{er} du Code pénal a été complété par un projet de Livre 2 du Code pénal. L'exposé des motifs part du même constat que pour le projet de Livre Ier, à savoir que la cohérence, la clarté et l'accessibilité des textes du Livre II du Code pénal ont été altérées au fil du temps : « certaines incriminations se recoupent, d'autres sont tombées en désuétude ; l'accumulation de circonstances aggravantes complique la fixation de la peine ; les degrés de peine figurant dans la loi ne correspondent bien souvent pas aux degrés de peine infligés dans la pratique, etc. »⁴³⁰. La proposition de nouvelle structure s'inspire des critères identifiés par M. DELMAS-MARTY dans un article concernant l'harmonisation des sanctions et valeurs communes au sein de l'Union européenne⁴³¹ et prend plusieurs facteurs en considération : d'abord, l'intérêt ou le bien juridique lésé par l'infraction en prenant en compte les droits protégés par les instruments internationaux, ensuite l'importance du dommage occasionné par l'infraction et, enfin, la base du degré de culpabilité présent dans le chef de l'auteur (une infraction commise délibérément et en connaissance de cause devant être considérée comme plus grave qu'une infraction commise par défaut grave de prévoyance ou de précaution).

Voulant rompre avec le passé et tendre à la réalisation d'un Code pénal contemporain qui soit l'expression de la politique criminelle et le reflet des valeurs sociales, les auteurs classent les infractions du Livre II en sept titres : 1. Les violations graves du droit international humanitaire, 2. Les infractions contre la personne, 3. Les infractions contre la sécurité publique, 4. Les faux, 5. Les infractions contre les biens, 6. Les infractions économiques et 7. Les infractions contre l'État et son fonctionnement.

Parce que les avant-projets de lois rédigés par le cabinet du ministre la Justice en suite du travail de la Commission s'inscrivaient « en complète contradiction avec les lignes directrices et principes de base qui étaient censés fonder le nouveau Code pénal » – notamment en replaçant l'emprisonnement comme figure centrale et non comme *ultimum remedium* –, Joëlle ROZIE et Damien VANDERMEERSCH ont fini par démissionner le 23 août 2018⁴³².

Les idées de la Commission de réforme du droit pénal ont néanmoins été couchées dans une proposition de loi, devenue caduque à la fin de la 54^{ème} législature⁴³³.

À la suite des élections du 26 mai 2019, débute, le 20 juin 2019, la 55^e législature. Le 24 septembre 2020, une nouvelle proposition de loi est déposée à la Chambre, dont le contenu est identique à celle ayant été déposée durant la législature précédente⁴³⁴. Mais ce n'est qu'en date du 30 septembre 2020 que la Belgique se dote d'un nouveau gouvernement fédéral, avec la formation de la coalition Vivaldi. L'accord de gouvernement, adopté à cette date, consiste en un rapport rédigé par les deux formateurs, Paul MAGNETTE et Alexander DE CROO, dont les objectifs relatifs à la justice et à la défense sont développés dans une quatrième partie intitulée « un pays sûr ». En date du 4 novembre 2020, le vice-premier ministre et ministre de la Justice et de la Mer du Nord, Vincent VAN QUICKENBORNE, dépose deux documents à la Chambre :

⁴³⁰ J. ROZIE, D. VANDERMEERSCH et J. DE HERDT (avec le concours de M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS), *Un nouveau Code pénal pour le futur ? La proposition de la Commission de réforme du droit pénal*, op. cit., p. 144.

⁴³¹ M. DELMAS-MARTY, « Harmonisation des sanctions et valeurs communes : la recherche d'indicateurs de gravité et d'efficacité », in M. DELMAS-MARTY, G. GIUDICELLI-DELAGE et E. LAMBERT-ABDELGAWAD (éd.), *L'harmonisation des sanctions pénales en Europe*, Paris, Société de législation comparée, 2003, pp. 586-588.

⁴³² D. VANDERMEERSCH, J. ROZIE, « Commission de réforme du Code pénal : les raisons d'une démission », *J.T.*, 2018, pp. 679 – 680.

⁴³³ Proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal – Livre 1 et Livre 2 (déposée le 13 mars 2019 par Raf Terwingen et Sonja Becq (CD&V), *Doc. Parl.*, Ch. repr., 2018-2019, 54-3651/001.

⁴³⁴ Proposition de loi instaurant un nouveau Code pénal - Livre 1 et Livre 2 (déposée par Philippe Goffin (MR), Koen Geens (CD&V), Servais Verherstraeten (CD&V) et Katja Gabriëls (Open Vld), *Doc. parl.*, Ch. repr., session extraordinaire 2019, 55-417/001.

l'exposé d'orientation politique⁴³⁵ et la note de politique générale justice⁴³⁶. Sa volonté est de rendre la justice « plus humaine, plus rapide et plus ferme ». De ces différents documents politiques, il ressort la volonté, tant du gouvernement que du ministre de la Justice, de poursuivre le projet de réforme du droit pénal, mais aussi de la procédure pénale et de l'exécution des peines – une réforme dont l'avocat général Damien VANDERMEERSCH a rappelé l'urgence et l'importance, le 1^{er} septembre 2020, à l'occasion de sa mercuriale de rentrée judiciaire devant la Cour de cassation⁴³⁷.

Quant à la rédaction d'un nouveau Code pénal, l'intention du ministre de la Justice est de repartir du texte rédigé par la commission, ce qu'il faut saluer puisque la proposition de loi s'était départie de l'avis de celle-ci sur certains points importants. Le ministre souhaite néanmoins un avis complémentaire de cette commission sur divers sujets. Il a donc reconstitué la commission par arrêté ministériel du 22 décembre 2020⁴³⁸. Les membres désignés pour composer cette nouvelle commission sont Joëlle ROZIE, Damien VANDERMEERSCH et Jeroen DE HERDT. Cette commission a été chargée de poursuivre la réforme du Code pénal, de réformer le droit pénal sexuel afin d'intégrer les nouvelles dispositions dans le Code pénal actuel et de rendre un avis sur certains sujets tels que le féminicide, l'écocide, la mise à disposition du tribunal de l'application des peines, le traitement imposé, la gestion des détenus qui atteignent la fin de leur peine mais qui constituent encore un danger grave pour la société et la responsabilité atténuée partielle.

La volonté du ministre de réformer le droit pénal sexuel, avant même que la réforme du droit pénal n'ait abouti, s'est concrétisée par l'adoption de la loi du 21 mars 2022 modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, entrée en vigueur le 1^{er} juin 2022⁴³⁹.

À l'heure de clôturer le syllabus (début septembre 2022), un avant-projet de Code pénal – Livre I^{er}, a été approuvé par le Conseil des ministres. Le ministre de la Justice a lancé une vaste consultation auprès des acteurs judiciaires, du monde académique et de la société civile, avant de déposer le texte au Parlement. Le travail de réforme du droit pénal est dès lors toujours en cours.

§ 5. La réforme du droit de la procédure pénale

La procédure pénale, dont les règles restent à ce jour fixées par le Code d'instruction criminelle de 1808, a également fait l'objet de plusieurs tentatives de réforme.

Différents projets d'envergure visant à réformer la procédure pénale seront élaborés sans toutefois être adoptés⁴⁴⁰ ; parmi ceux-ci on retient le projet Nypels (Jean Servais Guillaume NYPELS faisant partie d'une commission gouvernementale en 1850 aux côtés de Jacques Joseph HAUS – du travail de cette commission sera conservé le titre préliminaire du Code de procédure

⁴³⁵ Exposé d'orientation politique du vice-premier ministre et ministre de la Justice du 4 novembre 2020, *Doc. Parl.*, Ch., 2020-2021, n°55-1610/015. Pour un commentaire, voy. O. NEDERLANDT, « L'exposé d'orientation politique du ministre de la Justice – Les volets pénal et pénitentiaire : une politique essentiellement sécuritaire et répressive », *J.T.*, 2021, pp. 192-195.

⁴³⁶ Note de politique générale – Justice du 4 novembre 2020, *Doc. Parl.*, Ch., 2020-2021, n°55-1580/016.

⁴³⁷ Le texte de cette mercuriale a été publié dans ce journal : D. VANDERMEERSCH, « La réforme des Codes en matière pénale : un saut nécessaire du XIX^e au XXI^e siècle », *J.T.*, 2020, pp. 541-555.

