

**LES GRANDES THÉORIES DE LA PEINE
AUX XVIII^e ET XIX^e SIÈCLES**

par

John VERVAELE

Utrecht

1. INTRODUCTION

Notre culture juridique moderne a été formée dans l'évolution du droit naturel vers le positivisme juridique. Depuis les Temps Modernes, les aspirations de la bourgeoisie se sont cristallisées sur un projet politique et juridique qui s'élabore dans le cadre du droit naturel. L'individualisme juridique classique de l'école classique en droit pénal n'est rien d'autre que la réalisation en droit positif de ce projet juridique et politique¹.

Depuis Hobbes, la détermination de l'ordre (économique, politique et juridique) est devenue une décision à prendre par l'homme, décision où la relation sujet-besoin-objet est d'une importance fondamentale. De plus, le contrat social qui est à l'origine de la communauté et de l'Etat possède une forme juridique. L'ordre juridique est inhérent à chaque structure sociale et l'Etat - considéré pour la première fois en tant que personne artificielle - devient ici le prolongement de la capacité potentielle de l'individu.

Par l'intermédiaire de la constitution volontairement admise du contrat social, l'autorité gouvernante reçoit le pouvoir et la légitimation du *ius puniendi*². Le *ius puniendi* est un droit naturel de l'homme

préexistant à la société civile, qui, en raison du contrat social, est exercé par l'Etat, Etat qui s'identifie à la société civile. La peine n'est plus l'expression de la «colère de Dieu» mais est la conséquence d'une nécessité imposée par la «Raison» et donc une sanction rationnelle. La peine est fonction de l'ordre juridique (déterminé dans le contrat social) et est en relation avec l'utilité publique (la défense sociale). Le maintien de l'ordre social est, chez Hobbes, autant un but qu'une raison d'existence de la peine qui, de ce fait, s'associe étroitement aux postulats de la philosophie juridico-politique. Cette philosophie juridico-politique a été élaborée dans le cadre du droit naturel par Locke, Hume, Pufendorf, Thomasius, ... pour enfin se matérialiser en droit positif à partir de la Révolution Française.

Pour la formation de la culture juridique moderne, une importance primordiale doit être accordée au fait que ce n'est qu'à l'époque moderne que les conditions nécessaires et suffisantes sont réalisées pour pouvoir parler de *codification*³.

L'évolution de la codification et la constitution de l'Etat-bourgeois, sont en fait réciproquement liées sur le plan historique. En étudiant les tentatives de codification en Prusse, en Autriche, en Italie et en Russie, on remarque qu'elles témoignent d'une tendance 1) à l'abstraction en matière de normes, définitions et détermination du sujet. A l'origine, les groupes sociaux (la noblesse, le clergé, les gilden...) sont définis chacun précisément avec leurs prérogatives particulières. Dans la codification moderne, seul subsiste le citoyen avec son égalité juridique par rapport au pouvoir central de l'Etat, qui dispose du droit à la définition et à l'exécution du *ius puniendi*; 2) à l'élaboration d'une scission idéologico-politico-juridique entre droit public et droit privé.

La formation de la culture juridique moderne, c'est aussi l'évolution vers la constitution d'une *politique criminelle*. L'évolution historique de la relation entre la normativité et la fonctionnalité sociale du droit n'est pas seulement déterminée par les contradictions et développements juridiques internes mais également par les données socio-

économiques et politiques externes. C'est pourquoi, en ne se contentant non seulement d'expliquer l'évolution historique de la peine à partir de la forme juridico-normative et de la dogmatique pénale, mais en situant également la naissance et le développement de la politique criminelle dans son contexte socio-économique, il est possible de s'interroger sur la légitimité et l'utilité des fondements du droit pénal.

Le passage du féodalisme au mercantilisme, si important soit-il sur le plan économique et politique, ne signifie nullement que la pratique pénale a fait un grand bond en avant par rapport au Moyen-Age, en dépit du droit naturel et de la science pénale. Au contraire, à l'ère de l'absolutisme moderne, l'influence de l'Etat policier s'accroît encore en matière de punitivité et de punition. La période allant de 1450 à 1650 est une des périodes de pleine expansion économique mais, en même temps, d'appauvrissement marquant. La peur des révoltes dans les milieux possédants est réelle. Dans toute l'Europe naissent de véritables lois à caractère pénal sévère dirigées contre les mendiants et les vagabonds ; l'exécution de la peine est introduite dans le système mercantile de production (les maisons de force et de réclusion, fondées sur la thérapie par le travail). A partir de cette époque, l'adage romain « *carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet* » n'est plus de mise. Dès que la position structurelle statique de l'individu au sein de la société (féodalisme) est remplacée par une relation sociale basée sur un travail salarié, la peine d'emprisonnement devient une sanction institutionnalisée. Le travail devient une monnaie d'échange qui garantit la liberté des individus et qui régule par ailleurs la privation de la liberté (le droit de possession de son propre corps). La peine n'est plus exprimée en termes qualitatifs mais en termes quantitatifs (nombre de jours de travaux forcés/privation de liberté). Ces maisons mercantiles de redressement sont, par leur idéologie de la peine et l'usage du travail comme modèle de discipline, les prédécesseurs historiques de notre système carcéral actuel⁴.

2. LA DÉFINITION DU PROBLÈME PÉNAL AU XVIII^e SIÈCLE

Ce n'est qu'au moment où le projet juridique passera du droit naturel pour se réaliser sous les Lumières que le *problème pénal* sera pour la première fois clairement formulé: Existe-t-il un *ius puniendi*? Si oui, à qui doit-on le reconnaître? A qui s'applique-t-il? Quelles peines sont admissibles? Existe-t-il un lien naturel entre la peine et l'infraction?

