

Action publique et subjectivité dans le champ pénal : une autre conception du sujet de droit pénal ?

Introduction

Incarnation du pouvoir de l'Etat, le droit pénal est très largement traversé par les mouvements qui affectent l'action publique. A travers une reconstruction généalogique mettant l'accent sur quelques grands traits de la normativité pénale moderne et de ses évolutions dans le temps, je voudrais mettre en lumière quelques transformations qui me semblent affecter les rapports du droit et de la justice pénale au sujet et à la subjectivation. Dans un premier temps, je reviendrai sur la symbolique générale du droit « moderne » et la place qu'elle donne, dans le champ pénal, à un sujet « d'obéissance » sans guère se préoccuper d'une éventuelle dimension subjectivante de la réponse pénale (I). Dans un second temps, je m'attarderai sur les mutations de la pénalité contemporaine, pour souligner la profonde ambivalence du « sujet pénal » contemporain, tel qu'il est promu à travers divers dispositifs, dans une oscillation entre idéal d'affiliation et souci d'auto-contrôle (II).

I. De l'Etat libéral à l'Etat social : « ordre » juridique et sujet pénal d'obéissance

A. Un droit d'ordre et d'autorité

Pour le juriste, les sociétés modernes sont des sociétés d'autorité et d'obéissance. *Sociétés d'autorité*, car elles reposent sur un substrat transcendantal, fût-il laïcisé, et des appareils distributeurs de normativités selon des axes verticaux et imposés. L'héritage des Lumières pèse ici de tout son poids sur un montage symbolique qui faisait la part belle à un principe d'hétéronomie et de hiérarchie. *Sociétés d'obéissance*, car le sujet de droit est présumé croire et supposé adhérer à un ordre des lois dont la légitimité n'est pas interrogée. L'obéissance se fait ici le corrélat d'un « amour des lois »¹ auquel conduit une mythologie sacralisante qui assure à la loi fondement et autorité, croyance et reconnaissance. Ce montage symbolique est généralement lié à l'image d'un « droit imposé », associé à la figure d'un mythique « Législateur Rationnel » prenant les traits d'un modèle « jupitérien » ou « herculéen » : on y fait aussi correspondre les deux grands moments du droit moderne, à savoir le droit de l'Etat libéral et le droit de l'Etat social².

1. Le droit de l'Etat libéral, symbole d'une gouvernementalité par le haut

Fondé sur la suprématie de la loi et des valeurs qu'elle incarne dans l'Etat de droit libéral, l'ordre juridique « jupitérien » (qui est aussi *système* juridique) trouve sa légitimité dans une raison légale absolue et incontestable qui s'impose tant aux destinataires primaires (les sujets de droit) que secondaires (les agents chargés de faire appliquer la loi) des normes juridiques. Quels que soient ses effets *in concreto*, la loi s'impose d'en-haut, fondée sur « quelque Sinaï »³ et sa rationalité substantielle (en termes de valeurs sociales revendiquées et d'intérêts

¹ Pierre LEGENDRE, *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Seuil, Paris, 1976.

² François OST, « Jupiter, Hercule ou Hermès, Quel modèle pour un droit post-moderne ? » dans *Le Journal des Procès*, 5 octobre 1990, n° 179, pp. 14-20 et 19 octobre 1990, n° 180, pp. 19-25.

³ François OST, *Du Sinaï au Champ-de-Mars. L'autre et le même au fondement du droit*, éd. Lessius, Bruxelles, 1999.

sociaux soigneusement dissimulés) semble aller de soi, expression de la raison naturelle ou de l'utilité sociale. Précurseur du droit moderne tel qu'il se déploie au 19^e siècle, Bentham, père de l'utilitarisme, penseur de la « fiction » et spécialiste de la codification, est sans doute un de ceux qui percevra le mieux tout le profit à tirer d'un croisement entre les principes de l'utile et de la Raison sur fond de fictions pour assurer un régime de gouvernementalité imposée par le droit. A travers le principe de la codification du droit, soit la création d'un corps complet de législation ou « pannommion », le juriste anglais propose de placer sous l'égide d'un législateur pontifical un système ordonné de textes clairs et sans contradictions, de normes liées et hiérarchisées qui doit répondre aux idéaux de la complétude et de la cohérence⁴. Au coeur d'une « discipline » juridique qui n'a jamais aussi bien porté son nom, la rationalité juridique moderne met ainsi le droit au service de « l'utilité du plus grand nombre », dans une logique où priorité est donnée à la règle et à son application comme fondement de l'ordre social : *dura lex, sed lex*, quels qu'en soient les effets *in concreto* pour les sujets de droit.

Fidèle à la fameuse loi de la « bipolarité des erreurs » chère à Bachelard, l'époque se défie comme de la peste du droit qui se construit à partir du cas, mécanique propre à l'Ancien Régime, et cherche à tout prix à se défaire de ce mode d'approche inductif : s'il permet peut-être de donner une place plus importante à la subjectivité et à la participation des sujets de droit, un système qui fait sortir le droit du cas (*ius ex facto orietur*) est surtout vu comme source d'inégalité et d'arbitraire. Ce droit du cas ne cadre pas avec l'« esprit de système » cher aux Lumières dont les représentants, sous l'emprise de la rationalité « more-géométrico » qui domine l'époque, préfèrent la clarté et la simplicité apparentes d'une approche logico-déductive : la construction du système juridique dans une démarche « top-down » est jugée préférable aux obscurités et à la complexité d'une approche « bottom-up » aux effets largement imprévisibles⁵.

