

LES FONDEMENTS PHILOSOPHIQUES DU DROIT PENAL

PAR

Angèle KREMER-MARIETTI

Maître assistante de Philosophie à l'Université d'Amiens

Si nous nous en tenions à rechercher les principes qui guident la procédure pénale, nous pourrions affirmer, en suivant les traités classiques, que l'organisation, le déroulement et le jugement du procès pénal, qui constituent la procédure pénale, impliquent un certain nombre de thèses, telles que : 1) l'infraction commise (contravention, délit ou crime) a un *auteur* présumé, le délinquant ; 2) par cette infraction la société tout entière se considère *atteinte*, aussi intente-t-elle le procès pénal en vue de juger le délinquant ; c'est pourquoi elle a, d'abord, fixé les règles à suivre et les formes à respecter pour rechercher, constater et poursuivre l'infraction, ainsi que pour établir les preuves et pour juger le délinquant à l'audience ; c'est pourquoi elle a, enfin, aussi réglementé l'autorité des jugements et les voies de recours possibles. Au principe de cette procédure, on reconnaît la volonté ferme qu'a la société de se défendre sur la base de l'organisation de juridictions répressives : la certitude de la répression, en effet, constitue un point capital de cette défense de l'ordre social. Toutefois, et en contrepartie, l'individu poursuivi et inculpé est nanti du droit de se défendre dans ce qu'on appelle les *droits de la défense* qui garantissent l'honneur, la liberté, et même la vie de l'innocent, lorsque c'est le cas. Au cours du procès pénal, qui se veut essentiellement contradictoire, ce n'est pas l'infraction en tant que telle qui est jugée, mais c'est, en définitive, le délinquant dans le rapport qui s'est établi entre sa personnalité propre et l'infraction commise. À travers l'examen analytique de ce rapport sous l'angle de la respon-

sabilité et de la culpabilité, se concrétise ce qu'on appelle l'individualisation de la peine qui sera décidée. Celle-ci est présumée avoir une double finalité : la *correction* et l'*amendement* du délinquant, ou bien la mesure de traitement ou de rééducation quand il est jugé irresponsable. En résumé, l'ordre social se défend à travers l'application du droit pénal par la procédure pénale comprenant les droits de la défense de l'individu inculqué qui, déclaré coupable, *se corrige* et *s'amende*. Tel est le scénario.

A partir de ce schéma classique, il est facile de voir que la société, en tant qu'elle fait l'unité de la justice civile et de la justice répressive sur la base de la séparation des fonctions est *seul juge* du point de vue du fond (droit pénal) et de la forme (procédure pénale) en ce qui concerne le maintien de l'ordre public. Aussi la justice pénale est-elle corrélative avec l'organisation politique et son évolution. Car, avant même d'avoir statué sur le fond, l'Etat est intervenu sur la forme, canalisant la vengeance privée. Celle-ci précéda donc toute procédure pénale, et le souci même d'une procédure pénale précéda donc l'élaboration des normes relatives à l'infraction ou à la pénalité. Ce qui veut dire que, de toute façon, si la société a substitué la justice à la vengeance, et si elle s'est elle-même substituée à la partie lésée en tant qu'elle est elle-même le tout, il n'en demeure pas moins que la pénalité concerne autant le droit en tant que tel que l'anthropologie, puisque toutes les sociétés connaissent le mythe de la peine¹ ; ou, du moins, toujours des sanctions sont prévues, qu'elles relèvent, ici et là, de la coutume ou d'une décision explicite. De même, la peine et la faute qu'elle indique touchent au droit, certes, ainsi qu'à l'anthropologie, mais encore à la philosophie. D'une manière générale, l'histoire de la procédure pénale manifeste à l'évidence que la procédure pénale a été influencée par les formes politiques de gouvernement mais encore par les philosophies du droit et de l'Etat. Quant au droit pénal, il a ses assises, ses fondements philosophiques chez Sénèque, Aristote et Grotius, dans ses grandes lignes, la loi étant à la fois la puissance atteinte par l'injure du dommage et la puissance chargée de l'annuler.