Cette définition du problème pénal contient en soi un rejet de la légitimation du pouvoir de l'Ancien Régime. En effet, le procès pénal n'était pas seulement secret, mais la norme pénale même n'était pas destinée directement au public. Les lois étaient en premier lieu destinées aux juges qui avaient un pouvoir discrétionnaire et arbitraire. Les juges de l'A.R. se trouvaient au centre des critiques des Lumières, pas tellement parce qu'ils renforçaient les normes pénales, mais plutôt parce que leur fonction avait pour but de légitimer l'autorité du roi.

Les Lumières plaidaient pour l'installation d'un Etat de droit constitutionnel, qui peut garantir, en tant que protecteur neutre de la liberté, la «société civile». Au centre de son idéologie se trouve la rationalité de sa normativité juridique. La rationalité de la normativité juridique est, entre autres, basée sur la publicité de la codification. Le problème pénal, comme illustration par excellence de la relation de pouvoir entre droit-Etat-individu, devient ainsi un point central dans le mouvement réformateur des Lumières. Haus⁵ avait bien raison quand il écrivait que: «le droit criminel - l'ensemble des lois qui règlent l'exercice du droit de punir - n'a pris rang parmi les sciences qu'au dix-huitième siècle».

L'auteur adéquat pour tracer théoriquement cette évolution dans la pensée pénale est Montesquieu, qui peut être considéré comme le père philosophique du concept «politique criminelle»⁶. Montesquieu souligne que l'élaboration d'une législation rationnelle est une nécessité primordiale afin de pouvoir arriver à une société humaine et juste.

Une fois que les règles rationnelles sont définies, les juges n'ont qu'à les appliquer (« bouche de la loi »). Il met en évidence que le lien naturel infraction-peine, défini dans le code pénal, reflète nécessairement une politique criminelle. La politique criminelle est contenue intrinsèquement dans l'incrimination. Il est ainsi le premier qui fait de la définition normative en droit pénal une politique législative qui, par son caractère rationnel et public, contient de plus une politique criminelle⁷.

En Europe, la réforme du droit pénal était devenue une question politique de premier ordre. En 1777 le « Berner oekonomische Gesellschaft » organise une compétition pour le « vollstaendigsten und ausfuehrlichsten Plan einer guten Kriminalgesetzgebung »⁸, pour laquelle Voltaire écrit un traité sous le titre *Prix de la justice et de l'humanité*⁹. Surtout les milieux maçonniques regroupent la plupart des réformateurs du code et système pénal. Pensons en France à Voltaire, Marat, Dupaty, Pastoret et Brissot de Warville¹⁰ et Beccaria en Italie. N'oublions pas que l'auteur de *Dei delitti e delle pene*, publié déjà en 1764, était un protégé de l'« Academia dei Pugni », lieu de rencontre des notables illuminés de Milan et forum de discussion des théories de Montesquieu à Diderot. Le livre de Beccaria, qui a été publié anonymement, a connu un succès sans précédent. Plusieurs traductions en allemand et en français en ont garanti la publicité. La prise de position favorable de Voltaire dans son *Commentaire sur le livre des délits et des peines* (1766) n'était pourtant pas partagée par tous¹¹.

La meilleure synthèse des principes de base d'une réforme du droit pénal, telle proposée par les Lumières, se trouve sans doute dans *Les lois pénales* de Pastoret. Ces principes de base peuvent être considérés comme un programme de codification :

- 1) la condamnation d'un innocent est un plus grand malheur que l'acquittement d'un coupable (in dubio pro reo);
- 2) l'accusé doit être présumé innocent jusqu'au moment de sa condamnation;

- 3) les preuves doivent être complètes pour être valables;
- 4) *la mesure de la peine* dépend de la gravité de l'infraction;
- 5) sans la volonté explicite de commettre un crime, il n'y a pas de crime;
- 6) le premier critère de *l'application de la peine* est le dommage subi par la société;
- 7) en *appliquant la peine* il faut seulement tenir compte de l'utilité publique;
- 8) *le but de la peine* est plutôt la prévention des crimes que leur punition;
- 9) seule la personne qui a commis une infraction peut être punie;
- 10) il faut que *la peine* soit toujours réversible, la peine de mort est donc exclue;
- 11) *la mesure de la peine* est satisfaisante quand elle est une prévention à la récidive;
- 12) *la peine* est injuste quand elle est inutile;
- 13) *la peine* est injuste quand elle est trop sévère;
- 14) le fait que *les peines* sont trop sévères a comme conséquence que beaucoup d'infractions restent impunies.

3. LA RÉALISATION EN DROIT POSITIF DES IDÉES DES LUMIÈRES

Les réelles réformes du droit pénal interviennent seulement à l'époque de la Révolution française. Dans cette perspective, la codification pénale (1791) de Michel Lepeletier Saint-Fargeau est déterminante. «L'Esprit des lois» devient définitivement «lois». Ce code est, tant sur le plan de la théorie du droit que sur celui de l'application, une incarnation parfaite de l'école classique¹².

Lepeletier, qui était membre des «Comités de Constitution et de Législation criminelle» a fait table rase de l'Ancien Régime et de ses institutions:

«C'est là que dans le chaos informe de nos anciennes *institutions*, vous

trouvez presque à chaque pas la morale et l'humanité outragées des faits innocents ou des fautes légères érigées en grands attentats; la présomption du crime punie souvent comme le crime même; des tortures atroces imaginées dans des siècles de barbarie, et pourtant conservées dans des siècles de lumière; nul rapport entre les délits et les peines, nulle proportion entre les peines des différents délits; le méchant poussé par la loi même au dernier degré du supplice; en un mot des dispositions incohérentes, sans système, sans ensemble, faites à des époques diverses, la plupart pour des circonstances du moment, qui *jamais n'ont été rassemblées en corps de loi*, mais qui éparses dans de volumineux recueils, tantôt étaient oubliées, tantôt remises en vigueur et dont l'absurdité féroce ne trouvait de remèdes que dans cet autre abus, celui d'être interprétées et modifiées *arbitrairement par les juges*¹³.