2. Le droit de l'Etat social : un droit plus concret, mais toujours de surplomb...

Avec l'avènement de l'Etat social à la fin du 19^e siècle, l'imagerie se modifie mais la logique de la construction de la règle dans son rapport au sujet reste largement identique. Sur fond de positivisme scientifique, sinon de « scientisme » au sens d'une croyance aveugle dans les pouvoirs de la science comme sérum de vérité, le siège de la légitimité juridique se déplace partiellement. Plus soucieux d'efficacité concrète et moins engoncé dans les grands principes métaphysiques ou moraux, le système juridique se fait « herculéen » : moins générales et abstraites, les règles se font plus catégorielles, voire plus particulières pour encadrer le jeu social et atteindre des résultats liés à une finalité spécifique. La rationalité juridique glisse vers une rationalité de « social engeneering », ce que souligne le déplacement du pôle de création de la loi vers l'exécutif ou le travail d'un juge qui cherche plus à peser la balance des intérêts mis en lumière par le dossier qu'à brandir son glaive jupiterien pour trancher le conflit. Le « *dura lex sed lex* » du juge de l'Etat de droit libéral s'infléchit pour se doubler d'une prise en compte des résultats concrets de la décision judiciaire. Dans cette quête du concret, la légitimité du système se déplace en partie de la métaphysique des valeurs vers le

⁴ Voyez François OST, « Codification et temporalité dans la pensée de J. Bentham », dans Philippe GERARD, François OST, Michel van de KERCHOVE, *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, FUSL, Bruxelles, 1987, pp. 163-230.

⁵ Sur tout ceci, je me permets de renvoyer à Yves CARTUYVELS, *D'où vient le code pénal ? Une approche généalogique des premiers codes pénaux dans l'Europe absolutiste du XVIII^e siècle*, Deboeck-Université, Presses de l'Université de Montréal, Presses de l'Université d'Ottawa, Bruxelles, Montréal, Ottawa, 1996.

socle de la démarche scientifique, la science s'érigeant en gage de vérité mais aussi d'efficacité (à défaut, encore, d'efficience, terminologie plus récente qui indexe l'exigence d'efficacité à un calcul de rentabilité économique), les deux nouvelles figures de la légitimité juridique. L'irruption de l'expert dans le champ judiciaire est un des signes les plus tangibles de cette transformation qui se produit, dans le champ pénal, à la fin du 19^e siècle.

Ce déplacement ne change pas fondamentalement pour autant les règles du jeu en ce qui concerne le rapport de la règle au sujet ou la question des liens entre droit et subjectivation : de la loi morale à la science, le point d'ancrage du système reste un point de surplomb, sorte de tiers-exclu qui souligne l'incomplétude radicale d'un système juridique dont les règles consistantes ne se pensent pas encore comme possiblement autoréférentielles. En cela, le droit ne fait d'ailleurs que traduire le montage imaginaire qui préside à la construction des sociétés modernes qui ne se lisent pas encore comme « contractualisées »⁶ : le recours à une symbolique de règles incomplètes et consistantes fondées sur un point d'extériorité radicale reste de rigueur⁷. Pour le dire dans les termes de C. Castoriadis, « auto-institution imaginaire de la société », soit la désacralisation radicale du monde social que symbolise la révolution française 1789, mettra plus de deux siècles à entrer dans les esprits et à bouleverser de manière structurale notre rapport au monde et aux règles. Autrement dit, au cours des deux derniers siècles, le mythe continue à fonder notre adhésion à un ordre symbolique donné (même s'il est mouvant) et notre obéissance aux normes, dans un montage dont le caractère de « semblant » ou de « fiction » fondatrice n'apparaît pas encore en pleine lumière.

Sur le plan de la subjectivation par le droit, le changement n'est guère plus fondamental : le sujet de droit reste pour l'essentiel assujéti à des règles dont il ne maîtrise pas la source ou à des vérités scientifiques qu'il n'est guère en mesure de discuter. Dans une institution judiciaire qui fonctionne au dossier, on privilégie une procédure écrite plutôt que le recours à l'oralité, ce qui ne renforce pas la place de sujet (au sens d'acteur) d'un justiciable condamné à un rapport muet à la loi et aux appareils de justice. Se trouvant régulièrement spolié d'un conflit qui lui échappe pour tomber entre les mains d'experts qui savent, le justiciable est avant tout « objet » de justice, tout comme il est l'objet des autres systèmes administratifs. Ce qu'on lui demande avant tout, c'est d'obéir et de respecter la règle édictée ou la décision rendue, dans un environnement bureaucratique où l'on ne s'interroge pas encore ni sur les écarts entre « monde des systèmes » et « monde vécu » des citoyens (Habermas), ni sur la place à faire au sujet dans des systèmes bureaucratiques et disciplinaires qui fonctionnent de manière privilégiée à la règle ou à la norme, non à la participation ou à la discussion.

B. Un projet pénal disciplinaire pour un sujet d'obéissance

Le modèle de régulation "rationnel-substantiel" associé à la modernité, dans sa double dimension évoquée ci-dessus, a trouvé une illustration paradigmatique dans le champ pénal. Depuis *Surveiller et Punir* de M. Foucault, un large courant critique s'est développé pour questionner les dérives d'un projet de contrôle social "normalisateur" caractéristique de sociétés "disciplinaires". Outil de contrôle et de réformation morale des classes laborieuses mis au service de l'ordre social en place, « superstructure » avalisant les intérêts du capitalisme industriel, instrument de domination dans des sociétés d'inégalités, le droit pénal

⁶ Alain SUPLOT, « La contractualisation de la société », dans Yves MICHAUD (dir.), *Qu'est-ce que l'humain ?*, Université de tous les savoirs, vol. 2, Odile Jacob, Paris, pp. 157-167.

⁷ J.P. LEBRUN, « Engagement, décision, acte », dans *Engagement, décision et acte dans le travail avec les familles*, Temps d'arrêt, 2005, pp. 7-14.

a été largement décrit comme le bras armé du pouvoir, contribuant à "surveiller et punir" les « classes dangereuses » au nom de valeurs sociales supposées communes. Associant lui aussi fiction fondatrice et principe de l'utilité, le droit pénal apparaîtra longtemps comme le gardien de la "conscience collective" (Durkheim), expression tant d'une morale partagée par le corps social que de l'utilité publique ou collective/ Il faudra attendre els années 1950 pour qu'une critique dénonciatrice et démystificatrice ne mette l'accent sur son caractère de construction sociale⁸.

