La peine : une thème à redécouvrir en éthique et en droit

Autor(en): **Bondolfi, Alberto**

Objekttyp: **Article**

Zeitschrift: **Revue de Théologie et de Philosophie**

Band (Jahr): **59 (2009)**

Heft 2: **Y a-t-il une peine juste? : Journée d'études doctorales, Lausanne, 4 avril 2008**

PDF erstellt am: **27.05.2024**

Persistenter Link: https://doi.org/10.5169/seals-381787

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.
Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.
Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr für Vollständigkeit oder Richtigkeit. Es wird keine Haftung übernommen für Schäden durch die Verwendung von Informationen aus diesem Online-Angebot oder durch das Fehlen von Informationen. Dies gilt auch für Inhalte Dritter, die über dieses Angebot zugänglich sind.

Ein Dienst der *ETH-Bibliothek*
ETH Zürich, Rämistrasse 101, 8092 Zürich, Schweiz, www.library.ethz.ch

http://www.e-periodica.ch

REVUE DE THÉOLOGIE ET DE PHILOSOPHIE, 141 (2009), P. 115-126

LA PEINE: UN THÈME À REDÉCOUVRIR EN ÉTHIQUE ET EN DROIT*

ALBERTO BONDOLFI

Résumé

Dans la réflexion contemporaine, le thème de la sanction pénale et de sa justification de principe a suivi, en partie, les différentes phases du renouveau de la philosophie morale et de la philosophie du droit en général, en les intégrant plus ou moins explicitement en son sein. En même temps la philosophie pénale a suivi ses voies propres, influencées par des facteurs externes à la philosophie morale, comme par exemple les mouvements sociaux liés aux phénomènes de la marginalité. La situation de la réflexion pénale dans la littérature scientifique de langue française se révèle assez différente, car elle semble ignorer les sujets et les développements qu'on vient d'évoquer. Pendant ces dernières années, on peut toutefois constater un certain regain d'intérêt aussi en francophonie. Les contributions réunies ici aimeraient s'insérer dans cette mouvance, en l'encourageant et en l'alimentant par l'approfondissement d'aspects particuliers.

De tout temps, l'être humain a sanctionné des comportements considérés comme fortement inacceptables sur le plan moral et en même temps comme dangereux pour la vie en commun. Les modalités de ces sanctions ainsi que les légitimations qui leur sont liées ont eu une histoire riche en variations et en argumentations. La philosophie du droit et l'éthique, autant philosophique que théologique, ont structuré cette réflexion, en instituant une «*théorie de la peine*» à caractère normatif, qui constitue un thème majeur et omniprésent dès la philosophie dans la Grèce ancienne.

* Le dossier que ces pages introduisent constitue la publication des actes de la journée d'études éponyme qui a eu lieu à Lausanne le 4 avril 2008, auprès de l'*Institut Suisse de Droit Comparé*, dans le cadre du projet «*Repenser la peine*», financé par le *Fonds National Suisse de la Recherche Scientifique* (subside 100011-118209) et dirigé par moi-même à l'Université de Lausanne, en collaboration avec Stefano Biancu, Francesca de Vecchi et Girolamo Pugliesi, tous docteurs en philosophie. J'aimerais ici exprimer toute ma reconnaissance aux personnes et aux institutions qui ont permis la réalisation de cette initiative : aux intervenants, à l'*Institut Suisse de Droit Comparé*, à la *Conférence Universitaire de Suisse Occidentale*, à l'*Institut romand de systématique et d'éthique*, à la *Fondation «Silvio Leoni»* de Riazzino (Locarno), ainsi qu'à la *Revue de Théologie et de Philosophie* qui a accueilli nos contributions.

Même un examen très superficiel de l'histoire de ce thème majeur de la philosophie, de la théologie et du droit nous montre, d'une part, une forte continuité dans les arguments prônés pour ou contre la sanction publique et, d'autre part, une série de variations dans les détails et les cadres d'application concrets de cette même pratique, ainsi qu'un certain malaise ou une incertitude quant à la pertinence des arguments mis en évidence.

1. *L'état de la recherche*

Cela vaut aussi pour la réflexion contemporaine qui a fortement enrichi l'héritage historique. Le thème de la sanction pénale et de sa justification de principe a suivi en partie les différentes phases du renouveau de la philosophie morale [1] et de la philosophie du droit [2] en général, en les intégrant plus ou moins explicitement en son sein. Pour ce qui est de la philosophie du droit, on peut constater qu'au début, l'intérêt des auteurs les plus représentatifs était concentré sur la structure langagière des affirmations juridiques [3] et n'abordait qu'ensuite les questions spécifiquement normatives à caractère moral [4].