Son code pénal, qui matérialise les exigences exprimées en matière pénale dans les Cahiers de doléances, est un plaidoyer pour des « peines efficacement répressives ». Lepeletier lui-même fait une synthèse de sa théorie pénale, qui n'est au fond rien d'autre qu'une théorie de la peine, car la meilleure politique criminelle consiste en une bonne législation criminelle qui prévoit l'équivalence entre infraction et peine:

- 1) il faut que toute loi pénale soit humaine, ce qui exclut des *peines* sévères pour des infractions légères et la torture;
- 2) des *peines* quoique modérées peuvent être efficaces si elles sont justement graduées;
- 3) il faut encore joindre des rapports exacts entre la nature du délit et la *nature de la punition* (p. ex. un travail pénible sera imposé au coupable dont le crime a trouvé sa source dans la fainéantise);
- 4) les *peines* doivent se baser sur le principe d'égalité;
- 5) il faut établir pour chaque délit une *peine* fixe et déterminée (les jurés jugent de la vérité du fait; le tribunal applique la loi; cette forme exclut tout arbitraire);
- 6) il faut qu'une *peine* soit et demeure ce que l'équité des lois l'a faite,

et non ainsi que la rend la sévérité ou l'indulgence de l'exécuteur du jugement ;

- 7) il faut que les *peines* soient durables ;
- 8) il faut que les *peines* soient publiques ;
- 9) il faut que les *peines* soient temporaires.

Que Lepeletier tienne beaucoup à sa théorie de la peine et la considère comme le noyau central de sa codification peut être lu dans son introduction au rapport sur le projet de code pénal, destinée à l'Assemblée Constituante :

«Il vous était réservé, Messieurs, d'opérer cette réforme si désirée; et le nouveau système de procédure criminelle que vous avez adopté, ne permet pas de différer plus longtemps l'établissement du nouveau système des peines: ces deux parties du travail sont intimement liées; les jurés ne peuvent être en activité qu'après la formation du Code pénal, car la procédure par jurés exclut tout arbitraire, et l'arbitraire seul tempérait les vices des anciennes lois criminelles.¹⁴»

L'importance du code pénal de Lepeletier est double: 1) il a su intégrer les idées des Lumières dans ce qui peut être considéré comme le premier code pénal de l'Etat de droit; 2) de plus, il a intégré pour la première fois l'exécution de la peine dans le code pénal.

En effet, Lepeletier fait de la peine d'emprisonnement la sanction pénale par excellence, en abolissant plusieurs modalités de peine de l'A. R. Il y a trois modalités d'exécution de la peine prévues dans le code pénal («cachot», «gêne», «prison»). Chaque incrimination définit la mesure de la peine équivalente sous une des trois formes d'exécution de la peine. L'approche rénovatrice de cette systématique sur le plan de l'indication de la peine, de l'application de la peine et de l'exécution de la peine ne peut être suffisamment soulignée. La peine a une arithmétique propre interne, basée sur l'équivalence naturelle et rationnelle entre crime et peine, que l'auteur potentiel connaît par la codification. La publicité et l'intimidation se sont concentrées sur

la normativité de la codification. L'exécution de la peine se fait entre quatre murs.

Le théoricien par excellence de la traduction juridico-positiviste du projet juridique issu du droit naturel dans les termes de la codification fut sans doute J. Bentham¹⁵. La codification représente, aux yeux de Bentham, ni plus ni moins que le manuel universel de la morale utilitariste. Dans l'optique de Bentham, l'utilitarisme peut former la base de son système juridique puisqu'il part de l'a priori que l'individu dirige son comportement en fonction des principes qui forment le fondement de l'organisation sociale. Ce qui signifie donc que la rationalité éthique individuelle et sociale repose sur les mêmes principes. Chez Bentham, tout droit naturel devient superflu en raison de l'élaboration de tous les droits en une codification légale centralisée. La naissance et la légitimation de la structure politique ainsi que du *ius puniendi*, noyau du droit naturel, doivent céder la place à une fonctionnalité utilitariste : le plus grand bonheur pour le plus grand nombre d'entre nous. Le législateur dispose, en toute liberté, du monopole sur le comportement nuisible, sur le droit et le non-droit. Le législateur benthamien décide sur la base de l'utilitarisme, sur la base de questions fonctionnelles de politique et d'une rationalité de but. Pour que le citoyen puisse calculer l'équivalence entre la rationalité de la peine (en cas de transgression de la norme pénale) et la rationalité du désir, il faut que la loi pénale soit omniprésente pour tous. Le *pannomion* ou *complete body of law*, qui n'est rien d'autre que le manuel universel de la morale de l'utilité, est tel qu'il est vu et connu de tous. L'équivalence entre désir et peine se reflète aussi automatiquement dans le milieu carcéral. La peine se mesure justement en fonction du désir déséquilibré. Afin que le transgresseur sache qu'il a violé la norme pénale et qu'il soit constamment conscient de son devoir d'équilibrer ses désirs, il faut des prisons avec une omniprésence du public sous forme d'un système de contrôle social permanent. Bentham réalise cette option architecturale dans son concept *panopticon*¹⁶. Les prisons panopticon vont être réalisées partout au monde durant le XIX^e siècle.

cle. L'individu est pris entre deux yeux, le pannomion et le panopticon, par quoi il sait évaluer l'équivalence entre désir et peine.