Indexée à un projet moral consistant, une pénalité de l'exclusion et de la correction va se déployer, jouant sur multiples modalités de l'incrimination et de la punition, les deux faces du *Droit des délits et des peines*. Elle sera soucieuse, dans des équilibres qui bougent selon les époques et les priorités de la défense sociale, de prévenir les infractions, de dissuader ou de neutraliser des individus dangereux, de rétribuer la faute commise, de traiter ou de réhabiliter des individus déviants, voire, même si c'est de manière très marginale, de réparer le mal causé à la victime⁹. Mais quelle que soit la fonction privilégiée, le projet pénal des deux derniers siècles, plus peut-être que tout autre projet juridique, prendra appui sur l'imaginaire de la modernité, croisant références normatives fortes, *décorum* imposant et scénographie théâtralisée : expression du jugement dernier, la Raison pénale est l'expression transcendante d'une morale théocratique, le crime étant toujours, quel que soit son impact, présenté et perçu comme une atteinte au Souverain et, à travers lui, au souverain bien.

Disciplinant les corps derrière les murs opaques de la prison, la justice pénale impose alors son ordre et diffuse ses valeurs, affichant sa vocation à transformer les âmes par la grâce d'un message extérieur qui n'exige pas tant adhésion que respect. La pénalité moderne, en effet, ne demande guère qu'on la comprenne ou qu'on l'aime. Elle vise encore moins le consentement à la punition : elle veut la discipline et demande un sujet d'obéissance, punissant sans discuter ceux qui bravent la loi et recourant à l'arsenal carcéral pour mieux impressionner les déviants potentiels qui oseraient porter atteinte à l'autorité du souverain. Que l'infacteur soit perçu comme « être moral », auteur responsable d'un acte à rétribuer, ou comme individu dangereux à contrôler au nom des intérêts de la défense sociale, la logique punitive à l'oeuvre est identique : ce qu'on demande au sujet de droit pénal, c'est d'obéir à la loi ou de se conformer aux normes, de respecter l'autorité du souverain ou de s'adapter au continuum des normativités d'experts, qu'elles soient « médicales, sociales, morales et psychologiques »¹⁰. Pas question donc, dans ce modèle, d'un travail de subjectivation par le droit et la justice pénale. Plus, la dimension *désobjectivée* de l'intervention pénale s'accroît historiquement, à mesure que se propage le souci de défense sociale et une culture du diagnostic à des fins de normalisation sociale : dès lors que la priorité devient de jauger la dangerosité d'un individu en regard de normativités psychosociales, les préoccupations liées à la subjectivité et à la responsabilité de l'auteur pour déterminer les contours de la sentence tendent à s'effacer derrière un pur calcul d'efficacité instrumentale. C'est notamment le sens du débat qui opposera les partisans de l'école néo-classique à ceux du mouvement de la Défense Sociale à

⁸ Ce sera notamment la démarche d'une criminologie critique, mieux connue dans le monde francophone sous la dénomination de « Paradigme de la réaction sociale ». Voyez Françoise TULKENS, Michel van de KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, Kluwer, Bruxelles, 2005, pp. 52-60.

⁹ Sur les différentes fonctions de la peine, voyez, e.a., *Ibid.*, pp. 488-502.

¹⁰ Michel van de KERCHOVE , « Le principe de légalité et ses limites dans le droit 'quasi pénal' belge », dans Ch.A. MORAND (ed.), *Figures de la légalité*, Paris, Publisud, 1992, p. 115.

la fin du XIXe siècle : aux premiers qui mettent en avant la question de la responsabilité morale subjective comme condition de l'imputabilité et mesure de la peine, les autres renvoient l'objectivation par la science du danger comme critères d'une l'intervention au service du bien public. Le thème de l' « individu dangereux » détourne en quelque sorte le processus de subjectivation, pour inféoder le déviant au regard objectivant des grilles de lecture scientifiques.

Ce n'est qu'après la deuxième guerre mondiale que, sous la double influence d'une lecture critique de la pénalité de l'Etat social d'une part, du développement d'un mouvement de Défense Sociale Nouvelle, plus sensible aux idéaux de traitement et de réhabilitation du sujet, d'autre part, qu'une réflexion sur la dimension (re)subjectivante de l'intervention pénale va émerger. Elle ouvre une question autour de laquelle on n'a pas fini de s'empoigner aujourd'hui : peut-on penser une intervention subjectivante au cœur d'un appareillage (le pénal) marqué depuis ses origines du sceau de la déshumanisation ? Pour le dire autrement : peut-on raisonnablement faire le pari d'un droit pénal subjectivant, alors même que le droit pénal se définit comme un appareil à distribuer douleurs et souffrances – c'est le sens même d'un *droit des peines* – et qu'il se caractérise dans les faits, depuis deux siècles au moins, comme machine d'exclusion et de ségrégation, une machine à défaire du sujet ? C'est ici tout le fossé qui sépare ceux qui estiment possible la réforme du droit pénal de l'intérieur, dans une perspective de « civilisation » de la justice pénale, et ceux qui pensent qu'à vouloir promouvoir une réponse subjectivante à la déviance, il faut plutôt miser sur « autre chose que le pénal ». Ce débat peut sembler théorique : il ne l'est pas. Il touche plusieurs questions concrètes, telles que la (dé)pénalisation de certains contentieux spécifiques dans laquelle la subjectivité ou la construction identitaire d'un individu peut être en jeu (toxicomanie, abus sexuel), la repénalisation de la protection de la jeunesse ou encore l'émergence d'une pénologie « restauratrice » soucieuse de « refaire du sujet » à l'aide ou à l'ombre de la règle pénale. Mais ce débat souligne aussi les tensions qui affectent le droit pénal contemporain, pris entre idéal de resubjectivation et processus de désindividuation sous l'effet du jeu croisé de tendance sociales contradictoires.

