



« NUL N'EST CENSÉ IGNORER LA LOI ».

Le droit pénal, de Durkheim à Fauconnet

[Bruno Karsenti](#)

Centre Sèvres | « [Archives de Philosophie](#) »

2004/4 Tome 67 | pages 557 à 581

ISSN 0003-9632

DOI 10.3917/aphi.674.0557

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-archives-de-philosophie-2004-4-page-557.htm>

Distribution électronique Cairn.info pour Centre Sèvres.

© Centre Sèvres. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

« *Nul n'est censé ignorer la loi* ».
Le droit pénal, de Durkheim à Foucault

BRUNO KARSENTI

Université de Paris I

On se souvient de l'ouverture de *Surveiller et punir*, de l'« art quantitatif de la souffrance » mis en œuvre dans le supplice de Damiens, et du contraste ainsi révélé avec la justice moderne. En quelques décennies, il semble que la pensée pénale se soit littéralement renversée, adoptant dès la fin du XVIII^e siècle une visée corrective d'où la souffrance corporelle se trouve conjurée. Afin de comprendre une transformation aussi fulgurante, rien ne sert d'invoquer la prégnance de préoccupations humanistes. En marge d'une célébration du processus couramment baptisé d'« adoucissement des peines », Foucault oriente le regard sur un autre point, plus évident, et, pour cela même, moins facile à penser : ce dont témoignent les tentatives manifestes d'atténuation, voire d'annulation de la douleur, c'est d'abord d'une difficulté du droit pénal à se concevoir précisément comme *pénal*. Or c'est exactement cela que le récit du supplice fait resurgir, lorsque son archaïsme vient résonner aux oreilles modernes. Plutôt qu'effrayé par l'énumération détaillée des mutilations, on est troublé par une sorte de proximité, comme si l'épisode venait brusquement rappeler, à nous qui ne voulons plus l'entendre, ce qu'est le droit pénal *en lui-même* — ce qu'il est voué à demeurer pour autant qu'il subsiste : l'infliction d'une peine, c'est-à-dire l'action sur un corps, dans les formes du droit. Enfouie dans notre justice criminelle gît toujours cette zone tourmentée : ce que Foucault nomme le « fond suppliciant » du droit, fond « jamais tout à fait maîtrisé », mais seulement « enveloppé, de plus en plus largement, par une pénalité de l'incorporel. »¹

Saisir la spécificité du droit pénal en tant que forme du droit, et la définir sur la base d'une acception littérale du mot *peine*, c'est là une intention qui plonge ses racines dans la pensée de Durkheim². Cette filiation, Foucault n'était pas porté à la reconnaître pour diverses raisons. Selon lui, Durkheim

1. *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 21.

2. Sur les rapports entre Durkheim et Foucault sur la question pénale, cf. M. S. GLADIS (éd.), *Durkheim and Foucault. Perspectives on education and punishment*, Durkheim Press, Oxford, 1999.

en serait resté aux correspondances entre « règles de droit » et « formes sociales générales »³, et aurait complètement tourné le dos aux pratiques — celles qui sont au contraire au centre du livre de Rusche et Kirscheimer, *Punishment and social structures*, de 1939⁴. Sans doute la corrélation établie dans ce livre d'inspiration francfortienne entre formes de punition et systèmes de production n'autorise-t-elle qu'une vision limitée des processus que Foucault souhaite mettre en lumière; il reste qu'un projet inédit s'annonce que *Surveiller et punir* voudrait prolonger: « Prendre les pratiques pénales moins comme une conséquence des théories juridiques que comme un chapitre de l'anatomie politique »⁵. De ce projet, la sociologie durkheimienne serait quant à elle exclue par principe.

Dès la parution en 1893 de *La division du travail social*, la compréhension des mécanismes en jeu dans le droit pénal s'impose pourtant comme un objectif sociologique majeur, peut-être même comme le premier entre tous. Elle s'inscrit dans le cadre d'une typologie des sanctions, sans laquelle la sociologie ne pourrait commencer⁶. En cela, il est faux de croire que Durkheim néglige la manière dont le droit s'applique. A la limite, les juristes seraient fondés à lui faire le reproche inverse. En définissant la règle de droit comme « règle de conduite sanctionnée », on peut craindre qu'il ne se détourne du sens proprement juridique de la règle, irréductible à ce qui lui donne force exécutoire⁷. On peut craindre aussi qu'une confusion ne subsiste entre le moral et le juridique, dont le rapport intérieur complexe, parce qu'il ne veut pas être rompu, ne parvient pas non plus à être épistémologiquement dénoué⁸. Mais l'essentiel n'est pas là. S'agissant du droit pénal, ce qui frappe plutôt, c'est l'insistance avec laquelle Durkheim essaie de définir sa singularité en le ramenant à certain type de sanction, celui qui a pour objet les sujets sociaux considérés comme sujets physiques — celui qui demeure, au fil de ses transformations et quel que soit le « progrès » qu'il est permis

3. *Ibid.*, p. 27-28.

4. La critique s'adresse au texte de Durkheim de 1900, « Deux lois de l'évolution pénale » (in *Journal sociologique*, 1969, p. 245-273). Rusche et Kirscheimer, de leur côté, condamnaient déjà l'étude de Durkheim, typique selon eux de la tendance dominante à fournir « un simple schéma de la succession des phénomènes historiques, [...] masse de données apparemment reliées par la conviction qu'un progrès s'y manifestait » (*Peine et structure sociale*, tr. fr. F. Laroche, Cerf, 1994, p.123).

5. *Surveiller et punir*, p. 33.

6. *Division du travail social*, PUF, 1996, p. 28 sq.

7. Cf., sur les limites de la thèse qui fait de la sanction le critère de juridicité de la règle, cf. Denis DE BÉCHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit?*, Odile Jacob, 1997, p. 59 sq.

8. La définition de « règle de conduite sanctionnée » correspond, dans l'esprit de Durkheim, aussi bien aux règles morales qu'aux règles juridiques (*Leçons de sociologie*, PUF, 1990, p. 42). Sur la fondation morale de la théorie juridique durkheimienne, R. COTTERRELL, *Emile Durkheim: law in a moral domain*, Edingurgh, University Press, 1999. Cf. mon analyse de cet ouvrage dans « Durkheim revisité », *Droit et société*, 49, 2001.

d'y lire, *orienté vers le corps*. Et si, pour Foucault, la question principale, la seule vraiment éclairante, est la « petite question empirique » centrée sur les pratiques punitives, il n'est pas vrai de dire que Durkheim l'ait complètement ignorée pour en rester à une approche abstraite et désincarnée de la peine. Au contraire, c'est bien sa mise en place et son application qui l'intéressent en premier lieu.

La vraie différence passe par un autre point : c'est que l'analyse durkheimienne, notamment lorsqu'elle s'approfondit chez des auteurs comme Mauss, Davy ou Fauconnet — c'est de ce dernier qu'il sera question ici — demeure étrangère à une réflexion en termes de dispositifs de pouvoir. Lorsqu'elle porte sur le droit, c'est pour accéder à une certaine lisibilité des formes de solidarité, dans leur variété empirique. « Ce qui existe et vit réellement, ce sont les formes particulières de la solidarité »⁹. Or si le droit les rend visibles, s'il les dispose « à l'observation et à la mesure », s'il permet de les distinguer et de les comparer, ce n'est pas seulement qu'il représente pour le sociologue un instrument commode, au même titre que peut l'être la statistique. Mais c'est qu'il désigne, au sens fort, un procès de constitution. Dans les différentes dimensions qui sont les siennes, il se révèle capable, non pas d'exprimer ou de refléter, mais bien de *produire* des rapports sociaux qui n'existeraient pas sans lui. Adressée en particulier au droit pénal, la question devient alors la suivante : non pas tant, à quelle nécessité sociale renvoie le fait de punir, mais plutôt, qu'est-ce que la peine rend socialement possible ? Comment les sujets sociaux sont-ils configurés, et dans quelles relations se trouvent-ils insérés, dès lors qu'ils sont saisis sous l'angle du régime pénal, entendu comme régime spécifique de sanction ?

I. Les deux pôles du droit

L'emploi rigoureux de la méthode comparative est au principe de la constitution de la sociologie durkheimienne. Par déplacement ethno-historique, elle assure la possibilité de ce retour sur soi de la modernité où celle-ci se reprend comme un *présent à distance*, comme une actualité qui se dépouille de son caractère aveuglant pour devenir objectivement saisissable. On connaît les grands traits de ce récit sociologique : le passage de la solidarité mécanique, fondée sur la similitude d'éléments juxtaposés et tenus ensemble par une contrainte appliquée uniformément à tous, à la solidarité organique, fondée sur la division fonctionnelle et la mise en œuvre d'un système complexe et différencié de règles permettant l'articulation d'éléments distincts. Deux types de solidarités, distingués d'abord et avant tout en tant

9. *Ibidem*.

que régimes normatifs, et donc en tant que formes juridiques. Deux types de droits, le droit répressif qui est censé prédominer dans les sociétés primitives et anciennes d'un côté, le droit restitutif, ou réparatif, des sociétés modernes industrielles de l'autre.

