

Marx et les théories marxistes de la peine

Abstraction du droit ou de la critique ?

Dans un article récent, Tor Krever résume un argument courant contre la tendance de la procédure pénale, en droit international, à isoler les actes individuels des facteurs sociaux qui les ont engendrés. Selon lui, les faits jugés sont abstraits des conditions historiques qui ont présidé à leur commission et sont imputés à des foyers de crise ou à des groupes d'individus aux délimitations arbitraires. Le droit pénal international cherche ainsi à rendre raison des « violences conjoncturelles et de leur caractère *anormal*, plutôt que des forces [...] qui se cachent en-deçà et de leur caractère *normal*¹ ». Sont ainsi à l'œuvre, pour Krever, deux procédés idéologiques : l'abstraction des actes jugés hors du contexte causal qui les a fait survenir ; leur construction comme événements conjoncturels et exceptionnels, occultant le fait qu'ils possèdent un caractère structurel et régulier. Ces deux procédés idéologiques ont été mis en évidence par différentes pensées critiques sur le droit, et en particulier par la tradition marxiste.

L'analyse du droit dans la perspective d'une critique de l'idéologie est en effet une démarche qui s'enracine dans plusieurs écrits de Marx et Engels. Chez le premier, l'application du matérialisme historique à la sphère juridique est posée dès la « Préface » de la *Contribution à la critique de l'économie politique* :

les rapports juridiques – ainsi que les formes de l'État – ne peuvent être compris ni par eux-mêmes, ni par la prétendue évolution générale de l'esprit humain, mais prennent au contraire leurs racines dans les conditions matérielles d'existence².

De cet axiome a dérivé toute une série de théories qui ont tenté d'analyser l'institution pénale comme l'une des conditions, voire comme l'expression, des rapports de domination et d'exploitation des sociétés capitalistes. Ces théories se sont intéressées à l'utilité et aux finalités matérielles des politiques criminelles et de l'action

¹ T. KREVER, « International Criminal Law: an Ideology Critique », *Leiden Journal of International Law*, vol. 26, 2013, p. 722 (nous traduisons).

² K. MARX, *Contribution à la critique de l'économie politique* [1859], Paris, Les Éditions sociales, 1972, p. 18.

répressive de l'État, dans le droit fil de l'évocation par Marx des « bénéfiques secondaires du crime³ ». Les œuvres de Georg Rusche et Otto Kirchheimer⁴, d'Evgeny Pašukanis⁵, de Michel Foucault⁶ ou de Nicos Poulantzas⁷ formulent des arguments devenus classiques au sein des théories critiques du droit.

Dans la constellation que forment les théories marxistes ou post-marxistes, de nombreux travaux se sont concentrés sur le droit pénal, interne ou international⁸. La richesse de ces débats n'est pas due au hasard. On peut l'expliquer de trois façons. D'abord, en raison de sa nature d'atteinte aux libertés et de véhicule au ressentiment collectif, la sanction pénale semble concentrer la contrainte juridique en son plus haut degré et mettre à nu la violence intrinsèque de l'État. Ensuite, étant donné son statut de menace, la peine se présente comme une condition de l'obéissance aux règles communes, ce qui fait de son maintien sous une forme réformée ou de son abolition une question décisive pour toute pensée de l'émancipation collective. Enfin, la justice pénale constitue un enjeu stratégique de taille dans le déroulement des luttes – au plan matériel, les condamnations neutralisent les porteurs de la contestation ; au plan symbolique, les poursuites et les accusations désamorcent la charge politique de leurs discours ; mais, au plan tactique, le procès pénal peut inversement offrir une scène publique pour exhiber et dénoncer la domination de l'État et sa collusion avec des intérêts particuliers.

Malgré la diversité des travaux qui ont investi ces questions, un point d'accord émerge toutefois, qui peut offrir un critère pour justifier leur identification à l'œuvre de Marx et aux traditions qui l'ont prolongée : ces théories ont pour point commun d'aborder le droit sous l'angle d'une critique de l'idéologie juridique, et de son pendant – une conception matérialiste de la réalité sociale. Appliquée au droit, l'idéologie peut désigner d'une part *les effets* des règles et institutions juridiques sur les consciences individuelles, les représentations collectives ou les normes sociales et, d'autre part, *la nature* même du phénomène juridique. C'est pourquoi les approches marxistes du droit se sont ramifiées, selon leurs objets, en une critique du légalisme inspirant l'application des catégories formelles du droit à la réalité sociale⁹, une critique de l'institution judiciaire comme instrument d'oppression des classes inférieures, ou encore, de manière plus monolithique, une critique du droit lui-même comme structure à abolir. Appliquées à la matière pénale, ces théories présentent la même richesse de méthodes ou d'objets : elles portent

³ K. MARX, « Bénéfiques secondaires du crime » [1905], trad. A. Normandeau, in D. SZABO (dir.), *Déviance et criminalité*, Paris, Armand Colin, 1970, p. 84-85.

⁴ G. RUSCHE et O. KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale. Histoire et « Théorie critique » du régime pénal*, Paris, Éditions du Cerf, 1994.

⁵ E.B. PAŠUKANIS, *La Théorie générale du droit et le marxisme*, trad. J.-P. Brohm, Paris, E.D.I., 1970.

⁶ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.

⁷ N. POULANTZAS, *L'État, le Pouvoir, le Socialisme* [1977], Paris, Les prairies ordinaires, 2013.

⁸ Deux synthèses récentes font le point sur ces théories. Pour le droit pénal interne, voir V. VEGH WEIS, « Sélectionner et punir. Pour une criminologie marxiste », *Période*, 23 avril 2018 [<http://revueperiode.net/selectionner-et-punir-pour-une-criminologie-marxiste-entretien-avec-valeria-vegh-weis/>] (consulté le 8 mai 2018) ; et pour le droit pénal international : R. KNOX, « Théories marxistes du droit international : une introduction », *Période*, 10 février 2016 [<http://revueperiode.net/theories-marxistes-du-droit-international-une-introduction/>] (consulté le 18 avril 2018).

⁹ Voir notamment la critique du droit de vote par Engels dans l'introduction de 1895 à K. MARX, *Les Luttes de classes en France*, trad. M. Rubel et L. Janover, Paris, Gallimard, 1994.

autant sur les prétentions du droit pénal à être la technique de régulation sociale hégémonique, sur le contenu particulier de certaines législations et politiques criminelles, que sur le fonctionnement et les biais de la justice pénale ou de l'institution carcérale ; elles empruntent leurs outils à la science juridique, à la philosophie ou à la sociologie, remettant parfois en cause ces frontières disciplinaires.

De manière générale, les théories marxistes ont en commun de contester le fait que l'État dénonce certaines conduites comme mauvaises et prive leurs auteurs de leurs droits à partir de critères de justice idéaux ou consensuels. Elles affirment que cette prétention masque le plus souvent une forme de violence exercée contre les classes inférieures de la société. Insistant sur les corrélations entre punition et exploitation, elles soutiennent que l'institution pénale criminalise certaines conduites afin de légitimer les rapports d'exploitation et d'en garantir la pérennité. Pour ces théories, le droit pénal constitue donc l'une des conditions d'effectivité du mode de production capitaliste des sociétés contemporaines : les catégories juridiques uniformisent les rapports sociaux selon le modèle du rapport marchand entre individus libres. C'est ce que soutient par exemple Sonja Buckel : la prégnance du droit dans les sociétés capitalistes se reconnaît historiquement à une certaine forme de subjectivation et à un certain type de cohésion sociale¹⁰ ; il fournit les cadres légitimes à la généralisation de l'échange économique et à sa diffusion comme norme d'action universelle¹¹. La tentation est alors grande de faire du droit pénal l'une des figures, avec le travail salarié, l'armée et la police, de la domination en régime capitaliste.