Si, dans les premiers temps d'après-guerre, la production philosophique concernant notre sujet n'était pas tellement abondante et se limitait en grande partie à la répétition scolastique des positions classiques, c'est à partir des années 1970 qu'un vif intérêt se manifeste pour la philosophie de la peine [5]. Les années 1980 connaissent ensuite une véritable floraison, d'abord en milieu

[1] *Cf.*, pour une première introduction : M. Canto-Sperber, *L'inquiétude morale et la vie humaine*, Paris, P.U.F., 2001. Pour une information portant sur la première phase du débat, je renvoie à A. Bondolfi, «Momenti del dibattito tedesco sull'etica (1970-1985)», *Religioni e società*, 2e année, 1986, p. 38-56.

[2] Je renvoie, pour une information assez large sur ce renouveau, au volume suivant : W. Brugger, U. Neumann et S. Kirste (éds), *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, Francfort, Suhrkamp, 2008.

[3] *Cf.*, pour une première information : G. Planty-Bonjour et R. Legais (éds), *L'évolution de la philosophie du droit en Allemagne et en France depuis la fin de la seconde guerre mondiale*, Paris, P.U.F., 1991.

[4] *Cf.* les recherches du philosophe italien Italo Mancini qui ont bien synthétisé les apports de la philosophie analytique du droit, sans pour autant en épouser toutes les thèses rattachées à cette méthodologie philosophique. *Cf.* I. Mancini, *Filosofia della prassi*, Brescia, Morcelliana, 1986, et Id., *L'ethos dell'occidente*, Genova, Marietti, 1989. Parmi les philosophes d'orientation analytique dans ce domaine précis, *cf.* également K. Olivecrona, *Law as fact*, London, Stevens, 1971, ainsi que A. Ross, *On Guilt, Resposability and Punishment*, Berkeley, CA, University of California Press, 1975.

[5] Concernant cette période, *cf.* R. P. Callies, *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Staat*, Francfort, Fischer, 1974 ; E. Daskalakis, *Réflexions sur la responsabilité pénale*, Paris, P.U.F., 1975 ; M. Gisel-Bugnon, *L'individualisation d'une peine mesurée sur la culpabilité du délinquant*, Genève, Georg, 1978 ; Id., *Punir sans prison. Quelques suggestions*, Genève, Labor et Fides, 1984 ; E. Schmidhäuser, *Vom Sinn der Strafe*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1971.

anglo-saxon et germanophone, puis en milieu italophone et enfin, malgré une certaine réticence, en milieu francophone[6].

En même temps, la philosophie pénale a suivi ses voies propres, influencées par des facteurs externes à la philosophie morale, comme par exemple les mouvements sociaux liés aux phénomènes de la marginalité. Ainsi, si pendant les années 1960 la thèse de la peine comme «resocialisation» a retenu une attention toute particulière[7], les dernières décennies ont vu la renaissance de débats autour de la thèse «rétributionniste» classique[8]. Une telle constatation est évidemment très superficielle, car, de fait, les tendances en philosophie pénale sont assez différentes selon que les milieux culturels étudiés sont européens ou anglo-américains.

La philosophie du droit en langues allemande et italienne ainsi que la production en espagnol ont repris ces thèmes et ces tendances avec un certain décalage temporel, c'est-à-dire à partir des années 1970, mais sans diminuer ni en intensité ni en qualité les considérations provenant de la philosophie morale d'orientation analytique du monde anglo-saxon[9]. On peut déceler dans cette abondante production, pratiquement ignorée par la littérature pénale de langue française, tant une critique qu'une réhabilitation de la thèse rétributiviste, ainsi qu'une problématisation aussi bien philosophique que théologique de la catégorie de faute[10] et une critique à l'encontre des différentes versions de la théorie de la resocialisation par la sanction pénale. Tout récemment s'est également développée une réflexion au sujet du statut des victimes dans l'action répressive de l'État et du rôle réparateur de toute peine. Dans la recherche d'alternatives au système pénal classique, des études autour de la *médiation* ont vu le jour, qui problématisent indirectement la question classique de la distinction entre peine et dédommagement, également d'un point de vue normatif[11].

[6] Concernant la production en langue française, je renvoie à : COLLECTIF, *La peine, quel avenir ?*, Paris, Cerf, 1983, ainsi que : COLLECTIF, *Rétribution et justice pénale*, Paris, P.U.F., 1983.