II. Au cœur du droit pénal contemporain : un « sujet pénal » à figures multiples ?

A. Fin de l'ordre dogmatique et recomposition normative : les « flous du droit » entre droit du « cas par cas » et logique gestionnaire

A la fin du XXe siècle, le modèle de l'Etat de droit subit une série de mutations qui traduisent, selon certains, le passage à un droit « post-moderne », que celui-ci soit perçu comme expression d'une « anti-modernité » ou d'une « deuxième modernité », plus en phase avec l'évolution de nos sociétés contemporaines¹¹. Si l'expression « post-moderne » est contestée, elle a le mérite de souligner l'existence de mutations et de recompositions du droit en regard des modélisations que nous ont laissées le droit moderne. Selon plusieurs auteurs, le droit contemporain connaît une mue assez fondamentale, marqué par la complexité et la multiplicité des normes, la flexibilité et l'adaptabilité des règles, l'enchevêtrement et la récursivité des niveaux d'édiction et d'application des lois, la négociation et la discussion des contenus normatifs. Selon ce constat, le « système » juridique serait un peu moins « ordre juridique » et ferait plutôt appel à l'imaginaire du « réseau ». Il s'éloignerait assez considérablement de l'idéal moderne d'un droit simple et unifié, vertical et imposé, porté par

¹¹ Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », *Revue de droit public*, 1998, n°3, pp. 660-690.

des règles « fixes » et intangibles¹². Même si la pyramide ne s'estompe pas complètement derrière le réseau, l'évolution du droit contemporain soulignerait la fin de « l'ordre dogmatique »¹³, soit la fin de ce montage symbolique spécifique que symbolisait la figure du Léviathan chez Hobbes et qui ancrerait son autorité et sa légitimité dans une certaine transcendance : démythifié le « législateur rationnel », expression d'une vérité de surplomb devenue improbable devant la réalité des constructions légistiques; désacralisées, dans des sociétés plurielles, les valeurs substantielles à caractère moral traversant le droit ; remise en cause l'autorité des savoirs scientifiques en tant qu'expression indépassable de la vérité... Désormais, un droit plus horizontal, contractuel et négocié, consacre la réalité de normes juridiques «écrites à plusieurs mains», dans un système où l'édiction de la norme se rapproche toujours plus de son moment d'application. Oscillant entre la règle et la décision, multipliant les normes aux contours flous et évolutifs, favorisant un principe de discussion et de négociation des règles, le droit contemporain privilégie encore aujourd'hui dans nombreux domaines un type de jugement « réfléchissant » qui confie aux acteurs d'application du droit le soin de construire le sens de la loi à partir du cas.

Expression d'une *raison pratique*, qui n'a plus qu'une lointaine parenté avec la raison abstraite des Lumières, la rationalité juridique de ce droit « flou » ou « mou », pousse ainsi à une justice du cas par cas. Si l'évolution questionne sérieusement le principe tutélaire de sécurité juridique, voire celui, de plus en plus mis à mal, de légalité, elle permet aussi, a priori, une meilleure prise en compte des subjectivités présentes derrière le conflit et la mise en œuvre de nouveaux dispositifs de justice communicationnels et participatifs. *A priori*, car ce droit qui s'éloigne du principe de la règle traduit aussi l'émergence d'une rationalité gestionnaire aux effets exactement inverses : l'espace de contrainte libéré favorise, derrière un principe de déformalisation, un idéal de dérégulation juridique qui ouvre grande la voie, soit à un droit du marchandage, menace consubstantielle à une remise en cause de l'hétéronomie des montages normatifs¹⁴, soit à un droit purement gestionnaire¹⁵. Loin de toute préoccupation subjectivante, il s'agit, dans cette perspective, de détourner le droit du contrat aux fins d'avaliser de purs rapports de force (marchandage) ou d'enserrer les sujets de droits dans une nouvelle technologie numérique purement fonctionnelle (droit gestionnaire).

Ce mouvement qui affecte le droit et la justice aujourd'hui ne traduit-il pas l'évolution de nos sociétés contemporaines, marquées tant par le deuil de la théologie politique que par la montée de l'individualisme ? A quoi répondent en effet ce mouvement de flexibilisation d'un droit négocié et construit par le bas, cette tension entre le succès d'un principe de discussion et le froid réalisme d'un droit gestionnaire, sinon d'abord à la faillite du « grand Autre », figure chère aux psychanalystes lacaniens par laquelle on peut désigner l'ébranlement d'un ordre symbolique spécifique, modèle culturel et social fondé sur la verticalité et la transmission indexée à un point d'extériorité ? Que souligne ce mouvement, sinon la remise en cause d'un modèle référentiel traditionnel fondé à la fois sur un principe de verticalité admis comme allant de soi, une distribution hiérarchique des places inquestionnée, un jeu de normes

¹² Voyez sur cette transformation, François OST, Michel van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une approche dialectique du droit*, FUSL, Bruxelles, 2002.

¹³ Pierre LEGENDRE, *loc. cit.*,

¹⁴ voyez François OST, « Au carrefour de l'autonomie et de l'hétéronomie, de la délibération et marchandage : la négociation », dans Ph. GERARD, Fr. OST, M. van de KERCHOVE (dir.), *Droit imposé, droit négocié ?*, FUSL, Bruxelles, 1996, pp. 104-105.

¹⁵ Irène THERY, « Vie privée et monde commun ». réflexions sur l'enlisement gestionnaire du droit », dans *Le débat*, mai 1995, pp. 137-153.

consistantes prenant appui sur un point d'exception ? Mais aussi à l'inverse, bien sûr, la tentative corrélatrice de recomposition des montages normatifs autour d'autres postulats plus effectifs et mieux accordés à l'évolution de notre rapport aux normes et aux valeurs qui se fait plus horizontal et égalitaire¹⁶ ? Dès lors que, comme le soulignait A. Arendt il y a quelques années, « il n'y a pas de normes pour déterminer nos jugements de manière infaillible, pas de règles générales sous lesquelles subsumer les cas particuliers avec quelque degré de certitude »¹⁷ et que monte aussi la demande de reconnaissance individuelle dans un monde marqué par le pluralisme (et le relativisme) plus ou moins assumé des références normatives et culturelles, le droit n'a guère le choix : s'il veut rester un facteur d'institution et de régulation sociales, un instrument de décision, il est contraint de miser sur d'autres modes d'édiction et d'application des normes, qui prennent en compte le doute radical qui sont au cœur de l'imaginaire social contemporain.