Cependant, tout le problème est alors de savoir ce qui distingue la peine de ces autres leviers de domination et si, en cours de démonstration, on n'a pas escamoté l'historicité, les ambivalences et les contradictions internes du droit et de la justice pénale. Les théories marxistes de la peine soulèvent en effet plusieurs problèmes : en quoi se démarquent-elles d'une critique en bloc du droit, qui présuppose que toute sanction (pénale ou non) est une condition du maintien des structures économiques et des hiérarchies sociales des sociétés capitalistes, et semble s'imposer comme une pétition de principe ? Offrent-elles des arguments attentifs aux spécificités et à la complexité interne du droit pénal et de ses procédures ? Distinguent-elles par exemple la peine prise en son principe légal (règle de sanction prévue *a priori*), les peines prononcées par les tribunaux ou bien celles réellement exécutées par les condamnés ?

En réponse à ces questions, nous voudrions nous intéresser dans cet article aux usages de la conception marxienne du droit en philosophie pénale, champ situé au croisement de la philosophie politique et morale, du droit et des sciences sociales. Il ne s'agira pas d'évaluer certains phénomènes marquants de l'évolution contemporaine du droit pénal – comme la mise en lumière de biais dans l'application des

¹⁰ « L'effet subjectivant du sujet de droit consiste à produire une monade autonome, sans fenêtres, isolée, unitaire, abstraite, critiquée dès le début par les auteurs marxistes aussi bien que par les auteurs féministes » (S. BUCKEL, « Forme juridique et hégémonie. Reconstruction d'une théorie matérialiste du droit », in H. BENTOUHAMI *e. a.* (dir.), *Le Souci du droit. Où en est la théorie critique ?* Paris, Sens et Tonka, 2009, p. 79).

¹¹ « [La forme juridique] permet aux contradictions capitalistes de se maintenir : elle couvre les différences de classe, de genre, etc., et ceci sous les apparences de la subjectivité juridique formellement libre et égale ; de même elle permet un confort juridique pour les échanges de marchandises » (*ibid.*, p. 83).

peines, l'administrativisation de la sanction pénale ou encore les aménagements législatifs et procéduraux motivés par l'état d'urgence et la lutte anti-terroriste¹² – à la lumière de l'œuvre de Marx ou du marxisme. Nous souhaitons plutôt ici revenir sur les présupposés communs aux travaux traitant de ces questions et aux théories déjà mentionnées. Ces présupposés nous paraissent en effet faire leur singularité parmi les approches critiques de l'institution pénale. Pour le dire de manière synthétique, les théories marxistes partagent une même méthode : la critique de l'idéologie masquant d'un côté la finalité des peines et conditionnant de l'autre leur application. Elles défendent en outre une même thèse : les lois pénales, soit en raison de leur contenu déterminé soit en raison de leur abstraction, autorisent des pratiques punitives qui concourent au maintien des rapports de domination et d'exploitation des sociétés capitalistes.

Nous nous proposons de revenir sur la pertinence de cette méthode et la validité de cette thèse sous l'angle, toutefois, de leurs aspects positifs : au sein des théories marxistes du droit, l'institution pénale n'a pas été uniquement abordée du point de vue des excès et de la violence de sa mise en œuvre, elle a aussi donné lieu à une analyse des critères et des normes qui la soutiennent, afin d'en révéler la dimension idéologique (I). Néanmoins, certaines réceptions de Marx par les juristes et sociologues de la peine ont conduit la critique des normes pénales et de leur force symbolique à une impasse, l'analyse de l'abstraction du droit péchant elle-même par excès d'abstraction (II). Face à ce problème, certains auteurs ont décrit la justice pénale comme une institution ambivalente qui, en raison même de sa dimension idéologique et de sa force symbolique, est tout à la fois un instrument d'oppression aux mains de l'État et un levier pour en contester la légitimité (III).

I. DEUX CONCEPTS D'IDÉOLOGIE, DEUX CRITIQUES DE LA PEINE

Nous distinguerons dans un premier temps les différentes manières de concevoir l'idéologie juridique et les modèles de critique qui en résultent au sein des théories marxistes de la peine. Le concept d'« idéologie » peut revêtir plusieurs sens. On crédite Engels d'en avoir fixé la définition typique. Chez lui, l'idéologie désigne l'ensemble des phénomènes de « fausse conscience » qui masquent la réalité sociale :

L'idéologie est un processus que le soi-disant penseur accomplit sans doute avec conscience, mais avec une conscience fautive. Les forces motrices véritables qui le mettent en mouvement lui restent inconnues, sinon ce ne serait point un processus idéologique¹³.

¹² Les théories marxistes portant sur les liens entre répression pénale et politique sécuritaire se sont largement développées depuis le début des années 2000. Voir C. BOUKALAS, M. NEOCLEOUS et C. SERFATI, *Critique de la sécurité. Accumulation capitaliste et pacification sociale*, Paris, Eterotopia, 2017 ; M. NEOCLEOUS et G. RIGAKOS, « Anti-Security: A Declaration », in M. NEOCLEOUS et G. RIGAKOS (dir.), *Anti-Security*, Ottawa, Red Quill Books, 2011, p. 15-21 ; D. BIGO et A. TSOUKALA, *Terror, Insecurity and Liberty. Illiberal Practices of Liberal Regimes after 9/11*, Londres-New York, Routledge, 2008.

¹³ F. ENGELS, « Lettre à Franz Mehring » (14 juillet 1893), in K. MARX et F. ENGELS, *Œuvres choisies*, t. III, Moscou, Éditions du Progrès, 1970.

Selon cette définition, le droit, en tant que structure idéologique, recouvre les processus réels d'un écran de fumée et masque les antagonismes sociaux. Ici, l'idéologie n'est qu'une croyance, une vision du monde, qui échoue à modifier le plan de la réalité elle-même. Tout se passe comme si le langage juridique laissait cette dernière inchangée et se nourrissait uniquement de l'égarement de ceux qui en usent. Au XX^e siècle, de nombreux auteurs ont pourtant cherché à rompre avec la dichotomie de la représentation et du réel que suppose cette définition : Antonio Gramsci, les théoriciens de l'École de Francfort ou encore Louis Althusser. À plusieurs égards, Marx lui-même s'en écarte : dans l'*Idéologie allemande*, cette dernière ne se réduit pas à une « conscience fausse » qui voilerait la vraie réalité, mais est l'expression adéquate d'une réalité sociale insatisfaisante¹⁴. Cette manière de prendre au sérieux le contenu de l'idéologie est manifeste lorsque Marx théorise la règle juridique, y compris la règle pénale¹⁵. D'une part, il insiste avec Engels, toujours dans l'*Idéologie allemande*, sur le fait que le contenu des règles juridiques est dérivé de l'état de fait des divisions d'une société, et que les règles ne peuvent être à ce titre que le reflet des intérêts dominants :

La vie matérielle des individus, qui ne dépend nullement de leur seule "volonté", leur mode de production et leurs formes d'échanges, qui se conditionnent réciproquement, sont la base réelle de l'État [...]. Ces conditions réelles ne sont pas du tout créées par le pouvoir d'État, ce sont au contraire elles qui créent ce pouvoir. Les individus qui exercent le pouvoir dans ces conditions ne peuvent donc [...] que donner à leur volonté déterminée par ces conditions précises, l'expression générale d'une volonté d'État, d'une loi – et le contenu de cette expression est toujours donné par les conditions d'une classe, *comme il ressort très clairement de l'examen du droit privé et du droit pénal*¹⁶.

