

## Introduction

### LA PÉRENNITÉ DE LA PROHIBITION DES DROGUES

Malgré le brouhaha des jacasseries apocalyptiques au sujet d'un monde sans repères, le droit pénal s'affirme, encore et toujours, comme incarnation des valeurs communes que partagent – que *doivent* partager – les citoyens des États occidentaux et pacifiés. La punition, c'est-à-dire l'imposition de la souffrance, toujours s'enracine, sans toutefois s'épuiser, dans l'affirmation de ce devoir. Devoir de ne pas faire quelque chose, devoir de faire quelque chose, devoir de ne pas être dans une condition particulière, afin de pouvoir pleinement, *a priori* sans pénalité aucune, revendiquer et jouir de notre appartenance à une collectivité. D'une façon ou d'une autre, à tout le moins *pour le droit*, le châtement exprime toujours cela. Manifeste homogénéité, malgré quelques essais alternatifs, du devoir juridique face au crime : punir la violation de valeurs communes.

Si aujourd'hui on célèbre (ou craint) l'ère d'un individualisme pratiquement sans limite, d'un individu (sur)responsabilisé mais prétendument libre de poursuivre tous les possibles, et parfois même pensé dans l'impossible registre du solipsisme, la présence d'un certain nombre d'interdictions vient vite rappeler la contemporaine exigüité de notre liberté juridiquement reconnue. C'est particulièrement le cas de l'ensemble des interdictions pénales qui relèvent d'un paternalisme juridique, d'un moralisme juridique, ou d'un paternalisme moraliste juridique. La justification des interdictions par le premier « principe de limitation de la liberté » suppose le besoin de *protéger les personnes d'elles-mêmes*. Dans le cas du second principe, la justification suppose l'affirmation du besoin de prévenir des conduites *en elles-mêmes immorales* – une telle catégorisation rendant futile toute considération pour les torts que causent (ou non) ces conduites sur soi et sur autrui. Dans le cas du troisième principe, la justification suppose l'affirmation du besoin de *protéger les personnes d'elles-mêmes sur un plan strictement moral*, et donc sans évoquer les torts habituelle-

ment beaucoup plus appréhensibles que mobilise l'argument du paternalisme juridique (Dworkin, 2005). La qualification 'juridique' du paternalisme, du moralisme, et du paternalisme moraliste signifie, bien sûr, que l'impératif préventif que les trois points de vue font valoir s'opérationnalise par la menace et l'imposition de la souffrance.

Surtout depuis le dernier tiers du xx<sup>e</sup> siècle, une telle opérationnalisation juridico-pénale place les systèmes juridico-pénaux nationaux (occidentaux) face à une critique libérale utilitariste persistante. Cela particulièrement à l'égard des infractions relatives à la sexualité et à l'usage des drogues visées par les régimes prohibitionnistes. La critique libérale utilitariste a fait (et fait toujours) valoir l'exigence d'un domaine *privé* dont la moralité *is not law's business*, pour reprendre les mots fameux de John Wolfenden, qui a dirigé les travaux d'un comité britannique chargé, dès 1954, d'examiner les infractions et pratiques juridico-pénales relatives à l'homosexualité et à la prostitution (Wolfenden, 1957). À la suite du tsunami qu'a été (et qu'est toujours) pour le droit pénal ce mouvement généralisé de « politicisation du privé » (Ehrenberg, 1995), ce sont avant tout l'avortement, la pornographie et l'homosexualité qui peuvent désormais, dans plusieurs pays, lire au passé leur histoire pénale. Si leur retrait des codes pénaux nationaux est bien sûr loin de s'être 'mondialisé', il s'agit tout de même de certains des grands émancipés contemporains des mots et des maux juridico-pénaux. Une émancipation qui, relativement aux pratiques liées à l'usage des drogues, n'a été, pratiquement, nulle part réalisée.

La sociologie a été pour le moins paresseuse dans sa façon de penser le maintien de ce type d'infractions, qu'elle a, un bref moment, qualifié de « crimes sans victimes ». Pourtant, les toxiques illicites sont consommés avec appétit par les sciences humaines et sociales : on se querelle sur les définitions de la dépendance et sur les causes de la toxicomanie, on veut savoir pourquoi, quand, avec qui, comment, et où consomment les « jeunes », saisir les normes « sous-culturelles » des usagers d'ecstasy, connaître les « pratiques à risque » des injecteurs, la prévalence d'un virus dans une « sous-population », comprendre l'expérience des « jeunes de la rue », développer les meilleures techniques d'intervention, identifier les « facteurs de protection », mesurer l'effet dissuasif de la vidéosurveillance sur le « trafic de rue », etc. Dans les travaux portant sur la prohibition des drogues, on cherche habituellement à en identifier les racines économiques, sociales et politiques, ainsi qu'à en décrire les effets, dont on conclura souvent qu'ils sont « pervers ». La mise en question de la prohibition des drogues traverse les disciplines, et les critiques du régime prohibitionniste, loin d'être monopolisées par les universitaires, sont diffusées jusque dans nos téléromans. Les contestations du prohibitionnisme sont formulées et reformulées, et les universitaires continuent de conclure leurs travaux de façon 'critique'. Tout se passe comme si se formulait l'espoir qu'un

jour on ‘finira par comprendre’ que la prohibition est contre-productive, que les esprits seront libérés de l’intolérance puritaine et que, un peu par magie, la modification des « représentations » se traduira par une modification des normes juridiques. Comme si on était incapable d’abandonner l’idée que le droit pénal est reflet de valeurs communes – quitte à ajouter du même souffle que le droit prend parfois ‘conscience’ de leurs transformations avec un peu de retard... Peut-être est-ce le propre des moralisateurs que de parvenir à se glorifier d’être incompris. On a en tout cas rarement soulevé la question de l’apparente incapacité des critiques à se faire comprendre par le droit pénal, même lorsque les contestations sont déposées à ses pieds par des juristes protocolaires et brillants.