Cette remise en question de la symbolique sociale et juridique modifie aussi le rapport entre le droit et le sujet de droit. Autorisant l'introduction de modalités plus subjectivantes (sous la forme d'un droit négocié plus participatif renvoyant le sujet de droit à sa dimension d'acteur social), elle peut, au contraire, refermer cette potentialité sous la pression d'un droit du marchandage et de la gestion. Cette double tendance, caractéristique des évolutions du droit contemporain, est aussi présente dans le champ pénal.

*B. Le droit pénal entre idéal de subjectivation et souci d'autocontrôle, sujet d'affiliation et sujet d'« allégeance »*¹⁸

Incarnation d'un modèle de justice imposée, le droit pénal n'échappe pas aux recompositions normatives qui affectent le droit en général. Sans doute est-il vrai qu'il constitue un bastion caractéristique du droit imposé et que, régulièrement investi d'une fonction de morale de remplacement dans nos sociétés plurielles, il résiste sans doute plus que d'autres domaines du droit au déclin des fictions légitimatrices¹⁹. Néanmoins, le droit pénal « post-moderne » est lui aussi touché dans ses frontières et son architecture traditionnelles héritées de la modernité²⁰, de même qu'il n'échappe pas à la contamination d'un droit horizontal qui oscille entre consensus et négociation, management et discussion²¹. Multiplication et enchevêtrement des niveaux normatifs, désacralisation de la loi et pouvoir créateur des juges, temporalité courte et flexibilité de règles, le changement est bien présent ici également : aux côtés d'un droit majestatif qui ne disparaît pas pour autant, se dessinent les contours d'un « droit pénal en réseau » dont la construction est plus ouverte aux espaces de négociation et de

¹⁶ Voyez Jean DEMUNCK, Marie VERHOEVEN (dir.), *Les mutations du rapport à la norme. Un changement dans la modernité*, De Boeck Université, Bruxelles, 1997.

¹⁷ Citée par F. COLLIN, « Une décision est prise », dans *Engagement, décision et acte dans le travail avec les familles*, loc. cit., p. 54.

¹⁸ Je reprends cette expression à Dan KAMINSKI, « Un nouveau sujet de droit pénal », dans Françoise DIGNEFFE, Thierry MORREAU (dir.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, De Boeck Université, Bruxelles, 2006, pp.

¹⁹ Yves CARTUYVELS, Françoise DIGNEFFE, Dan KAMINSKI, « Droit pénal et déformalisation », dans J. DEMUNCK, M. VERHOEVEN (dir.), *Les mutations du rapport à la norme*, Bruxelles, De Boeck université, 1997, pp. 219-242.

²⁰ Massimo VOGLIOTTI, « Mutations dans le champ pénal contemporain. Vers un droit pénal en réseau ? », dans *Revue de Sciences Criminelles*, 2002, n°4, pp. 721-736.

²¹ Dan KAMINSKI, « Troubles de la pénalité et ordre managérial », dans *Recherches sociologiques*, 2002, n°1, pp. 87-107.

contractualisation, de discussion et de participation, mais aussi aux exigences fonctionnelles d'un « taylorisme pénal » soucieux d'efficacité managériale. Les rapports du sujet à la normativité pénale s'en trouvent considérablement modifiés, le droit pénal oscillant à travers de multiples dispositifs nouveaux ou transformés entre magistrature du sujet et assujettissement renouvelé, idéal de subjectivation et nouvelles modalités d'autocontrôle. L'oscillation rend par ailleurs l'analyse assez difficile, un même dispositif pouvant être porté par les deux tendances *a priori* contraires, parfois complémentaires.

1. Le droit pénal en quête d'une magistrature du sujet : penser l'affiliation par la sanction

Depuis une vingtaine d'années, plusieurs signes témoignent d'une volonté de transformer de l'intérieur la justice pénale dans une perspective subjectivante. On pense au rejet de règles « fixes » jugées trop rigides ou trop abstraites ; à un assouplissement du concept de « loi » englobant des sources jurisprudentielles dans le but d'assurer une meilleure adéquation de la décision judiciaire au réel d'un cas singulier²² ; à la disqualification, progressive, notamment dans la justice des mineurs ou en matière de défense sociale, de modes de fonctionnement judiciaire « objectivants » : le travail au « dossier » tout comme la trop faible place faite à l'oralité dans des procédures essentiellement écrites sont en effet perçues comme autant de négation d'un sujet de sens et de langage²³ ; à l'irruption de modes de « justice douce » soucieux de réintroduire un dialogue entre l'auteur et la victime, de restituer aux acteurs un conflit bien souvent confisqué par le langage technique du droit et les dispositifs de la justice traditionnelle ; aux hésitations de la justice pénale sur la position à tenir dans des conflits aux frontières de la justice et de la santé mentale, tels que l'usage des drogues et l'abus sexuel ; à la montée, plus ou moins assumée par les juges, d'une fonction cathartique du procès pénal pour les victimes²⁴... Dans ces divers cas, il s'agit bien souvent d'un même souci : *refaire du sujet* à travers l'intervention pénale, en faisant le pari d'une justice restauratrice partiellement déformalisée qui fasse plus de place à l'échange et à la discussion, à la subjectivité et à la participation des parties. Non plus punir selon les codes pré-établis, mais chercher une nouvelle intelligence de la sanction pénale, un « dire le droit sans peine »²⁵ qui doit favoriser une magistrature du sujet, en tablant sur des sanctions qui aident reconstruire le lien social mais aussi à rendre les protagonistes du conflit acteurs de leur histoire.

A l'égard de la victime, dont le retour sur la scène pénale après une éclipse de deux siècles n'est pas pour rien dans ce tournant subjectivant, il s'agit essentiellement d'assumer une fonction de reconstruction identitaire que les cadres et procédures formels de la justice pénale traditionnelle semblent incapables d'assumer. Les discours sur la justice restauratrice²⁶, tout comme les remarques de divers magistrats sur leurs pratiques²⁷, soulignent ici la fonction cathartique du dialogue sur des « scènes de justice » qui se donnent à voir de manière prioritaire comme espaces de parole et de reconnaissance intersubjectifs. Si ces modalités d'une justice reconstructive sont principalement mobilisées dans la gestion des petits

²² Voyez M. VOGLIOTTI, *loc. cit.*, p. 730.