⁴³⁸ Arrêté ministériel du 22 décembre 2020 portant création de la Commission de réforme du droit pénal, *M.B.*, 20 janvier 2021.

⁴³⁹ *M.B.*, 30 mars 2022. Pour un premier commentaire, voy. l'ouvrage *Le nouveau droit pénal sexuel*, sous la direction d'A. RIZZO, Bruxelles, Larcier, 2022, Collection de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles.

⁴⁴⁰ Pour une approche historique de ces propositions de réforme, voy. E. DELREE, « En quête de vérité : l'instruction pénale entre rupture et continuité (1830-2020) », *Revue de la faculté de droit de l'Université de Liège*, 2020/2, pp. 287-341.

pénale de 1878), le projet de BODDAERT et HIRSCH, le projet SERVAIS, ainsi que le projet du Procureur général Hermann BEKAERT⁴⁴¹.

Nous retiendrons surtout le travail de la « Commission pour le droit de la procédure pénale »⁴⁴² créée par arrêté ministériel du 23 octobre 1991 et présidée par le professeur M. FRANCHIMONT. Celle-ci a été « chargée de faire une étude sur le droit de la procédure pénale et, en particulier, de : – faire l’inventaire des problèmes actuels de la justice pénale ; – mettre en évidence des réformes qui devraient être adoptées d’urgence, sans préjudice de choix plus fondamentaux ; – réunir des informations relatives aux réformes récemment adoptées ou en cours à l’étranger ; – formuler des propositions permettant de poser les choix fondamentaux en matière d’information et d’instruction judiciaire : la direction de l’enquête (relation police/parquet/juge d’instruction/défense) ; la nature de la procédure ; l’étendue du secret de l’instruction ; – dans une phase ultérieure, amorcer la rédaction d’un projet de Code de procédure pénale » (art. 2). La Commission, composée de représentants de la magistrature, du barreau et de l’université (art. 3), a, dans un premier temps, limité ses travaux de réforme du Code d’instruction criminelle aux seules questions de l’information et de l’instruction judiciaire. Le 19 décembre 1996, le ministre de la Justice déposa à la Chambre un projet de loi relatif à l’amélioration de la procédure pénale au stade de l’information et de l’instruction⁴⁴³. Les événements que la Belgique a connus depuis l’affaire Dutroux ont accéléré le processus parlementaire qui a débouché sur l’adoption de la loi du 12 mars 1998 relative à l’amélioration de la procédure pénale au stade de l’information et de l’instruction⁴⁴⁴.

Les travaux de la Commission pour le droit de la procédure pénale devaient en principe se poursuivre dans la perspective d’une réforme globale, visant la rédaction d’un nouveau Code de procédure pénale qui s’articulerait autour des principes généraux (Livre I), des actions (Livre II) et du procès pénal (Livre III)⁴⁴⁵. Après une période d’interruption, ses travaux ont repris et ont abouti à un projet de réforme qui a été présenté au ministre de la Justice le 17 septembre 2002 et publié le 1^{er} octobre 2002⁴⁴⁶. Une proposition de loi a ensuite été déposée, le 13 janvier 2004, au Sénat⁴⁴⁷ et a été votée le 1^{er} décembre 2005⁴⁴⁸. Le projet a fait l’objet ensuite d’un examen au sein de la Commission de la Justice de la Chambre d’où il semble avoir été retiré le 16 octobre 2006⁴⁴⁹.

Sous la 53^e législature, des travaux de rénovation ont été annoncés dans l’accord de gouvernement du 1^{er} décembre 2011⁴⁵⁰ et définis par la ministre de la Justice dans sa Note de politique générale : « le Service de la Politique criminelle élaborera un marché public portant

⁴⁴¹ H. BEKAERT, en coll. avec J. DU JARDIN, *La manifestation de la vérité dans le procès pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1972.

⁴⁴² M.B., 1^{er} novembre 1991, p. 24614.

⁴⁴³ Voy. R. DE BECO, « Le projet de loi relatif à l’amélioration de la procédure pénale au stade de l’information et de l’instruction, dit projet Franchimont », *Journ. proc.*, 1997, n° 328, 30 mai 1997, pp. 87 et s. ; n° 329, 13 juin 1997, pp. 32 et s.

⁴⁴⁴ M.B., 2 avril 1998, p. 10027.

⁴⁴⁵ À cet égard, cf. l’avant-projet de Code de procédure pénale présenté au Sénat par la Commission Franchimont les 8 et 9 octobre 1998 et publié in *Colloque réforme droit pénal*, 8 et 9 octobre 1998, Sénat, Ministère de la Justice, Anvers, Maklu.

⁴⁴⁶ Avant-projet de Code de procédure pénale, établi par la Commission pour le droit de la procédure pénale, *Doc. parl.*, Ch., n° 50-2043/001 ; Sén., n° 2-1288/1. A ce sujet, cf. *Vers un nouveau code de procédure pénale. Actes du colloque tenu à la Chambre des représentants le 31 janvier 2003*, Chambre des représentants, Sénat de Belgique et SPF Justice, *Doc. parl.*, Ch., 2002-2003, n° 2043/002 et Sén., 2002-2003, n° 2-1288/2.

⁴⁴⁷ Proposition de loi concernant le Code de procédure pénale, déposée par M. Hugo VANDENBERGHE et consorts, *Doc. parl.*, Sénat, 2003-2004, n° 3-450/1.

⁴⁴⁸ *Doc. parl.*, Sén., 2005-2006, n° 3-450/21. À ce sujet, cf. notamment F. HUTSEBAUT, « La “grande” loi Franchimont. Une nouvelle proposition de réforme de la procédure pénale », *Vigiles*, 2003, pp. 33 et s. ; P. TRAEST et L. DE TANDT, « Het voorontwerp van wetboek van strafprocesrecht: een kennismaking », *Panopticon*, 2004, n° 4, pp. 6 et s.

⁴⁴⁹ M. NEVE, « La réforme de la procédure pénale, stop ou encore ? », *J.T.*, 2007, pp. 55-56.

⁴⁵⁰ Accord de gouvernement du 11 décembre 2011, p. 139.

sur une étude pratique des pierres d'achoppement de l'actuelle procédure pénale. Cette analyse permettra de mettre en exergue les prescriptions de procédure à rationaliser, afin de pouvoir accélérer et améliorer le processus pénal, sans porter atteinte au droit à un procès équitable »⁴⁵¹. L'Université de Gand fut désignée pour mener une « étude pratique des problèmes rencontrés dans l'actuelle procédure pénale belge en vue de la rédaction d'une nouvelle procédure pénale » dont les résultats furent publiés en 2015⁴⁵².

Dans son avant-propos, l'étude de Gand pose deux questions fondamentales. La première question est celle de savoir qui doit être chargé de la direction de l'enquête préliminaire : « il est clair qu'un choix fondamental et net s'impose concernant tant l'organisation de l'enquête préliminaire que sa direction » afin de rendre la « procédure pénale plus cohérente et plus efficace »⁴⁵³. Les auteurs de l'étude poursuivent en précisant : « Naturellement, si le choix se porte sur un type unique d'enquête préliminaire dirigée par le ministère public, il faudra également déterminer de quelle manière sera réglée l'intervention judiciaire nécessaire pour les actes d'instruction qui portent atteinte à des droits fondamentaux »⁴⁵⁴. La deuxième question est celle du degré de participation possible pour les parties durant l'enquête préliminaire. L'étude envisage quatre scénarii possibles pour orienter une telle réforme :

- 1) le maintien de deux types d'enquête préliminaires distincts, sous la direction du ministère public ou du juge d'instruction, avec une participation limitée des parties ;
- 2) un seul type d'enquête préliminaire, sous la direction du ministère public, avec une participation limitée des parties ;
- 3) le maintien de deux types d'enquête préliminaires distincts, sous la direction du ministère public ou du juge d'instruction, avec une participation étendue des parties ;
- 4) un seul type d'enquête préliminaire, sous la direction du ministère public, avec une participation étendue des parties

Sous la 54^e législature, le ministre de la Justice Koen GEENS a également mis la réforme de la procédure pénale à son agenda. Une commission de réforme de la procédure pénale a dès lors été mise sur pied par arrêté ministériel du 30 octobre 2015 (*M.B.*, 29 décembre 2015), composée de la professeure Marie-Aude BEERNAERT, professeure ordinaire à l'UCLouvain, de Laurent KENNES, avocat pénaliste et professeur à l'ULB, de Yves LIÉGEOIS, procureur général honoraire et premier avocat général près la cour d'appel d'Anvers et de Philip TRAEST, professeur extraordinaire à l'UGent et avocat (ayant démissionné en octobre 2018). Le travail de cette commission avec celui de la Commission de réforme du droit pénal a été coordonné par Raf VERSTRAETEN, professeur à la KULeuven.