### LE PROHIBITIONNISME CONTESTÉ

Les contestations contemporaines du prohibitionnisme se manifestent massivement à partir de la fin des années 1960 et dans les années 1970. L’usage de cannabis et d’hallucinogènes a alors pris une ampleur sans précédent et amène plusieurs gouvernements à mettre en place des commissions d’enquête. C’est le cas notamment en Angleterre, au Canada, en France, en Nouvelle-Zélande, en Australie, aux États-Unis et aux Pays-Bas. Ces commissions permettent à divers acteurs de se manifester : les consommateurs et défenseurs des droits et libertés font valoir le caractère privé de l’usage non médical, les représentants de la profession médicale demandent la diminution des contraintes relatives aux opiacés pour le traitement des héroïnomanes, les agences policières réclament qu’on acère les dents des lois, notamment en liant l’usage à des problèmes de sécurité publique, et les producteurs de drogues licites (tabac, alcool et industrie pharmaceutique) cherchent à protéger leurs intérêts. Tous les intervenants s’entendent toutefois sur les besoins de services en matière de prévention, d’information et de soins, dont la mise en place fera partie des recommandations de tous les rapports des commissions d’enquête (Bertrand, 2000). À l’exception du rapport français (voir les commentaires d’Ehrenberg, 1995), toutes les commissions d’enquête recommandent l’abolition des infractions de possession ou d’usage de cannabis. Au Canada, on recommande de plus l’abandon progressif du recours au droit pénal en matière de drogues. Seul le Parlement hollandais met en place, à la suite des commissions d’enquête, ce qui est considéré comme une « politique socio-sanitaire » en matière d’usage. En Espagne, en Australie et dans 11 États américains, les rapports des commissions d’enquête conduisent à la dépénalisation ou à la décriminalisation de la possession de cannabis (Bertrand, 2000). En Italie, on dépénalise même (temporairement) la possession d’opiacés (Pisapia, 1996).

Dans les années 1980, on assiste à la mise en place d'organisations anti-prohibitionnistes qui regroupent les chercheurs et les activistes, particulièrement en Italie (dont le mouvement national se transformera plus tard en *Ligue internationale anti-prohibitionniste*), mais également ailleurs en Europe et aux États-Unis. Des corps professionnels du secteur de la justice, notamment policiers et avocats, contestent ouvertement l'approche prohibitive. Alors qu'aux États-Unis s'observe la reprise de ce que d'aucuns qualifient de « guerre à la drogue » sous l'impulsion du couple Reagan, qui scande le *Just Say No* et étend l'action répressive américaine dans les pays producteurs, les contestations prennent un souffle nouveau, à la fin des années 1980, avec l'émergence des problèmes de santé publique relatifs au VIH et du mouvement dit de la « réduction des méfaits ». Un mouvement qui depuis n'a cessé de séduire un nombre croissant d'agences gouvernementales. Et cela même si plusieurs y voient toujours un cheval de Troie anti-prohibitionniste

### *La réduction des méfaits liés à l'usage des drogues*

On suggère généralement que l'essence de la « réduction des méfaits » peut être saisie à partir de deux principes, qui seraient directeurs, soit le pragmatisme et l'humanisme (ex. : Comité permanent de lutte à la toxicomanie, 1999 ; Brisson, 1997). Dans son acception la plus large, le pragmatisme postule que la vérité d'un rapport au phénoménal se mesure à sa valeur pratique. On en retiendra le principe suivant : toute stratégie d'intervention en matière de drogues illicites doit être réaliste et praticable, et ses effets doivent être mesurables, évaluables. L'humanisme est pour sa part mobilisé pour affirmer que toute stratégie d'intervention en matière de drogues illicites doit prendre pour fin le plein épanouissement de la personne dans le respect de celle-ci<sup>1</sup>.

Le pragmatisme de la réduction des méfaits conduit habituellement ses tenants à affirmer qu'il est question ni de condamner l'usage, ni d'en faire la promotion : « harm reduction neither condemns or condones drug use or the user » (Butters et Erickson, 2000 : 80) ; « les programmes d'éducation sur la réduction des méfaits adoptent une approche qui ne porte pas de jugement sur la consommation de drogue » (Réseau juridique canadien VIH/sida, 1999 : 85) ; « *harm reduction* [...] *neither celebrates nor legitimates psychoactive drug use* » (Nadlemann, McNeely et Drucker, 1997 : 33). On prétend ainsi à une appréhension « non-idéologique » du phénomène de l'usage des drogues illicites, selon le terme employé par les *European Cities on Drug Policy* (1998a)<sup>2</sup>.

---

1. La mesure ou l'évaluation de l'humanisme est évidemment fort problématique.

2. Cette union (ECDP), qui compte, en 2002, 34 villes, a donné lieu à la Déclaration de Francfort en 1990 (ECDP, 1990). Les signataires y estiment notamment qu'une Politique des drogues cherchant à contrer la toxicomanie par les moyens traditionnels que sont les

Ce pragmatisme est soutenu par l'idée que les consommateurs, ou du moins certains d'entre eux, ne peuvent être « persuadés » d'abandonner l'usage de drogues illicites (Nadelmann, 1993 : 36). Devant le constat de l'irrépressible usage, on fait valoir le besoin de déplacer la cible des stratégies d'intervention vers ses seules conséquences. Vaste programme :

*Physical harms include death, illness, addiction, the spread of disease such as HIV/AIDS and hepatitis, and injury caused by drug-related accidents and violence. Psychological harm can include fear of crime and violence and the effects of family breakdown. Societal harm refers to breakdown of social systems. Economic harm includes the large-scale impact of the illegal drug trade and enforcement efforts as well as economic harm to individual users and society, including costs of decreased and lost productivity, workplace accidents, health care harms, and business and neighborhood economic development. Harms to the individual may be physical, psychological, spiritual [sic], social, and economic (MacPherson, 2000 : 53).*

