

Ambivalences des doctrines pénales modernes

Jean-Louis Halpérin

« Il n’y a sur le droit de punir qu’une théorie solide, celle qui se fonde sur l’indispensable besoin de la peine, qui invoque le droit de défense, la théorie qui n’a pas cessé d’être professée en Italie depuis Beccaria et qui a trouvé de chaleureux adhérents même dans d’autres pays ». Cet hommage, fait en 1877 par Albert Desjardins¹, professeur à la Faculté de droit de Paris, trouve de nombreux échos chez ses contemporains² et chez les historiens des doctrines qui font remonter à l’auteur du *Traité des délits et des peines* la pensée moderne sur la justice pénale. Déjà Bentham, dans une de ses premières œuvres³, opposait Beccaria, dans la noble figure du « censeur » du droit, à Blackstone, relégué au rang de servile « commentateur ». Il ne fait pas de doute que Beccaria rompt avec la méthode des pénalistes d’Ancien Régime par sa critique virulente du droit positif et par son projet de remplacement du « fatras » du droit romain, des coutumes et des opinions des docteurs par un code de lois pénales. Il n’y a pas d’abus à considérer que Beccaria présente la première doctrine pénale, en tant que telle, une doctrine prescriptive fondée sur une rationalité interne au droit pénal et non sur l’autorité de la tradition juridique.

Dans une perspective didactique nous sommes amenés à réduire la pensée de Beccaria à son plaidoyer contre les supplices et la peine de mort, à une vibrante justification du mouvement – inexorable selon Jhering – d’adoucissement des peines. Par souci de simplification et par facilité d’identification des protagonistes, nous sommes souvent tentés de présenter l’histoire des doctrines pénales depuis Beccaria comme une alternance incessante de courants favorables à la douceur ou à la sévérité des peines : un raidissement depuis Kant et Bentham jusqu’aux auteurs du Code pénal napoléonien ou du code bavarois de 1813, un appel à la mesure et à l’atténuation des peines chez Rossi, les avocats de la réforme de 1832, Chauveau et Hélie ou plus tard Ortolan au milieu du XIX^e siècle, puis l’École italienne incitant autour de Lombroso, Ferri et Garofalo à une vive réaction contre le « flot montant de la criminalité », suscitant ce qui serait une « résistance humaniste » des professeurs de droit pénal attachés à la responsabilité et à l’individualisation des peines, à nouveau une consécration des mesures de sûreté dans les législations de l’entre-deux-guerres, notamment dans le rigoureux Code Rocco de l’Italie fasciste soutenu par Ferri et Garofalo, puis un retour de balancier avec la « nouvelle défense sociale » de Gramatica et Ancel, enfin la frénésie ou dérive sécuritaire de ces dernières années... Dans une telle conception cyclique des doctrines pénales, chacun peut trouver à se rassurer sur l’ancienneté et la « noblesse » de ses propres

¹ Albert Desjardins, *La Méthode expérimentale appliquée au droit criminel en Italie*, extrait du *Bulletin de la Société générale des prisons*, Paris, Chaix, 1887, p. 15.

² Par exemple chez Enrico Ferri, *Sociologie criminelle*, Paris, Rousseau, 1893, rééd. Dalloz, 2004, p. 2

³ Jeremy Bentham, *Fragment sur le gouvernement*, trad. fr. Jean-Pierre Clero, Paris, LGDJ, 1996, p. 95.

convictions.