²³ François de CONINCK, Yves CARTUYVELS et alii, *Aux frontières de la Justice, aux marges du social*, Gent, Academia Press, 2005.

²⁴ *Ibid.*, pp. 302-304.

²⁵ Michel van de KERCHOVE, *Le droit sans peines. Aspects de la dépenalisation en Belgique et aux Etats-Unis*, FUSL, Bruxelles, 1987.

²⁶ Ivo AERTSEN, *Slachtoffer-daderbemiddeling. Een onderzoek naar de ontwikkeling van een herstelgerichte strafrechtsbedeling*, Leuven Universitaire pers Leuven, 2004.

²⁷ François de CONINCK, Yves CARTUYVELS et alii, *op.cit.*

contentieux pénaux, leur modèle archétypique est paradoxalement à chercher dans les réponses proposées par certains Etats aux crimes les plus graves : le symbolise le plus clair en est la « commission vérité et réconciliation » en Afrique du Sud²⁸. C'est aussi que, dans ce cas, la fonction reconstructive d'un sujet que vise la justice réparatrice se double d'une fonction idéale de reconstruction politique visant l'ensemble des sujets membres de la communauté politique.

Du côté de l'infracteur, le pari est celui de la fonction instauratrice du sujet par le droit, grâce au principe de séparation qu'entérine la parole judiciaire. Il s'agit ici, par un « dire le droit », de réintroduire une mise à distance qui permet à un sujet, selon les termes de P. Legendre, de se réapproprier son histoire et de tenter un nouvel arrimage au symbolique²⁹. Jouant de cette fonction tierce ou séparatrice, la sentence pénale n'aurait plus, dans cette perspective, tant vocation à punir et exclure dans la douleur des peines qu'à affilier des sujets en quête d'identité subjective et d'arrimage social dans un contexte social où diverses pathologies criminalisées témoigneraient d'un désarroi identitaire. Cette fiction légitimante – je ne mets aucune connotation péjorative derrière l'expression – est largement mobilisée aujourd'hui dans un environnement où la justice pénale se confronte de manière croissante à des populations « flottantes », parfois soumises à une violence sociale qui ne fait que redoubler des processus de violence privée antérieurs. On la retrouve, par exemple, dans le champ de la santé mentale (défense sociale, abus sexuel), domaines dans lesquels un certain nombre d'intervenants soulignent l'importance d'une sentence de culpabilité pour éviter le sentiment de « mort subjective » que peut entraîner le silence de la justice (classement sans suite, déclaration d'irresponsabilité synonyme de non imputabilité pénale)³⁰ ; en matière d'usage de drogues où certains soulignent que le caractère séparateur de la sanction pénale réintroduit l'idée même d'inter-subjectivité au cœur d'un « pacte faustien » avec le produit³¹ ; ou encore dans le champ de la justice des mineurs où, après le temps des appels à la « déjudiciarisation » qui a dominé la fin du siècle passé, ressurgit aujourd'hui une demande de juge en tant que relais de la Loi symbolique, fonction jugée structurante face à des jeunes en perte de repères³².

2. La justice pénale gestionnaire : désobjectivation et responsabilisation au service d'un sujet d'autocontrôle

Si un certain nombre de signes soulignent la volonté de la justice pénale de contribuer à la création d'un sujet d'affiliation, il en est d'autres qui témoignent d'un souci très différent. Parmi les dispositifs évoqués ci-dessus, il faut souligner, par exemple, que l'ambivalence est souvent présente. C'est que toute la justice pénale n'est pas portée par un mouvement de

²⁸ Antoine GARAPON, « La justice comme reconnaissance » dans Barbara CASSIN, Olivier CAYLA, Philippe-Joseph SALAZAR, *Vérité et réconciliation*, Seuil, Paris, 2004, pp. 181-203.

²⁹ Pierre LEGENDRE, *Le crime du caporal Lortie. Traité sur le Père*, Fayard, Paris, 1989.

³⁰ Yves CARTUYVELS, avec la coll. de Luc VAN CAMPENHOUDT, *Judiciaire et thérapeutique : quelles articulations ?*, Fondation Roi Baudouin, Bruxelles, 2002.

³¹ Antoine GARAPON, « Le toxicomane et la justice. Comment restaurer le sujet de droit ? » dans Alain Ehrenberg (dir.), *Individus sous influence. Drogues, alcools, médicaments psychotropes*, Ed. Esprit, Paris, 1991, pp. 293-317.

³² Abraham FRANSSSEN, avec la coll. de Y. CARTUYVELS et F. de CONINCK, *Dix ans de décret de l'aide à la jeunesse : des principes aux pratiques. L'aide à la jeunesse à l'épreuve de la (dé)judiciarisation*, Editions jeunesse et droit. Liège, 2003.

déformalisation susceptible de modaliser les principes d'une magistrature du sujet. Ainsi voit-on aux Etats-Unis l'apparition, dans les années 1980, de « sentencing guidelines » destinés à cadrer de manière beaucoup plus stricte l'espace pénal : l'objectif avoué est un meilleur cadrage technologique de l'activité des juges considérés comme trop souples et trop sensibles à la personnalité des infracteurs³³; de même, en Europe, la justice des mineurs est-elle portée par un mouvement de repénalisation qui tend, lui aussi, à renouer avec les standards légalistes d'un « droit pénal de l'acte » plus que de l'agent³⁴. Quant aux « sanctions alternatives », elles restent numériquement assez marginales et répondent aussi à d'autres objectifs plus fonctionnels, en prise sur une forme de taylorisme judiciaire (décharger la machine pénale, accélérer et optimiser son fonctionnement) qui peuvent en dénaturer la substance. La prise en compte de la victime enfin, peut tout aussi bien encourager une forme de « populisme pénal » encouragé par l'enjeu électoral que représente la question du crime³⁵, contribuant alors plus à un durcissement rétributif du *sentencing*, qu'à l'édification d'une justice en dialogue à vocation reconstructive.