D'autre part, Marx analyse la manière dont le droit façonne les pratiques sociales et contribue à l'exercice de la domination. Cette thèse apparaît à plusieurs reprises dans *Le Capital*¹⁷ : à l'occasion de l'analyse du procès d'échange, de la journée de travail ou encore du salaire comme mystification de l'exploitation – trois institutions à l'égard desquelles le droit formel joue le rôle de condition réelle. Marx offre donc une double critique du droit : de l'idéologie légaliste, et des conditions juridiques du travail et de l'échange marchand.

À partir des arguments d'Engels et de Marx, on peut distinguer deux conceptions de l'idéologie : une conception *statique* et *épistémique*, définie comme expression faussée d'une réalité sociale, et une conception *dynamique* et *pratique*, comme condition de possibilité, de réalisation et de généralisation d'un type de rapport social – l'échange marchand. Faisant suite au renouvellement des recherches sur

¹⁴ K. MARX et F. ENGELS, *L'Idéologie allemande*, trad. G. Badia (dir.), Paris, Les Éditions sociales, 1968.

¹⁵ « Pas plus que le droit, le crime, c'est-à-dire la lutte de l'individu isolé contre l'état de choses en vigueur, ne résulte du simple bon plaisir. Il est au contraire soumis aux mêmes conditions que la domination existante. Pour voir dans le crime la simple violation du droit et de la loi, il faut l'imagination fantasque qui fait voir dans le droit et la loi la domination d'une volonté générale autonome » (*ibid.*, p. 363).

¹⁶ *Ibid.*, p. 363 (nous soulignons).

¹⁷ K. MARX, *Le Capital. Critique de l'économie politique*, Paris, PUF, 1993, p. 96-106, 295-338 et 559-626.

les rapports entre droit et idéologie dans les années 1970 et 1980¹⁸, Susan Marks s'appuie sur une telle conception *pratique* de l'idéologie et analyse le droit comme une structure cognitive et un ensemble de stratégies discursives. Elle insiste moins sur les textes et les procédures qui masquent de manière négative la réalité sociale, que sur les pratiques que le droit façonne de manière positive. Pour elle, l'usage de la catégorie d'idéologie permet de saisir les différentes « manières par lesquelles le sens sert à établir et à consolider des rapports de domination¹⁹ ». La mise en œuvre du droit s'accompagne ainsi de plusieurs opérations idéologiques : la *légitimation*, qui fait « apparaître l'autorité comme valide et adéquate²⁰ » ; la *dissimulation*, qui occulte, masque ou nie les rapports de domination ; l'*unification*, qui subsume les divers rapports sociaux sous une forme harmonieuse et cohérente ; la *réification*, qui transforme le produit des rapports humains en formes éternelles ; et, enfin, la *naturalisation*, qui a pour effet de donner aux normes sociales une apparence d'évidence, de naturalité et de nécessité.

Ces deux conceptions de l'idéologie relèvent de deux modèles concurrents parmi les théories qui se sont réclamées du matérialisme historique pour étudier l'institution pénale. Pour le premier modèle, *instrumentaliste*, l'analyse du système pénal doit permettre de découvrir les fonctions réelles que la peine assume dans un contexte social et économique déterminé. Cette fonction peut par exemple être de participer indirectement, par la menace, à la formation d'une main d'œuvre adéquate aux impératifs de la production. Par exemple, le sort réservé au lumpenprolétariat, délinquants et individus inemployables constitués en « armée de réserve industrielle²¹ » du patronat, sert de repoussoir pour dissuader la population ouvrière d'enfreindre les lois. Dans ce cas, les individus se soumettent à la loi pénale par crainte des châtiments²². Le second modèle, *expressiviste*, prétend au contraire que les infractions du droit pénal visent à protéger les injonctions morales et les normes de conduite, ainsi que, indirectement, les mœurs propres aux sociétés capitalistes : indépendance souveraine des individus, origine contractuelle des obligations, identification du sujet de droit à un homme blanc hétérosexuel²³. Selon ce

¹⁸ Pour le renouveau des études sur l'idéologie juridique, voir A. HUNT, « The Ideology of Law: Advances and Problems in Recent Applications of the Concept of Ideology to the Analysis of Law », *Law & Society Review*, vol. 19, 1985, p. 11-37.

¹⁹ S. MARKS, *The Riddle of all Constitutions: International Law, Democracy, and the Critique of Ideology*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 10 (nous traduisons).

²⁰ *Ibid.*, p. 19 (nous traduisons).

²¹ K. MARX, « Travail salarié et capital », in K. MARX, *Œuvres*, t. I, *Économie I*, Paris, Gallimard, 1994, p. 199-229.

²² Ce modèle instrumentaliste sous-tend les travaux de certains juristes et sociologues du droit de la première génération de l'École de Francfort : G. RUSCHE et O. KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale. Histoire et « Théorie critique » du régime pénal*, *op. cit.* ; G. RUSCHE, « Marché du travail et régime des peines. Contribution à la sociologie de la justice pénale », in G. RUSCHE et O. KIRCHHEIMER, *Peine et structure sociale. Histoire et « Théorie critique » du régime pénal*, *op. cit.*

²³ « Le droit capitaliste moderne [...] opère la subjectivation des individus en en faisant des monades capitalistes-patriarcales et en même temps il les joint ensemble dans une entité externe. Ses procédures sont constituées comme un ordre normatif hégémonique qui apparaît comme universel » (S. BUCKEL, « Forme juridique et hégémonie. Reconstruction d'une théorie matérialiste du droit », art. cité, p. 86). De manière plus générale, Wendy Brown rappelle comment les luttes féministes pour la reconnaissance de droits égaux sont paradoxalement menées « dans un contexte de discours sur les droits spécifiquement masculiniste, un discours qui présume un

second modèle, le droit pénal des sociétés capitalistes donne force et autorité aux conditions morales du salariat et de l'échange marchand et renforce leur emprise symbolique sur les pratiques sociales. Les peines appliquées tout autant que le système pénal – à l'instar de la famille, de l'école ou de l'usine – expriment ainsi les grandes tendances des sociétés capitalistes, à savoir une morale individualiste et la consécration de la valeur marchande dans les rapports sociaux. Pour assurer cette fonction correctrice et expressive, l'institution pénale ne se contente plus d'exercer un pouvoir de coercition externe. Elle contribue aussi à individualiser les parties en conflit, en garantissant la reconnaissance du préjudice subi par les victimes et en modelant la culpabilité du prévenu sur sa personnalité et ses antécédents.

Ces deux modèles, *instrumentaliste* et *expressiviste*, font jouer l'articulation de la peine aux structures sociales sur deux plans différents : celui de la distribution des peines, qui répond alors à une stratégie d'exploitation, et celui des valeurs exprimées par l'institution pénale, qui entretient la morale individualiste et égoïste des sociétés capitalistes. La dépendance du droit aux intérêts matériels des dominants se manifesterait donc non seulement à travers les pratiques judiciaires, mais aussi dans l'idéal de correction et de réadaptation des délinquants qui s'est développé aux XIX^e et XX^e siècles. Le sociologue Dan Kaminski a par exemple cherché à analyser la manière dont l'administration pénitentiaire promeut l'image néolibérale d'un condamné qui non seulement purge sa peine, mais est aussi responsable de sa réinsertion, cherchant à « faire du sujet coupable un sujet capable²⁴ » de gérer son parcours de peine. Le travail des services de réinsertion en détention constitue selon lui le corrélat de l'instrumentalisation des droits au nom de la sécurité individuelle²⁵.