[7] *Cf.* surtout la contribution de M. ANCEL, *La défense sociale*, Paris, P.U.F., 1985.

[8] La littérature de langue anglaise, concernant cette position, est très abondante. Parmi beaucoup de titres, *cf.* particulièrement : M. M. FALLS, «Retribution, Reciprocity, and Respect for Persons», *Law and Philosophy*, 6e année, 1987, p. 25-51 ; D. DOLINKO, «Some Thoughts about Retributivism», *Ethics*, 101e année, 1991, p. 537-559 ; W. CRAGG, *Retributivism and its Critics*, Stuttgart, Franz Steiner, 1992 ; S. DIMOCK, «Retributivism and Trust», *Law and Philosophy*, 16e année, 1997, p. 37-62.

[9] Pour la production de langue allemande, *cf.* surtout J.-C. WOLF, *Verhütung oder Vergeltung? Einführung in ethischen Straftheorien*, Freiburg i.B., Alber, 1992 ; pour la production de langue italienne, *cf.* M.A. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, Giappicchelli, 1990.

[10] *Cf.* le volume suivant : A. ACERBI et L. EUSEBI (éds), *Colpa e pena. La teologia di fronte alla questione criminale*, Milan, Vita e Pensiero, 1998, ainsi que A. KAUFMANN, *Das Schuldprinzip*, Heidelberg, Winter, 1961 et W. KARGL, *Kritik des Schuldprinzips*, Francfort, Campus, 1982.

[11] *Cf.* surtout : W. NAUCKE, «Philosophie pénale contemporaine et réparation civile», *Archives de philosophie du droit*, 28e année, 1983, p. 1-15. Pour la production

La situation de la réflexion pénale dans la littérature scientifique de langue française se révèle assez différente, puisqu'elle semble ignorer les sujets et les développements qu'on vient d'évoquer. Dans le monde culturel de langue française, la philosophie du droit et l'éthique, disciplines à caractère normatif, ont en effet de la difficulté à s'instituer dans les structures académiques et dans la production éditoriale.

On peut constater, d'une part, une sorte de résistance à faire de l'éthique une discipline philosophique à part entière, avec des institutions académiques spécifiques, et, d'autre part, le fait que la philosophie du droit ne connaît pas les développements qu'on peut déceler dans les cultures de langue anglaise, allemande, italienne ou espagnole. Même le mouvement de la «réhabilitation de la philosophie pratique» a eu un écho relativement modeste dans la culture philosophique de langue française, si l'on excepte la production en provenance du Québec [12]. En ce qui concerne cette dernière, on constate, d'une part, une attention plus importante portée à la tradition anglo-saxonne, tant analytique qu'herméneutique, et, d'autre part, une sensibilité plus marquée pour une réflexion éthique consacrée aux grands problèmes de société, parmi lesquels le comportement criminel et les dépendances toxicomanes jouent évidemment un rôle central.

La recherche en sciences sociales touchant aux phénomènes de la criminalité est fort abondante ainsi que théoriquement très riche. Il suffit de rappeler le rôle joué par l'œuvre de Michel Foucault dans ce domaine, en particulier par son *Surveiller et punir* [13].

Ces dernières années, on peut toutefois constater un certain regain d'intérêt aussi en francophonie [14]. Les contributions ici réunies aimeraient s'insérer dans cette mouvance, en l'encourageant et en l'alimentant par l'approfondissement d'aspects particuliers.

La question «*Y a-t-il une peine juste ?*» pourrait, après cette sommaire présentation de l'état de la recherche dans ce domaine, sonner comme parti-

plus récente, je renvoie à: A. Garapon, F. Gros et T. Pech, *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Paris, Odile Jacob, 2001. Pour ce qui est de la médiation, *cf.* surtout: J.P. Bonafé-Schmitt, *La médiation: une justice douce*, Paris, Syros Alternative, 1992, ainsi que M. Bouchard et G. Mierolo, *Offesa e riparazione. Per una nuova giustizia attraverso la mediazione*, Milano, Bruno Mondadori, 2005.

[12] *Cf.* tout de même pour un bilan: L. Thiaw-Po-Une (éd.), *Questions d'éthique contemporaine*, Paris, Stock, 2006, œuvre très riche en informations mais qui n'évoque pas, parmi les débats contemporains en éthique, la problématique du fondement moral de la punition.