Depuis Michel Foucault, le soupçon a cependant pénétré et fortement ébranlé ce schéma de l'éternel retour d'une alternance entre sévérité et humanisme. L'historiographie récente a ainsi mis en valeur l'existence, au siècle des Lumières, d'un courant authentiquement réformateur qui plaidait pour davantage de rigueur dans les peines. En Angleterre, un texte anonyme de 1701, les œuvres d'Ollyffe (1731), du révérend Madan (1785) et de Paley (la même année) prêchent l'absence d'indulgence pour une population criminelle déjà jugée irrécupérable : nos « ennemis de naissance », une « race ingouvernée » qu'il faut traiter par des peines dures et certaines en appliquant des lois pénales aux « dents aiguisées »⁴. Certains de ces arguments préfigurent les accents plus sombres que l'on trouve chez Beccaria derrière une « auréole de modération pour le moins discutable » : la certitude et la rapidité des sanctions destinées à frapper « l'esprit grossier du vulgaire » (§ XIX)⁵, « l'asservissement temporaire du travail et de la personne du coupable à la société » (§ XXII), « le tourment d'un homme privé de sa liberté, transformé en bête de somme » (§ XXVIII), des lois infamantes et exclusives de tout pardon pour le premier citoyen comme pour le dernier⁶.

Nous sommes devenus aussi plus sensibles aux rigueurs du Code pénal de 1791, aux formes de continuité entre ce premier code pénal français et le code napoléonien de 1810 comme au recours au langage de la terreur par des codificateurs qui avaient connu peu de temps auparavant la justice révolutionnaire. Quand le Tribunal de cassation parle sous le Consulat de « l'état de guerre qui s'établit entre la société et un brigand qui la dévaste », quand un pamphlet de la même époque considère que « le code pénal est un pacte de guerre, il faut qu'on tremble en le lisant ; il faut par humanité que tout y soit terrible, jusqu'au style employé par sa rédaction »⁷, les héritiers des Lumières et les lecteurs de Beccaria paraissent les plus enclins à défendre impitoyablement l'ordre public. L'on sait qu'à la même époque – par un phénomène de « fertilisation croisée » plutôt que d'influence directe – Bentham s'oppose à la « métaphysique des droits de l'homme » et, après avoir vanté les mérites de Beccaria, au sentimentalisme de certains orateurs : « si la répugnance d'un cœur sensible est une objection suffisante contre la loi pénale, écrit-il dans la *Théorie des peines et des récompenses*⁸, il faut anéantir le Code

⁴ Christian Debuyst, François Digneffe, Avaro P. Pires, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, Bruxelles, Larcier, 2008, t. II, p. 77-96.

⁵ Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, trad. fr. Maurice Chevallier, Genève, Librairie Droz, 1965, rééd. Paris, Flammarion, 1991.

⁶ James Q. Whitman, *Harsh Justice*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2003 sur l'interprétation de Beccaria, contraire à toute individualisation de la peine pouvant apparaître comme un privilège, qui a prévalu aux Etats-Unis.

⁷ Stefano Solimano, *Verso il Code Napoléon*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 153 et 157.

⁸ 1811, éd. fr. 1840, volume II, p. 25.

pénal ». Nous pourrions poursuivre de catalogue de mise à nu des réflexes sécuritaires chez les auteurs apparemment les plus favorables à l'adoucissement des peines : pour nous limiter à l'exemple de la France, Saleilles et Garraud soutenaient en même temps la relégation des récidivistes incorrigibles comme le sursis et la libération conditionnelle à la fin du XIX^e siècle ou Marc Ancel écrivant en 1954 qu'une législation de défense sociale pourra admettre dans certaines limites « un système de mesures de sûreté pré-délictuelles »⁹.

Notre démarche ne consiste pas à traquer les préjugés répressifs et sécuritaires chez les auteurs se prétendant « humanistes », mais à montrer en quoi l'ambivalence est au cœur des doctrines pénales modernes : une ambivalence conceptuelle autour des notions à double tranchant de prévention et de sûreté, une ambivalence contextuelle autour des réflexes de défense de la société ou de protection de la liberté face aux « menaces ».