La Commission a d'abord rédigé une note d'orientation préparatoire à la réforme du Code d'instruction criminelle, intitulée « Jalons pour un nouveau Code de procédure pénale », proposant d'instaurer une enquête préliminaire unique, dirigée par le parquet et contrôlée par un juge de l'enquête. Cette note n'est pas publiée mais les lignes de force de ce nouveau Code ont été présentées dans diverses publications doctrinales⁴⁵⁵. Ce scénario, impliquant *de facto* la

⁴⁵¹ Note de politique générale Justice, *Doc. Parl.*, Ch., 2012-2013, n° 2586/27, p. 16.

⁴⁵² Scénarios pour une nouvelle procédure pénale belge. Étude pratique des problèmes rencontrés, Anvers, Maklu, 2015, 519 p.

⁴⁵³ *Ibidem*, pp. 13 et 47.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 13.

⁴⁵⁵ Voy., notamment, M.-A. BEERNAERT, « Le nouveau Code de procédure pénale en projet : quelques lignes de force », in V. Franssen et A. Masset (dir.), *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, 194 de la CUP sous la direction de Vanessa Franssen et Adrien Masset, Liège, Anthemis, 2019, pp. 133 – 162 ; M.-A. BEERNAERT, « Le nouveau Code de procédure pénale en projet : quelques lignes de force », *Pli Juridique*, 2020/52, pp. 6 – 17.

suppression de l'instruction et du juge d'instruction, a soulevé de nombreuses critiques et fait couler beaucoup d'encre⁴⁵⁶.

Une proposition de loi contenant le Code de procédure pénale, qui reprend ce scénario et entend également limiter la détention préventive, renforcer la procédure contradictoire au stade préliminaire du procès pénal, instaurer un régime de sanction de la preuve irrégulière plus cohérent, ou encore, de supprimer la cour d'assises, a été déposé au Parlement au début de la 55^e législature⁴⁵⁷.

L'intention de l'actuel gouvernement Vivaldi et de son ministre de la Justice, Vincent VAN QUICKENBORNE, est de poursuivre ce projet de réforme de la procédure pénale. Toutefois, le ministre étant conscient du fait que le projet proposé par la commission d'experts nommée sous la précédente législature suscitait la polémique, il a annoncé sa volonté d'élargir la composition de cette commission en y ajoutant un juge d'instruction. Le travail se ferait ensuite en deux temps : la prise de mesures nécessaires pour accélérer la procédure pénale tout d'abord et l'examen du rôle du juge d'instruction ensuite.

§ 6. *Le projet de rédiger un Code de l'exécution des peines*

Dans son « plan justice » du 18 mars 2015, intitulé « une plus grande efficience pour une meilleure justice »⁴⁵⁸, le ministre de la Justice sous la 54^e législature, Koen GEENS, annonçait son intention de réformer « en profondeur » la matière de l'exécution des peines⁴⁵⁹. Dans sa note politique de 2016, il ajoutait que son souhait était d'élaborer « un Code d'exécution des peines qui donnera une base légale à l'exécution de toutes les peines, telles les peines privatives de liberté, la peine de travail, la probation et la surveillance électronique »⁴⁶⁰. Ce code constituerait ainsi ce que Damien VANDERMEERSCH a qualifié de « triptyque des codes pénaux »⁴⁶¹. Un avant-projet de Code avait été élaboré au sein du cabinet ministériel et communiqué pour avis au Collège des procureurs généraux, sans toutefois que ce travail n'aboutisse au Parlement avant la fin de la législature.

L'idée de réunir dans un seul texte l'ensemble des règles relatives à l'exécution des peines correspond sans conteste à un besoin⁴⁶². Actuellement, les règles relatives à l'exécution des peines font l'objet de texte épars (*cf. infra*, Syllabus II, Chapitre IV, Section 6), ce qui rend l'accès à la matière particulièrement difficile, pour les justiciables et les acteurs de l'exécution des peines. Par ailleurs, étant éparses, ces différentes réglementations n'ont pas envisagé les situations où ces peines viennent à se cumuler : l'exécution simultanée ou successive des

⁴⁵⁶ Voy., notamment, M. CADELLI (dir.), *La figure du juge d'instruction : réforme ou supprimer ?*, Limal, Anthemis, 2017, Coll. de l'Association Syndicale des Magistrats.

⁴⁵⁷ Proposition de loi contenant le Code de procédure pénale déposée par M. Servais Verherstraeten et Mme Bergy Slegers (CD&V), *Doc. Parl.*, Ch. repr., 2019-2020, 55-1239/001.

⁴⁵⁸ K. GEENS, ministre de la Justice, *Plan Justice, Une plus grande efficience pour une meilleure justice*, 18 mars 2015, *Doc. Parl.*, Ch., 2014-2015, n°54-1019/001.

⁴⁵⁹ K. GEENS, *Plan Justice*, *op. cit.*, pp. 44 – 51.

⁴⁶⁰ K. GEENS, « Note de politique générale. Justice », 3 novembre 2016, *Doc. Parl.*, Ch., 2016-2017, n° 54-2111/021, p. 22. Dans le cadre des travaux préparatoires de la loi pot-pourri II, le ministre a aussi annoncé aux parlementaires son intention de réformer la loi du 17 mai 2006 : « le but est de déposer un nouveau projet de loi remplaçant la loi existante au parlement dans le courant de l'année prochaine », qui « prévoira des règles pour l'exécution de toutes les peines privatives de liberté » (Rapport fait au nom de la commission de la justice, *Doc. Parl.*, Ch., 2015-2016, n°54-1418/005, p. 135).

⁴⁶¹ D. VANDERMEERSCH, « La réforme des Codes en matière pénale : un saut nécessaire du XIX^e au XX^e siècle », *J.T.*, 2020, p. 553.

⁴⁶² Sur la nécessité de l'adoption d'un tel code, voy., notamment, E. MAES, A. JONCKHEERE en O. NEDERLANDT, « Editoriaal. Strafvueroering in België anno 2020 », *Panopticon*, 2019, vol. 40(4), pp. 237- 253.

différentes peines devrait être une question abordée dans un tel code, de même que la question très complexe du calcul relatif aux peines⁴⁶³.

Le nouveau ministre de la Justice, Vincent VAN QUICKENBORNE, a annoncé sa volonté de poursuivre les travaux en vue de la rédaction de ce code. Il a par ailleurs déjà procédé à des réformes importantes en matière d'exécution des peines, notamment via l'adoption de deux lois dont les intitulés reprennent son projet politique de « justice plus humaine, plus rapide et plus ferme »⁴⁶⁴.

⁴⁶³ Voyez à cet égard l'ouvrage suivant : A. JONCKHEERE et E. MAES, *Calcul, exécution et cumul des peines en Belgique / Strafberekening, uitvoering en cumul van straffen in België*, Gompel & Svacina, 2022.

⁴⁶⁴ Loi du 28 novembre 2021 visant à rendre la justice plus humaine, plus rapide et plus ferme I, *M.B.*, 20 novembre 2021 et loi du 30 juillet 2022 visant à rendre la justice plus humaine, plus rapide et plus ferme II, *M.B.*, 8 août 2022.