L'adoption de cette distinction, de préférence à celle classiquement admise entre droit public et droit privé ¹⁰, se justifie par le primat accordé à l'élément de la sanction. Ce n'est pas au plan de la règle elle-même, mais plutôt à celui de ce qui la rend effective, que la discrimination est opérée. La sanction répressive est celle qui consiste à infliger une peine, entendue au sens propre de *douleur*, c'est-à-dire de *diminution* de l'agent. L'agent voit sa puissance d'agir diminuer sous l'effet d'une sanction, qu'on appelle pour cette raison une peine. La sanction restitutive, ou réparative, a pour objet, non l'agent, mais l'acte : il s'agit de « remettre les choses en l'état », de rétablir le fonctionnement normal que l'acte a troublé. La sanction n'est pas une peine, au sens strict du terme, parce qu'elle porte sur l'acte et non sur l'agent : elle vise soit à annuler l'acte, soit à « ramener l'acte de force au type dont il a dévié » ¹¹. En agissant sur l'acte, elle s'efforce de rétablir une situation typique, un rapport affecté de normalité. Ce type de sanction caractérise le droit civil, le droit administratif, le droit commercial, le droit constitutionnel et le droit des procédures. Il regroupe donc sous une même rubrique des domaines que les juristes ont coutume de distinguer selon le public et le privé. Quant à la sanction répressive, elle définit le droit pénal et lui seul.

Un tel déséquilibre doit être souligné : au regard du droit dans son ensemble, la place du droit pénal est absolument singulière. Par la sanction qu'il admet, il s'oppose à toute autre forme de droit, ce qui soulève d'emblée la question de son statut, et suscite le doute sur l'homogénéité de l'ordre juridique lui-même. Ces questions émergent des textes de Durkheim, sans y recevoir un véritable traitement. Elles commandent cependant la pensée durkheimienne au sens large, tout au moins dans la partie importante de celle-ci qui reconnaît plus ou moins explicitement dans la théorie des sanctions son centre de gravité.

On peut s'interroger sur la portée que Durkheim a voulu donner à cette distinction, prise comme principe d'intelligibilité d'une tendance évolutive sur laquelle se fonde le récit sociologique. Sur le plan historique, elle désigne une inversion dans les orientations normatives — ce qui ne veut dire en aucun cas que les sanctions répressives soient appelées à disparaître. L'essai

10. Sur le rejet de cette classification, cf. *Division du travail social*, p. 33. L'écho de ce rejet est sensible dans la pensée juridique française. C'est ainsi par exemple que G. Scelle estime que la distinction entre privé et public n'a rien d'essentiel, mais « se ramène à une question d'aménagement des compétences » (*Introduction à l'étude du droit*, Ed. Rousseau, 1951, p. 27-28).

11. *Division du travail social*, p. 34.

sur les « Deux lois de l'évolution pénale » y reviendra plus clairement : le droit pénal moderne peut bien avoir un champ d'application plus restreint que le droit ancien, il peut bien, en comparaison, traduire un certain « adoucissement », il n'est pas pour autant voué à s'effacer, et sa persistance ne doit pas être interprétée comme résiduelle. Tout au contraire, Durkheim attire l'attention sur les « sévérités propres » aux modalités pénales qui sont appelées à émerger¹². De nouvelles formes de peines apparaissent, celles dont les peines « privatives de liberté » vont constituer le noyau. Le phénomène fondamental, en l'espèce, est la modification dans la perception de ce que la conscience collective désigne comme crime. Dans la mesure où ce qu'on appelle crime tend à se concentrer exclusivement sur les atteintes à la personne, le droit pénal s'affronte à une « antinomie » : celle de la peine infligée à l'homme pour atteinte à l'homme. Bref, l'antinomie pénale moderne tient à la communication qui s'établit, non pas tant entre victime et criminel, qu'entre crime et peine. Or l'antinomie, voire la contradiction, ne sont pas résolues par relâchement ou modération de la répression : « Si la pénalité est plus douce aujourd'hui que jadis, ce n'est pas parce que les anciennes institutions pénitentiaires, tout en restant elles-mêmes, ont peu à peu perdu de leurs rigueurs ; mais c'est qu'elles ont été remplacées par des institutions différentes »¹³. Différence de « mobile », et donc de fin visée. Et, du même coup, différence dans les pratiques punitives, dont la rigueur n'est pas moindre, mais s'avère seulement d'un nouveau type, portée par des dispositifs institutionnels capables d'inscrire la répression dans un nouveau processus de régulation.

A quel point la sanction pénale peut-elle être rationalisée, régulée, compte tenu de sa nature proprement répressive ? Durkheim achevait son analyse par le diagnostic d'une crise du droit pénal, liée à la difficulté à trouver des institutions adéquates pour que s'accomplisse cette transformation nécessaire. On pressent que la crise n'a pourtant rien de conjoncturel : elle traduit une ambivalence logée au cœur même de cette forme de droit, dans ce qu'elle a de spécifique. Affronter la crise revient alors à comprendre cette ambivalence même.

Or c'est là la fonction de la distinction cardinale entre les deux types de sanctions. Elle consiste, on l'a vu, en une différence de point d'application. Dans un cas, c'est le criminel en tant qu'individu physique qui est visé, dans l'autre, l'acte incriminé. De cette première différence en découle une autre, qui a trait au rapport entre sanction et obligation. Si le droit restitutif vise l'acte, c'est qu'il énonce la règle à laquelle l'acte *aurait dû* être conforme et administre la sanction en vue de l'y conformer. Autrement dit, il énonce

12. *Journal sociologique*, p. 273.

13. *Ibid.*, p. 272.

l'obligation — énoncé de la règle, susceptible d'être compris par l'agent — et en déduit la sanction. C'est ce qui explique, selon Durkheim, que le droit repressif soit soumis à un impératif de codification qui ne pèse pas de la même manière, ni avec la même force sur le droit pénal. Cela ne signifie évidemment pas qu'il n'y ait pas codification en droit pénal, mais seulement qu'elle ne porte pour l'essentiel que sur l'échelle des peines. Dans le domaine pénal, le juge ne dit pas « Voici le devoir, mais tout de suite : voici la peine »¹⁴. Certes, on peut dire qu'il renvoie à une action, incriminée en raison de sa non conformité à une règle : mais cette règle n'a pas à se formuler, elle est supposée *suffisamment connue*.

Quel sens donner à cette présomption ? Durkheim l'exprime d'un seul trait : « En droit pénal, l'axiome « nul n'est censé ignorer la loi » s'applique *sans fiction* »¹⁵. Dès lors, la formulation du devoir s'avère superflue. Or comment comprendre la vérité de l'adage ? Il ne signifie pas que le citoyen se promène avec un code en poche, ni même qu'on le suppose fictivement, mais il indique simplement que le code des règles obligatoires, ici, n'est pas premier. En toute rigueur, on suppose que personne n'est ignorant des obligations relatives au droit pénal. On suppose une connaissance commune, *intuitive*, de l'interdit, qui le dispense de s'expliciter dans le jugement sous la forme d'une obligation définie. Une relation étroite est ainsi établie entre droit répressif et affectivité, sous la forme du « sentiment commun » de l'interdit, régime de connaissance qui n'a pas à accéder à un stade discursif. À l'inverse, l'exposition de l'obligation ferait appel à une certaine activité rationnelle de la part des sujets qui y sont soumis, lesquels seraient amenés à concevoir et à articuler leur rapport spécifique à telle ou telle règle de droit définie au préalable.

Sociologiquement, cette condition de similitude subjective, enracinée dans l'affectivité, indique à elle seule le lien qui se tisse entre le droit pénal et le type morphologique simple des « sociétés à solidarité mécanique ». Du point de vue pénal, tous les sujets sont semblables, unis et homogénéisés dans le sentiment commun de l'interdit. Ils ne se différencient pas dans leur rapport à l'interdit — différenciation qu'implique au contraire la formulation première de leurs obligations spécifiques. Le principe de la primauté de la peine est donc bien conforme aux conditions morphologiques du mécanique, fait d'éléments semblables, et, pour cette raison, interchangeables. Et la thèse évolutive, sinon évolutionniste, s'en trouve par avance validée : dans le passage du mécanique à l'organique, des sociétés primitives et anciennes aux sociétés industrielles régies par la différenciation fonctionnelle des éléments et la division du travail, on assiste à un recul du droit pénal et à une

14. *Division du travail social*, p. 41.

15. *Division du travail social*, p. 40.

croissance corrélative du droit restitutif dans toutes les dimensions qui sont les siennes, et tout particulièrement dans le domaine civil.