Une première ambivalence conceptuelle résulte de l'association qui peut être trompeuse entre punir et prévenir. Un des postulats communs aux doctrines pénales modernes réside dans la théorie utilitariste de la peine. Alors que les pénalistes d'Ancien Régime insistaient davantage sur le péché et son expiation, sur les aspects rétributifs de la peine (sans ignorer la valeur dissuasive de l'exemple du supplice ni les impératifs de la sécurité publique), les Modernes cherchent depuis Beccaria à mesurer exactement les peines pour « empêcher le coupable de causer de nouveaux dommages à ses concitoyens et [...] dissuader les autres d'en commettre de semblables » (§ XII). Beccaria met au centre de sa réflexion criminelle le calcul utilitariste, celui de l'homme rationnel, l'homo oeconomicus qui maximise son plaisir par rapport à son mal, et le calcul du législateur qui fulmine et applique des peines destinées à détourner du crime : « pour qu'une peine soit juste, elle ne doit avoir que le degré de rigueur suffisant pour détourner du crime » (§ XXVIII). Dans le but de démontrer l'inutilité et le caractère nuisible de la peine de mort – la cruauté d'« un seul jour de souffrance » –, Beccaria essaie de reconstituer le raisonnement d'un voleur ou d'un assassin : « celui qui a devant les yeux de longues années ou même une vie entière de captivité et de douleur, où il sera l'esclave des lois qui le protégeaient naguère, exposé aux regards de ses concitoyens dont il était l'égal et l'associé, fera une salutaire comparaison de tout cela avec le succès incertain de ses forfaits et le peu de temps où il en pourra goûter les fruits ».

Combiné, de manière artificielle pensent certains analystes, à la thèse d'un contrat social par lequel chacun met à la disposition de la communauté « la plus petite portion possible » de sa liberté en échange de la garantie de défense collective, cet utilitarisme a pu soutenir des revendications en faveur de l'abandon des supplices. Mais l'argument de la prévention joue globalement dans le sens de la certitude de peines rigoureuses, car supérieures en souffrance aux plaisirs retirés, voire simplement attendus, du

⁹ Marc Ancel, *La défense sociale nouvelle : un mouvement de politique criminelle humaniste*, Paris, 1954, p. 154.

crime. Bentham ne cache nullement cette orientation : la peine ne peut être douce, car c'est associer deux idées contradictoires, en revanche elle peut être économique en empruntant « la langue du calcul et de la raison ». De ce fait, la peine doit aller en intensité « beaucoup au-delà » de l'avantage, « la peine doit se faire craindre plus que le crime ne se fait désirer [...] il est donc nécessaire que la peine corresponde à tous les degrés de la tentation »¹⁰. En équivalents monétaires, le montant du profit du crime doit être augmenté sensiblement, sans oublier de le multiplier par un coefficient tenant compte des chances d'impunité, pour arriver à la peine. L'utilitarisme pur conduit de la sorte à la sévérité d'un *surplus* de peine.

L'ambivalence de la fonction préventive de la peine ne s'arrête pas là dès le début de l'essor des doctrines pénales modernes. Bentham, comme Beccaria, insiste sur le fait qu'au moment décisif de l'application de la peine, le mal est déjà fait, le délit a eu lieu. Sur le criminel qu'il faut (impérativement) punir, la peine a déjà perdu sa fonction préventive, pourtant présentée comme principale au moment de l'édiction de la loi pénale : la peine n'a pas empêché le délinquant de commettre le crime, d'une certaine manière (par rapport à ce qu'il a fait d'irréversible) Bentham considère qu'on le punit en pure perte. La peine exécutée ne peut être utile qu'à l'avenir, pour prévenir d'autres crimes en préparation. Mais, dans l'avenir, ne devrait-elle pas être logiquement supérieure à celle prévue avant le crime précédent qu'elle n'a pas empêché ? La loi pénale ne devrait-elle pas prévoir un mécanisme d'augmentation a posteriori des pénalités jusqu'à la constatation d'un recul du crime ? Ni Beccaria, ni Bentham n'envisagent une telle hypothèse d'indétermination de la peine qui irait à l'encontre d'une conception stricte de la légalité. Pourtant le calcul utilitariste ne connaît que l'efficacité de la peine assez forte pour dissuader même les criminels les plus dangereux. Dans cette veine – à une époque où l'indétermination des peines ne fait plus peur à beaucoup de pénalistes – Garofalo considère qu'il faut punir le voleur potentiellement dangereux de 20 centimes comme celui de 1 000 francs¹¹.

