Alvaro Pires

Criminologue, École de criminologie, Université d'Ottawa

(1998)

“Kant face à la justice criminelle”

Un document produit en version numérique par Jean-Marie Tremblay, bénévole,
professeur de sociologie au Cégep de Chicoutimi

Courriel: jean-marie_tremblay@uqac.ca

Site web pédagogique : <http://www.uqac.ca/jmt-sociologue/>

Dans le cadre de la collection: "Les classiques des sciences sociales"

Site web: <http://classiques.uqac.ca/>

Une collection développée en collaboration avec la Bibliothèque
Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi

Site web: <http://bibliotheque.uqac.ca/>

Cette édition électronique a été réalisée par Jean-Marie Tremblay, bénévole, professeur de sociologie au Cégep de Chicoutimi à partir de :

Alvaro Pires
Criminologue, École de criminologie, Université d'Ottawa.

"Kant face à la justice criminelle".

Un article publié dans l'ouvrage de Christian Debuyst, Françoise Digneffe, Jean-Michel Labadie et Alvaro P. Pires, **Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Tome II : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie**, Chapitre 4, pp. 145-205. Les Presses de l'Université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa, De Boeck Université, 1998, 518 pp. Collection : Perspectives criminologiques.

Avec l'autorisation formelle de M. Alvaro Pires, professeur de criminologie, Université d'Ottawa, le 2 août 2006.

Courriel : alpires@uottawa.ca

Polices de caractères utilisée :

Pour le texte: Times, 12 points.

Pour les citations : Times 10 points.

Pour les notes de bas de page : Times, 10 points.

Édition électronique réalisée avec le traitement de textes Microsoft Word 2004 pour Macintosh.

Mise en page sur papier format LETTRE (US letter), 8.5'' x 11''

Édition numérique réalisée le 26 août 2006 à Chicoutimi, Ville de Saguenay, province de Québec, Canada.

Alvaro Pires

Criminologue, département de criminologie, Université d'Ottawa

“Kant face à la justice criminelle”

Un article publié dans l'ouvrage de Christian Debuyst, Françoise Digneffe, Jean-Michel Labadie et Alvaro P. Pires, **Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Tome II : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie**, Chapitre 4, pp. 145-205. Les Presses de l'Université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa, De Boeck Université, 1998, 518 pp. Collection : Perspectives criminologiques.

Table des matières

La philosophie politique de Kant

[Kant, le contrat social et la fonction du gouvernement](#)
[Kant et le principe de l'intervention minimale de l'État](#)
[Le contrat social et l'utilitarisme](#)

La théorie rétributive de la peine criminelle

[La notion de « rétributivisme »](#)
[Un prédécesseur de Kant](#) : la doctrine de l'expiation de St-Anselme
[Les grands traits de la théorie rétributive de la peine criminelle de Kant](#)

[Le fondement du droit de punir](#)
[Le but de la peine criminelle](#)
[Le principe de la volonté libre et rationnelle](#)
[Le principe de l'exclusion des mesures alternatives et de la critique du pardon](#)
[Le principe de l'obligation morale absolue de punir](#)
[Les principes de l'analogie et de la proportionnalité impérative](#)

[La définition du « crime public » chez Kant](#)
[Le débat entre Kant et Beccaria sur le contrat social](#)

Pour sortir de la bouteille à mouches : l'autre Kant

[La dignité humaine revisitée](#)
[Un nouveau point de départ méthodologique](#)
[Le principe du droit étatique tout entier comme « droit public »](#)
[Le principe de la paix durable et universelle comme objectif du droit tout entier](#)
[Le principe du contrat social et de l'autorisation de sanctionner](#)

[Figure 1.](#) La théorie rétributive de la peine criminelle de Kant comparée à la théorie utilisatrice classique de Beccaria

Alvaro Pires
Criminologue, École de criminologie, Université d’Ottawa.

“Kant face à la justice criminelle”.

Un article publié dans l'ouvrage de Christian Debuyst, Françoise Digneffe, Jean-Michel Labadie et Alvaro P. Pires, **Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Tome II : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie**, Chapitre 4, pp. 145-205. Les Presses de l'Université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa, De Boeck Université, 1998, 518 pp. Collection : Perspectives criminologiques.

Introduction

[Retour à la table des matières](#)

Le génie philosophique de Kant et l'influence puissante que son oeuvre exerce sur la philosophie moderne et contemporaine sont indéniables. Abondante et complexe, son oeuvre est aujourd'hui encore au centre des débats des spécialistes. Kant est aussi l'un des grands classiques de la philosophie pénale dans les deux sens du terme. Tout d'abord, parce que la compréhension de sa philosophie pénale « constitue jusqu'à nos jours une référence pour la discussion du droit pénal » (Höffe, 1993 : 230). Ainsi, que sa théorie de la peine nous plaise ou non, sa compréhension est fondamentale pour éclairer certains aspects de la rationalité pénale contemporaine. Ensuite, parce qu'il est aussi un classique « vivant » en ce sens que sa philosophie politique, éthique et juridique constitue une source de renouvellement pour la rationalité juridico-pénale, à condition cependant qu'on accepte de conserver une distance critique par rapport à sa théorie de la peine proprement dite. Le mouvement de « retour à Kant » (*zurück zu Kant*) que nous constatons aujourd'hui illustre bien son originalité et son importance. Mais ce retour, en matière pénale, doit passer par une opposition de Kant avec lui-même. Son oeuvre nous fournit suffisamment d'éléments pour ce faire. D'ailleurs, il me semble qu'une actualisation critique de la pensée kantienne en matière pénale respecterait davan-

tage l'esprit global de sa pensée, que la simple répétition des idées qu'il explicite dans ce domaine.

Toutefois il importe de rappeler que si Kant est un classique de la philosophie, il n'a pas été considéré comme tel par le criminologue. Encore aujourd'hui, il est inusité de traiter de Kant dans les ouvrages criminologiques. On peut spéculer sur les raisons (bonnes et mauvaises) de ce silence. Car s'il est vrai que Kant a écrit peu à propos de la justice ou de la philosophie pénale, et rien sur l'explication des conduites déviantes, ce qu'il a dit de la peine criminelle a eu une influence majeure sur notre système de pensée en matière pénale. À un point tel qu'un bon nombre d'interprètes semblent croire, à tort ou à raison, que sa théorie de la peine constitue la principale alternative aux théories utilitaristes.