Bibliographie

- ADAM, CH., DE FRAENE, D., MARY, Ph., NAGELS, C. et SMEETS, S. (dir.), *Sexe et normes*, Bruxelles, Bruylant, 2012.
- AERTSEN, I., DAEMS, T. et ROBERT, L. (dir.), *Institutionalizing restorative justice*, Cullompton, Willan, 2006.
- ANCEL, M., *La défense sociale nouvelle*. Un mouvement de politique criminelle humaniste, Paris, Cujas, 1954.
- ANCEL, M., « Le centenaire de l'« Uomo delinquente ». Exposé introductif », *Rev. sc. crim.*, 1977, n° 2, p. 285 et s.
- ANCEL, M., « La césure du procès pénal », *Problèmes contemporains de procédure pénale. Recueil d'études en hommage à Louis Hugueney*, Paris, Sirey, 1964, p. 205 et s.
- ANDREW, D. et BONTA, J., *Psychology of criminal conduct*, Andersen, Cincinnati, 1998.
- ARTIÈRES, Ph. et LASCOUMES, P., *Gouverner, enfermer. La prison, un modèle indépassable ?*, Paris, Presses de Sciences Po, 2004.
- BARIL, M., *L'envers du crime*, Paris, L'Harmattan, coll. Sciences criminelles, 2002.
- BARNETT, R.E., « Restitution: a new paradigm of criminal justice », *Assessing the criminal. Restitution, retribution, and the legal process*, R.E. Barnett et J. Hagel (dir.), Cambridge, Mass., Ballinger, 1977, p. 349 et s.
- BAUMAN, Z., « Social issues of Law and Order », *British Journal of Criminology*, 2000, p. 205 et s.
- BECCARIA, C., *Des délits et des peines*, Lausanne, 1766.
- BECK, U., *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Aubier, 2001.
- BECKER, H.S., *Outsiders. Studies in the sociology of deviance*, New York-Londres, The free press-Collier-Macmillan, 1963.
- BEERNAERT, M.-A., « Le nouveau Code de procédure pénale en projet : quelques lignes de force », in V. Franssen et A. Masset (dir.), *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, 194 de la CUP sous la direction de Vanessa Franssen et Adrien Masset, Liège, Anthemis, 2019, pp. 133 – 162.
- BEERNAERT, M.-A., « Le nouveau Code de procédure pénale en projet : quelques lignes de force », *Pli Juridique*, 2020/52, pp. 6 – 17.
- BEKAERT, H., « Ordre social et structure conventionnelle », *Rev. dr. pén. crim.*, 1947-1948, p. 1 et s.
- BEKAERT, H., en coll. avec J. DU JARDIN, *La manifestation de la vérité dans le procès pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1972.
- BENTHAM, J., « Traités de législation civile et pénale », *Œuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais*, t. I, éd. E. Dumont, Bruxelles, Coster, 1829, p. 1 et s.
- BENTHAM, J., « Théorie des peines légales », *Œuvres de J. Bentham, jurisconsulte anglais*, t. II, éd. E. Dumont, Bruxelles, Coster, 1829, p. 1 et s.
- BENTHAM, J., *Panoptique*, Paris, Fayard, 1791.
- BEYENS, K., « The new generation of community sanctions in Belgium », *Community Punishment. European perspectives*, G. Robinson et F. McNeil (dir.), London, Routledge, 2016.
- BONAFÉ-SCHMITT, J.-P., « Alternatives to the judicial model », *Mediation and criminal justice. Victims, offenders and community*, N. Wright et B. Galaway (dir.), Londres, Sage, 1989, p. 178 et s.
- BOUZAT, P., « Le centenaire d'E. Ferri, l'œuvre du maître, son actualité », *Rev. sc. crim.*, 1957, p. 1 et s.

- BRION, F., « Réflexions sur les fonctions et la nature de la libération conditionnelle », *Rev. dr. pén. crim.*, 2001, p. 409 et s.
- BROWN, W., « Néolibéralisme et fin de la démocratie », *Vacarme*, 2004, 29, p. 86 et s.
- BRUCE, A.A., BURGESS, E. W. et HARNO, A. M., « A Study of the Indeterminate Sentence and Parole in the State of Illinois », *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, 1928, n°1, p. 1 et s.
- BURGESS, E. W., « Is Prediction Feasible in Social Work? A Inquiry Based upon a Sociological Study of Parole Records », *Social Forces*, n°7, p. 533 et s.
- CADELLI, M. (dir.), *La figure du juge d'instruction : réforme ou supprimer ?*, Limal, Anthemis, 2017, Coll. de l'Association Syndicale des Magistrats.
- CAMERON, A., *Restorative Justice: A Literature Review*, Vancouver, The British Columbia Institute Against Family Violence, 2005.
- CARIO, R., *Justice restauratrice – Principes et promesses*, Paris, L'Harmattan, 2005, 2^e éd., 2010.
- CARTUYVELS, Y., « Responsabilité morale et défense sociale. Deux versions asymétriques de l'individualisation des peines en Belgique au XIXe siècle », *Cesare Beccaria. La controverse pénale, XVIIIe-XXIe siècle*, M. Porret (dir.), Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2015, p. 183-210.
- CARTUYVELS, Y. (dir.), *Les ambivalences du risque : regards croisés en sciences sociales*, Bruxelles, FUSL, 2008.
- CARTUYVELS, Y., « Les usages sociaux de la biologisation du crime à la fin du XIXe siècle : quelques enjeux et limites », *Jurisprudence. Revue critique*, 2015, p. 189 et s.
- CARTUYVELS, Y., *D'où vient le Code pénal ? Une approche généalogique des premiers codes pénaux absolutistes au XVIIIe siècle*, Bruxelles-Montréal-Ottawa, de Boeck, PUO, PUM, 1996.
- CARTUYVELS, Y., « Réformer le Code pénal aujourd'hui : un idéal à reconsidérer ? », *J.T.*, 2010, n° 6413, p. 642-645
- CARTUYVELS, Y. et MARY, Ph. (dir.), *L'État face à l'insécurité. Dérives politiques des années 1990*, Bruxelles, Labor, 1999.
- CARTUYVELS, Y., « Troubles de conduite et déviance : des amours en eaux troubles », *Rev. dr. pén. cr.*, 2009, n°4, p. 32 et s.
- CASTEL, R., « De la dangerosité au risque », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1983, n°47-48, p. 119 et s.
- CHANTRAINE, G., « Prison et regard sociologique. Pour un décentrage de l'analyse critique », *Champ pénal/ Penal Field*, 2004, I.
- CLAES, B. et LEMONNE, A., « La justice réparatrice en Belgique : une nouvelle philosophie de la justice ? », *Justice ! Des Mondes et des visions*, V. Strimelle, A. Jaspert, S. Smeets et F. Van Hamme (dir.), 2014, p. 121 et s.
- CLIQUENNOIS, G., « Vers une gestion des risques légitimante dans les prisons françaises », *Déviance et Société*, 2006, 30, p. 355 et s.
- COHEN, A., *La déviance*, Gembloux, Duculot, 1971.
- CONSTANT, J., « Voltaire et la réforme des lois pénales », *Rev. dr. pén. crim.*, 1958-1959, p. 535 et s.
- CHRISTIE, N., « Conflicts as property », *The British journal of criminology*, vol. 17, 1977, n° 1, p. 1 et s.
- CHRISTIE, N., *Limits to pain*, Oslo, Universitetsforlaget, 1981 (traduction française par D. KAMINSKI, *Au bout de nos peines*, Bruxelles, Larcier-De Boeck, 2005).
- DAVIDOVITCH, A., « Le fonctionnement du concept de responsabilité dans le cadre judiciaire », *La responsabilité pénale*, Paris, Dalloz, 1961.

DE BROUWER, J., « Jacques-Joseph Haus et l'esprit de la réforme du Code pénal de 1810 », *J.T.*, n° 6413, 2010, pp. 646 et s.

DE JAUCOURT, v° Crime (Droit nat.), *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers par une société de gens de lettres*, Mis en ordre et publié par DIDEROT et, quant à la partie mathématique, par D'ALEMBERT, t. IV, Paris, Briasson-David-Le Breton-Durand, 1854, p. 466 et s.

DELRÉE, E., « En quête de vérité : l'instruction pénale entre rupture et continuité (1830-2020) », *Revue de la faculté de droit de l'Université de Liège*, 2020/2, pp. 287-341.

DEMET, S., JACQMAIN, C. et PARELLO, E., « Quels enjeux pour une politique pénitentiaire ? Réflexions sur le concept de justice réparatrice ou de justice restauratrice », *J.D.J.*, n° 185, 1999, p. 21 et s.

DEPREEUW, W., *Landlopers, bedelaars en thuislozen. Een socio-historische analyse van repressie, bijstand en instellingen*, Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen, 1988.