[13] M. Foucault, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard 1975; parmi les titres de littérature secondaire, *cf.* surtout: M. Perrot (éd.), *L'impossible prison*, Paris, Seuil, 1980; J. Fellner, *Der Foucaultsche Überwachungsbegriff: Implikationen und Relevanz für Wirtschaft und Leben*, Marburg, Tectum, 2004; M. Cicchini et M. Porret (éds.), *Les sphères du pénal avec Michel Foucault*, Lausanne, Antipodes, 2007.

[14] *Cf.*, parmi les publications les plus récentes, surtout: B. Guillarme, *Penser la peine*, Paris, P.U.F., 2003; G. Casadamont et P. Poncela, *Il n'y a pas de peine juste*, Paris, Odile Jacob, 2004; Ch. Nadeau et M. Vacheret, *Le châtiment*, Montréal, Liber, 2005.

culièrement provocatrice. Si la peine est un châtiment qui vise à répondre à un mal commis, elle doit nécessairement être juste. En même temps, la seule réponse possible à la blessure infligée par le mal ne saurait être uniquement celle du bien et de la guérison que ce même châtiment peut et doit apporter. Tout cela paraît facile lorsqu'on se limite à l'affirmer de façon volontariste, sans mesurer les implications indirectes à caractère normatif qui en résultent.

Pourtant, les questions théoriques, surtout à caractère éthique, que la réalité d'un châtiment étatique soulève restent nombreuses et ne cessent d'interroger la réflexion philosophique depuis des siècles. C'est pourquoi s'interroger sur la possibilité d'une peine juste exige d'abord de se confronter à la production philosophique, éthique et juridique qui s'y est consacrée plus ou moins récemment.

C'est donc dans ce contexte très précis que j'essaierai maintenant de formuler quelques questions ouvertes portant sur l'interrogation fondamentale de ce dossier – y a-t-il une peine juste ? –, et pour mener à bien une telle opération, il faut avant tout proposer une typologie des sanctions publiques qui permette d'en déceler le développement historique et sa justification interne.

2. *Une triade : vengeance, peine et mesures coercitives*

Afin de donner un ordre conceptuel aux réflexions que je proposerai sur la peine et d'introduire ainsi les textes qui constituent ce dossier, il me semble utile de distinguer, grâce à l'introduction de concepts «idéaux-typiques», les différentes modalités selon lesquelles s'est exprimée et s'exprime encore la volonté de sanction de la part de différents groupes sociaux tout au long de l'histoire.

Je propose de désigner ces modalités par les termes de *vengeance*, de *peine* et de *mesures coercitives*. Afin d'éviter certains malentendus, il faut d'emblée préciser qu'il ne s'agit pas en premier lieu de manifestations empiriques (comme si on pouvait les retrouver telles quelles dans la réalité), mais plutôt de concepts-clés qui peuvent nous aider à interpréter le développement des pratiques punitives.

– La *vengeance* est une sanction envers des personnes ou des membres d'un groupe social, édictée sans discussion publique et organisée à partir d'une culpabilité supposée, mais tout de même entreprise selon des règles précises qui en délimitent la violence intrinsèque [15]. La vengeance n'est pas nécessairement

[15] Pour une introduction aux études sur cette institution préjuridique, on citera : G. COURTOIS, *La vengeance*, Paris, Cujas, 1984 ; R. VERDIER (éd.), *La vengeance : études d'ethnologie, d'histoire et de philosophie*, Paris, Cujas, 1981-1986 ; P. MARONGIU et G. NEWMAN, *Vendetta*, Milan, Giuffrè, 1995 ; M. SORDI (éd.), *Amnistia perdono e vendetta nelo mondo antico*, Milan, Vita e Pensiero, 1997 ; A. FICHERA, *Breve storia della vendetta*, Roma, Castelvecchi, 2004 ; D. BARTHÉLEMY (éd.), *La vengeance, 400-1200*, Rome, École française de Rome, 2006.

aveugle, et cela même en cas d'absence de ritualité judiciaire : elle suit en effet sa logique et ses lois d'échange internes à des peuples qui ne connaissent pas encore l'écriture et le caractère presque étatique de leurs structures politiques.

– Dans la plupart des cas, c'est tout de même la modalité de la *peine* qui est en vigueur. Le terme *peine* est à comprendre comme une sanction qui limite la liberté d'un individu, touchant même dans certains cas à sa vie, après l'avoir reconnu coupable grâce à un procès réglé par des lois en vigueur et dans lequel des preuves et des contre-preuves sont débattues publiquement en lien avec l'accomplissement volontaire d'un délit. En effet, on ne peut parler de peine qu'à l'intérieur des conditions posées par les célèbres axiomes *nulla pœna sine lege* et *nulla pœna sine culpa*[16].