Les programmes d'échange ou de distribution de seringues constituent une forme typique des stratégies de réduction des méfaits liés à l'usage des drogues. En effet, dans le domaine des drogues illégales, ces stratégies prennent avant tout pour cible des méfaits de nature physique, particulièrement ceux liés aux virus infectieux. En Europe, l'importance de la santé (du corps) dans la définition des méfaits s'illustre par l'introduction, dès 1987 en Suisse, de la notion de *Ueberlebenshilfe*, qui signifie aide ou intervention afin de rendre la survie possible. Cette notion est reprise ailleurs, notamment en Allemagne, simplement comme « aide à la survie<sup>3</sup> ». C'est ainsi particulièrement à l'égard des méfaits de nature physique que les tenants de la réduction des méfaits questionnent la valeur pratique du régime prohibitionniste. On pourra affirmer, par exemple, que les consommateurs d'héroïne ont besoin de seringues propres et non de menottes. Et cela d'autant plus que la judiciarisation sera pensée comme un risque, notamment que les personnes en viennent à ne plus utiliser les services socio-sanitaires dispensés par les agences gouvernementales. Couplé au principe de l'humanisme, opposé à toute forme de répression de l'individualité, le pragmatisme de la réduction des méfaits met en cause la criminalisation des consommateurs. L'articulation de la critique repose notamment sur l'affirmation de la nécessité de dé-stigmatiser ou de 'normaliser' l'usage et les usagers

---

appareils pénaux et la quête de l'abstinence ne fonctionne pas. Ils concluent, entre autres choses, que les consommateurs de drogues prohibées ne devraient pas être punis pour l'achat, la possession ou la consommation de petites quantités des produits visés par les lois : « *We urge that, in the course of the process of unification in Europe, the necessary coordination of the national legal systems be effected on the basis of a policy of de-criminalisation and de-penalisation of drug users as well as of harm reduction.* »

3. Swiss Federal Office of Public Health (1999), Morales et Morel (1998), Müller et Fahrénkrug (1995), Klingemann (1995), Bundesministerium für Gesundheit (s.d.).

de drogues prohibées. On stipule ainsi que l'usage de drogues, licites comme illicites, est une conduite « normale » chez la majorité des personnes, qu'il s'agit d'une question de *lifestyle* (Butters et Erickson, 2000 : 80), que les policiers devraient s'abstenir de prendre pour cible les simples consommateurs (Nadelmann, McNeely et Drucker, 1997 : 33), que la répression « aggrave les méfaits » (Réseau juridique canadien VIH/sida, 1999 : 26) et qu'il faut plutôt lutter contre la marginalisation (Cattacin, Lucas et Vetter, 1996 : 33)<sup>4</sup>. Toutefois, si la réduction des méfaits est habituellement pensée comme contestation du prohibitionnisme, j'aurai l'occasion de montrer comment *elle le dynamise plus qu'elle ne lui nuit*. Les contestations les plus radicales sont ailleurs.

### *Rhétoriques contestataires*

L'une des manifestations principales des contestations fait valoir l'« *inefficacité* » des lois sur les drogues. Plusieurs auteurs<sup>5</sup> rapportent que les représentants de la police affirment n'intercepter qu'entre 5 et 20 % des drogues illicites produites et transigées (mais sur quelle base?). Cette « inefficacité » s'explique par les problèmes que pose le décèlement des infractions aux lois sur les drogues.

Les mesures judiciaires [...] ne peuvent [...] atteindre qu'une très faible proportion de ceux qui ont commis quelque délit, les caprices du hasard. Elles n'ont donc tout au plus qu'une valeur symbolique. Elles créent chez les intéressés une certaine crainte d'être repérés, mais cette appréhension est trop faible pour exercer un effet de dissuasion vraiment efficace. Compte tenu des ressources que la justice doit alors mettre en œuvre, les résultats sont modestes. L'action de la justice vise alors simplement à empêcher la loi de tomber en désuétude tout en renforçant sa portée morale (LeDain, 1973 : 50-51).

Les *conséquences de la difficile mise en force des lois* relatives aux drogues sont à la source de multiples critiques. On condamne particulièrement le fait que la répression s'abatte avant tout sur les consommateurs, et surtout sur des personnes déjà autrement socialement pénalisées, notamment par le

4. D'après Mugford, il s'agit là du *pay-off* qu'obtiennent les personnes se réclamant de la réduction des méfaits : « *Since drug prohibition is frequently used as a tool for racist exploitation and for the maintenance of political power by right wing forces who (cynically) take the moral high ground on drugs as a cover for other purposes, promoting harm reduction (and hence undermining that right wing position) puts one 'on the side of the angels' – in favor of individual liberty, against exploitation and against the unreasonable extension of police powers etc.* » (Mugford, 1993a : 22).

5. Notamment Brochu (1995a), Murji (1993), Nadelman (1992), Bertrand (1992), Dorn et Murji (1992), Beauchesne (1991a), Schlegel et McGarrell (1991), et de Choiseul-Praslin (1991).

racisme et la pauvreté. Une des particularités des régimes prohibitionnistes dans les pays de tradition juridique anglo-saxonne est que la prévention de l'usage s'opérationnalise par l'interdit non pas de consommer, mais de posséder les substances visées par les lois. À cet égard, la place importante des infractions de possession dans la criminalité officielle relative aux drogues peut paraître surprenante. D'abord parce que les policiers ne reçoivent généralement pas l'aide de plaignants dans leur travail, la possession ne créant pas de victime ayant un sujet de plainte criminelle<sup>6</sup>. Ensuite parce que la possession n'est pas une conduite observable mais plutôt une condition qu'il est facile de dissimuler. Cela explique que la majorité des infractions de possession qui sont traitées par la police sont découvertes au hasard d'une arrestation pour une affaire plus grave (Carrier, 2000 ; Klofas, 1993 ; Bureau of Justice Statistics, 1992 ; LeDain, 1973). Outre les découvertes au hasard d'interventions ayant un autre objet, il faut donc recourir à des tactiques proactives pour se saisir directement d'infractions<sup>7</sup>, notamment par le biais d'agents double<sup>8</sup>. À l'extérieur d'opérations organisées, la majorité des policiers s'accordent le pouvoir de formaliser leur intervention par l'arrestation ou de s'en abstenir – un 'pouvoir discrétionnaire' que les organisations policières peuvent difficilement limiter, notamment parce que la tâche policière est carac-

6. Voir notamment Dias Ferreira (1996), Collison (1994), Veneziano et Veneziano (1993), Kraska (1992), Johns (1992), Lessieur et Welch (1991), Moore et Kleinman (1989).