Comment espérer retenir les candidats au crime en leur imputant des raisonnements purement rationnels ? Beccaria hésitait déjà à décrire les délinquants comme des hommes éduqués, développant consciemment les sentiments de leur âme. Bentham, que l'on croirait moins indulgent, tenait à affirmer que tous les hommes calculent, l'avidité de l'argent étant la passion à la fois la plus redoutable pour la société et la plus calculatrice. Pour cette raison il récusait les partisans d'une sévérité outrée agissant « par un défaut de compassion pour des hommes qu'on se représente comme dangereux et vils ». Ses contemporains ne s'embarrassent pas de semblables précautions : en 1802, Bernardi écrit que la société « renferme dans son sein une masse d'hommes sur qui la civilisation n'a jamais pu avoir d'empire »¹²,

¹⁰ Jeremy Bentham, *Théorie des peines et des récompenses*, *op. cit.*, p. 11-13.

¹¹ Raffaele Garofalo, *La criminologie*, Paris, Félix Alcan, 1888, p. 306.

¹² Stefano Solimano, *op. cit.*, p. 150.

quelques décennies plus tard Charles Lucas s'inquiète des progrès alarmants de la criminalité, puis Bonneville de Marsangy parle de « l'immoralité et endurcissement des délinquants relaps »¹³, avant que l'aliéniste Morel ne publie en 1857 le *Traité des dégénérescences*. Bien avant Lombroso, Ferri et Garofalo, la pensée utilitariste combinée à des constats pessimistes sur la population criminelle conduit à une prévention fondée sur « un supplément exceptionnel de pénalité », selon l'expression de Bertauld. La volonté de donner à la peine une fonction principalement préventive n'a pas conduit à donner la priorité à l'éducation, mais à provoquer une course effrénée vers une répression toujours plus sévère. Avant de revenir à ces effets d'entraînement d'un point de vue contextuel, il faut insister sur une deuxième ambiguïté conceptuelle des doctrines pénales modernes : celle de la notion de « sûreté ». Le terme, comme son cousin qui l'a emporté au fil du temps – la « sécurité » – présente, même quand cela n'est pas avoué, un double visage. Relisons une des phrases les plus célèbres de Beccaria : « Le droit qu'a le souverain de punir les délits est donc fondé sur la nécessité de défendre contre les usurpations particulières le dépôt constitué pour le salut public. Et les peines sont d'autant plus justes que la sûreté est sacrée et inviolable, et plus grande la liberté que le souverain laisse à ses sujets » (§ II). Ce texte mérite attention par le recours à la « nécessité » de la défense – un peu plus tard qualifiée de « sociale » par Romagnosi, comme l'avait noté Gramatica¹⁴ – et par l'invocation du caractère inviolable et sacré de la sûreté, où l'on croit déjà entendre les échos des articles 2, 7,8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Mais à qui est reconnue cette sûreté si sacrée ? Est-ce au délinquant, ou présumé tel, qui usurpe « le dépôt constitué pour le salut public » en violant la loi commune ? S'agit-il, comme en 1789, de garantir la liberté de chacun contre les arrestations ou les procédures arbitraires pour que tout homme soit « en sûreté », sûr de ne pas être inquiété abusivement, avec une « bonne opinion de sa sûreté » aurait dit Montesquieu ? Tel ne paraît pas être, dans cette phrase, le sens donné par Beccaria à une sûreté mise en balance avec la liberté des sujets. Si cette dernière comporte aussi sa part de sécurité individuelle, c'est que la valeur suprême (de « salut public ») est la sûreté publique, commune, universelle, sociale, comme la qualifie Romagnosi en 1791¹⁵.

La sûreté n'est donc pas toujours une face de la liberté individuelle, une assurance de protection des droits fondamentaux de la personne humaine comme nous dirions aujourd'hui, elle est aussi cet objet de la police (la « sûreté générale » des révolutionnaires, puis des services ministériels de la fin du XIX^e siècle) et ce but ultime de la législation pénale, ce fondement du droit de punir accordé à la société pour se défendre contre les délinquants.