4. L'ÉTAT DE DROIT ET L'ÉCOLE CLASSIQUE EN DROIT PÉNAL

Le fondateur théorique de l'Etat de droit et de sa structure juridique rationnelle, Emmanuel Kant, a déjà souligné que l'identification entre l'Etat et la structure juridique se fait parallèlement à la séparation entre le droit et le niveau économique. Chez Kant, l'Etat n'est donc pas l'une ou l'autre forme de vie communautaire, mais la rationalité formelle d'ordre juridique qui permet le développement d'une vie communautaire. Il en résulte que l'Etat n'émane pas de la Nature ou d'une volonté libre (contrat social), ainsi que le prétendaient les juristes en droit naturel. En raison de cette conception d'une communauté juridique, Kant n'éprouve pas le besoin de recourir à des motifs éthiques pour justifier l'existence de l'Etat ; il a, en d'autres mots, fondé l'autonomie complète du droit.

Pour Kant, le droit public est la forme du droit privé qui détermine la matière. L'Etat ne peut donc être ou devenir, en se servant du droit, le défenseur du bonheur. Le droit ne peut jamais remplir une fonction utilitaire par rapport à l'Etat.

De ce qui précède, Kant tira la conclusion que le contrat social ne peut justifier le *ius puniendi*. Par voie de conséquence, l'infraction n'est donc pas une atteinte au contrat mais une transgression de la loi rationnelle. Ce n'est pas l'Etat qui accorde à l'infracteur le droit à la peine mais la loi rationnelle qui oblige l'application d'une peine. Par ailleurs, *la peine n'est jamais un moyen pour attendre un but. La peine qui sert des buts préventifs et utilitaires est, par conséquent indéterminée, arbitraire et injuste.* En tant que gardien, l'Etat libéral veille à un exercice négatif de la liberté. Il n'incombe pas à la norme juridique, dans le cas présent, à la loi pénale, de par son application, d'intervenir au sein de la vie collective, par l'intermédiaire d'une politique positive utilitaire. La loi pénale rationnelle n'est en fait qu'un

ensemble de normes et de valeurs qui délimite négativement la vie communautaire.

Ce fondement juridico-politique du *ius puniendi* porte en lui les germes favorables au développement de différentes théories des peines. A côté de *la théorie absolue de la peine* de Kant, Feuerbach, dont le grand mérite fut d'intégrer la philosophie politique sur l'Etat et le droit de Kant et Fichte dans la science pénale, développe *une théorie relative de la peine*. Ces deux théories, basées sur la *prévention générale* s'opposent essentiellement au concept de *prévention spéciale* de l'absolutisme, qui utilise l'exécution de la peine comme instrument pour réaliser des buts étatiques déterminés¹⁷.

Pour Kant ce n'est pas l'Etat qui garantit à l'auteur le droit à la peine, mais la loi rationnelle qui oblige l'Etat à imposer la peine en cas de transgression des lois. La loi pénale est un impératif catégorique. Il n'y a pas de place pour une politique criminelle rationnelle (« ne peccatur »): *punitur qui a peccatum est*¹⁸.

Feuerbach, au contraire, développe une théorie psychologique de la contrainte. La peine est exécutée parce que l'auteur ne s'est pas laissé intimider par la menace qu'est la loi pénale. Chez lui, l'accent est essentiellement mis sur la loi pénale elle-même. La contrainte psychologique, émanant de la loi, influe précisément sur les motifs psycho-rationnels de l'auteur potentiel, en liant à l'acte commis la peine afférente. «Nullum crimen sine lege» est indissociablement uni à «Nulla poena sine lege», puisque l'auteur prévoit (et calcule) préalablement la conséquence rationnelle (peine) attachée à l'acte. *Une infraction n'est donc pas un fait mais un concept juridique. L'essence d'une infraction n'est rien d'autre qu'une transgression d'un droit.*

**5. LES RÉACTIONS JURIDICO-PHILOSOPHIQUES
ET DOGMATIQUES
À L'ENCONTRE DE L'INDIVIDUALISME JURIDIQUE
RATIONALISTE**

Toutefois la confiance rationaliste en une politique législative reposant sur l'idée qu'elle constitue une politique criminelle par excellence, est rapidement mise à l'épreuve. La centralisation de l'exécution des peines dans une institution non-publique (la prison) est en fait la face cachée d'une idéologie possédante libérale. De même que l'Etat n'intervient pas dans la détermination du contenu des relations de travail ou de la vie sociale, il n'intervient pas non plus dans le contenu de l'exécution de la peine.

Le développement socio-économique du 19^e siècle sapa la différence juridico-individualiste classique entre la sphère juridique privée et la sphère juridique publique, plus particulièrement la séparation entre la communauté et l'Etat. D'un côté, l'Etat intervient sur un terrain privé, de l'autre, des groupes sociaux (syndicats, partis politiques) acquièrent un pouvoir politique. Dans ce contexte, un certain nombre de réactions juridico-philosophiques et dogmatiques vont se développer à l'encontre de l'individualisme juridique rationaliste, et ce au sein de l'idéalisme allemand lui-même.