On peut dire que le criminologue s'est surtout intéressé à la transition qui s'est opérée entre une conception du libre arbitre et une vision déterministe du monde ou si l'on veut, une conception scientifique « pathologique » du passage à l'acte (« modèle médical »). Il a mis en valeur alors le contraste entre deux courants de pensée, l'« école classique » et l'« école positive ». Cependant, il faut noter que la première appellation n'inclut pas d'ordinaire la théorie rétributive de Kant ¹ et de ses successeurs. Ce choix est relié à certains soucis théoriques propres à sa discipline. Cependant il est aussi probable que certains aspects de la pensée kantienne aient également contribué à ce silence. Höffe (1993 : 230) note que « face aux efforts de son temps pour supprimer les châtiments corporels et la peine de mort, les revendications de Kant exigeant que l'on punisse le criminel sexuel de castration et le meurtrier de mort nous semblent être un retour aux ténèbres du Moyen-Âge ». En outre, Chevalier (1961 : 575-579) remarque comment le criticisme et l'idéalisme de Kant étaient caractérisés par une tendance à vouloir faire de la philosophie sans tenir compte de l'expérience et du monde des « faits ». Cet aspect de sa pensée se heurte à l'esprit scientifique et pragmatique des chercheurs et il n'est dès lors pas étonnant que les criminologues aient maintenu une certaine distance à son égard.

Au-delà de ces « bonnes raisons », il faut noter que Kant soutenait dans sa philosophie politique et morale des principes critiques que le

¹ Voir, par exemple, l'ouvrage classique de Vold (1958).

criminologue préférait ne pas entendre. Issu de la tradition libérale qui voyait la tâche fondamentale de l'État comme étant d'ordre négatif (Le., celle de protéger les libertés individuelles) (Sullivan, 1994 : 10-12), il a particulièrement insisté sur le principe du respect pour la dignité des personnes, qui préconise que l'on traite sa propre personne aussi bien que les autres « toujours en même temps comme une fin, et jamais simplement comme un moyen » (Kant, 1785 : 150). Cette vision kantienne va à l'encontre de l'opinion des premiers criminologues préoccupés par le traitement coercitif des transgresseurs et par la dissuasion.

Inversement, les philosophes ont souligné plus nettement l'opposition entre, d'une part, l'utilitarisme classique de Bentham et Mill et, d'autre part, le rétributivisme de Kant et Hegel, que celle existant entre la pensée classique dans son ensemble (Bentham et Kant) et la pensée utilitariste positiviste (Garofalo et Ferri). Ce choix semble être aussi en partie de nature disciplinaire. D'une part, ce qui les intéressait surtout c'étaient ces deux manières de penser l'éthique, l'une centrée sur le principe du plus grand bonheur pour le plus grand nombre (Bentham, Mill) et l'autre sur la notion de devoir (Kant) ; l'une fondée sur l'examen des conséquences et l'autre sur la recherche d'un nouveau fondement pour l'éthique axé exclusivement sur une connaissance métaphysique sans égard pour l'expérience. D'autre part, ils ont été moins concernés par l'avènement des sciences sociales, par le rôle effectif des théories de la peine dans le cadre du système pénal et par leurs conséquences sociales négatives à l'égard des groupes défavorisés.

J'aimerais mettre en valeur un autre regard qui s'appuie sur ces éclairages (basés sur des oppositions) mais qui en même temps se propose de les dépasser. Foucault (1984 : 574) dirait qu'il s'agit d'un regard qui se situe « aux frontières ». Je tenterai de montrer qu'aucune de ces théories ne constitue (sauf sur le plan de la justification) une véritable *alternative aux* autres : elles reproduisent ensemble un système de pensée, la rationalité pénale, qui les dépasse et les englobe dans un discours qui est surtout rhétorique.

LA PHILOSOPHIE POLITIQUE DE KANT

[Retour à la table des matières](#)

Sullivan (1994 : 1-2) a remarqué que la compréhension de la théorie morale kantienne était une tâche difficile et qu'une des meilleures stratégies pour l'aborder consistait à dire au départ quelques mots de sa théorie politique. Pour des raisons différentes, il nous paraît important d'approcher la théorie de la peine criminelle de Kant par le même biais. Sa philosophie politique nous permet en effet de découvrir des aspects de sa pensée qui sont, pour ainsi dire, absents ou neutralisés par sa théorie de la peine. Comme celle-ci est l'une des parties les plus pauvres de sa philosophie, tant au sens quantitatif que qualitatif, on serait tenté, à sa lecture, de donner une vue simpliste et malveillante de Kant dans son ensemble et d'obscurcir son potentiel critique en matière pénale même. Je suis porté à croire, en effet, que c'est *dans sa philosophie politique et dans certains aspects généraux de sa philosophie morale et juridique* que nous trouvons matière à renouveler sa philosophie pénale. Je vais même suggérer que c'est une erreur -bien que cela puisse paraître naturel à notre esprit - que de se cantonner dans sa philosophie morale pour repenser (sur une autre base) sa philosophie pénale.

Kant, le contrat social et la fonction du gouvernement

Kant a une vision de l'État et du droit qui a été associée au libéralisme politique et qui, dans son fondement de *l'État*, suit le modèle d'argumentation de la théorie du contrat social (Cassirer, 1981 : 400 ; Höffe, 1993 : 212 ; Sullivan, 1994 : 9). C'est de ce type d'argumentation qu'il s'éloignera lorsqu'il sera question du fondement de la peine criminelle, car sur ce point, il revient à une argumentation fondée exclusivement sur une morale punitive. On peut dégager l'essentiel de sa théorie politique en posant les questions suivantes : « pourquoi avons-nous besoin d'un gouverne-

ment ? » (Sullivan, 1994 : 9) ou encore « pourquoi avons-nous besoin de lois ? ». Plusieurs publicistes avant Kant avaient aussi répondu à ces questions, y compris Beccaria (1764).