Le modèle *expressiviste* paraît néanmoins plus pertinent d'un point de vue heuristique que le modèle *instrumentaliste*. L'utilité des pratiques punitives pour maintenir le prolétariat au travail a en effet perdu de son évidence au sein des démocraties libérales. Dire que le régime des peines n'est qu'un rouage du système productif n'est pas une hypothèse valable partout et tout le temps. C'est seulement dans le contexte protectionniste des XVIII^e et XIX^e siècles que l'État intervient en faveur de l'économie nationale, maintient une forte pression sur les revenus au profit des propriétaires et des marchands, cherche à fixer les individus à des tâches productives peu rémunérées et dangereuses, et réprime en priorité et avec sévérité les infractions sur les biens et la propriété²⁶. Il faut donc reconnaître les limites du modèle *instrumentaliste*, qui assimile toute peine à une mesure de contrôle social destinée à assurer la mise au travail des individus. Dans le cadre du capitalisme

sujet ontologiquement autonome, auto-suffisant et sans entraves » (W. BROWN, « Suffering Rights as Paradoxes », *Constellations*, vol. 7, n° 2, 2000, p. 239, nous traduisons).

²⁴ D. KAMINSKI, « Un nouveau sujet de droit pénal ? », in F. DIGNEFFE et T. MOREAU (dir.), *Responsabilité et responsabilisation dans la justice pénale*, Bruxelles, De Boeck/Larcier, 2006, p. 45-64.

²⁵ Alain Brossat décrit ainsi la manière dont « le détenu est sollicité pour de nombreux entretiens destinés à "faire le point" sur sa situation, sur l'évolution de sa perception de ses délits et crimes, sur ses projets d'avenir. [...] Ce faisant, il répond au désir de l'institution de l'éloigner de toute perception collective de sa condition pénitentiaire, de toute solidarité de groupe susceptible de nourrir une résistance » (A. BROSSAT, *Pour en finir avec la prison*, Paris, La Fabrique, 2001, p. 60-61).

²⁶ Voir D. HAY, « Property, Authority and the Criminal Law », in P. BEIRNE et R. QUINNEY (dir.), *Marxism and Law*, New York, John Wiley & Sons, 1982, p. 103-129.

contemporain et d'une société de travailleurs formellement libres, les peines ne visent plus à absorber les fluctuations du marché du travail et les surplus de main-d'œuvre, *a fortiori* lorsque l'État dispose d'un système de protection sociale et de mesures vouées à endiguer, même de manière minimale, le chômage et la paupérisation des classes inférieures. La corrélation entre peine et marché du travail ne possède pas de validité universelle²⁷ : la grande variété des affaires qui font l'objet de poursuites et de condamnations le dément, tout comme l'hétérogénéité du droit pénal spécial, qui inclut bien d'autres infractions que les délits contre les biens et la propriété²⁸. En outre, les phénomènes tels que la délinquance en col blanc²⁹ (par exemple la fraude fiscale), les infractions sans victime directe (comme l'immigration irrégulière) ou encore les crimes d'État (comme les violences policières) résistent aux analyses économicistes en termes de conflit de classe³⁰.

Le second modèle, *expressiviste*, permet au contraire de saisir les effets pratiques de l'idéologie juridique, et notamment des justifications legaliste et rétributiviste de la peine, selon lesquelles non seulement on *peut* punir l'auteur d'une infraction parce qu'une règle légale le prévoit, mais il le *faut* parce que ce dernier le mérite³¹. Or, pour montrer que le caractère formel et abstrait du droit peut servir à légitimer des pratiques punitives abusives, il faut abandonner la conception de l'idéologie comme représentation fautive et mystificatrice du réel et saisir ses effets pratiques sur les représentations, les discours et les conduites. C'est tout l'écart qui réside entre les deux modèles de critique que nous avons distingués, le modèle *instrumentaliste* et le modèle *expressiviste*, qui mobilisent chacun un usage différent du concept d'idéologie. Néanmoins, en insistant autant sur l'abstraction du droit et sur ses effets pratiques, la critique de l'idéologie juridique en matière pénale affronte le risque de substantialiser son objet et de partir, précisément, d'une définition abstraite de la peine.

²⁷ Mikhail Xifaras montre également la pluralité des liens possibles entre le droit et les structures économiques. Il souligne par exemple la manière dont l'évolution de la société civile comme marché d'échanges et la construction du droit patrimonial privé ont pour effet de rejeter les titulaires d'un « patrimoine vide » dans les marges de l'illégalisme (M. XIFARAS, « Illégalismes et droit de la société marchande, de Foucault à Marx », *Multitudes*, vol. 59, n° 2, 2015, p. 142-151).

²⁸ G. CASADAMONT et P. PONCELA, *Il n'y a pas de peine juste*, Paris, Odile Jacob, 2004, p. 176.

²⁹ E.H. SUTHERLAND, « Le problème de la criminalité en col blanc », *Champ pénal/Penal field*, vol. 10, 2013 [<http://champpenal.revues.org/8534>] (consulté le 17 avril 2018).

³⁰ C'est le reproche que fait Miroslav Imbrisevic dans sa recension du recueil de M. J. LYNCH et P. B. STRETESKY (dir.), *Radical and Marxist Theories of Crime*, Ashgate, Farnham, 2011 : « L'une des lacunes de cet ouvrage est le manque de prise en compte des crimes des classes supérieures et des crimes d'État. Par exemple, au cours de la dernière décennie, l'incidence des meurtres extrajudiciaires et extraterritoriaux ciblés, l'utilisation de prisons extraterritoriales et l'application de la torture par certains États ont pris de l'importance. Il aurait été intéressant de voir comment [les théories pénales radicales et marxistes] abordent ces problèmes » (M. IMBRISEVIC, *Marx and Philosophy Review of Books*, 20 septembre 2014 [<http://marxandphilosophy.org.uk/reviewofbooks/>], consulté le 7 mars 2018, nous traduisons).

³¹ Sonja Buckel insiste ainsi sur ce point : « Les opérations du droit visent à camoufler les fondations instables, les doctrines juridiques et la théorie juridique agissant comme s'il existait une base légitime ultime pour justifier leurs différentes décisions » (S. BUCKEL, « Forme juridique et hégémonie. Reconstruction d'une théorie matérialiste du droit », art. cité, p. 84).

II. CRITIQUE DE L'ABSTRACTION ET ABSTRACTION DE LA CRITIQUE EN MATIÈRE PÉNALE

Plusieurs des auteurs étudiés jusqu'à présent ont affronté le reproche de s'appuyer sur une conception abstraite et stipulative de la peine : leur théorie serait coupable de manquer de distinction dans l'analyse de la complexité de l'institution pénale, et de présupposer la nature rétributive des peines. Or, ce reproche a été au cœur de l'opposition entre deux grands projets théoriques au XX^e siècle : la théorie pure du droit de Hans Kelsen et la théorie marxiste du droit d'Evgeni Pašukanis. L'argument selon lequel la critique de l'abstraction juridique pêche elle-même par excès d'abstraction a une histoire, et il s'agit à présent d'évaluer les réponses que les théoriciens marxistes ont tenté d'y apporter.