DESMET, B., « De tendens tot overaccentuering van het slachtoffer in het strafproces », *Panopticon*, 1998, p. 387 et s.

DHAMI, M., MANTLE, G. et FOX, D., « Restorative Justice in Prisons », *Contemporary Justice Review*, 2009, p. 433 et s.

DIGNEFFE, Fr., « Durkheim et les débats sur le crime et la peine », *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, t. 2 : *La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, C. Debuyst, Fr. Digneffe et A.P. Pires (dir.), Bruxelles-Montréal-Ottawa, De Boeck Université-Les Presses de l'Université de Montréal-Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1998.

DICKSON, T., « Bureaucracy and morality: an organizational perspective on a moral crusade », *Social Problems*, 1968, n°16, p. 143 et s.

DUFOUR, A., *Hommage à Pellegrino Rossi (1787-1848), Genevois et Suisse à vocation européenne*, Bâle-Francfort sur Main, Helbing & Lichtenhahn, 1998.

DU JARDIN J., « La personne lésée dans l'action pénale », *Rev. dr. pén. crim.*, 1968-1969, p. 674 et s.

DUPONT, L. et HUTSEBAUT, F. (dir.), *Herstelrecht tussen toekomst en verleden. Liber amicorum Tony Peters*, Louvain, Universitaire Pers Leuven, 2001.

DURKHEIM, E., « Deux lois de l'évolution pénale », *Année Sociologique*, 1899-1900, vol. IV, p. 65 et s.

DURKHEIM, E., *Les règles de la méthode sociologique*, 18^e éd., Paris, P.U.F., 1973.

DURKHEIM, E., *De la division du travail social*, Paris, P. U. F., 1973.

DURKHEIM, E., *Le suicide. Étude de sociologie*, nouvelle éd., Paris, P.U.F., 1969.

ELIACHEFF, C. et SOULEZ-LARIVIÈRE, D., *Le temps des victimes*, Paris, Albin Michel, 2007.

ENGLEBERT, J. et ADAM, Ch., « La "personnalité sociale", antithèse de la psychopathologie », *Déviance & Société*, 2017, p. 3 et s.

ERIKSON, K.T., « Notes on the sociology of deviance », *The other side. Perspectives on deviance*, H.S. Becker (dir.), New York-Londres, The free press-Collier-Macmillan, 1964, p. 9 et s.

EWALD, F., *Histoire de l'État providence*, Paris, Livre de Poche, 1996.

FAGET, J., *Sociologie de la délinquance et de la justice pénale*, Ramonville, Ellipses, 2007.

FATTAH, E.A., « La victimologie : entre les critiques épistémologiques et les attaques idéologiques », *Déviance et société*, 1981, vol. 5, n° 1, p. 71 et s.

FATTAH, E.A., « Some recent theoretical developments in victimology », *Victimology. An international journal*, 1979, n° 2, p. 198 et s.

FATTAH, E.A. et PARMENTIER, S. (dir.), *Victim policies and criminal justice on the road to restorative justice. Essays in honour of Tony Peters*, Louvain, Universitaire Pers Leuven, 2001.

FATTAH, E.A., « Le rôle de la victime dans le passage à l'acte : vers une approche dynamique du comportement délictuel », *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1973, XXVI, 2, p. 173 et s.

FEELEY, M. et SIMON, J., « The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications », *Criminology*, 1992, p. 449 et s.

FEELEY, M. et SIMON, J., « Actuarial Justice: the Emerging New Criminal Law », *The Futures of Criminology*, D. Nelken (dir.), Sage, London, 1994, p. 173 et s.

FERRI, E., *La sociologie criminelle*, trad. par L. TERRIER, Paris, F. Alcan, 1905.

FLORENCE, J., « Bentham psychologue », *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 391 et s.

FORUM NATIONAL POUR UNE POLITIQUE EN FAVEUR DES VICTIMES, *Plan stratégique d'une politique nationale en faveur des victimes. Fondements pour une charte belge de la victime d'infractions pénales*, Bruxelles, Ministère de la Justice, juin 1996.

FOUCAULT, M., *L'ordre du discours*, Paris, Gallimard, 1971.

FOUCAULT, M., *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.

FOUCAULT, M., *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France. 1977-1978*, Paris, Gallimard-Seuil, 1977-1978, éd. 2004.

FOUCAULT, M., *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, Paris, Gallimard-Seuil, 1978-1979, éd. 2004.

FOUCAULT, M., « La vérité et les formes juridiques », *Dits et écrits*, Paris, Gallimard, 1974, éd. 2001, vol. I.

FOUCAULT, M., *Généalogie de la défense sociale en Belgique (1880-1914)*, textes recueillis par Fr. Tulkens, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988.

FRANCHIMONT, M., « La victime dans le procès pénal », *J.T.*, 1997, p. 121 et s.

GAILLY, Ph., *La justice restauratrice*, Bruxelles, Larcier, 2011.

GARAPON, A., *Le gardien des promesses, Justice et démocratie*, Paris, Odile Jacob, 1996.

GARFINKEL, H., « Successful degradation ceremonies », *American journal of sociology*, vol. 61, 1956, p. 420 et s.

GARLAND, D., *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago, University of Chicago Press, 2002.

GAROFALO, R., *La criminologie. Étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, Paris, F. Alcan, 1890.

GAUTRON, V. et DUBOURG, E., « La rationalisation des outils et méthodes d'évaluation : de l'approche clinique au jugement actuariel », *Criminocorpus. Revue d'Histoire de la justice, des crimes et des peines*, 2015, en ligne.

GÉRARD, Ph., OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M. (dir.), *Droit négocié, droit imposé ?* Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996.

GEIS, G., « Pioneers in criminology: Jeremy Bentham », *Journal of criminal law*, 1955, p. 159 et s.

GITTLER, J., « Expanding the role of the victim in a criminal action », *Pepperdine law review*, vol. 11, 1984, p. 121 et s.

GODDARD, T., « The indeterminacy of the risk factor prevention paradigm: A case study of community partnerships implementing youth and gang violence prevention policy », *Youth Justice*, 2014, p. 3 et s.

GOETHALS, J., *Abnormaal en Delinkwent. De geschiedenis en het actueel functioneren van de wet tot bescherming van de maatschappij*, Anvers-Arnhem, Kluwer rechtswetenschappen-Gouda Quint, 1991

GRAMATICA, F., *Principes de défense sociale*, Paris, Cujas, 1963.

GRAVEN, J., « Beccaria et l'avènement du droit pénal moderne (1738-1794) », *Grandes figures et grandes œuvres juridiques*, Genève, Librairie de l'Université Georg et Cie, 1948, p. 97 et s.

GRAVEN, J., « Montesquieu et le droit pénal », *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu*, publié par l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris pour le bicentenaire de « l'Esprit des lois » (1748-1948), Paris, Sirey, 1952, p. 209 et s.

GRAVEN, J., *Pellegrino Rossi, grand Européen*, Genève, Georg, 1949.

GRAVEN, Ph., « La politique criminelle néoclassique », *Des libertés et des peines. Actes du Colloque Pellegrino Rossi organisé par le Département d'histoire du droit et des doctrines juridiques et politiques de l'Université de Genève*, Genève, Librairie de l'Université Georg et Cie, 1980.

GUILLAIN, Ch., SCALIA, D., *La réforme du Livre I^{er} du Code pénal belge*, Larcier, 2018.

GUIZOT, Fr., *Des conspirations et de la justice politique. De la peine de mort en matière politique*, Paris, Sautetet-Alexandre Mesnier-J. Barbezat, 1822, repr., Paris, Fayard, 1984

GUSFIELD, J.R., *Symbolic Crusade: Status Politics and the American Temperance Movement*, Urbana, University of Illinois Press, 1963.

GUTWIRTH, S. et DE HERT, P., « Een theoretische onderbouw voor een legitiem strafproces. Reflecties over procesculturen, de doelstellingen van de straf, de plaats van het strafrecht en de rol van slachtoffers », *Delikt en Delinkwent*, 2001, p. 1079 et s.

HANNAH-MOFFAT, K., « Criminogenic needs and Correctional Programming. Needle in a Haystack », *Criminology & Public Policy*, 2015, p. 113 et s.

HANNAH-MOFFAT, K., « Criminogenic need and the transformative risk subject: the hybridizations of risk/need in penalty », *Punishment and Society*, 2005, p. 29 et s.