C'est surtout la théorie juridique de Fichte qui va constituer la base d'un nouveau courant durant le 19^e siècle. Fichte, disciple fidèle de Kant, est néanmoins tourmenté par l'image abstraite et rationaliste de son maître. L'Ego qui constitue la base de tout savoir n'est pas un donné en soi mais est déterminé par des relations interhumaines, ces relations entre des hommes libres et rationnels sont des relations de droit («Rechtsverhaeltnisse») qui se réalisent dans une communauté de droit («Rechtsgemeinschaft»): «Das Recht is nicht ausserhalb der Wirklichkeit gesetzt, als ein Regelsystem, das im Falle von Stoerungen auf den Plan tritt, sondern es ist selbst die gegenwaertige vernuenf-tige Gestaltung der interpersonale Wirklichkeit»¹⁹. La loi vaut donc

non parce que l'Etat l'a promulguée mais parce qu'elle a été déduite des relations juridiques qui reposent sur la communauté. Le droit pénal, comme tout autre rapport juridique, repose sur la contrainte mais ne peut néanmoins s'y identifier. Puisque tout rapport juridique est une relation communautaire temporelle, il n'existe pas en tant que norme rationnelle abstraite mais doit être régulièrement renforcé par des actes extérieurs dans cette communauté. Celui qui n'éprouve pas la règle juridique va précisément à l'encontre de ce processus de renforcement de la norme. L'infraction ne lèse donc pas tellement une valeur ou un bien abstrait, mais un rapport réel, une relation au sein de la communauté. Sur cette base, l'Etat établit son *droit à la contrainte* mais pas encore son *droit de punir*. Ce dernier est dépendant de la relation au sein de la communauté elle-même où la protection (conception utilitariste) occupe une place centrale.

La spécifique situation économique-politique allemande (industrialisation tardive, stratification féodale, absence d'une révolution bourgeoise parlementaire) se traduit également dans l'étude du positivisme juridique allemand qui s'est développé relativement tard et en marge (de l'idéalisme juridique allemand). L'identification typique entre bourgeoisie et pensée politique des Lumières est quasi inexistante au sein des Etats allemands. Le droit naturel rationaliste ou le mouvement en faveur de la codification ne relèvent donc pas de la bourgeoisie mais sont plutôt intégrés dans l'absolutisme de la noblesse.

Dans ce cadre, il importe de situer *l'Ecole historique*, qui est aussi bien une continuation de l'idéalisme allemand qu'un courant qui s'oppose au rationalisme juridique naturel. Savigny continue l'édifice à l'image de la vision juridique de Fichte en tant que relation intersubjective mais la dépasse en la concevant comme une unité organique, collective. Le droit est une sous-partie de la conscience populaire (Volkgeist). Le contrat et les lois ne sont donc pas des sources de droit mais des éléments dans une institutionnalisation juridique.

C'est à Jhering qu'incombe le mérite d'avoir jeté une passerelle du positivisme formel vers le positivisme sociologique, à partir de l'Ecole historique. D'une part, il définit le droit coercitif comme un monopole d'Etat (positivisme juridique) mais d'autre part, il souligne qu'une règle juridique est le résultat provisoire d'une lutte d'intérêts permanente, qui est déterminée par les relations de pouvoir des forces et groupes sociaux dans la communauté. L'idée du droit ou de sa prise de conscience seulement ne suffisent pas pour faire du droit un instrument de travail. Ce n'est que quand les intérêts et facteurs sociaux de pouvoir se conjuguent avec une idée de droit que le droit prend forme, qu'il devient « rechtsfaehig ». Les processus sociaux ne deviennent par ailleurs utiles, productifs sur le plan social (« gesellschaftsfaehig ») que s'ils sont traduits dans des concepts et règles juridiques et s'ils s'organisent dans des institutions juridiques. Le *Zweck* du droit consiste dans le fait qu'il garantit la sécurité aux circonstances concrètes de vie d'un individu, de la collectivité ou de l'Etat (*Zwecksubjekten*) par le recours à la coercition. Le *Zweckdenken* fonctionnaliste introduit de la sorte la réalité sociale, par l'intermédiaire des intérêts dans la dogmatique juridique et dans la pratique du droit.

6. LE DÉVELOPPEMENT D'UNE POLITIQUE SOCIALE ET CRIMINELLE AU XIX^e SIÈCLE

La confiance rationaliste en une politique législative reposant sur l'idée qu'elle constitue une politique criminelle par excellence n'est pas seulement mise à l'épreuve par des théories juridico-politiques, mais aussi par les développements au sein de l'exécution de la peine. En effet, la prison, ce monde fermé, peuplé de personnes qui ne respectent pas les règles du jeu du monde extérieur, devient, à partir de 1830, un laboratoire constant de recherche sociale. De cette objectivation spécifique résulte le développement d'une série de méthodes scientifiques qui, dans la phase suivante vont rendre fonctionnelles les orientations de politique pénale en matière de délinquance.

Les études de Quételet démontrent clairement cette évolution. Quételet qui est à l'origine de la statistique comme science, a été le premier à poser une base scientifique, pour une approche matérialiste du phénomène de la délinquance. Un grand inspirateur de la politique sociale au 19^e siècle est sans doute Dupcétiaux. Inspiré par Quételet, il établit un lien entre la mauvaise situation sociale, la pauvreté et la délinquance.

Dans cette perspective, la question fondamentale est donc celle qui concerne la relation entre cette politique sociale et criminelle et le droit pénal. Des modifications directrices dans le système pénal n'ont pas eu leur place dans sa définition (dogmatique pénale et pratique législative) mais dans son adaptation dans les faits, c'est-à-dire l'exécution. Le glissement de la punition d'actes vers la punition d'un auteur et de la politique législative vers la politique socio-criminelle émane donc de l'exécution des peines, c'est-à-dire de la réalité sociale du délinquant. Des concepts tels que dangerosité sociale, personne du délinquant, mesures de sécurité émanent de cette réalité sociale (traduite dans les sciences sociales). Toutefois, à ce stade, la science pénale normative et le développement d'une politique socio-criminelle émanant de l'exécution des peines continuent à coexister de manière totalement séparée. En d'autres termes, le positivisme juridique n'a pas encore une forme juridique propre pour la politique criminelle, ce qui exclut donc aussi que celle-ci fasse partie de l'une ou l'autre tâche du système pénal ou de la science pénale.