Jusqu'à Kant, les théoriciens du contrat social n'avaient pas tous la même conception des êtres humains (« bons » ou « égoïstes »), mais ils étaient en général d'accord pour représenter leur situation, avant la naissance de l'État, comme étant inacceptable et invivable, et ce malgré le fait que les individus jouissaient à ce moment d'une liberté complète (Höffe, 1993 : 215). Pour Kant aussi, avant la naissance de l'État, les individus vivent dans un état de guerre latent et il appelle cette situation pré-étatique l'« état de nature » (Kant, 1797a, § 44 : 194). Sa contribution consiste à simplifier considérablement l'argumentation de ses prédécesseurs visant à expliquer cet état de nature (Höffe, 1993 : 217). À ses yeux, peu importe si nous croyons qu'au fond les individus sont bons ou égoïstes ; ce qui compte, c'est « qu'avant l'établissement d'un état public et légal, jamais les individus, les peuples, les États séparés ne sauraient avoir aucune garantie les uns vis-à-vis des autres contre la violence, et être assurés de pouvoir faire ce qui leur semble juste et bon en vertu de leur droit propre » (Kant, *ibid.*). Comme le remarque Höffe (1993 : 220), « Kant ne fait reposer l'état de guerre que sur la seule liberté d'action [non réglementée] et l'espace vital commun ». Pour lui aussi, ce qui importe c'est qu'« il faut sortir » de cet état (Kant, 1797a, § 44 ; 1787, 3P, 1C, III : 570).

Sullivan (1994 : 10) croit que Kant est plus proche de la vision de l'être humain qu'avait Hobbes, puisqu'à ses yeux « les gens ont toujours tendance à agir de manière égoïste, en cherchant toujours ce qui favorise leurs propres intérêts et sans tenir compte de la manière dont les autres en seront affectés ». Quoi qu'il en soit, cette croyance en la propension pour le mal n'est pas nécessaire à son argumentation pour justifier l'État et les lois. Pour lui, il suffit d'imaginer que dans cet état de nature « chacun n'en fait qu'à sa tête » pour reconnaître raisonnablement que nous avons besoin de « produire un état juridique » et un « droit public » (Kant, 1797a, §§ 43 et 44) en vue d'assurer de manière stable et durable la paix sociale. « Dans la mesure où l'état de nature est un état tendant *vers la solution violente des conflits*, il ne saurait être une forme satisfaisante de la vie sociale » (Höffe, 1993 : 220). Cette remarque est importante parce que si on la transpose à la manière dont le *droit criminel* solutionne les

conflits (y compris lorsqu'il fait usage de la peine de mort), on peut se demander s'il ne s'agit pas là d'une forme violente, et dès lors moins satisfaisante, de réglementation juridique. Notons pour l'instant que Sullivan (1994 : 10) affirme aussi que le contrat social représente chez Kant la naissance d'un État qui protège la propriété et la vie des individus et qui leur assure une paix durable en leur donnant « un tribunal pacifique [au sens large] pour résoudre leurs litiges ».

Si la conception de la nature humaine chez Kant est voisine de celle de Hobbes, sa conception du *contrat social* diverge sur un point important : contrairement à Hobbes, et plutôt comme Beccaria, Kant tient (dans sa philosophie politique) à la liberté des individus et celle-ci est protégée par sa théorie du contrat social ; elle ne s'efface pas au nom de l'intérêt de la majorité. À ce titre, Del Vecchio (1953 : 120) remarque que « dans l'estimation de la valeur du droit de liberté, Kant a subi l'influence de Rousseau ». Il juge que, pour Kant, l'État « a rempli sa fonction quand il a assuré la liberté de tous » (ibid. : 121). Il s'agit sans aucun doute d'un des buts principaux de l'État. Mais Kant va en ajouter d'autres : ainsi, celui de lutter « sans relâche » (Kant) pour la réalisation d'une paix universelle et durable et celui, en partie contraire aux deux précédents, d'appliquer de façon inflexible la loi criminelle. Attardons-nous quelque peu à cette question de la liberté dans les théories du contrat social.

Du point de vue de Hobbes, le contrat social n'a pas pour fonction la protection de la liberté des individus. D'ailleurs, il a représenté ce contrat comme un contrat de *tous avec le Prince*, plus précisément un « contrat des individus *avec un chef* pris comme souverain » (Chevalier, 1961 : 554). Chez Hobbes, il s'agit d'un contrat de *soumission* à la volonté du gouvernant. En effet, il affirme que les individus confient « tout leur pouvoir et toute leur force à un seul homme » (Hobbes, 1651, 2P, C7 : 177).

Or, chez Rousseau, par opposition à Hobbes, la théorie du contrat social commence à jouer un rôle plus strict de limitation du pouvoir de gouverner. En effet, il ne s'agit plus d'un contrat de tous avec un chef, mais d'un contrat de *tous avec tous* sous la direction de la volonté générale. Et cette volonté générale tient à défendre la liberté des individus : « les peuples se sont donné des chefs pour défendre leur liberté et non pour les asservir » (Rousseau, *Discours*, 181, cité par Siméon, 1977 : 63).

Comme le note Siméon, « la fin ultime de tout corps politique serait ainsi d'assurer et de rendre possible la liberté de ses membres. Non seulement, en faisant pacte social, on ne renonce pas à sa liberté, mais encore on fait pacte social pour être libre - ou plus libre » (ibid.). En effet, comme l'écrit Rousseau (1762, 1P, C8 : 188), « ce que l'homme perd par le contrat social, c'est sa liberté naturelle et un droit illimité à tout ce qui le tente et qu'il peut atteindre ; ce qu'il gagne, c'est la liberté civile et la propriété de tout ce qu'il possède ». Comme l'explique clairement Siméon (1977 : 66), « la liberté civile désigne la manière dont le corps politique a décidé de codifier à l'intérieur de lui-même l'exercice de notre liberté sauvage ».