La pénalisation du droit tout entier est actuellement un fait de tendance ; on peut le regretter, il faut l'interpréter. Même si l'on refuse de mettre le pénal au principe du juridique, il faut reconnaître — à supposer qu'il soit possible de définir le juridique en tant que tel — que le pénal accompagne pas à pas le juridique, qu'il est son envers constant s'il n'est son endroit. A tel point que, très justement, Alexandre Kojève remarque que le droit pénal, pour séparé qu'il soit — et, en effet, du point de vue de la procédure, le procès pénal ne peut se confondre avec le procès civil qui départage essentiellement des intérêts privés, et peut se régler à coups d'arguments juridiques et logiques — concerne,

1. Notons que nombre d'études abordent cette question qui fut l'objet du VII^e colloque organisé par Enrico Castelli en janvier 1967, et réunies sous le titre *Le Mythe de la peine*, Aubier Montaigne, Paris, 1967.

en fait, toutes les classes de phénomènes juridiques. Dans cette perspective, pour Kojève, « il y a un Droit public pénal et civil, tout comme il y a un Droit privé pénal et civil »². Ainsi on peut considérer des espèces de ce droit aussi nombreuses qu'il y a de sociétés susceptibles d'être lésées et en lieu et place desquelles l'Etat intervient en tant que tiers. Ce qui différencie le droit pénal de tout autre c'est le caractère « spontané » de l'intervention à laquelle il donne lieu de la part de la société lésée par l'infraction : ce qui réagit ici, ce n'est pas la partie lésée elle-même et atteinte dans son droit, mais le tout en tant que *conscience* du droit pénal qui est ce qui « provoque » l'application. Aussi, le problème que nous abordons peut se poser dans la perspective (fatale ?) d'une abusive *théologisation* du droit, du point de vue de la peine, et, inversement, d'une abusive *juridicisation* du théologique. Dans le premier cas, il serait convenable de critiquer l'abus qui tendrait à faire accepter la peine juridique comme un châtement ; dans le second cas, il serait utile de s'interroger sur la métaphore juridique qui sévit dans le domaine théologique. Quant au projet que nous avançons, il pourrait paraître tout à la fois ambitieux et trompeur ; car, à travers l'idée de « fondements philosophiques », il pourrait laisser supposer que le droit pénal est « fondé » philosophiquement et qu'il l'est soit *a priori* soit *a posteriori*. Une fondation *a posteriori* serait l'équivalent d'une justification « après coup » ; une fondation *a priori* devrait révéler ou constater une vérité humaine incontournable. Ce que nous visons, en fait, c'est à poser la *notion juridique de peine* avec les implications philosophiques qu'elle permet d'induire à son fondement.

En la matière il faut, selon le conseil de Nietzsche³, distinguer entre l'origine et le but du « châtement », le but étant « rajouté » : la « cause de la naissance » et « l'utilité finale » ne sauraient être confondues⁴. Aussi Nietzsche a-t-il énuméré les différents sens pris par la réalité anthropologique du châtement ou de la peine. Il remarque d'abord que l'usage est permanent tandis que le sens varie, celui-ci peut être compris occasionnellement comme rétributif, punitif ou répressif dans les modalités suivantes du pouvoir en tant que :

1. moyen de mettre hors d'état de nuire ;
2. moyen de prévenir des dommages ultérieurs ;
3. dédommagement envers la personne lésée ;
4. moyen d'isoler ce qui trouble l'équilibre ;
5. moyen d'inspirer la crainte du pouvoir ;
6. compensation des avantages dont s'est approprié le délinquant ;
7. moyen d'éliminer un élément dégénéré ;
8. moyen de maintenir un type social ;
9. fête et occasion de violence ;

2. Alexandre Kojève, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Editions Gallimard, Paris, 1981, p. 422.

3. Cf. *Généalogie de la morale*, coll. 10-18, Paris, 1974, p. 189 (XII).

4. *Ibid.*

10. moyen de créer une mémoire (amendement ou avertissement) ;
11. paiement d'honoraires stipulés par le pouvoir (contre les excès de la vengeance ;
12. compromis avec l'état de nature de la vengeance ;
13. déclaration de guerre contre un ennemi de la paix, de la loi, de l'ordre, de l'autorité⁵.