Par ailleurs, le champ pénal connaît d'autres évolutions qui contribueraient plutôt à une *désobjectivation* de l'individu. L'impulsion d'une poussée managériale et technoscientifique productrice de désindividuation d'une part, la promotion d'un sujet d'« allégeance », responsabilisé et sommé d'endosser une sanction intériorisée plutôt qu'imposée de l'extérieur, d'autre part, jouent ici un rôle majeur. Dan Kaminski fait ainsi le constat d'une « affiliation managériale » de la pénalité : par là, l'auteur entend souligner que le « vide » relatif laissé ouvert par la crise des modèles référentiels normatifs-substantiels auquel la société « post-moderne » doit faire face, est comblé dans le champ pénal par la priorité octroyée à un idéal gestionnaire. Désaffiliée de tout objectif politique ou moral, soucieuse pour l'essentiel d'assurer la défense efficace du corps social représenté par le collectif virtuel des victimes contre les risques de déviance associés à des groupes « anti-sociaux », la pénalité se penserait aujourd'hui plus comme technique de contrôle et de régulation collective que comme outil de correction, de remoralisation ou de réintégration d'individus déviants³⁶. Technologie marquée du sceau de l'efficacité ou de l'efficience dans un environnement moins préoccupé par la question du juste ou du vrai que par une « culture du contrôle »³⁷, cette pénalité marquée par le productivisme et le consumérisme produit de la désindividuation à plusieurs égards.

Ainsi le *productivisme* conduit-il à amplifier la logique d'un travail au dossier, l'individu traité étant réduit au statut d'« input » et d'« output » en fonction des capacités d'absorption de la machine pénale. Le classement sans suite policier aux Pays-Bas (encouragé dans certaines matières par les magistrats du parquet qui imposent des quotas *maxima* d'enregistrement en fonction de limites fixées par les capacités d'absorption de la machine pénale)³⁸ ou les « contrats de prestation », par lesquels les agents du système doivent

³³ Voyez Antoine GARAPON, Iannos PAPADOPOULOS, « Juger en Amérique et en France », dans *Culture juridique française et common law*, O. Jacob, Paris, 2003.

³⁴ François BAILLEAU, Yves CARTUYVELS (dir.), « La justice pénale des mineurs en Europe », *Déviance et Société*, numéro spécial, 2001.

³⁵ David GARLAND, *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, University of Chicago press, Chicago, 2001, p. 172.

³⁶ Dan KAMINSKI, « Un nouveau sujet de droit pénal », *loc. cit.* ;

³⁷ David GARLAND, *loc. cit.*, pp. 167-205.

³⁸ Antoinette VERHAEGHEN, « La chaîne pénale aux Pays-Bas », dans Paul PONSAERS, Yves CARTUYVELS et alii, *Le traitement policier : une autonomie relative ? Etude empirique sur le Traitement Policier Autonome*, Academia Press, Bruxelles, 2003, p. 97.

s'engager à traiter autant de dossier par jour dans le même pays³⁹, s'inscrivent dans cette logique. De même, l'introduction croissante de procédures d'évaluation quantitatives, liées au calcul d'éléments « objectivement » chiffrables, tend-elle à évacuer des modes d'action plus subjectivants mais moins directement mesurables⁴⁰. Ce mouvement conduit à une standardisation des pratiques, susceptible d'écarter toute initiative singulière ou singularisante qui n'entrerait pas dans les cadres préconstruits de l'évaluation. Il contribue aussi à écraser les réalités singulières de chaque individu en situation, ramené à une pure fonction numérique. Dans la culture du contrôle managérial, les individus traités par la machine pénale n'apparaissent plus dans leur singularité – fût-elle celle d'un individu dangereux - mais comme échantillon qu'il s'agit de faire entrer dans telle ou telle catégorie de « groupe à risques » à surveiller. Ceci se comprend mieux, dès lors que l'objectif devient « d'encadrer les populations susceptibles d'adopter un comportement incivil... », de prévenir l'action de « groupes définis à risque sur la base de comportements collectifs (bandes de jeunes, hooligans »⁴¹. Derrière le groupe et les risques qu'il fait courir à la population, l'individu, avec ses « symptômes » psychologiques ou sociaux, tend à s'estomper. Dans la perspective du « crime control », se développe une logique de déconstruction de l'identité des "cibles" dont la trajectoire et les caractéristiques sociales et psychologiques importent moins que la "photographie" objectivante que l'on peut en faire à un moment donné. En contexte de prédiction des risques sur fond de principe de précaution, l'idéal plus récent de détection et de traçabilité des risques renforce cette tendance, réduisant une individu à certains traits scientifiquement avérés qui lui confèrent une identité « objective » comme facteur de risques pour l'avenir. Le souci de « prevention through early detection »⁴², assumé en France par un récent rapport de l'INSERM, souligne ce retour de "l'homme sans qualités" (titre du roman de Robert Musil) que promeut le productivisme du contrôle, soit un homme « dont le destin est de ne plus avoir aucune autre qualité que d'être marqué du 1 et, à ce titre, de pouvoir entrer dans la quantité »⁴³.

Le *consumérisme*, quant à lui, amène à définir le système pénal comme une industrie de service à la clientèle qui définit ses priorités en termes d'offre et de réponse à la demande par un produit en apparence sans défauts. Le vocabulaire change considérablement au sein de la justice pénale, avec l'introduction de « case-managers » et d'« ingénieurs de gestion » à tous les stades, mais aussi avec la redéfinition du justiciable comme "client" à satisfaire auquel offrir un produit sécurité sans défauts (tolérance zéro).. Ceci a un impact sur les priorités du système : le client type à satisfaire, c'est la victime dont la place s'apparente le mieux à celle du client, mais aussi l'opinion publique, clientèle par excellence qu'il faut séduire. Le mouvement favorise dès lors aussi des formes de « populisme pénal » qui tendent à satisfaire à tout prix les attentes supposées du public pris dans sa globalité. Mais, à rebours, le consumérisme change le rapport du système pénal à l'infacteur, dont l'intérêt ou le devenir devient moins central dans un système qui fait du crime un "accident" à prévenir ou un

³⁹ Win DUYVENDAK, *Travail social et gestion des risques*, 2004, inédit.