Pourtant, ce n'est pas dans cette voie que le problème du droit pénal se trouve résolu. En effet, on peut bien insister sur la congruence entre un certain type de sanction et une forme sociale donnée, on n'a pas pour autant expliqué comment cette sanction est juridiquement possible — on n'a pas établi ce qui la rend cohérente au plan du droit. Or, en lisant l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » au premier degré, Durkheim donne à cette interrogation la tournure particulièrement aiguë d'une inquiétude de principe : si la peine précède l'obligation et rend sa formulation accessoire, ne serait-ce pas, plus profondément, que la peine elle-même *produit* l'obligation ? Durkheim, soulignons-le, se refuse absolument à cette solution. Il y a de l'obligation au principe de l'interdit pénal, comme il y a de l'obligation au principe de l'interdit moral¹⁶. Cela dit, l'opacité où elle demeure ne laisse pas de soulever ce doute : le droit pénal ne serait-il pas, de façon absurde, *absolument* pénal, les obligations n'ayant d'autre raison que le fait que leur transgression soit punie ? Au fondement de toute interrogation sur le droit pénal, on retrouve cet écueil, et l'injonction de prendre l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » au sens littéral ne fait que l'accuser. En somme, le rejet de l'ignorance ne revient-il pas à dire qu'il n'y a rien à connaître ici ? Le droit pénal semble dire : c'est interdit parce que c'est interdit, et résorber ainsi le droit dans l'infliction de la peine. La solution sociologique va consister à éviter cet écueil, à rendre compte de la peine comme de l'expression d'une certaine obligation qui a bien un contenu. Cela dit, il importe de souligner qu'elle commence par susciter cette inquiétude, qu'on peut considérer comme l'inquiétude philosophique présente à la source de toute interrogation sur le droit pénal.

Chez Durkheim, cette réflexion tourne court, tout au moins dans son versant juridique. Elle demeure à ce degré de généralité, et c'est plutôt en s'engageant dans des questions touchant à la nature des faits moraux que la suite de l'œuvre entreprend de la préciser. Ainsi, la conférence de 1906 sur la « détermination du fait moral »¹⁷ contient une analyse de la sanction qui infléchit la perspective adoptée dans la thèse de 1893. Et l'on peut supposer que l'œuvre sur laquelle Durkheim travaillait à sa mort — ce qui devait être sa « Morale » — avait pour tâche d'en systématiser les conclusions¹⁸.

16. *Textes II*, Minuit, 1975, p. 276.

17. Reprise dans *Sociologie et philosophie*, PUF, 1996. On notera que dans la première édition de la *Division du travail*, le lien était déjà clairement établi entre question pénale et question morale, les deux ayant pour trait commun de déclencher des sanctions du même type, et ne différant que sur le mode de son administration — organisé dans un cas, diffus dans l'autre. Cf. *Textes II*, Ed. de Minuit, 1975, p. 274-275.

18. De ce texte, seule l'introduction a été rédigée. *Textes II*, p. 313-331.

L'impulsion juridique demeure toutefois fondamentale dans les travaux des principaux représentants de l'école durkheimienne. Le dialogue s'intensifie au croisement de la sociologie et du droit dans l'entre-deux guerres. Georges Davy, auteur d'une généalogie du rapport contractuel¹⁹ qui doit beaucoup aux réflexions de Mauss exposées dans *L'essai sur le don*, en fixe les grandes lignes dans *Le droit, l'idéalisme et l'expérience* en 1930. C'est aussi dans ce contexte qu'il convient de lire l'ouvrage de Fauconnet sur *La responsabilité*, qui se donne pour objectif majeur d'investir le champ de recherche que la théorie durkheimienne des sanctions a commencé à baliser.

II. La responsabilité pénale

A première vue, il ne s'agit que de mieux préciser les termes de la typologie de départ. La distinction entre répressif et restitutif est ramenée à un approfondissement de la distinction du pénal et du civil, assortie toutefois de deux correctifs. Tout d'abord, un élargissement s'impose : aux côtés des sanctions répressives, on rangera les sanctions dites rémunératrices, ou « pré-miales ». L'ensemble forme les sanctions « rétributives », qui peuvent être soit négatives, soit positives — répression ou récompense, diminution ou augmentation de l'agent. Ensuite, on admettra que la distinction n'a pas le caractère tranché qu'on est tenté de lui attribuer : elle décrit plutôt une polarité laissant place à une série de « sanctions mixtes »²⁰ au sein desquelles le réparatif et le rétributif se composent, sans toutefois se confondre dans les grandes tendances qui les distinguent théoriquement²¹.

D'un point de vue général, le phénomène de la responsabilité est rapporté à la typologie des sanctions de la manière suivante : sont dits responsables les êtres qui doivent « en vertu d'une règle, être choisis comme sujets passifs d'une sanction »²². L'insistance sur la *passivité* du sujet est fondamentale. Elle signe la perspective sociologique sur la responsabilité, en ce qu'elle la ramène intégralement à un certain mode de détermination du sujet, la dissociant complètement de l'expérience que celui-ci peut faire de sa liberté. Autrement dit, le rapport entre responsabilité et liberté subjective est d'emblée dénoué, l'analyse du fait de la responsabilité procédant objectivement, à partir du phénomène extérieur manifesté dans le fait qu'un

19. *La foi jurée*, Alcan, 1922.

20. Les exemples que signale Fauconnet au passage, à l'appui des travaux de Girard, de Steinmetz, Kowalewski et Glotz, sont les dommages-intérêts en droit romain, la vendetta, la composition dans l'ancien droit grec (*La responsabilité*, Alcan, seconde édition, 1928, p.13).

21. Les sanctions mixtes apparaissaient déjà dans Durkheim, notamment lorsqu'il s'agissait de comprendre le phénomène complexe de la vendetta (*Division du travail social*, p. 61).

22. *La responsabilité*, p. 11.

individu est tenu pour responsable d'un certain événement — lequel, du reste, n'est pas nécessairement un acte. Le donné sociologique primordial n'est donc pas ce que l'individu sent, ou éprouve, comme relevant de sa responsabilité. Il est seulement le fait que, dans un contexte socio-historique donné, il y a de la responsabilité, et donc que se formulent des jugements de responsabilité, lesquels se ramènent essentiellement au fait que certains sujets sont *objets* de sanction — qu'ils en sont, comme dit encore Fauconnet, les « patients ». Dans ces conditions, il y aura autant de formes de responsabilité qu'il y a de règles susceptibles de rapporter un sujet à une sanction déterminée, le jugement de responsabilité n'étant en lui-même rien d'autre que le jugement formulé selon de telles règles. Et la responsabilité, loin d'être lue comme l'expérience d'une conscience qui envisage en son intériorité le rapport que l'instance subjective soutient à ses propres actes, est reconstituée tout entière du dehors, comme la forme de circonscription et l'exposition de certains êtres à des sanctions qu'un groupe social reconnaît comme valides.

Prise en ce sens large, la question de la responsabilité serait alors une sorte d'épreuve de la perspective durkheimienne toute entière. Comment, dans un cadre déterministe qui met au premier plan la contrainte sociale exercée sur l'individu, l'expérience de la responsabilité est-elle concevable? Ne doit-on réduire cette expérience à une pure illusion, s'il est vrai que c'est l'instance sociale qui agit en l'individu même, alors que celui-ci se reconnaît et est reconnu comme la source de ses actes? Le problème se complique toutefois si l'on adopte le point de vue particulier de la sanction comme mode spécifique de détermination sociale. Car la sanction fait bel et bien apparaître un sujet. Dans le procès objectif par lequel elle définit son point d'application et s'exerce effectivement sur lui, un mouvement s'indique où les conditions d'une certaine expérience subjective sont fixées, et où une telle expérience est appelée à prendre forme. Bref, la contrainte inhérente à la sanction ne se laisse pas réduire à l'imposition extérieure d'une norme indifférente à son plan d'inscription. Le patient de la sanction, pour être passif, n'en est pas moins considéré comme un type d'être à l'égard duquel la sanction prend sens, pour lequel elle est faite — ce qui la distingue précisément de toute autre forme de détermination naturelle. De sorte qu'en adoptant sur la responsabilité un point de vue objectif, ce n'est pas la puissance du social que l'on veut révéler, mais plutôt la manière dont elle engage les sujets eux-mêmes, dans le rapport qu'ils entretiennent à leurs actes, et plus généralement à ce qui leur arrive. Or c'est justement en s'interrogeant sur la manière dont se définissent les règles de droit, prises comme règles de conduite sanctionnée, c'est-à-dire comme règles articulant, sur des modes variables, les deux instances du sujet et de la sanction, que cette forme d'implication peut être éclairée. Et l'on perçoit du même coup qu'au plan du

droit, c'est le projet sociologique lui-même qui se joue, s'il veut être autre chose qu'une explication mécaniste des conduites sociales.

Ainsi défini, le champ de recherche est cependant trop large. Fauconnet choisit de le limiter aux sanctions rétributives, faisant porter exclusivement l'accent sur la responsabilité pénale et sur certaines figures de la responsabilité mixte. Est-ce à dire que les sanctions restitutives doivent être écartées? Certainement pas. On verra que le problème d'une définition compréhensive des phénomènes juridiques *dans leur ensemble* continue de se poser avec une grande acuité, et que, sous l'angle privilégié du problème pénal, la question de la responsabilité est abordée dans toute son amplitude. Il reste que, d'un point de vue méthodologique, un constat s'impose: le droit restitutif, dans la mesure où il procède de l'énoncé de l'obligation, « abonde en règles compliquées qu'ignore l'opinion diffuse ». Autrement dit, sa difficulté propre l'éloigne de ce sens commun sur lequel l'étude du droit pénal pouvait immédiatement tabler. Ici, l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » ne peut s'appliquer que fictivement. Les règles d'équilibre impliquées par les mécanismes de réparation découlent d'obligations dont la rationalité complexe suppose une conscience juridique autonome, séparée de la conscience sociale. C'est pourquoi Fauconnet peut dire que le travail parallèle sur la responsabilité restitutive doit être « plus techniquement juridique, et postérieur »²³. Historiquement, il est en fait exactement contemporain, du moins dans ses premiers linéaments²⁴.