¹³ A. Bonneville, *De la Récidive, ou des moyens les plus efficaces pour constater, rechercher et réprimer les rechutes dans toute infraction à la loi pénale*, Paris, De Cotillon, 1844, t. I, p. 30.

¹⁴ Filippo Gramatica, *Principi di diritto penale soggettivo*, Torino, Fratelli Bocca, 1934, p. 81.

¹⁵ *Genesi del diritto penale*, Milano, 3^e éd., 1824, p. 101, 109 et 210, 224 sur la défense sociale.

Les doctrines pénales modernes, en rupture sur ce point avec la phraséologie d'Ancien Régime invoquant l'atteinte à la paix de Dieu ou à la paix du roi, fondent la peine sur la nécessité d'une défense sociale, loi suprême par conséquent supérieure aux libertés des individus. Non seulement le droit individuel doit plier devant l'intérêt social, mais le criminel est un « ennemi » qui s'est mis de lui-même en dehors du pacte social, un « hors la loi ». Ici Beccaria, qui prône le bannissement de « celui qui trouble la tranquillité publique et n'obéit pas aux lois », rejoint Rousseau pour qui « tout malfaiteur attaquant le droit social devient par ses forfaits rebelle et traître à la patrie, il cesse d'en être membre en violant ses lois et même il lui fait la guerre » (*Contrat social*, livre II, chapitre V).

Dès Beccaria se met en place une logique de guerre avec son triptyque : atteinte à la sécurité, défense sociale, élimination du délinquant ennemi. Cette logique était dénoncée en tant que telle, par Rossi en 1829, qui voyait un lien fort « entre les doctrines fondées sur le principe de la défense et celles fondées sur le principe de l'intérêt »¹⁶. Le pénaliste libéral contestait l'idée que la société puisse se défendre contre le mal consommé (« il n'y a plus de défense possible », ce qu'admettait Bentham) ou un mal futur qui n'a pas encore d'existence : on ne doit pas punir les « hommes pervers autres que le délinquant qui n'ont rien fait [...] ils sont inconnus, il n'est pas sûr qu'ils existent ». Dans cette critique des notions de défense sociale et de sûreté, Rossi refuse l'assimilation de la justice pénale à la guerre, potentiellement contenue selon lui dans les doctrines utilitaristes et porteuse (malgré les intentions de Beccaria) d'atteintes au principe de légalité (pour se défendre, comme pour prévenir le crime, la société est tentée d'élever le niveau de la réplique). En sacralisant la sûreté, les avocats de l'adoucissement des peines ont ouvert la voie à la prédominance de la défense sociale entendue comme un combat qu'il fallait gagner. Mené contre un criminel abstrait au XVIII^e siècle, ce combat devait se transformer en guerre à outrance face aux craintes conjoncturelles de montée en puissance de la population délinquante depuis la fin du XIX^e siècle.

Même si les discours sur la population criminelle n'étaient pas absents avant les années 1870-1880, ils s'amplifient considérablement avec l'École positiviste et la naissance de la criminologie. L'ambivalence contextuelle des doctrines pénales, avec leur caractère prescriptif acquis depuis Beccaria, apparaît alors au grand jour. D'un côté les auteurs italiens revendiquent la nouveauté absolue de leurs thèses dont ils opposent la scientificité, fondée sur la méthode expérimentale, au « doctrinarisme métaphysique » des pénalistes classiques ou néo-classiques. Lombroso dénonce le « tollé misonéiste » de ses adversaires, Ferri n'a de cesse de s'en prendre à l'éclectisme de Liszt, Garraud ou Tarde, Garofalo réserve ses mots les plus durs à l'aveuglement des juges et des jurés. D'un autre côté, cette prétention à détenir la vérité se mêle à la volonté de répondre vite à une situation pressante, particulièrement en Italie : une pépinière de

¹⁶ Pellegrino Rossi, *Traité de droit pénal*, Genève, J. Babezet, 1829, t. I, p. 137.

criminels-nés selon Lombroso, un « flot de la criminalité » montant et menaçant d'après Ferri, des progrès effrayants de la récidive pour Garofalo.