7. LE NOUVEAU DROIT PÉNAL DE L'ÉTAT-PROVIDENCE

Ce n'est qu'à la fin du 19^e siècle que les deux courants, philosophico-dogmatique et socio-politique, vont se réaliser dans un concept pénal intégré au sein d'un Etat interventionniste. Au moment où le système économique et politique est confronté à une organisation croissante du mouvement des travailleurs et à de violentes crises au sein du capitalisme, la bourgeoisie a plus que jamais besoin d'une base philoso-

phique qui justifie l'évolution « naturelle » du système. L'anthropologisme positiviste de Lombroso²⁰ répond parfaitement à ce besoin : sélection biologique, darwinisme social, religion du progrès et méfiance à l'égard de la classe des travailleurs. Les processus de criminalisation et de psychiatrisation réduisent les problèmes économique-politiques à des faits ontologiques individuels. L'étude des caractères anthropologiques, physiques et sociaux des délinquants exige en effet un ensemble de sciences empiriques qui doivent soutenir le droit pénal et la politique criminelle dans leur lutte contre la criminalité. Ferri a tenté d'élaborer ceci dans *un modèle intégré de science pénale*²¹. Non seulement il y développe sa théorie éclectique et étiologique de la criminalité (caractéristiques anthropologiques de l'auteur, caractères physiques du milieu naturel et caractères sociaux) et sa classification des types d'auteur (criminel-né, criminel d'habitude,...) mais il y formule également une politique sociale préventive. Les « substituti penali » sont des propositions législatives d'ordre socio-économique et juridique pour lutter contre la criminalité qui émane de problèmes sociaux. Elles sont en fait une partie de la défense sociale orientée sur les causes du comportement criminogène. Ainsi, en fonction du type de criminalité, des sanctions réparatrices (plan civil), une répression temporaire (prison) ou une élimination peuvent être indiquées. Vu que l'Etat devient davantage une présupposition de l'existence humaine, le modèle idéologique de *défense sociale* fait appel à l'idée que l'organisation collective, dans laquelle l'Etat est un instrument neutre, doit entrer en lutte contre ses propres maux, dans ce cas la criminalité. Le projet de code pénal Ferri (1921) est en quelque sorte le couronnement législatif de l'école positiviste :

1. l'accent n'est plus mis sur l'infraction mais sur l'auteur;
2. la dangerosité de l'auteur devient le critère de la peine;
3. un traitement particulier est réservé aux mineurs;
4. la théorie de la responsabilité morale (connaissance et volonté) est remplacée par une théorie de la responsabilité matérielle et légale où

le *ius puniendi* est issu de la nécessité de l'existence sociale (le critère de dangerosité);

5. il existe des sanctions et des mesures de sûreté qui ont la même nature et remplissent la même fonction à l'égard des différentes catégories d'auteurs;

6. l'uniformité de la peine (privative de liberté) est remplacée par une variété de sanctions. En faisant dépendre la sanction de la classification des délinquants en catégories de dangerosité, apparaît, à côté de l'individualisation judiciaire et administrative, une individualisation législative. La dangerosité elle-même est déterminée par la gravité et les modalités des faits, les motifs déterminants et la personnalité de l'auteur;

7. la sanction consiste en un enfermement d'une durée déterminée ou indéterminée (relative ou absolue), dépendant de motifs de sécurité publique, de défense sociale, de traitement individuel et de rééducation;

8. en guise de garantie, la régulation et le contrôle sur l'exécution de la peine sont retirés à l'administration et confiés à l'autorité d'un juge de l'application des peines.

Le positivisme pénal allemand devient dominant avec la publication *Der Zweckgedanke im Strafrecht* (Marburgerprogramm) en 1882 par von Liszt²², dans lequel il adapte la pensée utilitariste de von Jhering au droit pénal: « Von nun ab legitimiert sich das positive Recht nicht mehr aus einer über dem Recht stehenden, sich selbst als Selbstzweck genügenden Gerechtigkeitsidee, sondern als Produkt von Mitteln und Zwecken der immanenten Wirklichkeit ». Il circonscrit l'infraction comme « der von Seiten der Gesellschaft konstatierte Gefährdung der Lebensbedingungen der Gesellschaft ». Ces « Lebensbedingungen » sont des biens juridiques, en d'autres mots des valeurs, auxquelles une protection pénale est accordée par une constellation sociale donnée. Cette rencontre du *ius puniendi* et du « Zweckdenken » fait du droit pénal un concept instrumentaliste qui est appréhendé sur la base d'une connaissance empirique à propos des