– La troisième catégorie est peut-être la plus diffuse, car elle n'exprime pas une institution réellement existante, mais plutôt une tendance actuelle à répondre à l'anomie de nombreux groupes et individus au moyen de *mesures coercitives*, lesquelles – même si elles sont parfois semblables à des peines – s'en distinguent dans leur structure essentielle.

Il faudra avoir à l'esprit cette triade conceptuelle afin de pouvoir mieux comprendre le sujet traité, à savoir les discours proposés par l'éthique philosophique pour légitimer la peine. En effet, tout ce que nous pourrons lire dans les textes qui suivent se référera exclusivement à la peine, et non aux deux autres modalités citées, même si ces dernières posent, elles aussi, de graves problèmes éthiques.

3. *Légitimations philosophiques et juridiques de la sanction pénale*

Avant de considérer les différents arguments qui visent à légitimer la peine, il faut remarquer que la pratique punitive précède toujours tout discours systématique sur cette modalité de répression. Il faut aussi signaler le fait que dès que l'éthique s'est structurée comme discipline philosophique publiquement reconnue, la légitimation de la peine est devenue une de ses questions majeures. Sa longévité pourrait nous faire penser que la question est désormais épuisée. À partir de Platon et d'Aristote déjà, on peut en effet observer une fixité ennuyeuse des arguments pour ou contre la sanction judiciaire. Un développement argumentatif se manifeste tout de même, grâce à une accumulation et à un affinement des questions subsidiaires. Il s'agit là d'un processus qui ne concerne pas exclusivement la réflexion sur la peine, mais qu'on peut observer dans plusieurs questions éthiques et juridiques et qu'on pourrait interpréter alternativement en termes de *différenciation* ou de *développement de l'apprentissage moral*[17].

[16] Pour un examen détaillé de ces conditions, *cf.* L. Ferrajoli, *Diritto e ragione*, Roma-Bari, Laterza, 1989, ici surtout p. 67-87.

[17] *Cf.* J. Habermas, *Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus*, Francfort, Surhrkamp, 1976 ; Id., *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*, Francfort,

Voici donc, dans un ordre systématique et non nécessairement historique, quelques questions de plus en plus approfondies dans le développement de la pensée éthique sur la peine :

– Existe-t-il pour une société le devoir moral d'avoir un système codifié de châtiments ? Y a-t-il également un devoir moral de la part de l'État de punir ceux et celles qui se sont rendus coupables de délits avérés ? [18]

– Quelles sont les actions à inclure ou à exclure de ce système codifié des châtiments ? Comment se configure la relation entre la sphère juridique et la sphère morale lorsqu'il s'agit de se demander si un comportement doit être plus ou moins puni ?

– Quelles sont les raisons d'une telle inclusion (ou exclusion) ?

– Quel est le but éthique des sanctions pénales, et par rapport à qui ?

– Quelles sont les fonctions sociales qu'on attend des différents types de peine et comment est-il possible de les articuler à ces légitimations éthiques ?

– Quels sont les critères de mesure de la peine par rapport aux différents types de crime ?

– Peut-on enfin parler, et à juste raison, d'une «peine juste» ?

Il s'agit d'une longue série de questions, à laquelle il ne sera évidemment pas possible de répondre de manière exhaustive ici. Nous nous limiterons à la question centrale : celle qui concerne le but et la légitimation éthique de la peine *en soi*.

3.1. *La conception et la légitimation absolue de la peine*

La conception dite *absolue* est une figure argumentative selon laquelle la peine ne vise à obtenir aucun but extérieur. Dans cette perspective, la peine est une sanction nécessaire en soi, une fois démontrée une violation volontaire, et donc «fautive», du droit pénal positif. C'est en ce sens le délit qui implique sa punition, selon la formule classique *quia peccatum est*, et cela sans faire recours à des finalités extérieures ou dépendantes de la peine elle-même. La peine est dans cette perspective *absoluta ab effectu*, détachée de ses possibles effets.