L'approche marxiste des juristes et sociologues du droit de la première École de Francfort, comme le travail de Michel Foucault dans *Surveiller et punir* – fortement influencé par cette même tradition – ou encore la théorie du juriste soviétique Evgeni Pašukanis, ont été à différents égards les cibles de cette critique au second degré. Nous avons abordé le modèle *instrumentaliste* de l'articulation entre peines et structures sociales. D'après ce modèle, que l'on a attribué notamment à Georg Rusche et Otto Kirchheimer, la manière dont les peines sont effectivement appliquées en fonction des infractions prévues contribue au maintien des rapports d'exploitation dans les sociétés capitalistes. Or, ce modèle présuppose une conception formelle et statique du droit, qui sépare règles juridiques et phénomènes sociaux et pense les premières comme un instrument au service des seconds. Pour Rusche et Kirchheimer, le régime des peines obéit ainsi à la nécessité d'intimider ceux qui, en raison de leur misère, sont tentés de transgresser la loi³². C'est la raison pour laquelle le droit pénal ne pourra jamais se passer de sanctions menaçantes et que toute réforme pour améliorer le sort des détenus ne pourra jamais aller en deçà d'un certain seuil de sévérité. Ce faisant, la fonction dissuasive des peines est toutefois traitée comme un trait de la définition de la peine elle-même et non plus de sa justification.

Le même reproche a également été fait au travail de Foucault sur la prison et l'institution pénale. Dans *Surveiller et punir*, ce dernier tend à s'appuyer sur une définition fondamentale de la peine. Il sépare le plan formel du châtement légal du plan matériel des disciplines, et insiste sur la nature rétributive du premier par distinction de la fonction correctrice des secondes. À l'inverse de Rusche et Kirchheimer néanmoins, sa thèse sur la discipline comme « contre-droit » repose sur une conception rétributive, et non pas dissuasive, de la définition de la peine :

[...] une chose est singulière dans la justice criminelle moderne : si elle se charge de tant d'éléments extra-juridiques, ce n'est pas pour pouvoir les qualifier juridiquement et les intégrer peu à peu au *strict pouvoir de punir* : c'est au contraire pour pouvoir les faire fonctionner à l'intérieur de l'opération pénale comme éléments non juridiques ; c'est pour éviter à cette opération d'être *purement et sim-*

³² « [Si] l'on considère la grande masse du travail quotidien des tribunaux répressifs, alors il apparaît clairement que le droit pénal ne vise presque exclusivement que ceux que leur origine, leur misère économique, leur éducation négligée ou leur état d'abandon moral ont poussé au crime » (G. RUSCHE, « Marché du travail et régime des peines. Contribution à la sociologie de la justice pénale », art. cité, p. 101-102).

*plement une punition légale ; c'est pour disculper le juge d'être purement et simplement celui qui châtie [...]*³³.

Dans ce passage, le « strict pouvoir de punir » est identifié au châtement rétributif, dont la mesure fait ressortir par contraste l'excès des mesures disciplinaires. Le modèle du pouvoir disciplinaire conserve en creux la référence à la conception juridique du pouvoir qu'il est censé dépasser³⁴. Ainsi, pour Thomas Lemke, la primauté accordée aux disciplines dans l'analyse du pouvoir suppose paradoxalement de maintenir les dichotomies loi-norme et droit-discipline³⁵ : le pouvoir se formule officiellement dans les termes de la loi alors qu'il s'exerce officieusement au travers de normes. Le fait que Foucault définisse la discipline par distinction de la loi entraîne, tout à la fois, que celle-là requiert celle-ci. C'est ce qui conduit Foucault à maintenir la thèse selon laquelle la peine authentique est rétributive. Ce rétributivisme latent, et purement stipulatif, est-il un présupposé non interrogé – et, partant, non fondé – de son raisonnement ? Les deux pôles de la rétribution et de la discipline sont en effet conservés, comme si la première incarnait le fondement historique de toutes les peines. Or, l'enjeu n'est pas purement spéculatif ; il engage la capacité de l'analyse et de la critique à porter sur des pratiques répressives qui ne s'exerceraient justement pas sous une forme rétributive.

Antérieurement à Foucault, le juriste soviétique Pašukanis affirme aussi l'irréductible rétributivisme de la peine. Cependant, dans la *Théorie générale du droit et le marxisme*, il en fait l'objet de sa démonstration, expliquant que la peine est inévitablement rétributive en raison de la fonction générale du droit moderne. Appliquant la notion marxienne de fétichisme au droit³⁶, Pašukanis affirme que les institutions juridiques contribuent à façonner l'ensemble des rapports sociaux, y compris le traitement des nuisances, des torts ou des offenses, sous la forme de l'échange marchand. Le fait que le mérite individuel soit devenu un critère pour justifier l'imputation de responsabilité pénale n'est pour lui pas un hasard historique ; il est le produit de la généralisation des rapports marchands et de la contractualisation des activités de production. Aussi, le droit, et *a fortiori* l'institution pénale, n'échappent-ils pas au mouvement de marchandisation du monde social. Davantage, ils le nourrissent, le conditionnent et le rendent possible, en donnant force et autorité aux normes requises par l'exploitation capitaliste : de l'équivalence réciproque dans l'échange dérivent, selon Pašukanis, le principe de proportionnalité et la corrélation entre sévérité des peines et intention mauvaise. Le rétributivisme de la peine et l'isomorphie entre droit pénal et circulation marchande sont des phénomènes inhérents aux sociétés capitalistes : les règles juridiques assurent les modalités réelles du travail, elles dérivent du système productif et appartiennent

³³ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, *op. cit.*, p. 27 (nous soulignons).

³⁴ « On demeure attaché à une certaine image du pouvoir-loi, du pouvoir souveraineté que les théoriciens du droit et l'institution monarchique ont dessinée. Et c'est de cette image qu'il faut s'affranchir » (M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité*, t. I, *La Volonté de Savoir*, Paris, Gallimard, 1976, p. 118).

³⁵ « Au lieu de décapiter le roi, [Foucault] n'a fait que renverser la conception qu'il critiquait en remplaçant la loi et le contrat par la guerre et la conquête » (T. LEMKE, « "Marx sans guillemets" : Foucault, la gouvernementalité et la critique du néolibéralisme », trad. M. Chemali, *Actuel Marx*, vol. 36, n° 2, 2004, p. 15).

³⁶ « [...] le fétichisme de la marchandise est complété par le fétichisme juridique » (E.B. PAŠUKANIS, *La Théorie générale du droit et le marxisme*, *op. cit.*, p. 107).

à ses conditions sociales de possibilité. Même si Foucault s'intéresse plus aux disciplines qu'à la rétribution, la thèse de *Surveiller et punir* est finalement compatible avec celle de Pašukanis : les politiques criminelles peuvent bien s'arc-bouter sur la défense de la société ou l'amendement des délinquants, elles peuvent bien édulcorer en apparence le châtement en l'hybridant à des mesures de défense sociale ou de correction, mais elles ne feront jamais disparaître le caractère essentiellement rétributif de la peine.

Cette thèse est l'indice que Pašukanis reconduit le préjugé du caractère intrinsèquement rétributif de la peine. C'est du moins ce qu'affirme Hans Kelsen à l'encontre du juriste soviétique. Dans *The Communist Theory of Law*³⁷, il reproche à Pašukanis d'essentialiser le rétributivisme, pour en faire le fondement du droit pénal, sans se rendre compte qu'il ne s'agit là que d'une idéologie, c'est-à-dire pour Kelsen d'une justification du droit³⁸. En se concentrant sur l'efficacité du droit pénal comme instrument de répression, les juristes soviétiques en restent selon lui à une analyse sociologique des pratiques judiciaires en régime capitaliste, et passent à côté de la normativité juridique³⁹. C'est la raison pour laquelle, selon Kelsen, Pašukanis rend bien compte du statut hégémonique qu'a pris le droit dans les sociétés capitalistes ; mais lorsqu'il affirme que, dans la société communiste affranchie de l'appareil juridique, le droit pénal rétributif doit avoir été remplacé par un système de défense sociale, il réintroduit subrepticement la référence à la norme juridique et contredit inévitablement la thèse du dépérissement du droit.