Dans toutes les formes relevées par Nietzsche au hasard, un pouvoir est toujours présupposé capable d'appliquer la règle et donc de mettre hors d'état de nuire, de prévenir des dommages ultérieurs, d'isoler l'élément trouble ou séditieux, de maintenir l'ordre mais encore d'imposer un type d'ordre à travers un « type social » et ainsi de se confirmer comme pouvoir, mais encore d'éliminer les actes de vengeance en leur donnant un substitut de paiement ou d'amendement, et, quant à la lettre de la loi, de prévenir le manquement à la règle commune. Cela est clair quelle que soit la règle. Nous soulignerons que le châtement ou la peine est par principe ce qui nie ce qui tendait à nier la règle : une *négation de la négation*. On se rappelle la proposition de Spinoza concernant toute définition : « *omnis determinatio est negatio* » ; ce qui impliquerait déjà que la règle elle-même en tant que définie est négation de ce qui n'est pas elle et la peine est la part active et opérante de ce qui n'est pas la règle : c'est la détermination complète de la règle se posant. D'où, il faudrait considérer la peine comme un élément juridique *sine qua non* définissant négativement et positivement le droit en tant que tel. Car le droit en tant que tel peut être appréhendé abstraitement et métaphysiquement, alors qu'il doit l'être surtout concrètement d'abord dans la détermination de ce qu'il n'est pas réellement, et ce qu'il n'est pas est la « chose » qui tombe sous le coup de la sanction pénale. Se posant comme négativité de la nature, l'homme n'est pas un néant⁶ ; et la règle est négativité de ce qui n'est pas la règle, aussi dans sa définition même nie-t-elle par avance tout ce qui pourra tendre à la nier. L'annulation logique étant nécessaire mais non suffisante, il y faut encore soit une annulation magique prenant corps dans le rite de la peine par une opération effective, soit une annulation juridique décidée explicitement à partir du droit pénal et qui, au-delà de la procédure pénale, sera le résultat du jugement : la condamnation à la peine. Ce qui ne préjuge pas de la nature de cette dernière. Certes, le droit ne se réduit pas à l'administration de la sanction et le juridique ne saurait s'identifier totalement avec l'aspect punitif qu'il prend dans son application. Toutefois, métaphysiquement, le droit en tant que tel témoigne de la perte de l'innocence. Juridiquement et moralement, s'impose généralement la nécessité et le désir de l'action juste ; comme elle-ci n'est pas certaine,

5. *Op. cit.*, pp. 193-194 (XIII).

6. A. Kojève, *op. cit.*, p. 244. Dans notre petit ouvrage, *La Morale* (Que saisje ? n° 2003), nous développons nos positions quant à la constitution du sujet dans son rapport à la loi.

7. Cf. *Sein und Zeit*, siebente unveränderte Auflage, Max Niemeyer Verlag, Tübingen, 1953, p. 283.

l'efficacité du droit lui-même repose sur la certitude de la peine en cas d'infraction. La certitude inhérente au droit est garantie par la perspective de la peine ou plutôt de la sanction (le châtement étant à reléguer dans le domaine purement théologique). Comme l'écrit très justement Heidegger reprenant la réflexion nietzschéenne sur la *Schuld* (faute et dette tout en même temps dans la *Généalogie de la morale* de Nietzsche), la culpabilité doit être abordée et interrogée fondamentalement du point de vue de l'être-coupable de l'existence ; ce qui veut dire : du point de vue de « coupable » comme étant conçu en tant que mode de l'existence⁷. Tel est donc le présupposé. Mais ce présupposé n'exclut nullement l'élément critique d'une réflexion sur la nature et les limites de ce que devrait être une sanction ; bien au contraire, puisque l'épreuve de la faute qui est une épreuve de solitude montre la faille du lien social au cœur même de la subjectivité. Or, l'épreuve de la faute, en tant que vécue intérieurement, ne se mesure pas uniquement avec une infraction objective, mais, pour ainsi dire, prévoit l'infraction en nous la faisant craindre et déjà, comme anticipation, en nous la faisant connaître par représentation. Que le droit qui constitue notre être-au-monde soit lié à la peine comme anticipation et conséquence de la faute comprise comme dette, il n'en acquiert ainsi que plus de valeur en soi.