7. Dans une étude montréalaise, j'ai montré (Carrier, 2000) que les policiers définissent les personnes « suspectes » à partir de toute une gamme d'éléments, comme les représentations stéréotypées qu'ils se font des consommateurs de drogues, et qu'une telle définition peut les amener à trouver le moyen de se garantir d'un pouvoir de fouille qui permettra éventuellement la découverte de l'infraction de possession. Il existe à ce sujet tout un jeu se situant parfois, de l'aveu même des policiers, en marge de la légalité. Dans l'une des formes de ce jeu, les policiers voudront intimider le « suspect » (« aller à la pêche et faire mordre le poisson ») pour qu'il « vide ses poches » alors qu'il n'est pas tenu de le faire. Une autre forme de ce jeu est celle où le policier entreprend de donner une contravention pour la violation, généralement tolérée, de règlements municipaux, comme par exemple cracher sur le sol ou marcher hors du passage piétonnier dans un parc, afin que le « suspect » réagisse « agressivement » et refuse de s'identifier, donnant dès lors au policier un pouvoir 'légitime' de fouille. Dans la majorité des cas, à Montréal du moins, la seule violation des règlements municipaux conduira à l'incarcération des pauvres occupant l'espace public (Bellot *et al.*, 2005).

8. S'il est courant d'associer de telles pratiques à des enquêtes policières de 'haut niveau', comme dans les cas de trafic organisé de cocaïne par exemple, elles sont également utilisées dans les écoles pour contrer le trafic de cannabis. Par exemple, en février 2000, une intervention policière ayant conduit à l'arrestation d'une quinzaine d'étudiants de l'école secondaire Jeanne-Mance, à Montréal, a été rendue possible suite au travail d'un agent double. Il faut noter que cette intervention policière a suscité de vives critiques dans les médias (ex. : Nadeau, 2000). Cet exemple d'intervention policière montre que les étudiantes ne se voient pas reconnaître les droits constitutionnels qu'elles possèdent à l'extérieur de l'école, notamment celui de ne pas faire l'objet de fouille sans autorisation judiciaire.

térisée par l'indétermination et la sélectivité<sup>9</sup>. L'arbitraire des infracteurs épinglés est donc dénoncé (Bertram *et al.*, 1996; Bertrand, 1992; Stoddart, 1988; LeDain, 1973, 1970), de même que les pratiques policières qui violent les droits et libertés des personnes afin de permettre la détection des infractions (Erickson, 1980; Skolnick, 1966). Les conséquences importantes de la criminalisation qui frappent des personnes dont *la conduite ne brime pas la liberté d'autrui* constituent également un thème observables dans les rhéoriques contestataires (Zeese, 1999; Erickson et Cheung, 1992; Beauchesne, 1991b). Les consommateurs devenus criminels<sup>10</sup> auront un casier judiciaire; cela n'est pas sans conséquences : restrictions en termes d'employabilité, de liberté de déplacements, et désavantages probables dans le traitement policier et judiciaire en cas d'éventuelle récidive (Single, 1999; Solomon, Single et Erickson, 1988).

On dénonce par ailleurs *l'instrumentalisation des lois* sur les drogues pour « contrôler des communautés marginales » (Lyons, 1999; Christensen, Schmidt et Hendersen, 1982), ainsi que les coûts importants qu'entraînent l'arrestation, la condamnation et la pénalisation des personnes pour des violations aux lois sur les drogues. À la fin des années 1990, une étude canadienne évaluait ces coûts à 400 millions de dollars annuellement au Canada (Single *et al.*, 1998)<sup>11</sup>. Les États-Unis consacraient pour leur part, en 2000, plus d'un milliard et demi de dollars pour les seules activités de la *Drug Enforcement Administration* (U.S. Department of Justice, 2000). En somme, non seulement met-on en lumière l'incapacité des policiers d'assurer le respect des lois sur les drogues, mais on dénonce la *contre-productivité de la répression*.

En lien avec les critiques précédentes, d'autres s'articulent autour de l'« illusion » (Solivetti, 1994) de la fonction pédagogique des lois en matière d'usage, et de l'impact de l'« idéologie répressive » dans le champ de l'intervention sociale. Dans le premier cas, on note par exemple des études empiriques qui mettent en lumière la *faiblesse de la dissuasion pénale* et la préséance des considérations pour la santé dans les habitudes de consommation de substan-

9. Voir à ce sujet notamment Campbell (2003), Lundman (1996), Fyfe (1996), Whitaker (1996), Gaines, Kappeler et Vaughn (1994), Goldstein (1993), Walker (1993), Monjardet (1987, 1985), Skolnick (1966).

10. En ce qui concerne les conséquences sociales de la condamnation et du casier judiciaire, les consommateurs de cannabis condamnés qu'a interviewé Patricia Erickson, 95 en 1974 et 48 en 1981, estiment rarement que les gens de leur entourage les considèrent comme des « criminels ». Seulement 5 % des interviewés de 1974 croyaient possible que leurs amis les considéraient être des « criminels » après l'intervention du pénal (Erickson 1980), et aucun des *cannabis criminals* interviewés en 1981 n'entretenaient cette perception (Erickson et Murray, 1988).

11. Plus de la moitié de cette somme est attribuée à la répression et à la pénalisation des personnes trouvées en possession de cannabis.



ces psychoactives illicites (Warner et *al.*, 1998; Hathaway, 1997a; Erickson et Murray, 1988). D'autres auteurs, dont Brochu (1995b), Beauchesne (1997, 1991a), Nadelmann (1998) et Erickson (1990), font valoir que le prohibitionnisme est à la source de l'adultération des produits, qu'il force les consommateurs à s'approvisionner au sein d'un milieu violent et marginalisant, et que la scission drogues licites/illicites ne rend pas compte de la nocivité réelle des drogues licites, souvent supérieure à celle de nombreuses drogues prohibées (ex. : Roques, 1999; Grinspoon, 1999, 1997, 1994; The Lancet, 1998, 1995; Nadelmann, 1998; Morgan et Zimmer, 1997).