Cette restriction du propos soulève néanmoins un problème. En indiquant une difficulté propre à la lecture sociologique directe des sanctions restitutives et de la forme de responsabilité qui s'y trouve impliquée, c'est la lisibilité du mode de régulation dominant des sociétés modernes qui est mise en question. En somme, Fauconnet semble admettre que la solidarité organique, en raison des règles qui y dominent, n'est pas susceptible d'une analyse sociologique *directe*. L'intercession du juriste serait alors nécessaire, du fait de l'autonomisation de la sphère juridique et du développement d'une technique spéciale — bref, du fait de l'inapplicabilité de l'adage « nul n'est censé ignorer la loi ». Bien entendu, intercession ne signifie pas renon-

23. *La responsabilité*, p. 15.

24. Fauconnet renvoie aux travaux d'Emmanuel Lévy, juriste civiliste proche du mouvement durkheimien et militant socialiste. Ses principaux textes sur la responsabilité sont repris dans ses recueils: *La vision socialiste du droit*, Alcan, 1926, et *Les fondements du droit*, Alcan, 1930. Fauconnet en rend compte dès 1900 dans l'*Année sociologique*. Sur Lévy, voir l'appréciation de G. Davy, *Le droit l'idéalisme et l'expérience*, Alcan, 1922; et de Marcel Mauss, « Emmanuel Lévy, juriste, socialiste et sociologue », in *Écrits politiques*, Fayard, 1997. Pour les historiens du droit, le nom de Lévy reste lié à l'apparition du courant du « socialisme juridique » (cf. la notice de J.-L. Halpérin, à la rubrique « Socialisme juridique », in *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 1996, p.188). J'étudie cet autre versant de la question de la responsabilité dans mon étude « La vision d'Emmanuel Lévy », *Droit et société*, 56-57, LGDJ, 2004.

cement. Si notre présent nous est plus opaque, cela ne veut pas dire qu'il nous est interdit — la sociologie se présentant justement comme stratégie de réduction d'une telle opacité. Ainsi Durkheim avait-il pu lui-même esquisser, dans ses *Leçons de sociologie*, une « physique du droit » où l'étude du fonctionnement des sociétés à solidarité organique avait pleinement sa place. Le droit de propriété, le droit contractuel, le droit corporatif et le droit administratif y étaient successivement décrits. Mais la remarque de Fauconnet n'est pas pour autant invalidée : car une fois cette place définie, il faut encore analyser le fonctionnement des sanctions, les capacités juridiques et les situations génératrices de responsabilité. Or force est de constater que cette tâche requiert une compétence spéciale. En droit pénal, en revanche, la situation du sociologue bénéficie d'un avantage que l'évolution du droit n'entame pas : l'étude des représentations collectives peut être conduite directement, conscience juridique et conscience commune se recouvrant en un point que la vérité de l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » désigne expressément.

Acceptons donc la restriction, et posons la question : comment s'articule un jugement de responsabilité pénale ? Pour y répondre, deux voies s'ouvrent. La première s'attache à la détermination du sujet sur lequel pèse la sanction ; il s'agit de caractériser un processus de sélection, celui des « patients de la peine ». En second lieu, le jugement de responsabilité pénale suppose un processus de gradation : comment la sanction doit-elle se modifier en grandeur ou en nature afin de s'appliquer effectivement aux patients sélectionnés ? Tout jugement de responsabilité met en œuvre ces deux types de règles : règles de sélection et règles de dosage, circonscription du champ d'application et modulation de la force qui s'y applique.

Le premier moment de la sélection se décompose lui-même selon deux axes. Le premier est le critère de la « capacité pénale », considérée indépendamment de l'élément matériel de l'infraction. La question est alors : *qui sont les sujets susceptibles d'être punis ?* La capacité, dans la perspective objective adoptée, est une disposition passive, une capacité à pâtir, ou à subir — à « être rétribué », négativement dans le cas pénal — le sujet étant ici défini exclusivement par la *prise* qu'il donne à la sanction. Curieusement, on retrouve une tonalité que Foucault avait déniée à l'approche durkheimienne. A travers le critère de ce qu'on peut appeler la « saillance » du substrat de la peine, le socle « anatomique » du droit pénal est clairement identifié. Mais il est aussi élargi, puisque s'ouvre avec lui l'éventail très large des possibilités de sélection. Affranchie de tout présupposé subjectiviste, guidée par le comparatisme ethno-historique, l'approche sociologique ouvre l'ensemble des sujets capables pénalement jusqu'à son point limite. Alors que les sociétés modernes sont parvenues à une vision restrictive du sujet responsable pénalement — sujet humain adulte, libre, conscient de ses actes

et sain d'esprit — l'étude d'autres formes sociales met en évidence le caractère éminemment relatif de cette restriction. De là, on peut conclure qu'« aucune propriété particulière n'est requise dans un être pour qu'il puisse éventuellement jouer le rôle de patient »²⁵. En d'autres termes, si le jugement de responsabilité commence avec un certain découpage du monde, ce tracé n'est pas fondé dans la nature des êtres sélectionnés. La qualité d'être punissable est première; c'est d'elle que procède *l'existence juridique*, distincte de l'existence purement naturelle.

On ne peut ici s'empêcher de penser à ce qu'écrivait Musil à la même période dans *L'Homme sans qualités*, à propos du cas Moosbrugger: « Ou bien l'homme est en mesure d'agir illégalement, ou il ne l'est pas, car entre deux contraires il n'y a pas de troisième ou de moyen terme. Grâce à cette capacité, il devient punissable; grâce à sa qualité d'homme punissable, il devient personne juridique, et en tant que personne juridique, il a droit aux bienfaits suprapersonnels de la loi »²⁶. Pour que le droit s'applique, la « punissabilité » est requise, toute première qualité des êtres qui viennent peupler ce que Musil appelle le « royaume logico-moral », superposé au pur « royaume empirique ». Or rien empiriquement ou par nature ne commande une telle discrimination. Chaque forme socio-historique fait jouer la sélection à sa manière, l'essentiel étant que la décision ontologique soit prise sur la première grande frontière séparant les deux royaumes. De sorte que tout être, *éventuellement*, peut jouer le rôle de patient.

Un second critère vient ensuite compléter le processus de sélection. Le regard se déplace alors du sujet à l'acte, ou plutôt à ce que Fauconnet appelle plus largement la « situation ». Qu'ont fait ceux qui seront patients? A quoi ont-ils été mêlés, et comment l'ont-ils été, pour qu'on puisse leur imputer une responsabilité pénale *effective*, et pas seulement éventuelle? *Quelles sont les situations génératrices de responsabilité pénale?* Là encore, Fauconnet fait éclater les cadres de la définition moderne, dans sa prétention à l'universalité. Mais la relativisation ne se limite plus à son versant critique. L'usage de la méthode comparative fait ici apparaître une figure à laquelle il est possible d'attribuer une portée heuristique générale: celle de la *responsabilité objective pure*.

Cette figure apparaît surtout dans les droits archaïques, mais on peut aussi en suivre la trace jusque dans les formes juridiques modernes. Surtout, elle rend visible un aspect essentiel de la responsabilité pénale, quelle que soit la forme qu'elle revêt dans l'histoire du droit. L'interprétation de Fauconnet se fonde intégralement sur cette hypothèse: la responsabilité objective n'est pas un stade dépassé de la pénalité, mais bien plutôt un prin-

25. *La responsabilité*, p. 90.

26. *L'homme sans qualités*, tr. fr. Ph. Jaccottet, Seuil, 1982, vol. 1, p. 291.

cipe qui conserve sa pertinence tout au long de l'évolution décrite. Comme l'a parfaitement vu Pierrette Poncella :

« En devenant subjective, la responsabilité n'a pas changé de nature. Elle a seulement pris des caractères secondaires nouveaux qui sont ceux de la civilisation moderne toute entière. Dans notre droit pénal, le caractère objectiviste de la pénalité reste très accusé, et il ne saurait en être autrement : toute infraction pénale comporte un élément matériel objectivement défini, nécessaire à l'incrimination comme à l'imputation »²⁷.

Dans son essence, la responsabilité est objective. Ce n'est donc pas sous l'angle de l'apparition de la subjectivité, mais plutôt selon la manière dont varie et se modifie un fondement objectif permanent — variation et modification qui font progressivement place à un élément subjectif d'ordre second — que l'évolution de la responsabilité est lue²⁸. La question pertinente n'est donc pas de savoir quand la responsabilité cesse d'être objective, mais dans quelle mesure et sous quelle forme spécifique elle continue à l'être, alors même que nous sommes portés à croire qu'elle ne l'est plus. Autrement dit, le passage de la responsabilité objective à la responsabilité subjective, pris au sens strict, est un leurre : on inverse l'ordre réel des choses en guettant l'apparition d'un sujet, dans l'espoir de donner à la responsabilité son fondement authentique, suivant une illusion moderne. La responsabilité, quelle que soit la place qu'elle réserve au sujet, n'a pas sa source en lui, mais toujours en-dehors de lui. Et le sens du droit moderne est plutôt dans la possibilité pour cette extériorité de se situer au centre de la subjectivité, pour venir coïncider avec elle, mais non pas pour s'abolir en elle.