Analysons ce point. Pour Pašukanis, la résolution du crime n'engage pas un problème juridico-moral mais scientifique, auquel seules des mesures préventives ou correctrices peuvent répondre. En lieu et place d'un système rétributif, Pašukanis préconise donc de lutter directement contre les causes du crime : misère, indigence, perversion morale ou folie. Ces mesures prétendent neutraliser les facteurs criminogènes à l'origine des actes nuisibles et assurer la rééducation des sujets inadaptés : délinquants réels ou individus à risque. Outre la profonde méfiance que peut susciter un tel programme de défense sociale, Kelsen met en doute la prétention de Pašukanis à affranchir la régulation du crime de la contrainte juridique. Tout se passe comme si, simplement, d'individuelle, la responsabilité était devenue collective : des mesures coercitives sont toujours prévues en réaction à des faits définis *a priori* comme nuisibles ; seul leur point d'imputation a été étendu. Pour Kelsen, dire qu'il ne s'agit pas là d'un système pénal relève d'une pétition de principe, qui repose sur le présupposé, entretenu par Pašukanis, d'une nature essentiellement rétributive de la peine. Or, poursuit Kelsen, le droit pénal ne s'apparente

³⁷ H. KELSEN, *The Communist Theory of Law*, Londres, Stevens & Sons Limited, 1955.

³⁸ La thèse de la rétribution comme idéologie juridique est clairement exprimée par Kelsen dans un autre ouvrage : « Œil pour œil, dent pour dent. Cette technique sociale repose sur l'idée de la rétribution. Ce n'est qu'à un stade avancé de l'évolution que l'idée de la rétribution cède le pas à celle de la prévention. Toutefois il ne s'agit là que d'une nouvelle idéologie justifiant la technique spécifique du droit. La technique elle-même reste inchangée » (H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État* [1945], trad. B. Laroche et V. Faure, Paris, Bruylant/LGDJ, 1997, p. 72-73).

³⁹ Dans *The Communist Theory of Law*, Kelsen passe successivement en revue les approches du droit de Marx et Engels, Lénine, Stuchka, Reisner, Pašukanis, Vyshinsky, Golunskii et Strogovich.

pas à autre chose qu'à un ensemble spécifique de relations d'imputation⁴⁰ : « le droit, s'il n'est pas perçu à travers les yeux d'un bourgeois ou d'un prolétaire, d'une idéologie capitaliste ou socialiste, est dans sa nature même une technique⁴¹ ». Rien n'empêche donc d'élargir les conditions d'imputabilité des peines et la responsabilité à l'ensemble des phénomènes, intentionnels ou structurels, qui participent du contexte causal des infractions. Selon Kelsen, un système de mesures de défense sociale ne fait pas autre chose que punir. Alors qu'il postule le dépassement du droit dans la société révolutionnaire, Pašukanis ne s'aperçoit donc pas qu'il en maintient le principe : les mesures préventives perpétuent les fonctions de la peine et leur défense aboutit même à étendre dangereusement la sphère de la répression étatique⁴². Pour Kelsen, Pašukanis est ainsi pris, sans le vouloir, au jeu de l'idéologie libérale bourgeoise, qui naturalise et stipule l'essence rétributive de la peine.

Néanmoins, affirmer que la peine est inévitablement rétributive et qu'il y a là une preuve du caractère idéologique du droit pénal permet à Pašukanis d'ouvrir la voie à une appréhension positive de la justice pénale : c'est parce qu'elles sont générales et abstraites que les normes pénales, de fond comme de procédure, peuvent fournir un répertoire de règles pour la formulation des luttes sociales.

III. CONTINUER LES LUTTES PAR LE DROIT, OU COMMENT EXPLOITER LES NORMES PÉNALES

Le premier intérêt de la critique livrée par Pašukanis réside dans le fait qu'il récuse explicitement le dualisme kelsenien entre structure normative et fonction sociale du droit. La position de Pašukanis repose sur deux arguments : l'un découle du *matérialisme*, l'autre de l'*historicisme* de la tradition marxiste sur laquelle il s'appuie. Tout d'abord, Pašukanis insiste sur le fait que la connaissance des règles valides en matière répressive dérive de l'observation de l'activité des tribunaux : l'effectivité des jugements et décisions constitue selon lui une condition nécessaire et suffisante de la validité des lois pénales. Ensuite, le juriste soviétique soutient que si l'on retrace la généalogie du droit pénal moderne, il apparaît être une forme avancée du droit coutumier des systèmes vindicatoires, forme qui s'est stabilisée et structurée en réponse à la libéralisation progressive de la production et du travail dans les sociétés capitalistes. Néanmoins, si le droit coutumier attachait selon lui une place centrale à l'intégrité du groupe et à la responsabilité collective, le droit moderne a dissout les liens traditionnels entre individus et a fait de la protection de la sphère privée et de l'intérêt personnel des principes de fond. Dès lors, dans le

⁴⁰ « [L]a réalité juridique ne fait que [présenter] un acte coercitif, la sanction, comme une réaction contre un certain comportement humain considéré comme indésirable par l'autorité légale. Que cette réaction corresponde à une rétribution est une interprétation de cette réalité en vertu d'une certaine idéologie » (H. KELSEN, *The Communist Theory of Law*, *op. cit.*, p. 101, nous traduisons).

⁴¹ E.B. PAŠUKANIS, *La Théorie générale du droit et le marxisme*, *op. cit.*, p. 105.

⁴² Dans son introduction au livre de Pašukanis, Karl Korsch rejoint la critique de Kelsen : « il en ressort au bout du compte l'image générale d'une critique et d'une "théorie" du droit qui [...] se détournent dans leur réalisation effective et dans leurs résultats de la destruction et du dépassement matérialistes-critiques [...] de l'idéologie juridique et de la réalité socio-économique capitaliste qui lui sert de fondement. Par là, [Pašukanis] est amené à réadmettre et à restaurer l'idéologie juridique et la réalité qui y est voilée » (K. KORSCH, « En guise d'introduction », in E.B. PAŠUKANIS, *La Théorie générale du droit et le marxisme*, *op. cit.*, p. 21).

contexte capitaliste, la répression pénale ne peut pas ne pas prendre la forme d'une rétribution par laquelle l'infacteur paye sa dette envers la société : l'égalité formelle entre les individus est rétablie en diminuant le criminel à hauteur de l'avantage qu'il s'est indûment arrogé sur les autres. Selon Pašukanis, le rétributivisme pénal est donc certes un préjugé, mais un préjugé inéliminable, une idéologie inhérente à la morphologie moderne du droit pénal.

Le rétributivisme est autrement dit l'idéologie qui sous-tend les catégories, la logique et l'application du droit pénal, la gangue dans laquelle la résolution des conflits sociaux est inextricablement prise dès lors qu'elle est assurée par l'État. Or, si Pašukanis souligne bien les rapports de force antagonistes que le droit pénal a pour effet de masquer, il ne fait pas pour autant de l'abstraction des normes pénales une stricte marque de fausse conscience. Son attention se porte plutôt sur les effets pratiques de cette abstraction : le droit pénal entretient une autonomie relative à l'égard des conflits sociaux, c'est pourquoi il peut tout autant constituer le versant institutionnel le plus violent de la domination étatique que fournir des ressources pour la contester⁴³. Certes, pour le juriste soviétique, dans le contexte des sociétés capitalistes, la gestion du crime fait l'objet d'un monopole d'État, ce qui confère au droit un statut hégémonique dans l'expression et la résolution des conflits sociaux⁴⁴. Cependant, le droit est conjointement devenu l'institution par laquelle les contradictions de classes comme celles qui les divisent de l'intérieur peuvent être formulées et dénoncées publiquement. Comme le rappelle le juriste soviétique, « la lutte des classes s'accomplit à travers la jurisprudence [...], la juridiction pénale n'est pas seulement une incarnation de la forme juridique abstraite, mais aussi une arme immédiate dans la lutte des classes⁴⁵ ».