Un autre domaine de contestations est celui de la géopolitique des drogues : on dénonce particulièrement la création d'un espace économique lucratif pour les organisations dites criminelles, la corruption politique et la domination économico-politique du Nord sur le Sud (ex. : de Choiseul-Praslin, 1991; Bachmann et Coppel, 1989; Lamarche, 1985). Les américains sont particulièrement mis en cause, puisque le volet « réduction de l'offre » de leur stratégie nationale *antidrogue* repose en partie sur la présence d'organisations, particulièrement la *Drug Enforcement Administration*, dans des pays producteurs sud-américains ouvertement accusés d'être la cause de la disponibilité des drogues en sol américain (Office of National Drug Control Policy, 1999). Même si elles sont de plus en plus mises en cause, les politiques américaines ont toujours l'appui des trois principales organisations onusiennes dont le mandat est relatif aux substances psychoactives (Labrousse, 2001).

Rappelons finalement le refus extensif de la légitimité de l'État de prohiber les conduites et conditions relatives aux drogues, qui se manifeste notamment lorsque les infractions sont qualifiées de « crimes contre la moralité » ou de « crimes sans victime ». Les libertariens ou libéraux radicaux s'opposent évidemment à tout interventionnisme étatique en matière de conduite privée (Szasz, 1994; Husak, 1992; Caballero, 1989; Richards, 1982). Et plusieurs sociologues du droit et juristes remettent en cause la prohibition de certaines drogues en affirmant, comme le résume Baratta (1990 : 168-169), que les lois sur les drogues « violent » les principes d'adéquation, de subsidiarité et de proportionnalité et, plus généralement, « l'idée centrale » du droit des sociétés démocratiques contemporaines, soit celle d'un « droit pénal minimum ».

### *Les principales critiques de la prohibition des drogues*

Les risques pour la santé (VIH, etc.) sont plus importants que les transgressions normatives liées à l'usage  
La répression est inefficace pour protéger la santé de la population des risques attribués aux pratiques des consommateurs  
L'usage de drogues illicites est normal/ne doit pas être jugé  
La pénalisation des consommateurs les « marginalise »  
La prohibition donne un inacceptable pouvoir politique et économique à des groupes « criminels », est cause de corruption  
La prohibition sert de prétexte à la domination du Nord sur le Sud  
Il est impossible de s'assurer du respect des lois sur les drogues; absence/extrême faiblesse de l'effet dissuasif  
L'application des lois sur les drogues (arrestation, judiciarisation et pénalisation) est discriminatoire  
Les problèmes liés à la détection des infractions conduisent à la violation des droits et libertés de la personne  
Les drogues prohibées sont parfois moins nocives que les drogues licites  
Pour cette raison, l'interdit et la sanction ne peuvent remplir de fonction pédagogique  
Les coûts sociaux de la criminalisation (arrestation, casier judiciaire, etc.) sont disproportionnels à la nature des infractions  
La prohibition garantit l'absence de contrôle de qualité et de pureté des produits et conduit à leur adultération  
La prohibition force les usagers à s'approvisionner dans un milieu souvent violent ou autrement « criminel »  
L'État n'a pas à intervenir à l'égard des conduites privées des personnes qui ne portent pas atteinte à la liberté d'autrui  
La prohibition, en pays démocratique, viole le principe juridique d'un droit pénal comme « dernier recours »

#### LA PÉRENNITÉ DE LA PROHIBITION DES DROGUES

Les anti-prohibitionnistes et les critiques moins radicaux de la prohibition ont développé, depuis maintenant plus de 35 ans, une analyse solide, d'ampleur internationale, mettant en lumière ses limites et certaines de ses conséquences inattendues. Les contestations du prohibitionnisme n'ont pas toutes le même corollaire juridique; elles ne supposent pas à tout coup que leur formulation s'accompagne de la revendication d'un véritable libéralisme juridique. Par exemple, notamment en raison de l'acculturation plus massive de ces produits dans les pays occidentaux, les critiques les plus radicales se limitent parfois à la seule prohibition des produits du cannabis (marijuana, haschisch, huile)<sup>12</sup>. D'autres

12. Comme si le seul problème des régimes prohibitionnistes était d'avoir d'inclure ces produits. Comme si l'imposition de la souffrance à l'égard d'un consommateur d'ecstasy ou d'héroïne était, elle, non problématique. Il s'agit d'une rhétorique de la 'drogue douce'

critiques sont encore beaucoup plus timides, réclamant une simple décriminalisation de fait. Néanmoins, les critiques constituent, dans leur ensemble, une violente lame de fond.

On s'est souvent contenté d'interpréter la pérennité de la prohibition des drogues comme le produit d'intérêts et de tractations géopolitiques, qu'on a tendance à évoquer plus qu'à documenter sérieusement. De telles analyses font l'économie d'un examen de la constitutionnalité de l'interdiction que reformule, au gré de la progression des contestations dans les dédales juridiques, un droit pénal qui s'attache toujours au concept d'État de droit. Malgré les conventions internationales qui 'mondialisent' et donnent une relative uniformité aux régimes prohibitionnistes des nombreux pays occidentaux qui y adhèrent, les systèmes juridiques nationaux affirment tous, *en ce domaine*, la primauté de leur droit sur le droit international – cette primauté est d'ailleurs affirmée dans les conventions. Sans rejeter du revers de la main l'influence de ces conventions et les enjeux géopolitiques liés à la prohibition de certaines drogues, je voudrais proposer une interprétation différente du maintien des activités punitives qu'elle assure.