circonstances dans lesquelles l'infraction est commise. La dualité droit pénal-politique criminelle forme la structure de sa théorie, qui n'a pas seulement posé la base de la science pénale au 20^e siècle mais a également été la première à intégrer la science pénale au sein de l'Etat-Providence. D'un côté, il accorde beaucoup d'attention à l'étude sociologique et empirique de la criminalité. D'un autre côté, l'application de ces moyens systématiques au sein de la politique criminelle est limitée par le droit pénal, c'est-à-dire par le choix des biens juridiques et des conditions de vie à protéger par la « staatliche Gemeinschaft ». Pour von Liszt, le droit pénal est un « unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik », en d'autres mots, l'adage « nullum crimen sine lege » est l'expression du choix des biens juridiques déterminé par le Zweckdenken (le code pénal comme Magna Charta). Par ailleurs, l'approche de von Liszt signifie que la politique sociale est la meilleure politique criminelle, que la politique criminelle, en intégrant la politique sociale, est davantage apte à intervenir dans les relations sociales et donc d'agir de manière socio-préventive. Par l'élaboration d'une politique individualisée et socialisée d'application et d'exécution des peines, l'attention est mise sur la prévention sociale, plutôt que sur la menace de peine d'ordre législatif. En d'autres mots, le fait que la politique criminelle est adaptée aux conséquences de l'acte est en rapport avec le passage d'une normativité pénale à une pensée étiologique au sein du développement d'un modèle d'intervention socio-économique. La question de la décision politique quant aux biens à protéger et aux moyens à appliquer transforme l'ancienne question juridique et éthique en une question relative à la dangerosité sociale, ce qui implique une question relative au fonctionnement du système social. La conception du bien juridique, en tant que frontière entre le droit et la politique, est donc la passerelle vers une intégration de la sphère sociale et de la politique sociale au sein de la politique juridique. Dans ce concept, la science pénale ne se développe pas seulement en tant que politique sociale mais cette dernière est intégrée dans la forme juridique et obtient de plus en plus un contenu juridique.

Avec son modèle « *gesamte Strafrechtswissenschaft* », von Liszt tente de réaliser le passage de la dualité droit pénal-politique criminelle à une science unifiée²³. Au moment où la problématique sociale reçoit une solution sous la forme d'une réponse juridique dans le cadre d'un Etat interventionniste actif, qui régule des domaines d'action à l'aide de normes juridiques, la question de la criminalité sous l'angle étiologique est traduite dans la « *gesamte Strafrechtswissenschaft* ». Selon von Liszt, c'est le même mouvement qui nous a apporté la politique sociale et la politique criminelle. Le résultat en est que l'Etat interventionniste neutre peut davantage déterminer le contenu de la justice et que le droit pénal peut protéger davantage de fonctions sociales, en premier lieu le fonctionnement étatique à la place de la liberté individuelle. Au lieu de poser les limites au pouvoir politique dans son rôle protecteur à l'égard du citoyen, le droit pénal devient un moyen du pouvoir étatique lui-même, qui déterminera préalablement le contenu des conditions de vie du citoyen. Le droit pénal ne protège plus des citoyens mais des fonctions.

Cette socialisation de la justice pénale est même, pour quelques-uns, un pas vers l'abolition du pénal et de la peine: « La PEINE, comprise à l'origine comme une satisfaction de vengeance, un talion, — puis comme une expiation garantissant au coupable la paix pendant la vie ou après la mort, — puis comme un moyen d'amender le coupable, — aujourd'hui comme un frein (un moyen de défense) destiné à influencer, à réprimer anticipativement les impulsions criminelles, — finalement elle disparaîtra peut-être pour être remplacée par d'autres moyens de défense (le droit pénal travaille à sa propre destruction) »²⁴.

L'inflation du pénal et de la peine au sein du XX^e siècle a bien montré que la socialisation de la peine conduit justement à une plus forte utilisation et diversification de la peine au sein du système social. En d'autres mots, la peine en tant que résultat des processus sociaux de sélection et de criminalisation, ne s'est pas montrée capable au sein

de l'Etat-Providence d'atteindre ses buts prédéfinis. La peine comme réponse à la criminalité ou la peine comme résultat des processus sociaux de criminalisation? Ces deux visions du pénal et de la peine dominant aujourd'hui le débat au moment où la crise de l'Etat-Providence met en question la relation entre pouvoir politique et «società civile».

NOTES

1. COSTA P., *Il Progetto Giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*. Per la storia del pensiero giuridico moderno 3, Milan, 1974.
MACPHERSON G. B., *The Political Theory of Possessive Individualism: Hobbes to Locke*, Oxford, 1962.
TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.
2. CATTANEO M. A., *Hobbes Theory of Punishment*, dans BROWN K. C., *Hobbes Studies*, Oxford, 1965.
HABERMAS J., *Theorie und Praxis*, Berlin, 1963.
HOERSTER N., *Präventionstheorien der Strafe in der britischen Aufklärungsphilosophie* *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1973, 221.
3. *Liber Amicorum John Gilissen, Code et Constitution, mélanges historiques*, Anvers, 1982.
TARELLO G., *o. c.*
VANDERLINDEN J., *Le concept de code en Europe occidentale du XII^e au XIX^e siècle. Essai de définition*, Bruxelles, 1967.
4. BOIGEY M., *La répression de la mendicité en Europe aux XVI^e, XVII^e et XVIII^e siècles*, *Archives de l'Anthropologie criminelle et des sciences pénales*, 1909, 589.
HORKHEIMER M. et ADORNO T. W., *Dialektik der Aufklärung*, Frankfurt a/M, 1969.
LAINGUI A. et LEBIGRE A., *Histoire du droit pénal*, Paris, 1974.
RUSCHE G. et KIRCHHEIMER O., *Punishment and Social Structure*, New York, 1939.
- STROOBANT L., *Le «Rasphuys de Gand. Recherches sur la répression du vagabondage et sur le système pénitentiaire établi en Flandre au XVII^e et au XVIII^e siècle»*, *Annales de la Société d'Histoire et d'Archéologie*, 1900, 208.
5. HAUS J.-J., *Principes généraux du droit pénal belge*, 3^e éd., Bruxelles, 1879.
6. STOOS C., *Montesquieus Kriminalpolitik*, *Revue pénale suisse*, 1919, 22.
- GUENTER H., *Strafgerichtliche Öffentlichkeit und öffentlicher Ankläger in der französischen Aufklärung*, Berlin, 1979.
7. MONTESQUIEU Ch., *Esprit des Lois*, 1748.

