

Jean-François Théry nous éclaire sur le droit et le pouvoir de punir, et sur les risques actuels de leur dérive.

À qui appartient le droit de punir ?

Jean-François Théry

« LA PEUR DOIT CHANGER DE CAMP »

Ce slogan des syndicats de police doit être relevé et analysé. Une fraction des forces de l'ordre rejoint par là les revendications sécuritaires émanant de certains secteurs de l'opinion. Les forces de police doivent-elles, pour la sauvegarde de l'ordre public qui est leur mission, inspirer de la peur aux délinquants, voire à tous les citoyens ? On entend aussi dire : la police se saisit des coupables mais leur punition n'est pas effective car la justice s'ingénie à les remettre en liberté, soit parce qu'ils sont jugés irresponsables (autre slogan en vogue : « il faut juger les fous, qui doivent répondre de leurs crimes ! ») soit faute de preuves suffisantes, et en tout cas après des délais interminables qui la rendent inefficace. Ces revendications, constitutives d'un « populisme pénal », se répandent insidieusement, ce qui est inquiétant pour les libertés publiques.

L'interprétation de cette situation se situe non pas dans le droit positif mais en amont de celui-ci, au

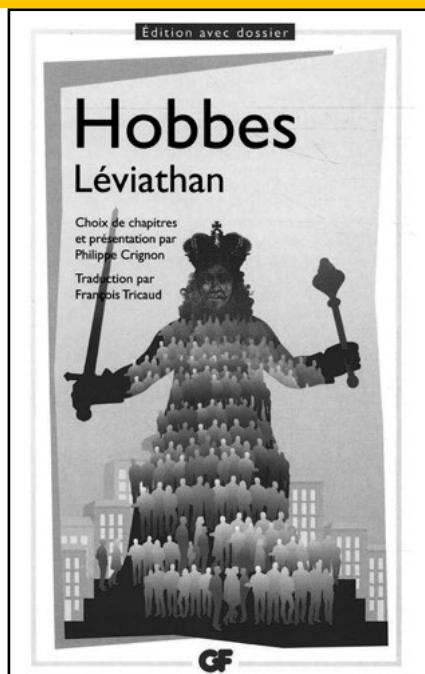
carrefour de l'anthropologie et de la sociologie. Ainsi que l'écrit Thomas Hobbes¹, l'homme ne peut pas vivre « dans l'état de nature ». Les besoins qu'il doit satisfaire pour se maintenir en vie, le désir d'appropriation des biens (le « désir mimétique » selon René Girard²), l'instinct de vengeance, conduisent à la violence et à la guerre perpétuelles, à « la guerre de tous contre tous ». Pour sortir de cette malédiction, l'homme est amené à renoncer à certaines pulsions, à certaines possibilités que lui offre la nature, en « faisant société », c'est-à-dire en déléguant l'exercice de certaines de ses facultés à une instance reconnue par tous comme « souveraine », le cas échéant personnifiée en un souverain. Cette instance souveraine ou ce souverain peut être désigné autoritairement en fonction de prescriptions religieuses ou en conformité avec un « droit naturel » qui régirait la conscience des hommes (Rémi Brague³ voit ainsi dans la loi biblique « le kit de survie de l'humanité »), ou simplement par consensus sur le contenu d'un « contrat social ».

Jean-François Théry est ancien président de la section du rapport et des études du Conseil d'État.

¹ Thomas Hobbes (1588-1679), *Leviathan*.

² René Girard, *La violence et le Sacré*, Grasset, 1972.

³ Rémi Brague, *Entre-tien à Canal-Académie*.



L'INÉVITABLE ÉMERGENCE DE LA PUNITION

Vivre en société suppose nécessairement le renoncement à la vengeance privée et l'acceptation d'un certain nombre de règles. Mais comment faire respecter ces règles, empêcher leur transgression pour que les citoyens puissent vivre en paix ? C'est à ce stade que se pose la question de la punition. La réaction de l'instance souveraine envers celui qui ne respecte pas les règles de fonctionnement de la société a tout d'abord été de l'exclure de cette société. Exclusion définitive par la peine de mort ou exclusion d'un autre ordre : dans le droit canonique de l'Église catholique, l'excommunication met le contrevenant hors de la communion, c'est-à-dire hors de la communauté ; dans les villages balinais, très strictement organisés par les règles d'entretien du temple et de la rizière, celui qui méconnaît ces règles est, tout simplement, exclu du village

⁴ René Girard, *Celui par qui le scandale arrive*, Desclée de Brouwer 2001.

et contraint d'aller bâtir sa maison dans la forêt tropicale, loin de la vie collective. Mais cette exclusion pure et simple de la société risque d'être disproportionnée par rapport aux manquements plus quotidiens et moins pénalisants de la règle sociale ; alors la loi pourra instituer des punitions, apportant des réparations aux dommages causés à autrui ou à la collectivité, ou des exclusions temporaires de la société, comme l'incarcération. Cela suppose que l'instance souveraine dispose sur les citoyens d'un pouvoir de coercition, comportant le pouvoir de punir. Et qu'elle soit seule à en disposer, faute de quoi ce serait l'anarchie.