Nous évoquons les phénomènes de sanction tels que l'anthropologie nous les fait découvrir. Nous nous référons, entre autres, à deux conférences exemplaires du séminaire actuel de Raymond Verdier, intitulé « Système pénal et pouvoirs » : à celle de Patrick Menget sur les Txicào du Brésil et à celle de Philippe Descola sur les Achuars de l'Amazonie équatorienne. Dans les deux sociétés sans système pénal ni ordre politique, la sanction « fonctionne » néanmoins. Chez les Txicào, la honte de celui qui a violé les règles des relations sociales devient insupportable au point qu'il choisit de mourir à la guerre ; de plus, le non-respect des interdits comme l'inceste entraîne la maladie et la mort. Chez les Achuars, les manquements graves concernent la sexualité et entraînent la mort des coupables. En outre, les causes de guerre répressive, chez ces deux peuples, sont des morts attribuées à la sorcellerie d'une des deux parties en conflit ; mais chez les Achuars, ces guerres et les représailles en général sont moins une occasion de réparation des torts qu'une mise en œuvre de groupes fonctionnels de parents aboutissant à une forme d'ordre politique supra-local sans support institutionnel. Donc on voit dans les deux cas agir cette culpabilité fondamentale constitutive de l'existence ; et, dans un cas, on voit qu'elle est même fondatrice du point de vue du pouvoir politique. Le mythe de Prométhée tel qu'il est interprété par Platon⁸ montre de même que le « politique » est étroitement lié au don que Zeus fit aux hommes et qui se résume aux deux principes, honneur ou pudeur (*aidos*) et justice (*dikè*) : on reconnaît que l'honneur, la pudeur et même la honte participent du premier principe qui nous

8. Cf. notre article *Platon et le mythe*, « Revue de l'enseignement philosophique », 31^e année, n^o 3, février-mars 1981.

sensibilise et nous rend réflexifs quant à notre mérite : cette sensibilisation procède d'une mise en rapport avec le principe de *dikè*, la justice et le droit (principe sinon réalité). Le terme *aidos*, si difficile à traduire, signifie, écrit Louis Gernet⁹, l'obligation à l'égard d'un partenaire qui s'est constitué une avance par un don gratuit : c'est l'équivalent d'une dette d'honneur qui ne deviendra une faute que par manquement à l'obligation.

Une question s'impose et fait scandale : si la culpabilité est fondamentale et même fondatrice, pourquoi ne ressort-il habituellement qu'une seule culpabilité, la culpabilité de fait, celle de l'infraction scientifiquement constatée « en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement en délit et légalement applicable », selon le très juste article 7 de la Déclaration de 1789 ? Nous voulons dire pourquoi n'y a-t-il pas culpabilité là où tout est préparé pour que le crime ait lieu ? Il y a certes, la criminalité et, la produisant, il y a aussi les agents criminogènes¹⁰. Le coupable doit être puni, mais les autres citoyens doivent se sentir solidaires de cette culpabilité, à proportion de leur pouvoir, donc de leur responsabilité : la tyrannie de l'accusateur public doit être dénoncée, et l'accusateur accusé à son tour. Le désir de punir s'exprimant comme « privilège pénal »¹¹ est, en fait, l'aveu d'une culpabilité fondamentale se déchargeant sur la personne du délinquant. N'est-il pas temps de dépasser ce vieux dicton rappelé par Grotius dans le *De Jure belli ac pacis* : « Il est permis sans injustice de faire souffrir qui a fait du mal » ? Ou bien appliquons-le radicalement, en remontant à ce qui a été criminogène. Et remontons encore à la faille du lien social, dans le creuset de la « faute », nous redécouvrirons la subjectivité là où elle a été bannie.

9. Cf. Louis Gernet, *Anthropologie de la Grèce antique*, Maspero, Paris, 1968, p. 182.

10. Cf. le recueil collectif, *La peine, quel avenir ? Approche pluridisciplinaire de la peine judiciaire*, « recherches morales 7 », éd. du Cerf, Paris, 1983.

11. Cf. Thierry Levy, *Le désir de punir. Essai sur le privilège pénal*, Fayard, Paris, 1979.