En France, avec Tarde notamment, et en Belgique, avec Prins, ce constat alarmiste est largement partagé à la fin du XIX^e siècle et au début du XX^e siècle. L'étude des statistiques pénales, dont il est possible désormais de faire le bilan sur plus de cinquante ans (c'est le rapport rétrospectif dressé par Yvernès en 1880) entretient cette vague, peut-être sans précédent par son ampleur, de peur et de « frénésie sécuritaire ». Face à cette conviction, largement partagée, que la criminalité a considérablement augmenté au cours du demi-siècle écoulé, ni l'accroissement de la population ou des échanges, ni les progrès qualitatifs constatés de la « civilisation » matérielle ou intellectuelle ne sont interprétés comme des éléments rassurants, bien au contraire. La révolution industrielle, dont les effets sont jugés globalement positifs en matière de prospérité et d'amélioration du niveau de vie – même parmi les auteurs les plus ouverts à des perspectives de transformation radicale de la société – n'a pas apporté avec elle un déclin de la criminalité. Non seulement elle creuserait le fossé entre les honnêtes gens et les « déclassés » ou « anormaux » (inadaptés de manière radicale au progrès en raison de leur nature primitive ou sauvage), mais elle grossirait « l'armée du crime » en suscitant des vocations nouvelles parmi les professionnels de métier selon les processus d'imitation mis en valeur par Tarde¹⁷.

La crise aiguë que traverserait le système répressif serait due à la faillite des prisons, déjà pronostiquée dans la première moitié du XIX^e siècle par Lucas et Bonneville de Marsangy. Garofalo et Ferri voient dans la prison – et même dans les travaux forcés, les condamnés italiens étant occupés à « tricoter »¹⁸ – une école de la récidive, transformant la rechute des criminels en règle et non pas en exception. L'École positiviste entend donc réagir vigoureusement à un contexte d'insécurité et de danger maximum (une guerre menée par l'armée du crime) aggravé par l'indulgence (aveugle à cette guerre) des législateurs, juges et jurés qui ont adouci la répression par les circonstances atténuantes, l'irresponsabilité des déments ou les acquittements arrachés par les pressions. Cet état de guerre, écrit Tarde, appelle un changement d'échelle de la répression et de la pénalité qui aille bien au-delà de la stricte application des lois en vigueur ou de l'abrogation des mesures introduites en faveur de l'adoucissement des peines¹⁹.

Les partisans de cette révolution sécuritaire se montrent, cependant, sceptiques sur la possibilité d'inverser le mouvement, qu'ils soient ou non en accord sur les réformes à apporter. Garofalo, qui peut apparaître comme le plus radical par son plaidoyer en faveur de la peine de mort²⁰ – l'élimination de certains criminels est pour lui le mode rationnel de « sélection artificielle » des éléments les plus

¹⁷ Gabriel Tarde, *La criminalité comparée*, Paris, Félix Alcan, 1890, p. 22-24.

¹⁸ R.affaele Garofalo, *op. cit.*, p. 22.

¹⁹ Gabriel Tarde, *op.cit.*, p. 77.

²⁰ Raffaele Garofalo, *op. cit.*, p. 204, 254 et 269.

inadaptés – et de la déportation aux colonies des malfaiteurs d’habitude, ne croit pas que de telles mesures puissent éradiquer les crimes provoqués par les penchants naturellement vicieux d’une partie de la population. L’échafaud élimine tout au plus un criminel et la possibilité qu’il donne naissance à un enfant partageant sa pathologie. Il restera toujours des criminels-nés, car il s’en trouve aussi dans la progéniture des honnêtes gens ! Ferri, pourtant favorable à des réformes sociales (avec l’horizon d’un socialisme de plus en plus « utopique ») et opposé aux « excès sélectionnistes » de Garofalo, ne croit pas à l’efficacité globale des peines et, tout en se défendant de l’accusation de fatalisme, il perd peu à peu espoir dans un programme cohérent de « substituts de peine »²¹. Prins cache à peine sa faveur pour l’élimination définitive des anormaux mais considère que la « civilisation moderne » (ou l’opinion publique mal éclairée ?) se révolte contre cette solution²². Il préconise comme mesure de préservation sociale de repérer les criminels en puissance dès l’âge de trois ans... sans donner plus de détails sur cette folle espérance ! La guerre de défense sociale, préconisée par ces auteurs contre le crime, est une guerre sans perspective de victoire.