8. HALEVY E., *The Growth of Philosophic Radicalism*, Londres, 1972.
 RADBRUCH G., *Vom edlen Geiste der Aufklärung*, München, 1948.
9. HERTZ E., *Voltaire und die französische Strafrechtspflege in 18 Jahrhundert*, Stuttgart, 1887.
10. FISCHL E., *Die Einfluss der Aufklärungsphilosophie auf der Entwicklung des Strafrechts*, Stuttgart, 1913.
- AMIABLE L., *Une Loge Maçonnique d'avant 1789, la R. L. Les Neufs Soeurs*, Paris, 1897.
- VOLTAIRE F., *L'affaire Calas et autres affaires*, Paris, 1975.
- MARAT J.-P., *Plan de législation criminelle*, Neuchâtel, 1780.
- DUPATY C., *Mémoire justificatif pour trois hommes condamnés à la Roue*, Paris, 1786.
- PASTORET, *Les lois pénales*, Paris, 1790.
- BRISSOT DE WARVILLE, *Théorie des lois criminelles*, Neuchâtel, 1781.
11. JOUSSE E. et MUYART DE VOUGLANS P. E., *Réfutation des Principes hasardés dans le Traité des Délits et des Peines*, Paris, 1767.
12. LEPELETIER F., *Oeuvres de Michel Lepeletier de Saint-Fargeau*, Bruxelles, 1826.
- PLAWSKY S., *Lepeletier de Saint-Fargeau, auteur du projet de Code pénal de 1791, Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1957, 620.
- REMY H., *Les principes généraux du Code Pénal de 1791*, Paris, 1910.
13. LEPELETIER F., o. c., 87.
14. LEPELETIER F., o. c., 91.
15. BOWRING J. (éd.), *The Works of Jeremy Bentham*, Londres, 1838-1843.
- BENTHAM J., *Papers relative to codification*, 1817.
- Codification proposal*, 1822.
- Justice and Codification Petitions*, 1829.
16. GERARD Ph., *Droit et pouvoir dans la pensée de J. Bentham*, dans GERARD Ph., OST F., VAN DE KERCHOVE M., *Actualité de la pensée juridique de Jeremy Bentham*, Bruxelles, 1987, 135:
 « Parmi les peines proposées, l'emprisonnement doit, tout en étant généralement de durée limitée, constituer l'outil le plus efficace et le plus économique d'amendement des prisonniers. A ce sujet, l'on sait que Bentham a conçu un modèle de « maison de pénitences » - le *Panoptique* - qui doit assurer au maximum la normalisation des individus en vue de leur réinsertion dans la société. La caractéristique principale de ce modèle est de rendre possible une surveillance permanente des prisonniers par un inspecteur établi au centre de l'établissement et jouissant d'une vue sur chacune des cellules situées à la circonférence du bâtiment circulaire ou polygonal ».
17. STUBEL C. C., *System des allgemeinen Feinlichen Rechtes mit Anwendung auf die in Chursachens geltenden Gesetz*, 1795.
- GROLLMANN V., *Grundsätzen der Criminalrechtswissenschaft*, 1798.
- SCHMIDT E., *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Goettingen, 1965: « Alles, was dem Staatswohl dient, rechtfertigt sich durch eben seinen nuetzliches Zweck. Utilitas, bezogen auf die staatlichen Interessen, ist also oberster Wert. Es gehoerte der rationale Optimismus des Naturrechtlers dazu, um die Gefahren nicht zu sehen, die dieses Zweckmaessigkeitsdenken fuer die Gerechtigkeit herausbeschwor (...) ».
18. KAENEL P., *Die kriminalpolitische Konzeption von C. Stoos in Rahm der geschichtliche Entwicklung von Kriminalpolitik und Straftheorie*, Bern, 1976, 76, nous explique l'exemple kantien: Selbst, wenn sich die buergerliche Gesellschaft mit aller Glieder Einstimmung aufoeste (z. b. des eine Insel bewohnende Volks beschloesse, aus-

inander zu gehen, und sich in alle Welt zu verstreuen) musste der letzte im Gefaengnis befindliche Moerder vorher hingerichtet werden, damit jedermann das widerfahr, was seine Tater werd sind«.

19. ZAZYCK R., *Das Strafrecht in der Rechtslehre J. G. Fichtes*, Berlin, 1981, 31.

20. WOLFGANG M. E., Cesare Lombroso 1835-1909, *Pioneers in Criminology*, 1972, 232-283.

COLOMBO G., *La scienze infelice. Il museo di antropologia criminale di Cesare Lombroso*, Turin, 1975.

21. FERRI E., *La sociologie criminelle*, Paris, 1893.

FERRI E., *La justice pénale. Son évolution. Ses défauts. Son avenir. Résumé du Cours de sociologie criminelle de l'Université Nouvelle*, Bruxelles, 1898.

22. GEORGAKIS J. A., *Geistesgeschichtliche Studien zur Kriminalpolitik und Dogmatik Franz von Liszts*, Leipzig, 1940.

23. Cf. aussi PRINS A., *Science pénale et droit positif*, Bruxelles, 1899, 1: «Le délit, en effet, outre son caractère juridique, a un caractère social: la peine est non seulement une sanction légale, mais un acte de défense sociale, une réaction sociale opposée à l'attaque. Considéré à ce point de vue, le droit pénal s'appelle criminologie ou sociologie criminelle et est en rapport avec les sciences morales et politiques, la statistique, l'anthropologie, la psychiatrie».

24. PICARD E., *Les Grandes Fresques du Droit. Les Constantes Juridiques*, Bruxelles, 1916, 103.