Certes, on dira qu'inversement, l'idée d'une responsabilité objective absolument pure, celle qui suppose seulement le fait externe du crime, et l'intervention d'un être dans ce fait, sans volonté ni intention, ni même action, est elle-même une phase très archaïque du droit pénal, si reculée qu'il n'est pas certain qu'elle s'intègre à son histoire propre. On peut même estimer que l'idée d'intervention, à peine esquissée, est comme l'entaille sur laquelle l'instance subjective viendra s'accrocher. Pour autant, le processus ne sera intelligible qu'en prenant acte de cette objectivité première. Ou encore, c'est seulement du point de vue de l'objet que la subjectivation de la responsabilité devient lisible.

En dessinant la figure de la responsabilité objective pure, c'est donc au point d'apparition du droit pénal que l'on est transporté : par-delà la vengeance privée, on rejoint la sanction de type religieux, déclenchée par la souillure contractée objectivement, sans intervention active et *a fortiori* sans

27. P. PONCELLA, « Autour de l'ouvrage de Paul Fauconnet. Une dimension sociologique de la responsabilité pénale », *Archives de Philosophie du Droit*, 22, 1977, p. 136.

28. « La responsabilité ne saurait devenir absolument subjective sans s'évanouir », *La responsabilité*, p. 384.

intention du sujet. D'où la formulation de cette loi : la responsabilité est d'autant plus objective que la peine est moins complètement différenciée de la vengeance privée et de la sanction religieuse²⁹. A mesure qu'un régime pénal autonome se dessine, cet objectivisme initial s'atténue, sans jamais disparaître.

Mais il y a plus. Considérant plus largement l'évolution du droit *dans son ensemble*, et non plus seulement le droit pénal, le diagnostic se complique. C'est ainsi que dans les sanctions de type civil, on voit à l'inverse l'élément objectif occuper une place de plus en plus importante. Cette tendance s'indique de façon particulièrement claire dans le passage du droit civil au droit social qui se dessine à la fin du XIX^e siècle. Si la responsabilité objective s'avère problématique sur le plan pénal, il faut noter que nous sommes désormais accoutumés à la concevoir en droit civil, notamment dans le cas paradigmatique des accidents du travail. Ce processus, les historiens de l'Etat social l'ont qualifié, de façon significative, d'abolition de la faute³⁰. L'expression ne doit pourtant pas tromper : en suivant Fauconnet, ce qui frappe plutôt, c'est le fait que le droit de la responsabilité civile puisse ainsi procéder à une requalification de l'idée de faute, qui lui fait rejoindre un sens très ancien que seule l'étude des formes archaïques du droit pénal porte au jour. Ce sens, ou cette direction, c'est celle qui résulte du choix socialement déterminé d'un point d'application de la sanction, sans que ce point soit connoté subjectivement. Tel serait, dans le droit moderne, et plus encore dans la partie dominante de celui-ci, l'éclairage que fait porter la figure archaïque de la responsabilité objective pure³¹.

29. *La responsabilité*, p. 105.

30. F. EWALD, *L'Etat providence*, 1983, Fayard, p. 351 sq. Rappelons la démonstration : l'évolution jurisprudentielle qui affecte l'article 1384 du code civil — on est responsable des dommages causés du fait des choses qu'on a sous sa garde — désignerait le passage d'une présomption de faute à une présomption de responsabilité. C'est par ce biais que le droit civil bascule vers le droit social. L'art. 1384 n'est plus une conséquence de l'art. 1382 mais une disposition autonome, et même opposée. Et la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail est venue confirmer cette transformation.

31. Faute d'avoir pris en compte la fécondité de cette figure, F. Ewald a négligé la place de Fauconnet dans le débat sur la responsabilité qui sous-tend la naissance du droit social. Il ne voit dans *La responsabilité* qu'un récit sociologique de la subjectivation de la responsabilité épousant le processus décrit par Saleilles d'« individualisation de la peine » (cf. *L'Etat providence*, p. 414). Le point de vue change pourtant si l'on s'efforce de décrire, dans sa symétrie, le double mouvement des sanctions pénales et des sanctions civiles. On voit alors que la question de la faute resurgit au cœur du droit social, et qu'elle n'est nullement évacuée dans le droit de la responsabilité qui se met alors en place. C'est du reste ce que les travaux du civiliste Emmanuel Lévy disaient déjà très explicitement, au cœur de la période considérée. Et c'est ce qu'une étude sociologique récente du phénomène de la « faute professionnelle » est portée à mettre en lumière (voir la relecture de Fauconnet par Francis Chateauraynaud dans *La faute professionnelle*, Metayé, 1991).

Quelle consistance donner à cette catégorie, qui paraît plutôt de l'ordre du « prédroit » que du droit ³²? On l'a dit, c'est à la religion qu'on est ici renvoyé. En reconduisant le crime à la transgression religieuse, on fait apparaître le criminel comme sujet impur, ayant contracté une impureté. La désignation du patient de la sanction se fait alors par un procès rigoureusement objectif : il devient point d'application d'une sanction par une réaction sociale extérieure, en vertu d'un fait brut, d'un *événement*, pris comme fait externe. Peu importe de savoir ce qu'a voulu, ou même fait le sujet, peu importe la manière dont il l'a fait. Importe seulement le résultat, l'événement compris littéralement comme *ce qui a eu lieu*. À ce niveau, on atteint ce qu'on appelle communément le crime. Mais on l'atteint sous une forme très minimale, apparemment décevante : le crime, c'est d'abord l'événement criminel passé, ce qui a eu lieu dans le passé. Bref, ce à quoi parvient l'analyse des situations génératrices de responsabilité, c'est à l'indifférence quant au criminel comme sujet, non seulement volontaire, mais encore actif. Et c'est du même coup à l'événement du crime, à l'élément matériel comme pur fait externe.

III. Au-delà de l'interprétation causale

Cette définition à laquelle nous fait accéder la responsabilité objective pure, les théories pénales résistent fortement à l'admettre. Les raisons de cette résistance sont à coup sûr d'ordre moral. Mais sous le raisonnement moral, on repère aussi un parti pris logique. Plus ou moins implicitement, il s'agit de préserver le lien qui rapporte l'une à l'autre les deux catégories de *responsabilité* et de *causalité*. Par là, comme le dira Musil, on confond deux réalités différentes : on fait jouer indifféremment deux modes antithétiques de « précision » ou « d'exactitude », dès lors que l'on ramène le jugement judiciaire à un jugement scientifique ou à une connaissance — et plus précisément, à une connaissance des causes ³³. On raisonne de la façon suivante : si un événement criminel a eu lieu, c'est bien qu'une cause l'a engen-

32. La catégorie de « prédroit » qu'on utilise ici pour localiser la « responsabilité objective pure » n'est pas de Fauconnet. Elle est dégagée par un autre durkheimien, Louis Gernet, dans ses travaux consacrés aux formes juridiques de l'Antiquité classique. Cf. « Droit et prédroit en Grèce ancienne », *L'Année sociologique*, 1951.

33. Cette confusion entre science et droit est pour Musil l'écueil par excellence de la question de la responsabilité pénale, thème des recherches entreprises par le père d'Ulrich au sein du comité dont il fait partie pour la réforme du Code pénal. La traduction moderne de cette confusion est l'accouplement contre-nature de l'expert et du juge, le premier n'ayant finalement d'autre recours que de devenir l'« ange de réserve » du second (cf. *L'homme sans qualités*, tr. fr. Ph. Jaccottet, Seuil, 1982, vol.1, p. 293). Cf. le commentaire de J. BOUVERESSE, *L'homme probable*, L'éclat, 1993, p.74 sq.

dré, étant entendu qu'il n'y a pas d'événement sans cause. Par assimilation, c'est cette cause qui sera dite responsable. Ainsi s'explique qu'il faille remonter du crime, inévitable point de départ, au criminel, point d'arrivée tout aussi inévitable.

Cette forme générale du raisonnement, avec son glissement initial, admet deux versions canoniques. En premier lieu, on distinguera la manière « classique », qui s'appuie sur la volonté de l'agent libre et conscient de ses actes. Me sont imputables les actes qu'il dépendait de moi de ne pas produire, tel est le principe dominant qui inspire le code pénal de 1810. L'assimilation entre causalité et responsabilité trouve ainsi son point d'ancrage dans le sujet, considéré comme cause première de ses actes. De là découle une certaine idée de la sanction : elle est *morale*ment justifiée, parce que ce sujet libre sait qu'il a mal agi, et que l'exigence de justice dont il a lui-même le sentiment veut qu'à une mauvaise action corresponde une peine. C'est là le ressort de ce qu'on peut appeler l'*expiation*. Il est juste que le criminel soit puni, cela signifie qu'il est juste que celui qui a voulu le crime expie. L'expiation n'est rien d'autre que la satisfaction de l'exigence de justice qui veut que le mal qui a été commis soit puni dans son auteur, à juste proportion de sa gravité. On retiendra ce double caractère du jugement de responsabilité qui est alors formé : en revenant sur le criminel, on revient sur le passé, qu'on lui fait expier ; et la peine résulte d'une mesure de ce mal qui a été fait. On expie à mesure de ce qu'on a fait.