Quand surviennent des réformes allant dans le sens d’une plus grande sévérité, il n’est pas étonnant que les mêmes partisans de la sévérité se montrent dubitatifs : Tarde n’est pas convaincu par la transportation des récidivistes²³, Ferri et Garofalo qui se sont ralliés au fascisme à la fin de leur vie ne montrent guère d’enthousiasme à l’égard du Code Rocco qui leur emprunte beaucoup d’idées pour renforcer la répression. L’adoption de moyens de prophylaxie n’améliore pas les espoirs de guérison. Le recours à des mesures de combat ne rend pas probable la fin de la guerre. Comme l’analyse conceptuelle en termes de prévention, la réaction conjoncturelle face à une criminalité prétendument montante conduit à un engrenage d’insatisfaction et de surenchère. Pessimistes par nature, ceux qui réclament plus de sévérité ne constatent jamais d’amélioration suffisante pour baisser la garde et se trouvent en position, pour justifier leurs thèses, de demander toujours plus de répression par un « appel désespéré »²⁴.

Face à ce réformisme toujours déçu par rapport aux attentes d’une conjoncture pressante, les partisans d’une plus grande douceur des peines affirment, en général, défendre des principes de justice et des idéaux humanistes qui seraient intangibles à l’image des dogmes religieux (plusieurs d’entre eux invoquent, d’ailleurs, les valeurs chrétiennes). Cette position, apparemment indépendante de tout contexte, n’est guère tenable. Elle entre souvent en conflit avec des thèses positivistes affichées par ces mêmes auteurs et avec la reconnaissance des acquis de l’École positiviste. Saleilles, Gramatica ou Ancel

²¹ Enrico Ferri, *op. cit.*, p. 235, 252-253, 466.

²² Adolphe Prins, *La Défense sociale et la transformation du droit pénal*, Bruxelles-Leipzig, Misch et Thron, 1910, p. 149, 155 et 164.

²³ Gabriel Tarde, *op.cit.*, p. 86.

²⁴ Marc Ancel, *op. cit.*, p. 11.

inscrivent tous les trois leurs conceptions de la « défense sociale » dans le prolongement de la réflexion criminologique initiée par Lombroso, Ferri et Garofalo. Certes, ils refusent d'admettre en bloc des thèses qu'ils jugent excessives et entendent tenir compte d'un sentiment de compassion (et même de solidarité humaine) à l'égard des criminels. Ces derniers ne sont pas des « bêtes à traquer » écrit Saleilles²⁵ et l'individualisation des peines, surtout celle effectuée par les juges, a précisément pour but de tenir compte de la psychologie des personnes délinquantes. Émile Garçon a, en 1906, un même réflexe sur la présomption d'humanité en s'opposant à l'enfermement à perpétuité dans un asile de tous les dégénérés, rien ne permettant d'affirmer selon lui que les craintes suscitées par leur dangerosité viendraient à se réaliser²⁶. Il n'en reste pas moins que ces auteurs se placent sur le terrain de la méthode expérimentale et des thèses répressives de l'École positiviste italienne. Ils réagissent à la pression conjoncturelle en faveur d'une répression plus dure à l'égard des récidivistes et se retrouvent en position de défense – de ce qu'ils estiment être des principes juridiques – et non de contre-attaque. Même Marc Ancel prend appui sur les théories positivistes de la fin du XIX^e siècle pour progresser dans la direction de la défense sociale.²⁷