Beccaria, dans sa théorie du fondement du droit de punir², reprend cette conception du contrat social de Rousseau et aussi ce même souci de la liberté des individus, mais va les déployer jusqu'à embrasser le droit de punir : l'État doit alors assurer le plus possible la liberté de ses membres même lorsqu'ils ont outrepassé les limites d'exercice légitime de la liberté civile et empiètent sur les droits d'autrui. Dès lors, on ne peut dire ni que le transgresseur est hors pacte, ni encore que l'État a le droit de protéger la société par tous les moyens que les gouvernants jugent à propos ; l'État doit privilégier le principe de la plus grande liberté possible pour le justiciable comme limite légitime du droit de punir, ce qui exclut le recours à la peine de mort même dans le cas d'homicide.

La notion du contrat social, chez Kant, est voisine de celle de Rousseau et, par conséquent, de celle de Beccaria. Cependant, on peut dire que Kant emboîte le pas à Rousseau, mais ne va pas aussi loin que Beccaria en ce sens qu'il va limiter explicitement la portée de sa théorie du contrat social aux questions non pénales. Ainsi, dans sa philosophie politique et juridique générale [non pénale], il reste fidèle à l'idée selon laquelle l'état de nature « est un état dont on doit sortir pour entrer dans un état légal » (Kant, 1797a, 2P, § 61 : 233). Et cet état légal doit aussi préserver la liberté de chacun de ses membres car, comme le note Höffe (1993 : 214), l'ordre politique ne doit pas être légitimé aux yeux de l'ensemble des individus : « en dernière analyse c'est chaque homme pris individuellement qui compte et non la collectivité ». Dès lors, de même que pour Rous-

² Voir le chapitre sur Beccaria dans cette ouvrage. Il ne faut pas confondre la théorie de la peine criminelle de Beccaria avec sa théorie du fondement du droit de punir.

seau, la théorie du contrat social de Kant soutient aussi que notre liberté ne doit être limitée par l'État que pour l'accorder avec celle de chacun et par là avec le bien général. Le bien de chacun n'est pas présenté ici - comme il l'est souvent en matière pénale - comme en opposition au bien général. Chez Kant, cette idée du contrat social originel naissant de la volonté générale du peuple, même si elle est « une *simple idée* de la raison », possède à ses yeux une réalité (pratique) indubitable : elle oblige en principe « tout législateur à produire ses lois de telle façon qu'elles aient pu naître de la volonté unie de tout un peuple » (Kant, cité dans Eisler, 1994 : 205). Pour lui, « si cette loi est faite de telle façon qu'il soit *impossible* qu'un peuple tout entier puisse lui donner son assentiment [...], alors elle est injuste ; mais s'il est *seulement possible* qu'un peuple lui donne son assentiment, c'est alors un devoir de considérer la loi comme juste » (Kant, cité dans Eisler, p. 206). En effet, pour lui, « une loi publique [...] ne doit pouvoir elle-même commettre d'injustice envers personne », mais pour cela il faut prendre comme critère « la volonté du peuple tout entier (tous statuant sur tous et par conséquent chacun sur soi-même) ; car il n'y a qu'envers soi-même que personne ne peut commettre d'injustice » (Kant, dans Eisler, p. 1081).

Pour Kant, l'État de droit, à travers l'idée du contrat originel, est un accomplissement tellement important qu'il n'est pas vu comme posant des entraves à la liberté humaine. Kant ne fait pas d'opposition entre les lois, d'une part, et la liberté, de l'autre. Ce n'est pas parce que l'être humain est dans l'état de nature (sans loi) qu'il est libre, au contraire il n'est libre que dans un État de droit. L'État apparaît alors comme constitutif de la liberté. Dans le passage de l'état de nature à l'État de droit, l'être humain ne sacrifie pas sa *liberté* ni même une partie de cette liberté. En effet, « l'on ne peut pas dire que l'homme dans l'État ait sacrifié une partie de sa liberté extérieure innée à une fin, mais il a entièrement abandonné la liberté sauvage et sans loi, pour retrouver sa liberté en général dans une dépendance légale, c'est-à-dire dans un état juridique, donc entière, car cette dépendance procède de sa propre volonté législatrice » (Kant, 1797a, § 47 : 198). Ce passage n'est pas représenté alors comme une forme d'échange : une « perte de liberté » qui se compense par un « gain de sécurité », mais plutôt comme l'acquisition de la liberté proprement dite et d'une liberté d'autant plus complète que les limites procèdent de la volonté législatrice de l'individu. Si Kant avait appliqué ce raisonnement au droit de punir au sens large (*y compris* en matière pénale), il aurait corrigé et renforcé le

point de vue de Beccaria selon lequel le droit de punir n'est légitime que dans la mesure où il préserve le plus possible, voire constitue, la liberté des individus, y compris celle du « coupable », i.e. de l'individu qui a empiété sur la liberté d'autrui. On voit que Kant développe la notion de contrat social de Rousseau (et de Beccaria) ; il met en évidence des arguments assez semblables à ceux évoqués par Beccaria pour limiter le droit de punir et pour condamner la peine de mort. Cependant, nous verrons plus loin la triste destinée de cette théorie du contrat social lorsque Kant entre dans le domaine pénal. Retenons pour l'instant que sa philosophie politique et juridique semble soutenir, d'une part, le principe de l'intervention minimale de l'État dans la vie des gens et, d'autre part, le principe de la recherche d'une paix universelle et durable.

Philonenko (1988 : 255-56) a souligné le fait qu'une des originalités de la *Doctrine du droit* a été la découverte d'un nouveau lien entre le droit naturel et le droit public [au sens général de droit étatique]. Au lieu de voir le droit naturel superposé au droit politique ou vice-versa, Kant considère que « *c'est le droit public qui fonde le droit naturel* » (souligné dans l'original). Ainsi, poursuit Philonenko, « au niveau du droit naturel, la propriété n'est que possession ; c'est qu'elle n'est pas garantie par la loi et ce faisant par autrui ». Ce n'est que « dans l'état politique ou public » que la possession devient véritablement propriété » (ibid.). D'où aussi l'importance chez Kant du concept de *citoyen* : « ce n'est pas parce que l'homme est homme qu'il est citoyen, mais parce qu'il est citoyen que l'homme est homme » (ibid.). Nous verrons plus loin l'importance de ces remarques par rapport aux statuts juridique, politique et moral du transgresseur de la loi pénale.