Pour la sociologie du droit, l'une des questions centrales que soupire avec insistance le maintien du régime prohibitionniste est de savoir comment la menace pénale et la pénalisation de personnes sont aujourd'hui encore *juridiquement* possibles lorsque fondées sur des bases morales ou paternalistes. Cette 'dictature' des droits individuels que l'on ne cesse de condamner, à droite comme à gauche, ne se manifeste pas ici. C'est plutôt une *raison d'État* qui triomphe, et qui souligne comment le droit pénal est toujours à des années-lumière d'être à la fois limité à un ordre *public* et employé seulement en « dernier recours ». Dans les pays de tradition juridique anglo-saxonne, on a progressivement reconnu – mais toujours bien imparfaitement – la difficulté (et non l'impossibilité) de juger constitutionnelles des interdictions pénales qui visent des conduites qui ne causent pas de tort à autrui. Le fameux *harm principle* défendu par J. S. Mill dans *On Liberty* conduit tout naturellement des juristes à juger 'inconstitutionnels' les régimes prohibitifs. Un point de vue strictement juridique sur la pérennité de la prohibition des drogues ne nous conduit toutefois guère plus loin qu'à la penser comme anachronisme et erreur, à marteler qu'elle va à l'encontre de cette fameuse liberté, partout pensée comme principe constitutif de nos démocraties occidentales. Un tel point de vue juridique ne permet pas de comprendre ce qui fait que le *destroyer* juridico-pénal ne coule pas.

Malgré le relatif succès de la notion de « crimes sans victime » en sociologie de la déviance, la sociologie du droit n'a pas aperçu les problèmes conceptuels et

---

que viennent supporter, bien malgré eux, les systèmes juridiques qui ont légalisés les pratiques associées à l'usage de cannabis à des fins médicales. Une rhétorique qui fait autant grimacer les libertariens et libéraux radicaux que les conservateurs.

théoriques que celle-ci lui posait. En effet, malgré la variété de ses pensées sur le crime, elle a abordé cet objet dans une référence à une « situation conflictuelle ». Afin de penser le comment de la pérennité de la prohibition des drogues, il faut toutefois décontaminer la sociologie juridique de l'idée d'un conflit indépendant de la criminalisation. Il faut ainsi rendre possible une pensée sur le droit pénal qui le montre *coupable de la genèse du conflit qu'il juge* lorsque l'on entend punir des consommateurs, des commerçants et des producteurs de drogues – comme d'ailleurs des prostituées, des adeptes de sado-masochisme, des épicuriens fêrus d'orgies, et bien d'autres 'déviant'. On réalise alors à quel point nous sommes en présence d'un type particulier d'infractions, dont le fondement ne peut, au contraire de la situation conflictuelle, se trouver dans l'acte visé. On peut, sans doute aucun, mettre en question le procès de légitimation juridique d'interdictions telles que « action de celui qui cause, directement ou indirectement, la mort d'un être humain », ou « d'une manière intentionnelle, employer la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement ». Mais un tel procès de légitimation est, du moins aujourd'hui, beaucoup plus périlleux *lorsque le droit ne peut s'appuyer sur une victime* (autre que l'infacteur). Comment, en pareil cas, la menace et l'imposition de la souffrance pénale sont-elles juridiquement justifiables dans le libéralisme juridico-politique des nations occidentales contemporaines ?

En 2003, la Cour suprême du Canada confirmait que la prohibition du cannabis est constitutionnelle. Ce jugement de la conformité de la prohibition aux « principes de justice fondamentale » permet d'illustrer les modalités (juridiques) contemporaines du maintien de l'agir punitif dans le domaine des drogues. Certains savoirs sur les risques et les pathologies associées à l'usage de l'herbe maudite – du cancer du poumon aux troubles psychiques en passant par le décrochage scolaire – sont largement débattus devant les tribunaux. Ce sont de tels savoirs qui permettent la justification des raisons du paternalisme juridique : l'interdit entend protéger les personnes d'elles-mêmes, particulièrement celles considérées comme parties de « groupes vulnérables ». Quant à la justification du droit au paternalisme juridique « dans une société libre et démocratique », elle repose particulièrement sur une *interprétation peu généreuse du droit à la liberté* dont jouissent les citoyens, de même que sur le *refus de juger de la constitutionnalité des infractions à l'aune du harm principle*. La justification du droit au paternalisme juridique se réalise donc, notamment, par la disqualification juridique d'un principe de justice fondamentale (dans les systèmes de tradition anglo-saxonne). Les juristes pourront juger que le droit a 'erré' et que le *harm principle* est un principe de justice fondamentale qui *doit* limiter l'usage légitime de la force. Un point de vue sociologique permet cependant de constater quelque chose d'impensable d'un point de vue juridique : les « *principes de justice fondamentale* », qui à la fois autorisent et

limitent le recours au droit pénal, *ne déterminent pas les décisions juridiques*; ils sont plutôt déterminés par celles-ci. La justification du droit au paternalisme juridique suggère un droit *sociologiquement autonome*. En effet, l'exemple que fournit la jurisprudence canadienne permet de constater que le raisonnement juridique n'est pas simplement et verticalement ordonné par ces principes dits fondamentaux, puisque leur portée, *et même leur validité juridique*, sont débattues. Ce sont donc des décisions juridiques qui, toujours temporairement, identifient et interprètent les principes qui autorisent et limitent le recours au droit pénal. Le droit ne se plie pas à quelques injonctions politiquement déterminées dans l'acte de naissance du couple juridico-politique des États de droit démocratiques. Bien au contraire, *le droit se donne ses propres lois*. Une telle description sociologique de l'autonomie juridique a notamment été avancée par la théorie des systèmes sociaux de Niklas Luhmann, et celle-ci sera particulièrement mobilisée dans la construction du premier axe interprétatif de la pérennité de la prohibition des drogues.

La théorie luhmannienne propose une vision complètement procéduralisée de la légitimation juridique, qui a pour conséquence de rendre synonymique, au grand dam des moralistes, légalité et légitimité. Un tel point de vue permet alors d'observer que la légitimation de la menace et de la souffrance juridico-pénales n'obéit pas à des injonctions universelles ou « fondamentales », mais qu'elle suppose dans chaque cas une sélection parmi divers possibles. Ainsi, plutôt que de poser l'autorité du *harm principle* (point de vue juridique), la théorie suggère plutôt la contingence de son action structurante (point de vue sociologique). Toutefois, si Luhmann décrit un droit qui s'auto-détermine, qui se donne lui-même ses propres lois, le droit est dans le même mouvement pensé dans une situation de dépendance à l'égard des autres modes culturels de production de sens. Comme le suggère l'examen conceptuel de la notion de « crimes sans victime », et comme le montre le rôle des savoirs dans la justification des raisons du paternalisme juridique dans le cas canadien, cette situation de dépendance est particulièrement profonde dans le cas des infractions aux lois sur les drogues. Si Luhmann suggère de façon effrontée que le droit ne peut pas être déterminé de l'extérieur, il propose une façon novatrice d'envisager un droit terriblement influençable.