Cela ne signifie pas qu'une fondation absolue de la peine soit sans référence à un critère éthique ou tout simplement l'expression d'un sentiment de revanche. Au contraire, la forme classique de ce type de légitimation se propose comme

Suhrkamp, 1983 ; parmi les disciples qui ont approfondi cette approche : K. EDER, *Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften*, Francfort, Suhrkamp, 1976 ; K. DÖBERT, *Systemtheorie und die Entwicklung religiöser Deutungssysteme*, Francfort, Suhrkamp, 1976.

[18] Cette attention portée au devoir plus qu'au droit de punir a été approfondie tout récemment par N. CAMPAGNA dans son ouvrage : *Strafrecht und unbestrafte Straftaten. Philosophische Überlegungen zur strafenden Gerechtigkeit und ihren Grenzen*, Stuttgart, F. Steiner, 2007.

une théorie clairement morale de la peine (même si une telle prétention varie évidemment selon les auteurs et les stratégies argumentatives adoptées).

Ce qui nous intéresse, c'est de dégager ce qui distingue les théories rétributives de la peine de la simple pratique de la vengeance, c'est-à-dire de montrer qu'elles sont finalement à comprendre dans leur appartenance à un système de sanctions réglé par un droit écrit. Deuxième remarque importante : la rétribution vise normalement à tempérer la possibilité d'une vengeance non proportionnée au délit. En ce sens, la rétribution ne vaut pas comme légitimation de la peine, mais tout au plus comme un critère de mesure de son intensité : c'est ce que le philosophe anglais Hart a clairement montré [19].

3.2. *Les théories relatives de la peine*

Au contraire des théories absolues de la peine, les théories *relatives* visent la réalisation d'un ou de plusieurs buts pratiques à l'aide de la peine. Il est donc possible d'énumérer les différents types de théorie relative selon les buts qu'elle vise :

– le but de la *prévention générale* : ce qui justifie la peine serait, en ce sens, sa capacité de prévenir des délits futurs au moyen de l'intimidation et de la menace de peines adéquates ;

– le but de la *prévention spéciale* : ce qui justifie la peine serait sa capacité de prévenir la répétition du délit par le même sujet ;

– le but de la *resocialisation du coupable* : ce qui justifie la peine serait sa finalité de correction et de rééducation du coupable.

Normalement, ces finalités ne s'excluent pas les unes les autres, mais figurent souvent ensemble dans les théories des différents philosophes. Dans la littérature juridique, on trouve fréquemment les trois figures argumentatives, organisées selon leurs différents temps d'application : la prévention générale légitime le système pénal avant qu'un délit ne soit accompli ; la prévention spéciale dès qu'un délit a eu lieu ; la resocialisation légitime finalement qu'une peine soit édictée pour un sujet reconnu coupable d'un crime.

À l'âge moderne, ce sont ces théories relatives qui ont eu le plus grand succès, et cela en connexion avec des phénomènes que je me limite à rappeler très rapidement :

– le passage historique d'une vision naturelle à une vision artificielle du politique : si la sphère du politique est le résultat d'une décision humaine et non pas une caractéristique innée de l'être humain, la peine, elle aussi, ne sera plus une réaction naturelle au crime, mais le résultat d'une décision prise en suivant des arguments ;

[19] H. L. A. Hart, *Punishment and responsibility*, Oxford, Oxford University Press, 1968, 2e édition, 2008. Sur la philosophie pénale de Hart, *cf.* M. A. Cattaneo, «La retribuzione penale nell'interpretazione e nella critica di H. L. A. Hart», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 4e année, 1974, p. 641-699.

– le développement autonome du droit pénal par rapport aux autres instances étatiques, telles que les instances législative et exécutive, et la recherche de fondements de l'État *etsi Deus non daretur* ont évidemment aussi favorisé la recherche d'arguments pour légitimer le châtiment.

Mais il faut également rappeler ici que ces théories relatives de la peine ont posé toute une série de problèmes éthiques.

– En ce qui concerne la prévention générale : peut-on vraiment parvenir à démontrer l'efficacité dissuasive de la peine ? Et, même s'il était possible d'y parvenir, le fait de punir quelqu'un afin que quelqu'un d'autre n'accomplisse pas des délits ne conduirait-il pas à réduire le premier à un simple instrument ?

– Toujours à propos de la prévention générale : si elle est appliquée comme un critère de mesure de la peine, n'ouvre-t-elle pas la porte à l'arbitraire, jusqu'à légitimer éventuellement le châtiment de l'innocent ?

– En ce qui concerne la resocialisation du coupable : la genèse morale de la personne peut-elle véritablement avoir lieu sous le signe de la contrainte ? Et même si cela était possible, serait-ce éthiquement légitime de la part de l'État ?