Kant et le principe de l'intervention minimale de l'État

[Retour à la table des matières](#)

Fidèle, au moins jusqu'à un certain point, à la tradition libérale, Kant considère qu'une des principales fonctions du gouvernement et des lois est *négative* : imposer des devoirs et des contraintes ³ pour permettre aux gens de vivre en liberté et en paix comme une communauté. Dès lors, l'État doit intervenir le moins possible dans la vie sociale afin de préserver le maximum de liberté pour

3. Dans le débat juridique et philosophique, on confond souvent la notion de contrainte (ou de coercition) avec la notion voisine de punition, et l'on glisse souvent de l'une à l'autre, S'il est juste de dire qu'il n'y a pas de droit sans possibilité de contrainte, il est faux de prétendre qu'il n'y a pas de droit sans punition (au sens strict de peine criminelle), à moins de modifier le sens de ce mot pour lui donner une acception aussi générale que « contrainte », « coercition », « sanction », etc. chaque individu, qui soit également compatible avec la liberté des autres. Il définit l'État comme « la réunion d'une multitude d'hommes vivant selon les lois du droit » (Kant, cité par Del Vecchio, 1953 : 120). Il a soutenu à cet égard que la loi universelle du droit (Rechtsgesetz) était la suivante : « Agis extérieurement de telle sorte que l'usage de ton libre arbitre puisse coexister avec la liberté de tout un chacun suivant une loi universelle » (Kant, 1797a, Int., § C : 104). Hélas, ce principe aura un sort indéterminé en matière pénale.

On peut discuter de la mesure dans laquelle cette vision minimaliste de l'État serait jugée aujourd'hui conservatrice du point de vue des droits économiques et sociaux. Car elle semble réduire en grande partie l'action de l'État à la protection des libertés individuelles. Sullivan (1994 : 8) affirme que, dans cette interprétation, « ce n'est pas la fonction de l'État d'essayer d'équilibrer les intérêts des différents groupes de manière à promouvoir le plus grand bonheur du plus grand nombre de citoyens ».

Quoi qu'il en soit, si ce principe de l'intervention minimale est conservateur d'un point de vue social et économique, il est, inversement, critique en matière pénale. Car, ici, ce que l'État distribue est un « bien négatif » (Sack, 1968 : 469) : la peine et un statut social stigmatisé. L'idée d'intervention minimale fait alors obstacle aux points de vue plus répressifs insistant sur la souffrance comme solution aux litiges. En matière pénale, le principe de l'intervention minimale a été appelé le principe de la « dernière instance » ou de *l'ultima ratio*. La difficulté est qu'il existe différentes manières d'évoquer ce principe tout en neutralisant facilement ses effets théoriques et pratiques les plus intéressants. C'est d'ailleurs ce qui se passe avec les théories utilitariste et rétributive de la peine. Même la doctrine pré-classique de la sévérité maximale ⁴ peut se permettre d'évoquer ce principe, car celui-ci est figuré d'une façon tout à fait inoffensive. Si Kant avait développé sa philosophie pénale en accord avec sa philosophie politique, il aurait assurément adopté une position plus critique, effective et claire à l'égard de ce principe. Mais la contribution émancipatrice de Kant dans ce domaine demeure plutôt potentielle et se trouve ailleurs que dans les passages traitant directement de la question pénale. Fichte, qui a été offusqué par la théorie pénale de Kant, commentait : « le grand homme... n'était pas infailible » (cité par Philonenko, 1979 : 70). Sans doute, mais on peut le lire autrement.

⁴ Voir le deuxième chapitre dans ce volume. [**“La doctrine de la sévérité maximale au siècle des lumières”**. Un article publié dans l'ouvrage de Christian Debuyst, Françoise Digneffe, Jean-Michel Labadie et Alvaro P. Pires, **Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Tome II : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie**, Chapitre 2, pp. 53-81. Les Presses de l'Université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa, De Boeck Université, 1998, 518 pp. Collection : Perspectives criminologiques. Article disponible dans [Les Classiques des sciences sociales](#). JMT.]

Le contrat social et l'utilitarisme

[Retour à la table des matières](#)

Höffe (1993) a émis, sur les théories du contrat social, une remarque qui est très éclairante pour faire comprendre la position de Kant, mais qui me semble erronée à d'autres égards.

Il a écrit ceci : « La théorie du contrat social se situe à l'opposé de l'utilitarisme selon lequel un ordre politique est juste lorsqu'il peut assurer le maximum de bonheur pour tous » (pp. 212-213). Il me paraît vrai que cette théorie, *telle que soutenue par Kant*, est à l'opposé de l'utilitarisme. Chez Rousseau (1762 : 171), la remarque peut déjà paraître quelque peu outrancière, dans la mesure où il indique, au début du *Contrat social*, qu'il cherche à concilier « ce que le droit permet avec ce que l'intérêt prescrit, afin que la justice et l'utilité ne se trouvent point divisées ». Certes, même si Rousseau ne s'oppose pas à l'utilitarisme, force est de reconnaître que sa préoccupation principale est la justice (Siméon, 1977 : 113 ; Ansel-Pearson, 1991 : 82). En outre, la sauvegarde de la liberté de chaque individu est très importante tant pour Kant que pour Rousseau, et leur théorie du contrat social fait obstacle au moins à un point de vue *purement* utilitariste. Et, en plus, il ne s'agit pas d'un contrat de soumission qui lie les individus à la volonté du Prince ou à l'intérêt de la majorité.