Pour soutenir cette thèse, Pašukanis insiste sur l'ambivalence de l'application des normes pénales⁴⁶ : une fois que l'on a admis que le champ juridique n'est ni systématique ni cohérent, l'institution pénale peut, sous certaines conditions, devenir un levier stratégique pour relayer les luttes sociales et permettre de contester les rapports de domination. Les institutions pénales des démocraties libérales sont par exemple soumises à des règles qui protègent les droits individuels. Ces droits, mobilisables à différentes échelles juridictionnelles, sont censés garantir l'individu du pouvoir arbitraire et invasif de l'État. La justice pénale ne se dissout donc pas

⁴³ C'est ce que le théoricien francfortois Franz Neumann nomme « la fonction éthique du droit » (F.L. NEUMANN, *The Democratic and the Authoritarian State: Essays in Political and Legal Theory*, Glencoe, The Free Press, 1957).

⁴⁴ Davantage que le monopole dont l'État dispose sur la contrainte, c'est le statut symboliquement hégémonique du droit qui est décisif dans le contexte des sociétés libérales contemporaines : « Plus souvent qu'on ne le pense, les procédures juridiques fonctionnent selon un principe d'auto-référentialité indépendant de toute menace de coercition » (S. BUCKEL, « Forme juridique et hégémonie. Reconstruction d'une théorie matérialiste du droit », art. cité, p. 82).

⁴⁵ E.B. PAŠUKANIS, *La Théorie générale du droit et le marxisme*, op. cit., p. 162.

⁴⁶ Sonja Buckel le souligne aussi clairement : « le droit offre au moins la possibilité de saisir les purs rapports de pouvoir et de les soumettre à des réquisits de légitimation. De plus, les rapports de pouvoir qui échappent aux mailles juridiques peuvent être critiqués comme étant des exercices de pouvoir non officiels et injustifiés. [...] Une approche sociocritique du droit ne peut donc consister ni dans la dénonciation de l'instrumentalisation du droit ni dans un déni nihiliste du droit » (S. BUCKEL, « Forme juridique et hégémonie. Reconstruction d'une théorie matérialiste du droit », art. cité, p. 86).

dans la reproduction aveugle des rapports de domination existants et les luttes sociales peuvent s'exprimer au sein de l'arène judiciaire pour y faire jouer droits contre droits. C'est ainsi que l'œuvre de Pašukanis a donné lieu à toute une série de réappropriations parties d'un même constat – l'hypothèse de la captation univoque du droit par les intérêts des classes supérieures pêche par excès d'abstraction⁴⁷ – et qui se sont au contraire concentrées sur l'« agentivité⁴⁸ » propre du droit.

Pour approfondir cette thèse, il faut néanmoins chercher à savoir comment le droit pénal peut fournir une grammaire à la formulation des luttes sociales : prise entre une responsabilité fortement individualisée et des sanctions à valeur rétributive, comment l'institution pénale peut-elle offrir un levier à la continuation des luttes par le droit ? Comment peut-elle traduire concrètement les demandes et les exigences normatives qui sont en jeu dans les conflits sociaux ? Pour répondre à ces questions, deux manières d'orienter la politisation de la sphère pénale doivent d'abord être distinguées : la première vise le *détournement* de l'institution de ses fonctions premières, la seconde la *réalisation* du contenu des droits⁴⁹.

La première stratégie requiert d'importer dans l'arène judiciaire les motifs de lutte et de résistance, et d'user de son autorité publique pour remettre en cause le pouvoir d'État. Cette approche débouche au plan judiciaire sur la stratégie dite « de rupture », qui tire profit de l'issue ambivalente du procès pour l'investir comme un opérateur de qualification (et non plus de disqualification) des luttes. Dans sa plaidoirie, la défense peut ainsi dénier à la juridiction la légitimité de juger, afin de discréditer l'ordre politique dont elle tire son autorité. Mise en œuvre à plusieurs reprises par l'avocat Jacques Vergès⁵⁰, cette stratégie a été initialement théorisée par Marcel Willard, également avocat, dans la continuité de la ligne forgée dès 1905 par Lénine à l'attention des Bolcheviks traduits en justice :

Défendre sa cause et non sa personne, assurer soi-même sa défense politique,

⁴⁷ N. POULANTZAS, *L'État, le Pouvoir, le Socialisme*, op. cit. ; P.Q. HIRST, *On Law and Ideology*, New York, Macmillan, 1979 ; A. NORRIE, « Pašukanis and the "Commodity Form Theory": a Reply to Warrington », *International Journal of the Sociology of Law*, vol. 10, 1982, p. 431 sq. ; C. MIEVILLE, *Between Equal Rights: A Marxist Theory of International Law*, Leiden-Boston, Brill, 2005 ; M. HEAD, *Evgeny Pašukanis: A Critical Reappraisal*, Londres, Routledge/Cavendish, 2008.

⁴⁸ Selon l'expression de Robert Knox : « la conception marxiste du matérialisme historique définit deux types de phénomènes par lesquels la "structure économique" agit sur le droit, et que l'on peut appeler, pour schématiser, "structure" et "agentivité". D'un côté, prime la logique d'un mode de production donné qui vient à produire des configurations et des formes sociales distinctes, à l'instar du droit. De l'autre, ce sont les luttes des classes, quotidiennes comme "révolutionnaires", qui sont exprimées à travers le droit et agissent dessus en retour » (R. KNOX, « Théories marxistes du droit international : une introduction », art. cité, p. 4).

⁴⁹ On retrouve ces deux manières de politiser le droit dans les traditions nord-américaines du mouvement des droits civiques : les acteurs ont exploité les cours de justice pour en faire le tremplin de leurs protestations, mais ils en ont profité pour mettre en évidence les biais politiques implicites des procédures judiciaires elles-mêmes. Voir W. BROWN, « Suffering Rights as Paradoxes », op. cit., p. 230 ; id., *States of Injury: Power and Freedom in Late Modernity*, Princeton, Princeton University Press, 1995.

⁵⁰ J. VERGÈS, *De la stratégie judiciaire*, Paris, Éditions de Minuit, 1968.

attaquer le régime accusateur, s'adresser aux masses par-dessus la tête du juge⁵¹.

Il s'agit donc du détournement de la scène du procès à des fins politiques et non plus judiciaires⁵².

Cette stratégie tend cependant à tenir la procédure pénale pour une forme neutre, malléable à merci, et à minimiser les contraintes qu'elle impose sur les discours, les comportements et les représentations de ses acteurs. Or, en réponse à ces contraintes, les tentatives pour retourner l'accusation contre elle-même se sont armées historiquement d'une seconde stratégie, qui relève de l'autre modèle de politisation du droit mentionné : lorsque l'effort pour faire de l'arène judiciaire le théâtre des luttes politiques achoppe, l'objectif consiste alors à manifester le contenu politique et moral latent des règles juridiques, et notamment des droits invoqués par les parties. Il s'agit d'exploiter l'écart possible entre les principes sous-jacents aux règles pénales de fond comme de procédure, et les raisons avancées par l'accusation ou les juges. La critique s'efforce ainsi de radicaliser l'interprétation des règles afin d'en rappeler ou d'en produire des significations divergentes.