Cette réaction conjoncturelle est renforcée, à partir des années 1930, par la montée en puissance des régimes autoritaires ou totalitaires qui prétendent mettre en œuvre les mesures de sûreté préconisées par les théoriciens positivistes. On ne saurait blâmer Henri Donnedieu de Vabres d'avoir, en 1938, montré les dangers des politiques criminelles – qu'il différenciait assez subtilement – de l'Italie fasciste, de l'Allemagne nazie et de l'Union soviétique. En revanche, l'argument selon lequel ces politiques seraient contraires à la nature, à la raison, au « sentiment façonné par des siècles de christianisme et d'humanisme » paraît trop idéologique²⁸. De même, Marc Ancel nous paraît ménager les thèses en faveur des mesures de sûreté en rattachant le droit et les crimes de l'Allemagne nazie à une conception rétributive et intimidante de la peine²⁹.

Si l'on cherche, chez les théoriciens d'une politique criminelle humaniste, des arguments structurels contre les thèses répressives issues de l'École positiviste, il faut se tourner vers les garanties procédurales (celles que nous rattachons aujourd'hui à la notion de « procès équitable ») et vers le lien qui est fait entre la liberté individuelle et le régime démocratique. Beccaria considérait déjà que « sous le

²⁵ Raymond Saleilles, *L'individualisation de la peine*, Paris, F. Alcan, 1898, p. 139.

²⁶ Émile Garçon, préface au D^r Legrain, *Éléments de médecine légale appliqués à l'étude du droit*, Paris, Arthur Rousseau, 1906, p. XIX.

²⁷ Marc Ancel, *op. cit.*, p. 57 et s.

²⁸ Henri Donnedieu de Vabres, *La crise moderne du droit pénal. La politique criminelle des États autoritaires*, Paris, Sirey, 1938, p. 201.

²⁹ Marc Ancel, *op. cit.*, p. 81-84.

régime paisible de la légalité, sous un gouvernement approuvé par l'ensemble de la nation [...] là où le pouvoir n'appartient qu'au véritable souverain, il ne saurait y avoir aucune nécessité de faire périr un citoyen » (§ XXVIII). Les démocrates, posant comme postulats « constitutionnels » l'égalité des droits et la dignité humaine, refusent que le souverain traite les délinquants en hors la loi. Il faut cependant reconnaître que les exigences démocratiques évoluent elles-mêmes avec le temps : les préjugés de Beccaria à l'égard des étrangers, susceptibles d'être bannis plus facilement que les citoyens (à l'instar des récidivistes par rapport aux personnes inculpées pour la première fois, § XXIV) peuvent paraître aujourd'hui indignes d'un régime démocratique. Les partisans d'un droit pénal humaniste, probablement convaincus que le peuple ne pouvait se comporter de manière inhumaine à l'égard de ses membres, n'ont pas non plus anticipé la possibilité de l'approbation par des assemblées représentatives, voire par référendum populaire, de politiques sécuritaires inspirées par le « populisme pénal ».

Un tel constat ne signifie pas que les théories pénales se réduisent à des réactions conjoncturelles déterminées par des réflexes idéologiques. La simplification abusive des positions des uns des autres – rendant les nuances presque imperceptibles – résulte aussi d'une vision trop conflictuelle de thèses qui s'affronteraient en tous points. Si nous pensons utile de reconnaître les ambivalences des doctrines pénales depuis Beccaria, c'est pour ramener ces théories, et plus encore les législateurs tentés de s'en inspirer, à davantage de modestie sociale et de prudence politique. Aucune de ces doctrines n'a jamais prétendu résoudre le problème de la délinquance et faire disparaître le crime. La répression, survenant une fois les infractions commises, n'est probablement pas le meilleur garant d'une sécurité plus grande. Au nom d'un standard vague et soumis à l'appréciation de l'État (la sécurité d'aujourd'hui rappelle l'ordre public ou la sûreté de l'État d'hier), l'aggravation de la répression peut menacer, en revanche, les libertés de chacun quand s'effacent ou disparaissent les garanties procédurales et judiciaires attachées aux libertés fondamentales placées au sommet de la hiérarchie des normes par le droit positif des régimes démocratiques.