HANNAH-MOFFAT, K., « Évaluation du risque et des besoins chez les jeunes contrevenants : un aperçu », *Rapport de recherche sur la justice pour les jeunes*, Ministère de la Justice, Canada, avril 2003, en ligne, www.justice.gc.ca.

HANNAH-MOFFAT, K. et SHAW M., « Situation risquée : le risque et les services correctionnels au Canada », *Criminologie*, 2001, 34, 1, p. 47 et s.

HANNAH-MOFFAT, K., « Gridlock or mutability: Reconsidering "gender" and risk assesment », *Criminology & Public Policy*, 2009, p. 209 et s.

HARCOURT, B., « Surveiller et punir à l'âge actuariel. Généalogie et critique », *Déviance & Société*, 2011, p. 5 et s.

HARCOURT, B., « Critique du champ pénal à l'âge actuariel », *Cahiers Parisiens/Parisian Notebooks*, vol. 3, 2007, p. 785 et s.

HART, H.L.A., « Bentham and Beccaria », *Essays on Bentham. Studies in jurisprudence and political theory*, H.L.A. Hart (dir.), Oxford, Clarendon Press, 1982.

HAUS, J.J., *Les principes généraux du droit pénal*, 2^e éd., t. I, Gand, A. Hoste, 1874.

HAUS, J.J., *Observations sur le projet de révision du Code pénal présenté aux chambres belges ; suivies d'un nouveau projet*, 3 parties, Gand, L. De Busscher-Braeckman, 1835-1836.

HÉLIE, F., « Introduction au Traité des délits et des peines de Beccaria », préf. de C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Paris, Guillaumin et Cie, 1856.

HENNEBEEL, L. et VANDERMEERSCH, D. (dir.), *Juger le terrorisme dans l'État de droit*, Bruylant, Bruxelles, 2009

HERPIN, N., *Les sociologues américains et le siècle*, Paris, P.U.F.

HULSMAN, L., « Une perspective abolitionniste du système de justice pénale et un schéma d'approche des situations problématiques », *Dangerosité et justice pénale. Ambiguïté d'une pratique*, C. Debuyst (dir.), Genève, Masson-Médecine et Hygiène, 1981, p. 7 et s.

HULSMAN, L., « Struggles about terminology: “problematic situation” vs “crime” », *Politique, police et justice au bord du futur. Mélanges pour et avec Lode Van Outrive*, Y. Cartuyvels, Fr. Digneffe, A. Pires et Ph. Robert (dir.), Paris-Montréal, L'Harmattan-L'Harmattan Inc., 1998, p. 45 et s.

HULSMAN, L. et BERNAT DE CELIS, J., *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, Le Centurion, 1982.

HULSMAN, L. et BERNAT DE CELIS, J., « Fondements et enjeux de la théorie de l'abolition du système pénal », *Punir mon beau souci. Pour une raison pénale*, F. Ringelheim (dir.), Bruxelles, ULB, 1984, p. 297 et s.

HUTSEBAUT, F., « La “grande” loi Franchimont. Une nouvelle proposition de réforme de la procédure pénale », *Vigiles*, 2003, pp. 33 et s.

INSERM, *Les troubles des conduites chez l'enfant et l'adolescent*, Paris, Éditions de l'INSERM, 2005.

JACCOUD, M., *Justice réparatrice et médiation pénale – Convergences ou divergences ?*, Paris, L'Harmattan, 2003.

JOHNSTONE, G., *Restorative justice: Ideas, values, debates*, Londres, Routledge, 2011.

JONCKHEERE, A. et MAES, E., *Calcul, exécution et cumul des peines en Belgique / Strafberekening, uitvoering en cumul van straffen in België*, Gompel & Svacina, 2022.

KAMINSKI, D., *Pénalité, management, innovation*, Namur, PUN, 2010.

KEMSHALL, H., *Understanding risk in criminal justice*, Open University Press, Glasgow, 2003.

LARIEU, P., *Neurosciences et droit pénal. Le cerveau dans le prétoire*, Paris, L'Harmattan, 2015.

KITSUSE, J.I., « Societal reaction to deviant behavior », *Social problems*, vol. 9, n° 3, 1962, p. 247 et s.

LASCOUMES, P., PONCELA, P. et LENOËL, P., *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du Code pénal*, Paris, Hachette, 1989.

LARREGUE, J., « La criminologie biosociale à l'aune de la théorie du champ. Ressources et stratégies d'un courant dominé de la criminologie états-unienne », *Déviance & Société*, 2017, p. 167 et s.

LARREGUE, J., *Héréditaire. L'éternel retour des théories biologiques du crime*, Le Seuil, Paris, 2020.

LEAUTE, G., « Le néoclassicisme », *La responsabilité pénale*, Travaux du colloque de philosophie pénale, Paris, Dalloz, 1961, p. 351 et s.

LEGRAND, S., *Les normes chez Foucault*, Paris, PUF, 2007.

LEGROS, R., *Avant-projet de Code pénal*, préface de J. GOL, vice-premier ministre et ministre de la Justice, Bruxelles, Moniteur, 1985.

LEMERT, E.M., *Human deviance, social problems and social control*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, 1972.

LEMONNE, A., « Évolution récente dans le champ de la médiation en matière pénale : entre idéalisme et pragmatisme », *Rev. dr. pén.*, 2007, p. 156 et s.

LEPELETIER DE SAINT-FARGEAU, F., *Œuvres de Michel Lepeletier de Saint-Fargeau, avec une notice sur la vie et divers documents historiques*, 2^e éd., Bruxelles, 1834.

LUKES, S. et SCULL, A., « Introduction », *Durkheim and the law*, S. Lukes et A. Scull (dir.), Oxford, Robertson, 1983.

LYNCH, M., « Waste Managers? The New Penology, Crime Fighting, and Parole Agent Identity », *Law and Society Review*, 1998, 32, 4, p. 839 et s.

- MAC DONALD, C.F., « Presidential Address », *American Journal of Insanity*, juillet 1914, p. 9 et s.
- MACKAY, R. (dir.), *Images of restorative justice*, Francfort, Verlag für Polizeiwissenschaft, 2007.
- McNEILL, F. et BEYENS, K. (dir.), *Offender supervision in Europe*, New York, Palgrave Macmillan, 2013.
- MARCHETTI, P., « De la responsabilité au risque. L'École positive et les « nouveaux horizons » du droit pénal », *Rev. dr. Pén .crim*, 2017, n°6, p. 562 et s.
- MARY, Ph., « Relecture de Garofalo », *Journ. proc.*, n° 141, 30 décembre 1988, p. 22 et s.
- MARY, Ph., *Délinquant, délinquance et insécurité. Un demi-siècle de traitement en Belgique (1944-1997)*, Bruxelles, Bruylant, 1998.
- MARY, Ph. (dir.), *Travail d'intérêt général et médiation pénale. Socialisation du pénal ou pénalisation du social ?*, 1997, Bruxelles, Bruylant.
- MASMONTEIL, E., *La législation criminelle dans l'œuvre de Voltaire*, Paris, A. Rousseau, 1901.
- MAWBY, R.I. et WALKLATE, S., *Critical criminology. International perspectives*, Londres, Sage, 1994.
- MAZABRAUD, B., « Foucault, le droit et les dispositifs de pouvoir », *Cités*, 2010, 42, p. 127 et s.
- MERLE, R. et VITU, A., *Traité de droit criminel*, t. I, *Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Paris, Cujas : 6^e éd., 1988 et 7^e éd., 1997.
- MERLE, R., « Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale. Le point de vue doctrinal », *Rev. sc. crim.*, 1964, p. 728 et s.
- MERTON, R.K., *Social theory and social structure*, New York-Londres, The free press-Collier-Macmillan, 1967.
- MONTESQUIEU, *Lettres persanes*, Genève, Droz, 1965.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, nouvelle éd., Paris, Garnier, 1871.
- NEDERLANDT, O., « L'exposé d'orientation politique du ministre de la Justice – Les volets pénal et pénitentiaire : une politique essentiellement sécuritaire et répressive », *J.T.*, 2021, pp. 192- 195.
- NÈVE, M., « La réforme de la procédure pénale, stop ou encore ? », *J.T.*, 2007, pp. 55-56.
- NYPELS, J.S.G., *Législation criminelle de la Belgique ou Commentaire et complément du Code pénal belge*, t. 1^{er}, Bruxelles, Bruylant, 1867.
- O'MALLEY, P., « Volatile and Contradictory Punishment », *Theoretical Criminology*, 1999, p. 175 et s.
- ORTOLAN, J., *Éléments de droit pénal. Pénalité. Juridictions. Procédure*, 5^e éd., t. I, Paris, Plon, 1886.
- OST, F. et VAN de KERCHOVE, M., « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », *R.I.E.J.*, 2000, 44, p. 1 et s.
- OST, F., *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruxelles, Bruylant, 2016.
- PARSONS, T., *The structure of social action*, vol. 1, New York-Londres, The free press-Collier-Macmillan, 1968.
- PETERS, T., « Bemiddeling, herstel en strafrechtspleging », *Panopticon*, 1993, p. 97 et s.
- PETERS, T. et AERTSEN, I., « Restorative justice: in search of new avenues in judicial dealing with crime. The presentation of a project of mediation for reparation », *Changes in society and criminal justice in Europe*, vol. 1, C. Fijnaut (dir.), Anvers, Kluwer, 1995, p. 311 et s.
- PIRES, A.P., « La criminologie d'hier et d'aujourd'hui », *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, t. 1, *Des savoirs diffus à la notion de criminel-né*, Chr. Debuyst, Fr. Digneffe, J.-M. Labadie et A.P. Pires (dir.), Bruxelles-Montréal-Ottawa, De Boeck Université-Les Presses de l'Université de Montréal-Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1995, p. 13 et s.