Le droit est en quelque sorte victime de logiques non juridiques particulièrement influentes dans la société contemporaine : point de raison pour un paternalisme juridique sans le support des logiques de soins et de réduction des méfaits; le second axe interprétatif de la pérennité de la prohibition des drogues est construit autour du travail social de ces logiques. Il suppose le dégagement des caractéristiques sociales contemporaines qui font en sorte que le symptôme et le risque occupent tant de place dans la vie d'aujourd'hui, ce qui implique d'abord une décentration du droit. Un réflexe habituel de la socio-

logie est alors de placer son analyse sous l'angle du contrôle des 'anormaux' ou des 'déviant'. Dans l'influent *Surveiller et punir* de Michel Foucault et chez les sociologues étudiant la 'réaction sociale à la déviance', on pose la continuité du contrôle : le contrôle juridico-pénal ne serait que la forme frustrée et radicale située à l'extrémité d'un continuum de contrôle habité de l'ambition homogène d'agir sur la déviance (pour la corriger, la limiter, l'empêcher, etc.). Dans un tel cadre analytique, on place le droit pénal en position de soumission par rapport au 'pouvoir de la norme'. Or, que la pathologisation puisse, dans *certain*s cas, servir de support à la justification juridique de la menace et de la souffrance pénale, cela ne suffit pas pour postuler que la criminalisation n'en est qu'un prolongement tentaculaire. Il s'agit de deux logiques distinctes dont il faut plutôt penser la réciprocité à partir d'un ancrage empirique.

Le recours à l'acception contemporaine du contrôle social suppose que les sociologues s'intéressent non seulement à la réaction à la déviance (et au crime), mais aussi aux pratiques sociales par lesquelles se réalise une telle qualification. On étudiera alors comment la déviance, criminalisée et non criminalisée, est 'socialement construite'. Cela génère l'exigence d'un minimal questionnement épistémologique sur le rapport entre les mots et les choses. La décentration du droit que nous propose une analyse typique sous l'angle du contrôle social supposerait ainsi de construire le second axe interprétatif de la prohibition des drogues par une centration sur la déviance. On pourra toutefois apercevoir comment situer l'analyse sous l'angle du contrôle social d'une déviance constituée par le jeu de la différence normal/pathologique a pour effet de gommer les différences entre l'anormalité, la déviance, la pathologie et le crime, et de négliger l'analyse de la constitution des autres objets sociaux. À ces limites s'ajoute celle de la myopie sociologique que supposerait la conception des stratégies de réduction des méfaits comme simple manifestation d'un contrôle social de la déviance. Le concept de contrôle social ne peut se limiter ni au crime, ni à la déviance. En déliant ainsi le contrôle social du crime et de la déviance, on peut observer avec plus de souplesse la construction sociale du crime, du symptôme et du risque. Et on peut alors mieux voir comment la constitution de plusieurs objets sociaux permettant la contestation du régime prohibitionniste assure en même temps sa pérennité. Triste et ironique destin des désirs de libération.

## STRUCTURE ET CONTENU

Le problème sociologique de la pérennité de la prohibition des drogues conduit à constater certaines absences et défaillances dans les outils que mobilisent les sociologies du droit, de la déviance et du contrôle social. Ces absences et défaillances font en sorte que les pages qui suivent valsent, presque

constamment, entre la mise en problème de certains concepts, des propositions soit pour pallier au manque, soit pour faire face à certaines limites inhérentes aux concepts habituellement utilisés dans différents domaines sociologiques, et la mobilisation des solutions avancées pour appréhender le problème particulier à l'étude. Celui-ci pourra alors prendre les traits d'un simple prétexte à la vue de l'espace accordé aux questionnements épistémologiques, conceptuels et théoriques auxquels il m'a conduit, pour des motifs que j'espère, dans les pages qui suivent, avoir rendu clairs. J'ai choisi de laisser les marques de ces questionnements dans l'établissement de la structure argumentative du livre, plutôt que de masquer l'ensemble des routes que j'ai empruntées pour finalement adopter certains outils et en développer d'autres. Sont ainsi laissées intactes plusieurs discussions avec des auteurs, dont je n'ai pas cherché, à la fin de mon périple, à amputer des sections qui pourront paraître secondaires quant à la compréhension de la pérennité de la prohibition des drogues que je propose. J'ai fait ce choix même si certains passages ne résistent pas à un éventuel argument d'économie, qui voudrait faire valoir la nécessité de limiter les présentations théoriques et conceptuelles aux usages effectifs de celles-ci à l'égard d'un problème sociologique. J'ai fait ce choix en pensant ainsi offrir une contribution à certains débats liés au contrôle social, à la déviance, au pouvoir et au droit, mais aussi aux débats liés au constructivisme et aux théories sociologiques contemporaines.

Le premier chapitre veut introduire la notion de conflictualisation juridico-pénale afin de saisir le travail social du droit à l'égard des infractions à l'étude. Lorsque privé du support traditionnel que lui fournit une victimisation (au moins potentielle) à laquelle on ne consent pas, c'est bien le droit pénal qui génère le conflit qu'est le crime. L'introduction de cette notion se réalise à la suite d'une discussion sur les principes de limitations de la liberté, laquelle met en lumière le polymorphisme des modèles de victimisation fondant l'autorisation d'interdire et de punir. C'est ce polymorphisme que rendait évident l'usage, aujourd'hui peu populaire, de la notion de crime sans victime. Ce chapitre me fournit ainsi l'occasion d'évoquer certains problèmes que pose à la sociologie le maintien de la criminalisation de plusieurs interactions consensuelles et conditions volontaires.