Cette seconde stratégie présente l'avantage de critiquer l'accusation et les poursuites en fonction du contenu des droits positifs eux-mêmes, sans avoir à justifier la critique à partir de critères moraux idéaux : les procédures de jugement ont tendance à s'appuyer sur une interprétation dominante des droits, alors que le répertoire des règles juridiques fournit lui-même des outils pour en étendre la portée politique. Il n'est en effet pas toujours possible de prévoir l'appropriation dont les normes juridiques peuvent faire l'objet : les droits peuvent être revendiqués à travers des usages et dans des contextes qui n'étaient pas prévus par celles et ceux qui les ont créés. Le caractère abstrait et général des signifiants énoncés dans les règles juridiques peut aider, de manière insoupçonnée, à la critique d'états de fait insatisfaisants ou inacceptables absents du champ d'application initial de ces règles⁵³.

*
**

En enracinant la peine dans un rétributivisme fondamental, inscrit au cœur des mœurs et des conventions des sociétés capitalistes, les théories marxistes étudiées

⁵¹ Cité par M. WILLARD, *La Défense accusée* [1938], Paris, Les Éditions sociales, 1955, p. 30. Voir également sur ce point J. DANET, « Sur la notion de défense de rupture : Willard, Vergès, et après ? », *Histoire de la justice*, n° 27, 2017, p. 177-192.

⁵² C'est ce que montre l'étude du procès des principaux membres de la *Rote Armee Fraktion* (RAF) qui s'est ouvert en mai 1975 en Allemagne. Voir F. AUDREN et D. LINHARDT, « Un procès hors du commun ? Histoire d'une violence terroriste et de ses agents », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, vol. 63, n° 5, 2008, p. 1003-1034.

⁵³ C'est ce que rappelle Christian Lazzeri à partir des arguments de Michael Walzer : « les réalisations des révolutions démocratiques de la fin du XVIII^e siècle se fondent, en fait, sur nombre de droits et de privilèges seigneuriaux féodaux : droit d'être consulté par les monarques avant la décision ; droit de réunir des assemblées et de faire des remontrances ; droit à une certaine expression libre ; droit à des services religieux privés ; droit à une juridiction sur ses propres affaires privées. Ce sont de tels droits, possédés par "quelques-uns" qui se trouvent, à travers le filtre d'une nouvelle formulation théorique, étendus à tous au lieu d'avoir été simplement théoriquement "inventés" » (C. LAZZERI, « Qu'est-ce que la lutte pour la reconnaissance ? », in R. DAMIEN et C. LAZZERI (dir.), *Conflits et confiances*, Besançon, Presses de l'Université de Franche-Comté, 2006, p. 364).

ici nous ont – à première vue paradoxalement – permis de prendre congé de l'idée selon laquelle l'institution pénale, ses règles comme sa procédure, ne constituaient qu'un instrument de domination aux mains des groupes dominants et au service de leurs intérêts. Néanmoins, ces théories semblent en même temps insister sur les contraintes qui limitent *a priori* la capacité du droit à traduire et à relayer les luttes sociales : elles soulignent les obstacles matériels qui limitent l'espoir de voir l'institution pénale compenser, et non plus aggraver, les inégalités sociales. Dans un article de 1887, *Socialisme de juristes*, Engels et Kautsky soulignent déjà les limites structurelles que le langage juridique impose aux revendications des groupes opprimés : le droit dépolitise inexorablement l'antagonisme des conflits de classe en l'adaptant aux contraintes formelles du duel judiciaire⁵⁴.

Aussi, l'exigence de rétribution inscrit au cœur du droit pénal moderne paraît à ce point ancrée dans les mœurs et les conventions qu'il rend présomptueuse, aux yeux des théoriciens marxistes abordés ici, la tentative d'élaborer des critères de justice idéaux en matière pénale et d'y confronter les pratiques concrètes. Au sein des sociétés capitalistes, la subsumption réelle des pratiques punitives sous la forme générale de l'échange marchand donne à la version étatisée, centralisée et juridici-sée de la peine le statut d'un *statu quo* indépassable. Toutefois, parvenu à cette conclusion, c'est moins le droit pénal lui-même qui est abstrait des maux et des souffrances réels auxquels il est censé répondre, que la théorie qui prétend en faire la critique.

C'est pourquoi on s'est tourné, à l'issue de notre examen, vers les arguments qui, au sein des approches marxistes du droit, prennent acte du caractère hégémonique de la justice pénale dans la régulation des conflits sociaux mais insistent conjointement sur les ambivalences, les contradictions et le potentiel inexploré de ses règles de fond ou de procédure. En jouant sur les effets pratiques et positifs de l'idéologie juridique, ces arguments mettent en valeur les raisons pour lesquelles la justice pénale, loin d'être un instrument aux mains des groupes dominants, demeure un enjeu stratégique décisif pour les luttes d'émancipation : entre les contraintes imposées par le langage juridique et la procédure d'un côté, et le contenu politique insoupçonné des droits mobilisables, les individus et groupes en conflit peuvent tirer profit de la force symbolique des accusations proférées au sein de l'arène judiciaire et des décisions rendues par la justice. Les théories marxistes de la peine paraissent ainsi confrontées à un défi du même ordre que celui qu'identifie Wendy Brown en conclusion de sa réflexion sur la lutte pour les droits :

Comment l'attention accordée à ce paradoxe peut-elle nous aider à élaborer une lutte politique pour les droits dans laquelle ces derniers ne sont conçus ni comme des instruments ni comme des fins, mais comme articulant dans leur usage le fait que l'égalité et la liberté excèdent toujours la portée des droits eux-mêmes ? En d'autres termes, dans un contexte d'émancipation, comment les éléments paradoxaux de la lutte pour les droits peuvent-ils dessiner un domaine de justice au-

⁵⁴ « [L]e prolétariat a repris de son adversaire les conceptions juridiques et a cherché à y puiser des armes contre la bourgeoisie, [or] l'illusion juridique de la bourgeoisie ne peut suffire à exprimer totalement la situation où se trouve [la classe ouvrière]. Elle ne peut prendre elle-même une connaissance complète de cette situation que si elle regarde les choses dans leur réalité, sans lunettes teintées de couleurs juridiques » (F. ENGELS et K. KAUTSKY, « Socialisme de juristes » [1887], in K. MARX et F. ENGELS, *Sur la religion*, Paris, Les Éditions sociales, 1968, p. 251-252).

delà de « ce que nous ne pouvons pas ne pas vouloir »⁵⁵ ?

Olivier Chassaing

Agrégé et docteur en philosophie, Olivier Chassaing est chercheur rattaché au laboratoire Sophiapol de l'université Paris Nanterre. En 2017, il a soutenu une thèse intitulée « Réprimer les crimes, reconnaître les torts. La fonction normative de la peine ». Ses travaux portent sur les principes et les critiques de la justice pénale, la justice restaurative, la sociologie de la prison et, de manière plus large, la théorie du droit et la philosophie politique et sociale contemporaine. Il a publié plusieurs articles sur ces questions (« L'antériorité de la peine sur l'interdit. Deux critiques des normes pénales après Kelsen », in Magali Bessone (dir.), *Méthodes en philosophie politique*, 2018 ; « La portée normative des interdictions pénales », *Rue Descartes*, 2017 ; « Sur quelques problèmes posés par l'articulation entre peine et structure sociale », in Stéphane Haber (dir.), *Le Capitalisme des philosophes*, 2016) et se consacre actuellement à l'écriture d'un livre sur les fonctions de la peine dans les démocraties libérales contemporaines.

⁵⁵ W. BROWN, « Suffering Rights as Paradoxes », art. cité, p. 240 (nous traduisons).