⁴⁰ Sylvie DEFAYET, « Nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) et contrôle dans la relation managériale », dans *Recherches sociologiques*, 2002,, n°1, pp. 27-48.

⁴¹ Yves VANDEVLOEDT, « Intervention à la commission Intérieur du Sénat », dans *Secrétariat permanent à la politique de prévention*, polycopié, 2002, p. 30.

⁴² David FARRINGTON., Early prediction of violent and non-violent youthful offending, *European Journal of Criminal Policy and Research*, 1997, n°2, pp. 51-66.

⁴³ Jacques-Alain MILLER, « L'ère de l'Homme sans qualités », dans *Nouvelle Revue de Psychanalyse*, 2004, n°57, p. 75.

"risque" à contrôler et non plus un problème moral ou un symptôme à traiter⁴⁴. Dans cette perspective consumériste, l'auteur redevient une abstraction plus lointaine, perçu moins comme un individu socialement vulnérable à traiter et réhabiliter que comme un consommateur calculateur, dont la transgression est le fruit d'un « choix rationnel » mal orienté. Pourquoi, dès lors, ne pas proposer à un individu réduit à sa seule dimension de calcul des modes des justice-marchandage, tels que, par exemple, le *plea bargaining* anglo-saxon ? Le dispositif, qui permet, en échange d'une reconnaissance de culpabilité, de négocier une réduction de la peine, se moque bien évidemment des effets de (re)construction symbolique de la sentence pénale. Il s'inscrit dans une économie de la pénalité managériale dont la finalité première est d'alléger le fardeau de la machine pénale et le souci dernier la subjectivité de l'infracteur.

Par ailleurs, un autre trait dominant des logiques pénales contemporaines est l'engouement pour une logique de *responsabilisation par la sanction*, qui passe par le recours accru aux mécanismes du *contrat* et aux dispositifs qui tablent sur le *consentement* des parties. Médiation pénale, travail d'intérêt général, suspension et sursis probatoires, libération provisoire et conditionnelle, peine de travail, mesure de surveillance électronique, on ne compte plus les dispositifs « responsabilisant » qui font appel aux capacités d'autonomisation du sujet pénal et tablent sur l'adhésion contractuelle des destinataires. Ici encore, c'est l'autre face de la déformalisation propre à des sociétés contractualisées qui se donne à voir. Comme l'anticipait M. Foucault il y a 30 ans, émerge une pénalité d'autocontrôle⁴⁵ qui fait de l'infracteur le gestionnaire de sa propre punition. Cette dernière est en effet moins brutalement imposée de l'extérieur à un individu sommé d'obéir que « proposée » et soumise à un investissement de l'intérieur, suivant un mécanisme qui permet de jauger la motivation, l'implication et la responsabilité personnelle du déviant qui consent à sa peine. Cette pénalité, qui s'exprime à travers la forme inégalitaire d'un contrat d'adhésion, traduit bien elle aussi une forme de subjectivation, mais d'un tout autre type que celle que poursuit l'idéal d'une justice reconstitutive : dès lors que "le prescrit normatif se déplace de l'extérieur vers l'intérieur des individus et se mue, au moins partiellement, en autocontrôle de son comportement"⁴⁶, appel est fait ici à ce que D. Kaminski appelle un sujet « d'allégeance », sommé d'adhérer au prescrit et de se prendre en charge de manière autonome et responsable. La contrepartie de ce système responsabilisant, qui déporte le poids de la responsabilité en cas d'échec sur les épaules du contractant adhérent qui n'a généralement guère le choix, est une déresponsabilisation des institutions sociales : celles-ci se déchargent en effet, au moins partiellement, du poids de l'obéissance vers un justiciable responsabilisé par son consentement.

⁴⁴ David GARLAND, « Les contradictions de la « société punitive » : le cas britannique », dans *Actes de la Recherche en Sciences Sociales*, 1998, n°124, pp. 49-67., 1998

⁴⁵ Michel FOUCAULT, « Alternatives à la prison: diffusion ou décroissance du contrôle social? Une entrevue avec Michel Foucault », dans *Criminologie*, 1993, n° 1, pp. 13-34

⁴⁶ Abraham FRANSSSEN, avec la coll. de Y. CARTUYVELS et F. de CONINCK, *loc. cit.*, 2003, p. 160.

Conclusion

Pour aborder la question centrale traitée dans cet ouvrage, d'autres voies auraient été possibles. Une approche empirique récente des transformations qui affectent les modalités d'intervention du champ pénal dans sa confrontation aux populations marginalisées a ainsi permis de faire émerger différentes questions pertinentes relatives au thème « action publique et subjectivité » : qu'il s'agisse de la psychologisation croissante des interventions, voire de la médicalisation des problématiques de la déviance, de la montée d'une « tutelle de l'intime » et des demandes de reconnaissance subjective, ou encore glissement d'une logique de la responsabilité vers une injonction à la responsabilisation sur fond de réduction des risques⁴⁷.

L'angle d'attaque choisi ici, pour être différent, n'en fait pas moins ressortir des éléments assez semblables : logique de contractualisation et extension d'une sémantique de l'autonomie et de la gestion de soi, appels à la responsabilisation des uns et déresponsabilisation des autres, idéal de participation et pragmatisme de la gestion, demande de reconnaissance et réduction au statut d'échantillon balisent les nouveaux chemins de la (dé)construction identitaire offerts aux individus dans leur trajectoire pénale. L'évolution est manifeste, même si elle ne traduit pas une rupture radicale avec les dispositifs de pénalité antérieurs. Les voies du contrôle social s'affinent en se superposant, à travers l'apparition de nouveaux acteurs et de nouveaux dispositifs qui entourent l'action des premiers qui ne désarment pas. Comme le souligne justement D. Garland, le changement est plus un *changement de culture* qu'un changement de structures, l'ensemble du dispositif pénal « Welfare » restant toujours solidement en place⁴⁸.

⁴⁷ Sur ce thème, voyez François de CONINCK, Yves CARTUYVELS et alli, *loc.cit* ;

⁴⁸ David GARLAND, *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, *loc. cit.*, pp. 167-170.