Comment, dès lors, parvenir à dépasser toutes les questions posées par les théories relatives et absolues de la peine ? La solution ne saurait être d'essayer de combiner les différentes théories, afin qu'elles puissent se renforcer en dépassant ainsi leurs limites essentielles. Il s'agirait d'une illusion. On peut tout au plus confier aux différentes théories la tâche de se critiquer et de se limiter les unes les autres.

Mais comment peut-on alors parvenir à répondre à la question de savoir s'il y a une peine juste ? Sans prétendre donner une réponse systématique, les textes de ce dossier tentent d'en proposer quelques ébauches et de les soumettre au débat public.

4. *Y a-t-il une peine «juste» ?*

Une première question, qui n'a pas encore trouvé sa place dans les différentes théories classiques de la peine, est celle abordée dans les pages suivantes par *Norbert Campagna*. À savoir : l'État a-t-il un devoir catégorique de punir ? En effet, après s'être penché longuement sur la question du droit de punir, la philosophie du droit devrait, selon Campagna, s'interroger de manière plus précise sur celle du *devoir de punir*. Le but d'une telle interrogation est d'identifier des instances vis-à-vis desquelles l'État serait obligé de punir une personne coupable. Plus particulièrement, Campagna considère un devoir supposé de l'État envers l'idée de justice, envers Dieu, envers soi-même, envers la victime et ses proches, et finalement envers le coupable. Campagna conclut que, pour aucune de ces instances, il n'est possible d'établir au-delà de tout doute un devoir catégorique de punir. Tout au plus pourra-t-on établir l'existence d'un devoir de punir fondé sur une décision de la société.

L'actualité de ces réflexions sur la question d'un éventuel devoir étatique de punir devrait sauter aux yeux de quiconque a suivi l'histoire de ces nombreux pays qui, au cours de ces dernières décennies, sont passés de régimes politiques foncièrement injustes à des régimes politiques plus justes par le biais d'une politique d'amnistie pénale.

Si donc l'État n'a aucun devoir catégorique de punir, il faut reprendre la question de savoir quel type d'autorité serait nécessaire pour qu'il y ait une peine juste. C'est le point abordé par *Stefano Biancu*, qui propose dans sa contribution une lecture unifiée de deux des questions majeures de la philosophie du droit : celle de l'autorité, justement, et celle de la peine, l'hypothèse étant que les actuelles crises de la peine et de l'autorité ont des racines partiellement communes. Dans cette perspective, selon Biancu, la crise de la peine se présenterait comme un des lieux d'émergence de la crise moderne de l'autorité (en tant que limitation de la liberté et de l'égalité) ; d'autre part, un réexamen radical de la catégorie d'autorité devrait nécessairement impliquer aussi une radicale transformation des pratiques pénales. La conclusion est que la réduction moderne de l'autorité à un simple pouvoir impersonnel implique que le système pénal adopte une configuration exclusivement coercitive et rétributive. Au contraire, le fait de repenser l'autorité comme ressource symbolique toujours *ultérieure* et quand même toujours *incarnée*, signifie ouvrir la possibilité de repenser la peine comme voie d'humanisation. Une telle autorité (symbolique, ultérieure et quand même incarnée) n'est évidemment pas l'autorité impersonnelle des appareils de l'État. Concrètement, il s'agit de revaloriser le rôle des victimes : afin qu'elles soient reconnues non seulement en tant que victimes à dédommager, mais comme des autorités *faisant réellement autorité,* et cela afin que ce qui s'est passé ne se reproduise plus (du point de vue de la prévention générale autant que de la prévention spéciale).

Une fois repensé le rapport entre la peine et l'autorité – celle de l'État, mais aussi celle de la victime ainsi que celle de son offenseur – , une autre question s'annonce, insuffisamment traitée par les théories classiques de la peine, mais touchant à la question centrale de la possibilité d'une peine juste : la question de la liberté de la personne qui a commis un crime. *Francesca De Vecchi*, en se fondant sur l'analyse de la préméditation élaborée par le phénoménologue et philosophe du droit Adolf Reinach (1883-1917), se concentre en ce sens sur la catégorie problématique de la préméditation (*Überlegung*, en allemand), en montrant comment la diversité des rôles attribués à la préméditation dans les différents codes pénaux témoigne de la difficulté de saisir de façon univoque la signification du concept. Il s'agit d'un problème philosophique et éthique touchant à la définition des actes intentionnels et volontaires et du rapport entre ces actes et la qualité morale de la personnalité de l'auteur. Il s'agit donc, au fond, du problème concernant la possibilité d'une peine juste : est-il justifié de considérer la préméditation comme l'élément principal ou comme l'un des éléments principaux définissant la forme la plus grave d'homicide volontaire, puni en tant que tel de la peine la plus sévère ? Sur la base d'une analyse