Le second chapitre propose d'examiner la situation canadienne afin de comprendre comment peut se réaliser cette production juridique du conflit, et comment il est juridiquement possible que des principes paternalistes et moralistes l'emportent sur la doctrine libérale dans le droit criminel de tradition anglo-saxonne. Est d'abord proposé un survol des lois sur les drogues au Canada, de leur naissance en 1908 à la re-confirmation de leur constitutionnalité en 2003, en passant par la légalisation de la possession de cannabis à des fins d'usage thérapeutique. C'est cette confirmation de l'adéquation de la

prohibition aux principes dits de « justice fondamentale » qui est ensuite examinée, par le biais des contestations juridiques de trois cannabino-philes. Cet examen confronte la sociologie du droit à la nécessité de théoriser l'autonomie manifeste du droit, ainsi qu'à celle d'interpréter l'influence contemporaine des discours dont les objets centraux sont le risque et le symptôme.

Le troisième chapitre veut poser les jalons de cette théorisation sur l'autonomie juridique par un plaidoyer pour une sociologie du droit radicalement constructiviste. Un tel plaidoyer fait particulièrement valoir l'idée que le droit est constitutif d'un monde particulier, et entend rénover l'idée suivant laquelle le crime est une construction sociale. Si cette idée peut paraître comme partie du sens commun sociologique contemporain, la pensée constructiviste sur le crime est néanmoins susceptible de présenter deux problèmes particuliers. Le premier, celui du constructivisme que je qualifie éthique, ou sélectif, consiste à restreindre l'usage d'une épistémologie constructiviste à certains objets. Le second, propre aux 'radicaux' comme (paradoxalement) à certains 'postmodernes', est la re-essentialisation du crime. Ce dernier problème réside dans le refus de penser l'être du crime comme simple produit du droit, et à lui prescrire une essence particulière. Ces deux problèmes potentiels peuvent être évités par une épistémologie constructiviste radicale, qui consomme totalement la scission entre ontologie et épistémologie, et qui pose l'indistinction du monde tel qu'il est et du monde tel qu'il est construit. Un tel cadre conduit notamment à briser la traditionnelle continuité entre déviance et crime. Il conduit également à penser le monde institué par le droit comme un monde qui n'est pas forcément juridique, et à apercevoir la complexité des phénomènes de pluralisme juridique. Ce chapitre introduit l'épistémologie dans laquelle se déploie la théorie luhmannienne. Les thèmes centraux qui y sont abordés sont « la » norme et la fameuse, mais insatisfaisante, différence normal/pathologie, la déviance, les jeux de langages et la notion de forme, ainsi que le pluralisme juridique (Weber, Macdonald et Luhmann).

Le chapitre suivant se propose d'affronter deux problèmes incontournables en sociologie du droit, ceux de la légitimité et de l'autonomie du droit. Les digressions théoriques nécessaires à la présentation des solutions – et limites – qui sont celles de la théorie de Luhmann font en sorte qu'une part importante du chapitre peut être lu comme une présentation générale de cette théorie, encore méconnue dans l'univers francophone. Ses concepts centraux sont discutés (communication, système, sens, autopoïèse, différence système/environnement, déparadoxification, etc.), et constituent des outils qui, fais-je valoir, semblent plus appropriés pour aborder le droit que ceux propres à la perspective wébérienne (du moins en ce qui a trait à la légitimité et à l'autonomie juridique).



Le cinquième chapitre veut penser l'articulation entre contrôle social, droit et pouvoir. Comme le précédent, il s'agit dans l'ensemble d'un chapitre discutant de théorie sociologique. Son premier mouvement est celui d'une mise en lumière des problèmes propres aux usages sociologiques contemporains du concept de contrôle social. Il fait valoir l'intérêt de rescussiter le sens et l'importance qu'il avait dans les œuvres de G. H. Mead et de C. W. Mills, et propose une reconceptualisation qui permet d'éviter certains problèmes qui sont propres à ses usages contemporains. Le second mouvement du chapitre porte sur le thème du pouvoir, et convoque particulièrement les œuvres de Michel Foucault, Michel Freitag et Niklas Luhmann. Il permet de penser le pouvoir comme une des modalités d'expression de différentes 'grammaires' de contrôle social, modalité qui n'est propre ni au droit, ni au politique. L'articulation entre pouvoir, droit et contrôle social que propose ce chapitre offre des outils pour saisir les rapports entre le juridique, le thérapeutique et le 'mouvement' de la réduction des méfaits qui se révèlent dans la pérennité de la prohibition des drogues, et que la sociologie du droit saisit de façon générale en discutant des rapports entre droit et société. Est notamment mis en débat le modèle sociologique du passage de la loi à la norme et celui, plus récent, du passage de la norme au risque.

Enfin, le sixième chapitre se penche sur la construction sociale des manies toxiques et des risques posés par l'usage. Il le fait par le biais de deux ancres empiriques, fournis par l'examen des lieux d'injection de drogues illicites comme stratégie de réduction des méfaits, et celui des masques grimaçants typiques que l'on fait porter aux consommateurs de cannabis. Ces deux ancres montrent l'influence contemporaine des constructions sociales du risque, lesquelles n'ont cependant pas tué le travail social des discours pathologisants. Symptôme et risque forment deux constellations importantes de l'univers dans lequel navigue un droit pénal toujours paternaliste. Leur importance peut se comprendre par trois caractéristiques que présentent les sociétés occidentales contemporaines. La première est le procès généralisé de biomédicalisation du social. La seconde renvoie à la réflexivité, ou à la colonisation du présent par le futur, et est sociologiquement saisie, notamment, par les thèses sur la « postmodernité », la « dé-traditionnalisation » et la « société du risque ». Enfin, la troisième caractéristique est celle de l'actuelle surresponsabilisation individuelle. Mises en relation, ces trois dimensions permettent d'interpréter l'influence des logiques de soins et des stratégies de gestion des risques sur le droit pénal. Punir, soigner et gérer ne sont toutefois pas pensable dans les termes d'une alliance intégrée et cohérente, comme le propose notamment le triptyque foucauldien de la « gouvernementalité ». Désuétude de la pensée sociologique sur le contrôle social de la déviance, dont la pérennité de la prohibition des drogues serait simple manifestation.