Mais est-il correct de dire que toute théorie du contrat social, celle de Hobbes par exemple, est opposée à l'utilitarisme et particulièrement aux théories utilitaristes de la *peine criminelle* ? La réponse me paraît être négative. Hobbes (1651 : 173) considère que l'un des principaux objectifs de l'individu lors du contrat original est justement de « s'arracher à ce misérable état de guerre qui est [...] la conséquence nécessaire des passions naturelles des hommes, quand il n'existe pas de pouvoir visible pour les tenir en respect, et de les lier, par *la crainte des châtiments*, tant à l'exécution de leurs conventions qu'à l'observation des lois ... ». Il y a, dans ce cas, une harmonie parfaite, voire originelle, entre le but utilitariste de dissuasion et le contrat social. En revanche, il est clair que les théories du contrat social de Rousseau et de Kant constituent, du moins en partie, des freins à un raisonnement utilitariste pur.

Maintenant, peut-on dire que Kant a déployé cet outil théorique clé (mis au point par Rousseau) pour s'opposer aux théories utilitaristes de la peine criminelle ? La réponse est « NON » ⁵ Quelqu'un l'a-t-il fait ? Oui, mais ironie de l'histoire, il s'agit d'un utilitariste : Beccaria, qui a également lu Rousseau. Kant sera poussé au comble du paradoxe : combattre, chez un utilitariste, une théorie du contrat social voisine de la sienne et que cet utilitariste emploie pour limiter les excès de l'utilitarisme. Il est obligé de le faire parce que la théorie du contrat social de Rousseau, telle qu'adaptée par Beccaria au droit de punir, n'est pas seulement un trouble-fête dans le camp utilitariste : elle ruine aussi sa théorie de la rétribution. En laissant de côté sa théorie non-utilitariste du contrat social pour conserver sa théorie de la rétribution dans le domaine de la justice criminelle, Kant s'est rapproché étroitement, au lieu de s'en éloigner, de l'utilitarisme.

LA THÉORIE RÉTRIBUTIVE DE LA PEINE CRIMINELLE

[Retour à la table des matières](#)

Kant ne consacre que quelques pages d'un de ses derniers écrits à sa théorie de la peine criminelle. Peut-être en partie pour cette raison, cette théorie a eu une étrange destinée. D'une part, un bon nombre d'interprètes qui ont donné une vue d'ensemble de l'oeuvre de Kant l'ont passée sous silence ou n'ont fait état, en passant, que de quelques aspects détachés de cette question ⁶. Ce n'était pas ce qui les intéressait dans la philosophie juridique de Kant. D'autre part, ces quelques pages ont eu un impact disproportionné sur notre culture pénale moderne et ont été un des centres d'intérêt des publicistes préoccupés par la pénalité. Mais alors cette théorie apparaît comme un prolongement non problématique des thèses précédentes de Kant et comme contrastant radicalement avec l'utilitarisme. Sans doute est-il correct d'y voir une autre forme de légitimation de la

⁵ La démonstration en sera faite plus loin.

⁶ Ce fut, par exemple, le cas de Cassirer (1981) et de Philonenko (1988).

peine. Cependant, la façon usuelle de la présenter nous fait perdre de vue que son origine est religieuse, que cette origine a aussi conditionné la théorie utilitariste classique de la peine et que, sous l'angle de leurs retombées pratiques, elles ne se distinguent pas de façon remarquable l'une de l'autre. Il nous paraît alors important de mettre en perspective la théorie de Kant sous deux aspects. Tout d'abord, nous ferons quelques commentaires sur le mot « rétributivisme ». Ceci nous permettra d'entrevoir quelques liens problématiques entre l'éthique kantienne et sa théorie de la peine criminelle. Deuxièmement, nous ferons état d'un prédécesseur de sa théorie rétributive : St-Anselme. Nous pourrions alors mieux saisir certains parti pris culturels de la théorie kantienne.

De la même façon que pour Beccaria, il faut porter attention, tout particulièrement, au changement de sens dans les notions de « crime », de « justice » et de « droit public » dont le sens se modifie radicalement lorsqu'on quitte sa philosophie politique, juridique et morale en général pour entrer dans sa théorie de la peine criminelle. Ainsi, le mot « crime » est parfois utilisé dans un sens moral, comme synonyme de faute préméditée (grave), de péché, et non au sens juridique d'infraction criminelle. De même, le mot « justice » renvoie souvent à l'idée de ce qui est juste ou injuste selon la loi de la moralité, plutôt qu'à l'institution étatique « justice criminelle ». Enfin, dans la *Doctrine du droit*, l'expression « droit public » (*öffentliche Recht*) s'oppose à « droit naturel » dans la quasi totalité de l'ouvrage, et inclut à la fois la justice pénale et la justice civile. Kant oppose alors le droit naturel au droit civil (au sens large de droit étatique) et considère que le droit naturel correspond au droit privé parce que, dans cet état de nature (avant la formation de l'État), il n'existe pas encore une « société civile (garantissant le mien et le tien par des lois publiques ») (Kant). Sa définition du droit public comprend alors le droit positif *tout entier*. En effet, il écrira que « *l'ensemble des lois*, qui ont besoin d'être proclamées universellement pour produire un état juridique, est le droit public » (Kant, 1797a, 2P, § 43 : 193 ; les premières italiques sont de moi). Par là il faut entendre toutes les *institutions* juridiques (droit civil, administratif, criminel et même le droit international) que l'État crée et met à la disposition des individus ou des États entre eux pour régler leurs litiges. Bref, le droit public est le droit qui existe après le contrat originnaire. Cependant, dans les pages consacrées au droit criminel, il modifie brusquement le sens de cette notion. Il y est question alors de « loi publique », vraisemblablement au sens de « loi criminelle » (et par opposition

à justice civile). Ce dernier sens relève de la dogmatique juridique, qui considère la justice civile comme relevant du droit privé et la justice criminelle (et administrative) comme étant du domaine du droit public.