phénoménologique du concept d'*Überlegung*, Reinach concluait que ce dernier ne peut pas fonder la distinction entre *Mord* (assassinat) et *Todschlag* (meurtre), punis à son époque respectivement par la peine de mort et par un emprisonnement de quelques années. Considérée comme *Überlegung* volontaire (à savoir : comme un processus d'évaluation ou de négation de valeurs morales), la préméditation exprime certes la qualité morale de l'agent, mais seulement au niveau symbolique : entre l'*Überlegung* et le caractère moral de l'agent, il n'existe pas un rapport nécessaire, la présence d'une réflexion morale ne correspondant pas à une moindre qualité morale de l'agent. Toutefois, même si elle n'est pas considérée comme une *Überlegung* volontaire, la préméditation ne peut pas fonder la distinction entre *Mord* et *Todschlag* : dans ce cas, la décision de tuer quelqu'un est déjà prise et l'*Überlegung* se limite à une évaluation sur les moyens pour y arriver. C'est donc évident – selon Reinach – que même dans ce cas, l'*Überlegung* ne dit rien à propos de la qualité morale de l'agent. Une augmentation de la peine serait donc injustifiée.

Après avoir ainsi analysé les rapports entre la peine et l'autorité, d'une part, et entre la peine et la liberté, d'autre part, il faut encore essayer de repenser d'un point de vue éthique la possibilité de voies alternatives. C'est la tâche des contributions d'André Kuhn et de Frank Haldemann.

En ce qui concerne le droit pénal, *André Kuhn* se propose de montrer la pertinence et la cohérence d'une position abolitionniste, selon laquelle des sanctions informelles (comme par exemple le blâme et la réprobation sociale) suffisent à régler une société, rendant des réactions (et donc des sanctions) formelles inutiles. Analysant toutes les fonctions possibles de la sanction pénale (l'expiation, la rétribution, le maintien de la cohésion sociale, la resocialisation, l'intimidation, l'élimination des éléments dangereux ou gênants, la réparation, la réconciliation), Kuhn montre que, pour aucun de ces buts, le système pénal ne se montre à la hauteur des attentes qu'on met en lui. Au-delà de la «justice du glaive», aujourd'hui en vigueur, le temps serait donc arrivé de considérer une autre possibilité : celle d'une «justice de l'aiguille», visant à permettre aux parties de trouver – si possible d'une façon consensuelle – une solution à leur conflit, et cela grâce à la médiation (plutôt qu'au jugement) d'un tiers.

Frank Haldemann se penche finalement sur la question de la possibilité d'une réponse juste au mal radical, celui qui, dans l'histoire, a pris les noms d'Auschwitz, du Goulag, de Hiroshima, de Srebrenica, etc. Il en va de la question de la justice transitionnelle, qui vise à restaurer un lien social et à refonder une communauté politique plutôt qu'à trouver la «juste» rétribution. Les crimes collectifs représentent plus qu'une simple somme d'actes de violence : ils symbolisent un manque de respect de la part de la société pour quelques-uns de ses membres. Haldemann essaie de se mettre dans la perspective de ces victimes, afin de penser des solutions non seulement *pour* elles, mais plutôt *avec* elles. Il s'agit d'un point de vue développé à partir du négatif (sous la forme de l'humiliation et du manque du respect), afin de mieux comprendre les valeurs du positif. Il faut chercher à construire un symbolisme positif,

capable d'annuler le symbolisme négatif des humiliations subies : et cela en termes politiques, au-delà de tout sentimentalisme. Certes, il s'agit finalement d'une justice limitée, fragile, imparfaite, mais c'est là le paradoxe de la justice transitionnelle.

Les considérations des intervenants de cette journée sont restées dans le cadre d'une philosophie et d'une éthique du droit. Toutefois, celles et ceux qui liront avec attention ces pages verront que la problématique évoquée par ces approches différentes mais convergentes appelle aussi implicitement à une réflexion de nature éthico-théologique. Les initiateurs de ce projet de recherche essaieront d'aborder également cette dimension liée au thème de la peine. Nous espérons pouvoir en partager prochainement quelques ébauches et résultats.