Il suffit de revenir aux enseignements du comparatisme pour percevoir ce que cette première acception du rapport causal comporte d'illusion subjectiviste ³⁴. Ce n'est pourtant pas là l'essentiel. Si cette justification de la peine par l'expiation dispose d'un si grand pouvoir d'attraction, si elle s'impose comme manière classique de penser, c'est qu'elle dispose d'un certain fondement objectif. Or on est désormais à même de comprendre en quoi il consiste : sa force tient tout entière dans sa *conjugaison au passé*. Par là, on rejoint cette définition minimale du crime que la responsabilité objective pure avait mise en lumière : le crime comme *ce qui a eu lieu*. Certes, on s'empresse de l'ancrer dans le sujet libre, comme cause de ce qui a eu lieu. Mais on restitue néanmoins à l'*événement* sa dimension temporelle spécifique — alors même qu'on opère le passage, exigé par la logique causale, du crime au criminel qui doit expier.

Contre cette vision classique, une vision moderne s'est affirmée, qui a pu se dire rationnelle et positive. Le raisonnement causal a la forme suivante : c'est bien un acte qui a causé le crime, mais cette cause n'est pas première ; elle doit elle-même être incorporée à une chaîne causale plus longue, voire

34. Prise avec ses corollaires : exigence de justice, sens inné de cette exigence, volonté libre qui voit le mal comme un mal au moment où elle agit, etc.

plus complexe. Le chaînage où le criminel vient s'inscrire comme un maillon non subjectif peut être social — circonstances, milieu, conditions — ou naturel — caractère, déterminations ataviques, hérédité. Dans le dernier tiers du XIX^e siècle, la criminologie s'est constituée sur cette oscillation, en parcourant tout le spectre des positions qu'elle ouvrait.

A première vue, et au regard du principe adopté par Fauconnet, cette manière de former un jugement de responsabilité jouit d'un avantage certain sur la précédente, dans la mesure où elle fait place à un élément qui est bien de l'ordre de la responsabilité objective. On se passe ici de l'hypothèse d'une subjectivité fondatrice, origine absolue de l'acte, et le concept d'expiation est dissipé comme une illusion morale et religieuse incompatible avec la rationalité juridique qui doit désormais prévaloir. Avec la criminologie, on aurait les moyens de justifier la nécessité de punir l'auteur de l'acte dans un cadre qui demeure purement objectiviste. C'est aussi à cette condition que l'on dispose d'un critère fiable pour déterminer la sanction : punir, c'est empêcher la cause d'être agissante, ce qui peut se faire soit en remontant plus haut dans la chaîne causale — les réformes sociales pouvant par un certain biais être pensées comme substitut de la peine, et le droit pénal s'intégrant du même coup à un processus de nature politique — soit en s'en tenant à la cause prochaine, et en la rendant inopérante dans l'avenir — par intimidation, exclusion, voire élimination, l'option variant selon le degré de dangerosité de la cause. Ce qui est en fait substitué à l'expiation par les criminologues, c'est donc l'idée de *défense sociale*.

Mais s'il s'agit de prévenir, pourquoi ne pas punir, c'est-à-dire empêcher d'agir, ceux qui n'ont pas encore agi, les caractères criminels, les sujets socialement ou naturellement déterminés à se trouver en position de criminels ? Bref, pourquoi punir exclusivement les criminels *effectifs* ? Ce qui menace ici de s'estomper, dans une optique positiviste, c'est, paradoxalement, le fait du crime lui-même comme élément matériel. Il n'est plus théoriquement nécessaire au déclenchement de la peine, et cela justement parce qu'on considère le crime comme enserré dans un processus causal continu, susceptible d'être prévu, et, dans cette mesure, évité. Pour le dire autrement, la définition du crime en termes purement événementiels, comme *ce qui a eu lieu*, au passé, n'a plus cours ici.

Cette tendance, J.-M. Guyau l'avait traduite ainsi dans son *Esquisse d'une morale sans obligation ni sanction* : « Au point de vue social, la sanction vraiment rationnelle d'une loi est la défense de cette loi, et cette défense, *inutile à l'égard de tout acte passé*, nous la verrons porter seulement sur l'avenir »³⁵. On ne peut pas faire ce qui a été fait, commis, ne

35. *Esquisse d'une morale sans obligation ni sanction* (1885), Fayard, 1985, p. 161. Plus loin : « On ne peut donc pas dire qu'aucun acte passé ne mérite une peine, et la peine ne se justifie que par la prévision d'actes semblables à l'avenir : elle ne s'attache pas à des *réalités*, mais

l'ait pas été. Le passé est intangible, en raison de l'irréversibilité de l'ordre temporel. Prétendre agir sur lui, comme le veut l'expiation, est une absurdité. Au contraire, afin de justifier les peines et les rationaliser, le crime doit être décliné au futur. Le crime que l'on punit, c'est toujours au fond le crime futur, celui qui pourrait être de nouveau commis et ne doit pas l'être. Le criminel que l'on juge, c'est toujours au fond le récidiviste potentiel³⁶, celui dont on évalue la tendance à la répétition, la question de la peine devant celle du châtement proportionné à l'empêchement qu'il s'agit de produire. De ces prémisses découlent certaines aberrations que la criminologie surmonte toujours avec difficulté : le fait, par exemple, qu'il faille punir davantage un fauteur de troubles sans gravité qui éprouve une tendance irrépressible à commettre l'infraction, qu'un meurtrier dont on est sûr qu'il a tué dans des circonstances exceptionnelles — ce que les criminologues appellent alors un « criminaloïde ». Car la répétition est toujours, en soi, le plus grand mal, celui que la « défense sociale » suspecte à la racine de tout crime réel.

Pour schématiser qu'il soit, ce tableau des positions permet d'évaluer les avantages et les inconvénients symétriques des deux explications causalistes. La première est subjectiviste, elle part du criminel comme cause première, mais fait place, à travers le concept d'expiation, à un élément objectif, au crime *dans* le criminel, le crime que la souffrance du criminel appelle comme son juste châtement. La seconde est objectiviste : elle part du crime, mais le projette immédiatement dans le futur, le crime futur supporté par un criminel potentiel. Du même coup, elle s'enferme dans des difficultés insolubles. Pour sortir de cette double impasse, il faut délier la connexion qui sert de base au raisonnement conduit de part et d'autre. Il faut se défaire du lien supposé entre responsabilité et causalité. Du reste, cette déliaison était déjà impliquée par l'adoption du point de vue de la responsabilité objective. Il exigeait que l'on s'en tienne fermement à ce constat : *il y a sanction parce qu'il y a eu crime*. Le problème de l'auteur du crime, et plus largement de celui auquel on peut le rapporter comme à sa cause, dans cette perspective, apparaît secondaire. La détermination du patient de la sanction, et du fait qu'il soit identifié comme criminel, doit se comprendre à partir de *l'événement-crime*, comme résultant d'un procès second. De sorte que le seul élément stable que l'analyse de la responsabilité permet d'isoler, c'est l'événement du crime, le fait externe, qui appelle avec assurance et fermeté la

à de simples *possibilités*, qu'elle s'efforce de modifier » (p.168, note). L'impact de l'ouvrage de Guyau sur la pensée durkheimienne est bien connu. On rappellera que Guyau est l'inventeur du concept d'anomie, que Durkheim reprend et modifie, principalement dans *Le suicide* (1897).

36. Sur l'émergence du concept de récidive, et sa centralité dans la réforme du droit pénal classique qui émerge dès le XVIII^e siècle, cf. *Surveiller et punir*, p. 102.

sanction. En regard de cette détermination première, le choix du patient paraît éminemment variable, l'imputation procédant à travers une séquence complexe dont Fauconnet s'efforce de distinguer les moments :

« La direction de la sanction, très mal déterminée par rapport au patient qui finalement la supportera, semble au contraire bien déterminée par rapport au crime. Tout se passe comme si, dans un premier moment, la sanction sûre de sa marche, allait directement vers le seul point d'application qui lui convînt, puis, dans un second moment, flottait au dessus de ce point, et finissait par tomber quelque part autour de lui. Cette indétermination partielle nous paraît être le caractère dominant de la responsabilité »³⁷

A l'arrière-plan de cette description, on reconnaît la définition durkheimienne du crime, avec ses accents spinozistes. Le crime est un acte qui porte atteinte à des sentiments collectifs particulièrement intenses qui donnent son contenu à la « conscience commune ». On l'a vu en effet, si, dans ce domaine, « nul n'est censé ignorer la loi », c'est que les sentiments atteints dans la transgression sont éprouvés communément. Plus encore, c'est que l'atteinte elle-même, par la manière dont elle est éprouvée, qualifie l'acte comme un crime. De celui-ci, on ne dira donc pas qu'il froisse la conscience commune parce qu'il est criminel, comme si cette qualité relevait de sa nature, mais qu'il est criminel parce qu'il froisse la conscience commune, et donc qu'il n'apparaît tel que dans le rapport qu'il entretient avec elle³⁸. Contre la criminologie, on doit admettre qu'il n'y a pas de crime en soi. De cela, Durkheim tirait la proposition paradoxale que l'on sait : loin d'être une maladie dont il faudrait souhaiter la disparition, le crime est « un facteur de la santé publique, une partie intégrante de toute société saine »³⁹. Maintenu dans les limites d'un certain taux conforme aux conditions d'existence d'un type social donné, il atteste de la vitalité des sentiments collectifs propres à ce type. Or cette vitalité se manifeste précisément dans cette réaction qu'est la peine : réaction passionnelle, d'intensité graduée, que la société exerce par l'intermédiaire d'un corps constitué ; réaction réglée, par conséquent, ce qui suffisait pour Durkheim à la distinguer de la décharge incontrôlée de la simple vengeance.