La notion de « rétributivisme »

[Retour à la table des matières](#)

Précisons d'emblée qu'il est inhabituel de caractériser l'éthique kantienne dans son ensemble par le mot « rétributivisme ». Les spécialistes de Kant parlent plutôt d'éthique rationaliste, a priori, transcendante ou, tout simplement, d'éthique kantienne. Ce mot ne constitue pas une entrée à la nomenclature de Kant et n'apparaît même pas dans le *Kant-Lexikon* élaboré par Eisler (1994). Il ne figure pas non plus dans l'index des sujets d'un grand nombre d'ouvrages portant sur la philosophie morale et juridique de Kant, sauf si l'auteur y consacre une section à sa théorie de la peine criminelle ⁷. Le mot anglais *rétribution* se retrouve dans le *Kant Dictionary* de Caygill (1995), mais seulement pour renvoyer le lecteur au mot « justice ». Après d'autres considérations, on nous informe alors simplement que la vision que Kant a de la justice *criminelle* « est inébranlablement rétributive ». Ces indications me semblent suffisantes : on y décèle déjà une différence dans la façon de caractériser sa philosophie morale et sa conception de la justice *criminelle*. La terminologie employée pour désigner ces problématiques n'est pas tout à fait la même. Dès lors, on peut se demander s'il n'est pas possible de dissocier son éthique du devoir de sa vision rétributive de la justice criminelle. On peut même se demander dans quelle mesure ces deux conceptions sont vraiment intégrées chez Kant, ou simplement cousues l'une à l'autre à l'aide de quelques fragiles points de suture.

Du coup, une distinction s'impose par rapport au mot *utilitarisme* : ce dernier est employé pour désigner à la fois une conception éthique générale et une représentation de la justice (criminelle) tandis que le terme « rétributivisme » indique plus spécifiquement une sorte de représenta-

⁷ Voir, par exemple, Beck (1960), Cassirer (1981), Sullivan (1994) et Rosen (1993).

tion de la justice ou du *châtiment*, c'est-à-dire une vision punitive de la justice divine, morale, ou criminelle. Ceci indique que l'éthique de Kant est peut-être plus indépendante de sa vision rétributive qu'on ne le laisse entendre. Il est aussi intéressant de noter que l'utilitarisme classique, dans le champ de la justice pénale, ne conçoit l'utilité que de façon exclusivement punitive alors qu'il aurait pu la concevoir autrement. Ceci permet de voir, en filigrane, la matrice commune aux théories classiques rétributive et utilitariste : l'idée de la peine comme réponse *nécessaire* à certains litiges.

Kant n'emploie pas le terme « rétribution » dans la *Doctrine du droit* où il expose sa théorie de la peine criminelle, mais il le fait dans les *Leçons sur l'éthique*, un ouvrage reconstruit par Mentzer à partir des notes de cours de l'un de ses étudiants au début des années 1780 ⁸. Ici, le terme rétribution est explicitement utilisé pour désigner une forme de justification du *châtiment moral en général* (et non exclusivement pénal). Kant définit alors le châtiment comme « un mal physique infligé en raison d'un mal moral » et dit qu'il peut prendre soit une forme pragmatique, soit une forme rétributive. On y voit deux choses : a) que le terme rétribution est utilisé dans un sens moral global qui dépasse le cadre de la sanction criminelle, mais qui demeure attaché au châtiment ; b) qu'il est utilisé exclusivement pour caractériser une *raison* de punir et qu'à ce titre il ne s'oppose qu'aux autres *raisons de punir* de nature pragmatique (la dissuasion, la correction par le châtiment).

Dans les pages de la *Doctrine du droit* consacrées à la peine criminelle, Kant *transforme* sa vision punitive de la justice morale en une *théorie de la peine criminelle*. Il fait alors plus que simplement réhabiliter une ancienne vision de la justice rétributive, comme le croit Höffe (1993 : 231). Il donne en même temps un statut ontologique au délit criminel et justifie le clivage entre la justice civile et la justice criminelle. En effet, il élabore alors une théorie rétributive de la justice qui ne sera valable qu'en matière *criminelle*. Il y a ici en quelque sorte un processus d'autonomisation de sa vision rétributive : elle se détache de sa philosophie morale pour se loger et prendre une forme particulière dans le champ de la justice criminelle étatique. Car c'est la pénalité en matière

⁸ Cet ouvrage a été publié en Allemagne en 1924. J'ai consulté la traduction anglaise (Kant, 1930).

pénale, et non le châtiment en général, qui aura le statut d'un impératif *catégorique*, c'est-à-dire d'une obligation morale incontournable. Beccaria avait déjà naturalisé (en bonne partie) le clivage civil/pénal dans le cadre d'une justification utilitariste de la peine ; Kant a accompli la même tâche dans le cadre d'une justification rétributive. Dorénavant, il y a deux façons *alliées* de naturaliser ce clivage et de justifier l'exclusion de sanctions civiles autonomes et suffisantes en matière pénale.

Enfin, on a aussi désigné la théorie rétributive de la peine criminelle par l'expression « théorie pénale absolue » en raison de son rigorisme moral et du fait qu'elle ne tient pas compte de considérations pragmatiques. On l'oppose alors à la « théorie pénale relative » qui désigne les théories pénales utilitaristes axées sur la dissuasion et la réadaptation (voir, par exemple, Bloch, 1961).

Un prédécesseur de Kant : la doctrine de l'expiation de St-Anselme ⁹

[Retour à la table des matières](#)

Berman (1983 : 174-177) signale que la nouvelle théologie qui se développe pendant le siècle de la Révolution papale (1050 à 1150) a eu une influence majeure sur la tradition juridique occidentale : une série de concepts et d'analogies ont été proposés d'abord en théologie et seulement par la suite, en droit. La théorie de l'expiation d'Anselme et sa conception du péché ont eu une importance particulière en matière pénale. Cependant, il ne faut pas la voir comme une théorie de la peine au sens moderne du terme car elle n'implique pas, ni ne justifie, à notre connaissance, le clivage entre la justice civile et criminelle laïques. Anselme part d'une interprétation du péché originel et de l'incarnation du Christ. Voici le résumé de sa théorie, donné par Berman :

⁹ St-Anselme (1033-1109) est théologien et philosophe. Je me réfère ici à la recherche de Berman (1983 : 174-198), en l'adaptant librement à mes propos. Je n'ai pas consulté directement, pour cette recherche, les textes de St-Anselme. Je remercie mon collègue André Jodouin, de la Faculté de droit civil de l'Université d'Ottawa d'avoir attiré mon attention sur cet ouvrage.