PIRES, A.P., « Kant face à la justice criminelle », *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, t. 2, *La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Chr. Debuyst, Fr. Digneffe et A.P. Pires (dir.), Bruxelles-Montréal-Ottawa, De Boeck Université-Les Presses de l'Université de Montréal-Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1998.

PIRES, A.P., « Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne », *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, t. 2, *La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Chr. Debuyst, Fr. Digneffe et A.P. Pires (dir.), Bruxelles-Montréal-Ottawa, De Boeck Université-Les Presses de l'Université de Montréal-Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1998.

PLAWSKI, S., « Lepeletier de Saint-Fargeau, auteur du projet de Code pénal de 1791 », *Rev. sc. crim.*, 1957, pp. 619 et s.

PONCELA, P., « L'empreinte de la philosophie utilitariste sur le droit pénal français », *La peine, quel avenir ?*, Paris, Le Cerf, 1983.

PORRET, M., « Voltaire : justicier des Lumières », *Cahiers Voltaire*, n° 8, 2009, p. 7 et s.

PRATT, J., « Dangerousness, Risk and Technologies of Power », *The Australian and New-Zealand Journal of Criminology*, 2005, n°1, p. 101 et s.

PRINS, A., *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Bruxelles-Leipzig, Misch et Tron, 1910, repr. Genève, Médecine et Hygiène, 1986.

PRINS, A., *Criminalité et répression. Essai de science pénale*, Bruxelles-Leipzig, Librairie européenne C. Muquardt, Merzbach et Falk, 1886.

PRINS, A., *Science pénale et droit positif*, Bruxelles-Paris, Bruylant-Marescq, 1899.

QUIRION, B., « Traiter les délinquants ou contrôler les conduites : le dispositif thérapeutique à l'ère de la nouvelle pénologie », *Criminologie*, 2006, 39, 2, p. 137 et s.

RAFTER, N., « Criminology's Darkest Hour: Biocriminology in Nazi Germany », *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, 2008, p. 287 et s.

RIZZO, A. (dir.), *Le nouveau droit pénal sexuel*, Bruxelles, Larcier, Collection de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, 2022.

ROBERT, D., « Transformations récentes de la législation fédérale sur la mise en liberté sous condition au Canada. Une lecture à la lumière des écrits sur la notion de risque », *Criminologie*, 2001, 34, 1, p. 73 et s.

ROBERT, Ph., « La sociologie entre une criminologie de passage à l'acte et une criminologie de la réaction sociale », *L'année sociologique*, vol. 24, 1973, p. 441 et s.

ROBERT, Ph., *La question pénale*, Genève, Droz, 1984.

ROBERT, Ph. et FAUGERON, Cl., *La justice et son public*, Genève, Médecine et Hygiène, 1978.

ROBERT, Ph. et FAUGERON, Cl., *Les forces cachées de la justice. La crise de la justice pénale*, Paris, Le Centurion.

ROBINSON (G.), « Late-modern rehabilitation. The evolution of a penal strategy », *Punishment & Society*, 2008, vol. 10(4), pp. 429-445.

ROSSI, P., *Traité de droit pénal*, 3^e éd., Paris-Genève, Sautet-Alexandre Mesnier-J. Barbezat, 1863.

ROUSSEAU, J.J., *Du contrat social*, Paris, U.G.E., 1963.

ROUVROY, A., « Autour de l'informatique : les algorithmes et la disparition du sujet », *The Conversation*, 2016, en ligne, <https://theconversation.com>.

ROZIE, J., VANDERMEERSCH, D. (avec le concours de J. DE HERDT, M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS), Commission de réforme du droit pénal. *Proposition d'avant-projet de Livre I^{er} du Code pénal, Les dossiers de la Revue de Droit pénal et de Criminologie*, n° 24, La Charte, 2016.

ROZIE, J., VANDERMEERSCH, D. et DE HERDT, J. (avec le concours de M. DEBAUCHE et M. TAEYMANS), *Un nouveau Code pénal pour le futur ? La proposition de la Commission de réforme du droit pénal*, *Les dossiers de la Revue de Droit pénal et de Criminologie*, n° 27, La Charte, 2019.

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

SALEILLES, R., *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, 3^e éd., Paris, F. Alcan, 1927.

SHAPLAND, J., WILLMORE, J. et DUFF, P., *Victims in the criminal justice system*, Aldershot-Brookfield, 1985.

SCHUR, E.M., *Labeling deviant behavior. Its sociological implications*, New York-Londres, Harper and Row, 1971.

SHELEFF, L.S., « From restitutive law to repressive law. Durkheim's "The division of labor in society" re-visited », *Archives européennes de sociologie*, t. XVI, 1975, n° 1, p. 16 et s.

SIMON, J., *Poor Discipline. Parole and the Social Control of the Underclass, 1890-1990*, The University of Chicago Press, Chicago and London, 1993.

SKOGAN, W.G., *Sample surveys of the victims of crime*, Cambridge, Mass., Ballinger, 1976.

SLINGENEYER, T., « Criminalité réelle : équation et réflexions », *Dictionnaire de la criminologie en ligne*, disponible sur <http://criminologie.site.koumbit.net/article/criminalité-réelle-équation-et-réflexions>.

SLINGENEYER, T., « La nouvelle pénologie, une grille d'analyse des transformations des discours, des techniques et des objectifs dans la pénalité », *Champ pénal/ Penal Field*, 2007, IV.

STRANG, H., *Repair or revenge. Victims and restorative justice*, Oxford, Clarendon Press, 2002.

SUPIOT, A., *La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France, 2012-2014*, Paris, Fayard, 2015.

TAYLOR, I., WALTON, P. et YOUNG, J., *The new criminology: for a social theory of deviance*, Londres-Boston-Henley, Routledge and Kegan Paul, 1974.

THONISSEN, J., « Notice sur J.J. Haus », *Annuaire de l'Académie royale de Belgique*, Bruxelles, 1884, p. 185 et s.

TULKENS, Fr., « La réforme du Code pénal en Belgique. Question critique », *Déviance et société*, 1983, pp. 197 et s.

TULKENS, Fr., *Surcriminalisation et décriminalisation. Les choix de la justice pénale aux États-Unis à la fin des années 1960 (1975)*, Louvain-la-Neuve, Département de criminologie et de droit pénal, Document de travail, 17/1, 1987.

TULKENS, Fr., « Les principes du Code pénal de Bentham », *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 615 et s.

TULKENS, Fr., « Un chapitre de l'histoire des réformateurs. Adolphe Prins et la défense sociale, Introduction », *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, repr., Genève, Médecine et Hygiène, 1986, p. 1 et s.