A cette conception, Fauconnet ajoute cependant un élément décisif : ce qu'il appelle *l'indétermination partielle de la responsabilité*. Selon lui, la trajectoire de la sanction se décompose en trois temps : visée du crime, puis tournoiement, hésitation autour de ce point événementiel qu'est le crime, et enfin retombée sur un substrat physique, c'est-à-dire en définitive sur un *corps*, quelque part autour d'une cible qui reste en elle-même intouchable. Au troisième stade, le système pénal se révèle moins comme le régulateur

37. *La responsabilité*, p. 226.

38. *Division du travail social*, p. 48.

39. *Les règles de la méthode sociologique*, PUF, 1986, p. 66.

d'une réaction déclenchée, que comme la résolution, ou plutôt comme l'assomption d'une contradiction première. La sanction hésite; et si elle hésite, c'est parce qu'elle ne trouve pas ce qu'elle vise: « C'est au crime même que s'appliquerait la peine, si elle pouvait le saisir pour l'annihiler » Elle n'y parvient pas, tournoie et tombe littéralement *à côté* — ce qui ne veut évidemment pas dire n'importe où. C'est ici que l'indétermination partielle se manifeste. Elle est partielle, parce qu'elle ne peut être que partiellement réduite par le processus de sélection des patients qu'on a décrit. Elle subsiste quoi qu'on fasse, parce que ce processus, aussi rationnel puisse-t-il être, procède toujours d'une substitution, ou d'un déplacement. Bref, il est essentiellement *métaphorique*.

IV. Le statut du droit pénal

On cerne alors au plus près ce que la pensée durkheimienne s'était fixée initialement pour objet: la singularité du droit pénal, sa spécificité en tant que forme du droit. Pourtant, Fauconnet le reconnaît d'emblée, cette thèse concernant la trajectoire de la sanction ne peut avoir qu'un caractère hypothétique. Comment serait-il possible de la vérifier, s'il est vrai que les sanctions pénales atteignent toujours des corps auxquels il s'agit d'imposer une diminution? Le corps est à la fois ce qui révèle l'ultime destination et ce qui vient masquer la complexité du processus. Terme de la séquence, il ne laisse pas voir la première cible, ni le tournoiement qui précède le moment de la punition effective.

Pourtant, une vérification est possible, en empruntant une voie détournée. Ce qui ne peut pas être démontré directement en droit pénal, peut l'être si l'on passe par l'autre voie du droit que Durkheim avait dégagée. Il faut revenir au droit civil, et plus généralement au droit que les durkheimiens appellent restitutif: ce droit qui ne met pas en jeu le corps, parce qu'il vise moins à diminuer un agent qu'à restituer une situation, à réparer un état de chose. Les sanctions restitutives — dont les sanctions civiles sont en fait le modèle, mais qui s'étendent au droit administratif, au droit des procédures et au droit constitutionnel — ramènent « un acte de force au type dont il a dévié ». Si elles impliquent une certaine forme de diminution, c'est seulement par contrecoup. Ici, le corps ne fait pas écran. Aussi est-ce vers ces sanctions qu'il faudrait maintenant se tourner, précisément pour comprendre la peine.

Que gagne-t-on à faire ce détour? Si l'on admet que le sens de la sanction restitutive, c'est la remise des choses en l'état, il faudra aussi reconnaître que le processus de restitution idéale de l'état normal, c'est l'*annu-*

lation du délit. En somme, il s'agit de faire comme si celui-ci n'avait pas eu lieu, de le supprimer en le suivant jusque dans les effets qu'il a effectivement eus, mais qu'il n'aurait pas dû avoir, et qui doivent être à leur tour effacés. Le processus est avéré en droit contractuel ou administratif. En effet, dès lors qu'un événement a eu la forme d'un acte juridique, la société a prise sur l'acte. Elle peut remettre les choses dans l'état de droit — mais précisément parce que ces choses sur lesquelles elle opère sont déjà du droit, qu'elle lui sont par avance intégrées, par leur qualification même. Selon Fauconnet, telle est la fonction de la « sanction restitutive pure » : annuler l'acte. Pour les civilistes « la nullité est l'invalidité ou l'inefficacité dont un acte est frappé comme contrevenant à une défense de la loi »⁴⁰. Ou encore, en droit administratif « l'annulation produit ses effets *erga omnes* « objectivement », elle fait disparaître l'acte aussi complètement que s'il était rapporté par son auteur »⁴¹. Subsidiairement, les contrevenants peuvent être frappés de dommages et intérêts : cela n'ôte rien au fait que c'est l'acte qui est d'abord visé par la sanction, pas le patient. On discerne alors la transformation sur le temps qu'est en mesure de produire la logique réparative : faire comme si ce qui a eu lieu n'avait pas eu lieu, transgresser, non pas fictivement, mais réellement, l'ordre du temps, en suivant les conséquences de l'acte et en les annulant :

« À parler exactement, un événement accompli ne peut pas être supprimé. L'acte entaché d'excès de pouvoir, le mariage prohibé ont eu lieu : les annuler cela ne peut signifier que deux choses : on supprime d'abord, dans la mesure du possible, les conséquences que ces événements indus ont produites, on en arrête le cours ; et d'autre part on rétablit dans son intégrité la règle violée, on affirme, en dépit du fait accompli, qu'elle est intangible ou intacte. Une satisfaction est ainsi donnée à la conscience juridique, imaginaire, et cependant réelle : le droit est affaire de croyances. Dès le moment qu'une procédure restitue à la représentation de la règle la confiance qui s'attache à elle et fait sa force contraignante, tout se passe comme si le fait qui tendait à sa ruine n'avait pas eu lieu »⁴².

C'est la différence décisive : « En matière pénale, la procédure de l'annulation ne joue pas »⁴³. Le propre du crime tient à la résistance qu'il oppose à cette opération sur le temps. On revient à cette définition minimale précédemment dégagée : le crime est ce qui a eu lieu, au passé, il est l'événement passé. En cela, il vient opposer la marque de la temporalité réelle, dans son

40. Aubry et Rau, cités par FAUCONNET, *La responsabilité*, p. 228.

41. HAURIUO, *Précis de droit administratif*, cité par FAUCONNET, *La responsabilité*, p. 228.

42. *La responsabilité*, p. 231. On perçoit dans ce passage l'influence de Lévy, plus encore que celle de Durkheim. Rapporther le droit à un ensemble de croyance, et reconnaître plus précisément encore dans la confiance sa pierre d'angle, en cela consiste l'originalité de la conception du droit développée par Lévy dans des études cantonnées au domaine civil, c'est-à-dire restituitif.

43. *La responsabilité*, p. 228.

irréversibilité, à la transformation juridique et aux opérations spécifiques que le droit est en mesure d'accomplir. Le pouvoir d'attraction de l'explication causale de type classique s'expliquerait du même coup : le lien indissoluble tissé entre crime et expiation ne fait en somme que traduire la prise en charge par le sujet de cet effacement du passé que le droit ne parvient pas à produire objectivement. C'est pour cette raison qu'il y a du droit pénal, et que celui-ci comporte une dimension expiatoire irréductible — dimension dont il faut reconnaître le caractère juridique incertain, même s'il rend effectivement compte du fonctionnement propre à ce type de droit.

Dire, très simplement, que « la peine se dirige vers le crime »⁴⁴, c'est souligner avec force la visée objective du processus pénal. La supériorité de l'explication classique sur l'explication criminologique tient à cela : à travers l'idée d'expiation, et si l'on s'efforce de l'épurer de sa connotation subjectiviste, on reconnaît que c'est *le crime dans le criminel* que l'on punit, c'est-à-dire que l'on cherche à annuler. L'expiation n'est pas une annulation, parce qu'elle est une annulation ratée. Si l'on s'en remet à la souffrance du sujet, si la sanction « tombe » sur lui, c'est parce que l'objet crime est hors d'atteinte. Et s'il y a expiation par le criminel, c'est simplement qu'il ne peut pas y avoir annulation, comme dans les autres secteurs du droit. La question devient alors : pourquoi cette visée est-elle vouée à l'échec dans ce cas ? Qu'est-ce qui distingue le crime du délit civil au point de le rendre insaisissable par le droit ?

Dans l'optique de Durkheim, la résistance du crime s'explique par l'intensité et la détermination des sentiments collectifs qu'il a flétris. Par la réaction qu'il déclenche, il contribue à maintenir la solidarité que cette union affective manifeste et constitue tout à la fois. Il faut que cette solidarité « s'affirme avec éclat au moment même où elle est contredite, et le seul moyen de s'affirmer est d'exprimer l'aversion unanime que le crime continue à inspirer, par un acte authentique qui ne peut consister que dans une douleur infligée à l'agent »⁴⁵. On retrouve ici l'esquisse de ce que Foucault devait appeler le « fond suppliciant » de la pénalité. Selon Durkheim, ce fond ne réside pas ailleurs que dans une constitution affective primordiale du groupe comme tel, et dans la nécessité où elle se trouve d'entretenir sa vie propre. Un sentiment énergique a été offensé, sa réaction est proportionnelle à sa vitalité⁴⁶. Et l'impossibilité d'annuler le crime par une procédure analogue à l'annulation civile et administrative ne découle pas des maux irréparables

44. *La responsabilité*, p. 234.