L'ÉVOLUTION HISTORIQUE DU DROIT DE PUNIR

Pour l'instance souveraine, le « pouvoir de punir » pour faire respecter les règles sociales est en fait très proche d'un « devoir de punir » afin d'assurer le fonctionnement paisible de la société. Si elle n'assurait pas ce devoir, la violence privée ressurgirait et le pacte social serait menacé. Ainsi que le dit René Girard : « Il faut admettre que, pour empêcher la violence, nous ne pouvons nous passer d'une certaine violence »⁴.

Cette délégation du « droit de punir » suppose le consentement des membres de la société afin que la punition soit regardée comme légitime. Ce consentement est réalisé par le fait que la punition est instituée et organisée par la loi. L'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen dispose que : « La loi est l'expression de la volonté générale [...] Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle

punisse ». Ce « soit qu'elle punisse » est l'une des très rares apparitions du « droit de punir » dans le droit positif.

Depuis Thomas Hobbes et le siècle des Lumières, le droit de punir n'a cessé de s'autolimiter ; il se réduit pratiquement à ordonner l'incarcération ou ses « peines alternatives », l'incarcération consistant, selon le président Giscard d'Estaing, en « une privation de liberté et rien d'autre ». La punition, violence légale, s'est ouverte aux droits de la personne car elle n'est plus conçue comme une simple sanction destinée à « purifier la communauté de la souillure du crime » et ainsi à « maintenir intacte la cohésion sociale » (Émile Durkheim⁵), elle doit également assurer la réhabilitation du condamné et prévenir la récidive. Il ne s'agit plus d'exclure le délinquant de la société mais plutôt, le pacte social étant sauf, de l'y réintégrer.

DES RISQUES DE DÉRIVE

Les revendications « sécuritaires » qui s'expriment aujourd'hui modifient cependant considérablement les données du problème. C'est la nature même des comportements punissables qui a évolué. L'article L121-3 du code pénal, qui est l'un des piliers de notre droit, paraît aujourd'hui en décalage avec la réalité : « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre ». La punition ne devrait donc concerner que des actes volontaires commis par des personnes responsables. Mais les autres alinéas de cet article déclarent qu'il y a aussi crimes et délits involontaires en cas de négligence, de maladresse, d'inobservation des

règlements. Cette apparente contradiction ouvre la possibilité de ne plus tellement chercher à « purifier la communauté des souillures du crime » qu'à ouvrir la voie à la mise en cause de la responsabilité matérielle et morale des auteurs, volontaires ou involontaires, des dommages causés à autrui. Le procès pénal « ordinaire », si l'on ose dire, ne recherche plus seulement la punition d'un coupable mais la reconnaissance de l'état de victime et le dévoilement de peines dissuasives et de mesures anti-récidive.

Ainsi le droit pénal devrait s'éloigner de ses piliers traditionnels, avec leur dimension d'expiation et de proportionnalité, pour poursuivre ces nouveaux objectifs : la recherche et l'élimination de la menace et de la récidive. Non plus punir les délinquants mais éliminer le risque qu'ils représentent. Le droit de punir deviendrait ainsi un droit de surveillance, permettant la prévention du risque en faisant intervenir la punition avant l'infraction. Ce n'est plus la punition qui devrait être dissuasive, mais l'incrimination. Cette évolution se complique d'une évolution parallèle de la loi et de la notion d'ordre public. Lorsque la loi ne se donne plus pour seul objet d'assurer la vie paisible de la société mais qu'elle s'assigne pour mission de la guider, d'« orienter les comportements dans le bon sens », c'est-à-dire quand elle augmente son contenu moral, se produit inéluctablement une judiciarisation des rapports sociaux derrière laquelle la légitimité de la punition risque de se perdre. Le droit de punir les infractions ne risque-t-il pas ainsi de dériver vers le droit de punir certaines opinions ou certaines convictions ?

⁵ Émile Durkheim, *De la division du travail social*, 1930, PUF 1986.

À QUI DÉLÉGUER LE DROIT DE PUNIR ?

À qui l'instance souveraine peut-elle déléguer, opérationnellement, le droit de punir ? L'image bien connue de Saint Louis rendant la justice sous son chêne rappelle que ce droit lui appartient, que c'est l'un des attributs principaux du pouvoir régalien. Dans nos États modernes, ce droit est exercé, au nom du « peuple souverain », par des juges indépendants. Ainsi, dans notre pays, tous les jugements sont rendus « au nom du peuple français ». Mais c'est aux forces de police qu'il appartient de s'assurer de la personne des délinquants et de les déférer à la justice. Et, aux yeux du public et de nombre des policiers eux-mêmes, ce sont ces derniers qui semblent détenir le droit de punir. Après la survenue de « bavures » policières, certains disent même : « le permis de tuer ».

Les forces de police ont théoriquement deux missions bien distinctes : la police administrative, visant au maintien de l'ordre public, exercée sous les ordres du gouvernement, et la police judiciaire sous la responsabilité du Parquet. Mais ces deux missions sont de moins en moins séparées, et, dans l'esprit du public, elles sont souvent carrément confondues. Lorsque le contrevenant est arrêté et incarcéré, justice est faite ! Or, il n'est pas possible d'accepter ce raccourci : le droit de punir entrave nécessairement les libertés des personnes arrêtées, et cela suppose l'intervention du juge, gardien de la liberté individuelle selon l'article 66 de la Constitution, seul à même d'arbitrer entre la réparation des torts causés à la société et les droits de la personne : à lui seul doit donc appartenir le droit opérationnel de punir. ☉