TULKENS, Fr. et VAN DE KERCHOVE, M., « La justice pénale : justice imposée, justice participative, justice consensuelle ou justice négociée ? », *Rev. dr. pén. crim.*, 1996, n° 5, p. 445 et s.

VACHERET, M., DOZOIS, J. et LEMIRE, G., « Le système correctionnel canadien et la nouvelle pénologie : la notion de risque », *Déviance et Société*, 1998, p. 37 et s.

VAN DE KERCHOVE, M., *Le droit sans peines. Aspects de la dépénalisation en Belgique et aux États-Unis*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987.

VAN DE KERCHOVE, M., « La naturalisation des peines », *Images et usages de la nature en droit*, Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1993, p. 255 et s.

VAN DE KERCHOVE, M., « Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées ? Réflexions sur les phénomènes de dissociation entre la validité formelle et l'effectivité des normes juridiques », *Droit et pouvoir*, t. I : *La validité*, X. Dijon, H. Dumont et A. Berten (dir.), 1987, p. 327 et s.

VAN DE KERCHOVE, M., « Les réactions législatives aux disparitions d'enfants. "L'affaire Dutroux", paradigme de l'accélération du temps juridique ? », *Rev. dr. pén. crim.*, 1999, pp. 1075 et s.

van de KERCHOVE, M., « Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées? Réflexions sur les phénomènes de dissociation entre la validité formelle et l'effectivité des normes juridiques », *J.T.*, 1985, p. 329 et s.

VAN DE KERCHOVE, M., « La justice restauratrice au cœur du conflit des paradigmes de la peine », *L'avènement juridique de la victime, Journées régionales d'histoire de la justice*, Besançon, 11-12 avril 2013, 2015.

VAN DE KERCHOVE, M., « Décriminalisation et dépénalisation dans la pensée de Jeremy Bentham », *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove (dir.), Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 663 et s.

VAN DE KERCHOVE, M., « La peine, de 1810 à 1867, entre changement et continuité », *J.T.*, 2010, n° 6413, pp. 677 et s.

VAN DER VORST, P. et MARY, Ph. (dir.), *Cent ans de criminologie à l'U.L.B. Adolphe Prins, L'Union internationale de droit pénal, le Cercle universitaire pour les études criminologiques*, Bruxelles, Bruylant, 1990.

VANDERMEERSCH, D., ROZIE, J., « Commission de réforme du Code pénal : les raisons d'une démission », *J.T.*, 2018, pp. 679 – 680.

VANDERMEERSCH, D., « La réforme des Codes en matière pénale : un saut nécessaire du XIXe au XXIe siècle », *J.T.*, 2020, pp. 541-555.

VANFRAECHEM, I., AERTSEN, I. et WILLEMSSENS, J. (dir.), *Restorative justice realities: empirical research in a European context*, La Haye, Eleven International pub., 2010.

VAN OUTRIVE, L., « Interactionnisme et néo-marxisme. Une analyse critique », *Déviance et société*, 1977, vol. 1, n° 3, p. 253 et s.

VARONA, G., *Restorative justice: new social rites within the penal system?*, Oñati, The Oñati international Institute for the sociology of law, 1996.

VIANO, E.C., « Victims of crime as stereotypes », *Revue internationale de philosophie pénale et de criminologie de l'acte*, 1995, p. 105 et s.

VOLTAIRE, « Commentaire sur le livre « Des délits et des peines » (1766) », *Œuvres complètes de Voltaire. Politique et législation*, vol. 1, Bruxelles, Ode et Wodon, 1827, p. 238 et s.

VON HENTIG, H., *The criminal and his victim*, New Haven, Yale University press, 1948.

WALGRAVE, L. (éd.), *Restorative justice and the law*, Cullompton, Willan, 2011.

WALGRAVE, L., « Mediation and community service as models of a restorative approach: why should it be better? Explicating the objectives as criteria of evaluation », *Restorative justice on trial. Pitfalls and potentials of victim offender mediation. International research perspectives*, H. Messmer et H.-U. Otto (dir.), Dordrecht-Boston_Londres, Kluwer, 1992, p. 343 et s.

WALGRAVE, L. et AERTSEN, I., « Reintegrative shaming and restorative justice. Interchangeable, complementary or different? », *European Journal on criminal policy and research*, 1996, vol. 4, n° 4, p. 67 et s.

WALGRAVE, L., « La justice restaurative : à la recherche d'une théorie et d'un programme », *Criminologie*, 1999, vol. 32, n° 1, p. 7 et s.

WALGRAVE, L., « "Herstelrecht" een derde weg in het gerechtelijk antwoord op jeugddelinquentie? », *Panopticon*, 1992, p. 24 et s.

WOLF, E., « Paul Johann Anselm von Feuerbach », *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, E. Wolf (dir.), 4^e éd., Tübingen, Mohr, 1963, p. 543 et s.

WRIGHT, R.A. et MILLER, J.M., « Taboo until today? The coverage of biological arguments in criminology textbooks, 1961 to 1970 and 1987 to 1996 », *Journal of Criminal Justice*, 1998, p. 1 et s.

WYVEKENS, A., *L'insertion locale de la justice pénale. Aux origines de la justice de proximité*, Paris, L'Harmattan, 1997.

X, « Penser la peine à l'âge des Lumières », *Lumières*, 2012, n° 20.

ZAUBERMAN, R. (dir.), « Sources d'information sur les victimes et problèmes méthodologiques dans ce domaine », *Recherches sur la victimisation*, Études relatives à la recherche criminologique, vol. XXIII, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1985.

ZAUBERMAN, R. (dir.), *Les enquêtes de délinquance et de déviance auto-reportées en Europe. État des savoirs et bilan des usages*, Paris, L'Harmattan, 2009.

ZEHR, H., *Changing lenses a new focus for crime and justice*, Scottsdale, Herald Press, 1990, p. 18 et s.

Table des matières

<i>Introduction historique à la pensée pénale</i>.....	2
Section 1. Points de repère de la pensée pénale	2
<i>Introduction</i>	2
§ 1. <i>La pensée classique</i>	5
A. Le Crime	7
B. Le criminel	10
C. La peine	12
D. La procédure pénale	15
E. Évolution contemporaine de ces principes fondateurs de la pénalité moderne	16
§ 2 <i>La pensée positiviste ou la naissance de la criminologie</i>	20
A. Le crime	24
B. Le criminel	25
C. La peine	27
D. Procédure	29
§ 3. <i>Les théories sociologiques fonctionnalistes (Durkheim)</i>	31
A. Le crime	32
B. Le criminel	36
C. La peine	38
D. La procédure pénale	40
§ 4. <i>Les théories de la réaction sociale (ou de la définition sociale)</i>	41
A. Le crime	43
B. Le criminel	44
C. La peine	45
D. La procédure pénale	46
§ 5. <i>Le retour de la victime</i>	48
A. Le crime	50
B. Le criminel	51
C. La peine	51
D. La procédure pénale	52
§ 6. <i>La pensée pénale face au risque : métamorphose(s) de la dangerosité</i>	54
A. Le crime	55
B. Le criminel	56
C. La peine	57
D. La procédure pénale	59
§ 7. <i>Le retour d'une explication biologique du crime</i>	62
§ 8. <i>Conclusion</i>	63
Section 2. La généalogie du droit positif.....	64
§ 1. <i>Les textes fondateurs : le Code pénal révolutionnaire (1791) et le Code pénal Napoléon (1810)</i>	64
A. Le Code pénal révolutionnaire de 1791	64
B. Le Code pénal Napoléon de 1810	65
§ 2. <i>Le Code pénal belge de 1867 : une œuvre néoclassique</i>	65
A. Les prémisses	65
B. L'influence de la pensée pénale néoclassique et le Code pénal de 1867	66
§ 3. <i>Le droit pénal et la défense sociale</i>	68
A. La révolte positiviste	68
B. L'Union internationale de droit pénal	68
C. Adolphe Prins, réformateur en Belgique	69
D. La défense sociale nouvelle	69
§ 4. <i>L'entreprise de réforme du Code pénal</i>	70
A. La réforme du Code pénal dans les années 1970	70
B. La réforme du Code pénal aujourd'hui	71
§ 5. <i>La réforme du droit de la procédure pénale</i>	74
§ 6. <i>Le projet de rédiger un Code de l'exécution des peines</i>	77
<i>Bibliographie</i>.....	79