45. *Division du travail social*, p. 76-77.

46. Cette thèse durkheimienne doit être rapportée au principe physiologique d'irritabilité des tissus, hérité de Broussais et de Comte. Plus près de Durkheim, il est repris par Guyau (*Esquisse...*, p. 180-181).

nés du crime — comme si celui-ci formait une réalité en soi — mais des conditions de la « victoire de la règle » qui réclame plus et autre chose que la simple restitution de l'ordre normal⁴⁷. En d'autres termes, afin que les émotions provoquées s'apaisent, il faut qu'elles se dépensent. Il ne s'agit plus seulement de supprimer ce qui est contraire au droit en rétablissant l'ordre ancien. Retrouver confiance suppose que l'on punisse, c'est-à-dire que l'on permette aux sentiments offensés de se décharger. Le concept de peine a ici son vrai sens : les conditions de la restauration de la règle exigent une décharge passionnelle.

Cette explication laisse toutefois de nombreuses questions en suspens. Comment caractériser ce niveau affectif que l'on isole ? Comment l'ancrer dans la sensibilité des sujets individuels, et définir en eux ce qui appartient en propre au champ des affects ? Quelles que soient les réponses apportées à ces questions, il est certain qu'elles mettent en cause la frontière que Durkheim avait voulu établir entre sociologie et psychologie. Mais surtout, on perçoit que la thèse durkheimienne repose sur une métaphysique des forces sociales, socle ontologique dont elle ne s'affranchit jamais tout à fait dans le mouvement même par lequel elle entreprend d'initier une démarche empirique. Dire que ces forces sont réelles parce qu'elles sont senties n'est pas suffisant. En effet, le recours à l'affectivité, en l'espèce, est sujet à caution. Lévi-Strauss a montré qu'il revient en fait à prendre un effet pour une cause : si les institutions sont données comme « normes externes », ainsi que le veut Durkheim, il y a comme un cercle dans le fait de leur assigner pour origine ce que les individus éprouvent en étant déterminés par elles. Mieux vaudrait alors admettre que « les hommes n'agissent pas, en tant que membres du groupe, conformément à ce que chacun ressent comme individu » et que « ces *normes insensibles* déterminent les sentiments individuels, ainsi que les circonstances où ils pourront, ou devront, se manifester »⁴⁸.

A cet égard, la solution de Fauconnet se révèle, sinon plus conséquente, du moins plus économique. Sa supériorité sur l'explication durkheimienne classique tient précisément à ce que le postulat d'une détermination affective du groupe ne lui est pas essentiel. Tout tient en définitive à la définition du crime que l'on est parvenu à poser : le propre du crime, c'est qu'il a eu lieu. Il est le passé qui résiste, le passé qui ne passe pas, parce qu'il fait obstacle au droit lui-même comme opération de transformation de la

47. En somme, la distinction répressif/restitutif tient à cela : expier n'est pas réparer, en raison de l'excès constitutif que l'expiation prend à sa charge. C'est ce que n'avaient pas compris les moralistes comme Paul Janet, et avant lui Victor Cousin. Pour eux, « l'ordre troublé par la volonté rebelle est rétabli par la souffrance qui est la conséquence de la faute commise » (JANET, cité et critiqué par Guyau, p. 166 *sq.*).

48. *Le totémisme aujourd'hui*, PUF, 1962, p. 105. Je souligne.

réalité. Plus fondamental que le sentiment commun de l'interdit, il y a, au principe du droit pénal, *l'insistance de la réalité elle-même*, prise comme continuum temporel irréversible, extérieur au droit, et sur lequel celui-ci vient en quelque sorte échouer. Pour rendre cela intelligible, il n'est plus nécessaire d'invoquer une disposition affective particulière, une nature affective profonde du groupe comme tel. Il suffit de supposer qu'il y a une réalité hors du droit, à laquelle le droit à affaire, et qui l'excède constitutivement. Quant à l'expérience pénale, elle ne serait alors rien d'autre que l'épreuve de cet excès.

De la définition du crime découle donc une définition nouvelle du droit pénal où s'éclaire sa nature propre. La difficulté qu'on éprouve à son propos, cette difficulté à laquelle l'ouverture de *Surveiller et punir* nous rend si sensible, celle de concevoir la pénalité en elle-même, comme processus indissolublement physique et juridique, tiendrait en fait à la position frontalière occupée par ce type de droit. Dans son essence, et dès lors qu'on le comprend comme sanction d'un acte, le droit véritable est le droit civil, le *ius civile*: il vise et obtient l'annulation et le retour à la situation normale. Or c'est parce que ce procès juridique ne s'accomplit pas concernant certains faits, qu'il y a du droit pénal, c'est-à-dire un régime juridique situé aux confins du droit, sur les marges tracées par son propre échec.

Mais cela signifie aussi que, pour la connaissance que nous voulons avoir du droit en général, ce droit des confins qu'est le droit pénal présente un avantage dont le droit réparatif est de son côté dépourvu. Ce que montre le droit pénal, c'est un déplacement par substitution. Substitution, ou, comme on l'a dit, *métaphore*, qui conserve la trace de ce qu'elle vient recouvrir, laissant subsister en elle le décalage même qui l'a produite et qu'elle s'est efforcée de réduire. Entre le substitut et le substitué, l'identité n'est pas complète et ne peut pas l'être. On atteint le substitut parce qu'on ne peut pas atteindre le crime lui-même, et on l'atteint en tant que le crime n'est pas saisissable. Disons les choses autrement: ce que montre le droit pénal, c'est cet aspect essentiel au droit que la sanction civile masque, mais cette fois-ci en raison de son succès: la disjonction des *événements et des corps*, et la recomposition exigée par cette scission. Le droit à affaire à des événements et à des corps, dont la corrélation reste en suspens. Civilement, elle ne pose pas de problème de principe, parce que l'opération demeure au niveau de l'événement, lequel, qualifié juridiquement, peut faire l'objet d'une transformation. En droit pénal, la relation demeure problématique, parce que le droit s'affronte à son dehors — dehors qu'il ne parvient à intégrer que de façon détournée, métaphoriquement. Convoquer un corps s'impose comme le seul recours, non pour saisir le crime, mais pour accepter qu'on ne le saisisse pas. Dans cette stratégie, l'écart n'est pas pour autant résorbé, et n'a pas d'ailleurs vocation à l'être. L'indétermination pénale, ce

que Fauconnet appelait « l'indétermination partielle de la responsabilité », est essentielle à cette forme de droit et à la mise en œuvre de sa « précision » propre — c'est-à-dire, de ce qui est aussi bien, envisagé d'un autre point de vue, son imprécision :

« Les tribunaux ressemblent à des caves où dort la sagesse de nos arrière-grands-pères ; on ouvre ces bouteilles, et l'on pleurerait presque à découvrir à quel point l'effort de précision de l'homme, lorsqu'il arrive au dernier degré de fermentation avant la perfection, est imbuvable »⁴⁹.

Résumé : *La singularité du droit pénal, selon Durkheim tient au fait que l'adage « nul n'est censé ignorer la loi » s'y applique sans fiction. Cette connaissance toujours déjà assurée des sujets sociaux que le droit pénal suppose, quel statut lui donner ? Et quelle forme particulière de sanction s'en trouve par là déterminée ? En étudiant les transformations de la réflexion sociologique sur ce sujet, de Durkheim à Fauconnet, on voudrait poser les jalons d'une conceptualisation du droit pénal qui, sans quitter le plan proprement juridique et sans le réduire à n'être que le reflet ou l'instrument de motivations extérieures, s'efforce de saisir le type de prise qu'il exerce sur les événements et les corps, la façon dont il les dissocie et les réarticule, le découpage qu'il opère dans la réalité avec une précision et une exactitude qui n'ont rien d'absolu, puisqu'au fond, elles ne relèvent que de lui.*

Mots-clés : *Droit pénal. Sanction. Peine. Sociologie. Événement. Crime. Réparation. Répression.*

Abstract : *The singularity of the penal law, according to Durkheim, is due to the fact that the old saying « Ignorance of the law is no excuse » applies to it without fiction. Which statute to this knowledge always already ensured of the social subjects that penal law implies ? Which form of sanction it determines ? The author wants to show the ways of its conceptualization by studying the transformations of the sociological reflexion on it. This conceptualization, without leaving the properly legal level and reducing it to be only the reflection or the instrument of external motivations, aims to understand the type of catch that penal law exerts on events and bodies, the way it dissociates and articulate them again, the cutting which it operates in reality with a precision and an accuracy which have nothing absolute since they only depend on it.*

Key words : *Penal law. Sanction. Punishment. Event. Crime. Compensation. Repression.*

49. R. MUSIL, *L'homme sans qualités*, op. cit., p. 293.