Dieu a créé l'homme pour une vie de béatitude éternelle. Mais cette béatitude exige que l'homme se soumette de son gré à la volonté de Dieu. L'homme a choisi de désobéir à Dieu et ce péché de désobéissance est transmis héréditairement à tout le monde. La justice requiert soit que l'homme soit châtié en conformité avec son péché, soit qu'il donne satisfaction¹⁰ pour le déshonneur qu'il cause à Dieu. En ce qui concerne le châtiment, aucun ne serait adéquat ; à l'extrême limite, l'homme devrait abandonner son droit à la béatitude (*to forfeit the blessedness*) pour laquelle il a été créé, ce qui aurait pour effet de frustrer le projet de Dieu encore une fois. En ce qui touche la possibilité de donner satisfaction, il n'y a rien que l'homme puisse offrir à Dieu qui aurait assez de valeur pour rétablir son honneur. Par conséquent, l'homme ne peut pas, même s'il le doit, expier son péché [originel]. Dieu peut le faire (puisque tout lui est possible), mais ne doit pas le faire (Berman, 1983 : 177).

Émerge, comme nous le verrons par la suite, une constatation apodictique suivie d'une conclusion fatidique : l'impossibilité, pour le coupable, d'expier adéquatement sa faute de quelque manière que ce soit. On jugera qu'il est dans l'impossibilité et l'incapacité de réparer sa désobéissance d'une façon positive : il ne peut rien offrir à Dieu (sauf sa souffrance), à la fois victime et autorité suprême. La « satisfaction » (par voie civile) ne peut pas satisfaire le Pouvoir ; le châtiment, bien que toujours imparfaitement, est alors considéré comme la meilleure manière de lui faire recouvrer sa dignité.

Anselme doit pourtant résoudre un problème : comment l'homme peut-il payer pour son péché originel si aucune punition n'est adéquate et s'il ne peut rien offrir à Dieu pour lui donner satisfaction ? La solution se trouve dans le Dieu-Homme, Jésus-Christ, qui peut et doit se sacrifier pour payer le prix de ce péché, réconcilier l'humanité avec Dieu et rétablir son projet originel (Berman, 1983 : 177). S'y ajoute alors une distinction entre le péché originel, dont l'homme peut désormais se libérer par le sacrement du baptême, et ses fautes personnelles (*actual sins*). Dans ce dernier cas, il précise que la satisfaction donnée à Dieu par la seule pénitence

¹⁰ Anselme lui-même conçoit la « satisfaction » comme une sorte d'auto-humiliation ou d'auto-mortification, par laquelle un serf apaise son seigneur qu'il a déshonoré (Berman, 1983 : 181). Il ne s'agit donc pas encore du sens courant du mot satisfaction en matière de droit civil. Cependant, l'idée de satisfaction comprenait trois étapes : la pénitence, la restitution de l'honneur et la réconciliation avec la victime (p. 182). Elle est alors plus proche de la conception contemporaine de la justice civile que de celle de la justice pénale.

tence n'est pas suffisante : la justice divine exige le châtement (Berman, 1983 : 182). Apparaît l'idée de l'obligation de punir, et une distinction très nette entre la satisfaction, qui serait destinée seulement à rétablir l'honneur de la victime, et le châtement, qui serait un paiement (supplémentaire) d'une autre nature, destiné à venger la transgression de la loi (Berman, 1983 : 182-183).

Ce raisonnement sera laïcisé et généralisé tout particulièrement à partir du XVIII^e siècle : on glissera du péché ordinaire (*actual sins*) au « crime » au sens juridique contemporain et on ajoutera que la victime doit trouver sa satisfaction personnelle via la justice civile, tandis que le Prince ou la Société sont *obligés* d'imposer une peine criminelle pour mettre en ordre leur univers ou « faire Justice ». Quoi d'étonnant à ce que la justice civile apparaisse ainsi comme une justice de deuxième ordre ? Nous trouvons alors, chez Anselme, une anticipation du *principe de la rétribution du mal par le mal*, qui sera soutenu, dans un autre contexte théorique, par Kant (1797).

Anselme se demande encore : pourquoi doit-on considérer comme recevables seulement la satisfaction ou la punition ? Pourquoi, par exemple, Dieu ne peut-il pas simplement pardonner ? Pour y répondre, il commence par opposer la justice (au sens d'agir avec droiture) au pardon et vouloir situer ces deux valeurs dans un ordre hiérarchique. Le pardon laisserait intact le désordre causé par le péché dans l'ordre de l'univers et ce désordre non corrigé constituerait alors un point faible, ou une déficience dans la justice (droiture). Dès lors, continue Berman (1983 : 177),

l'ordre juste de l'univers, la *justicia* ou la droiture de Dieu, exige que le prix soit payé. Le pardon (*mercy*), dit Anselme, est la fille de la justice ; il est dérivé de la justice et ne peut pas œuvrer contre elle. C'est le pardon de Dieu qui laisse l'homme vivre [...], Mais Dieu n'agit pas arbitrairement ; son pardon est sous le joug de sa justice, comme sa justice est sous le joug de sa rectitude, de son ordre juste (*right ordering*).

Cette nouvelle orientation de la pensée théologique prend d'assaut le pardon de Dieu et affirme *l'obligation*, pour Dieu lui-même, de châtier les péchés pour rétablir l'ordre de l'univers et affirmer sa droiture. Il devient alors « divinement juste pour un homme de payer pour ses péchés » de même qu'il serait injuste, et par conséquent impossible, pour Dieu de se

libérer de cette obligation (Berman, 1983 : 180). La punition devient alors une dignité et c'est ainsi que Kant et Hegel vont la considérer. Elle est aussi une exigence de la Justice divine, et le pardon, sa « fille », a la mission *délicate* et difficile de servir la Justice divine sans pouvoir se substituer à la punition.

Anselme déclare donc la mort de l'autonomie du pardon de Dieu ou, plus précisément, réduit drastiquement la liberté divine de pardonner. C'est la première étape de la croisade contre le pardon. La deuxième sera menée au XVIII^e siècle par trois courants de pensée : la doctrine pré-classique de la sévérité maximale, l'utilitarisme pénal classique (depuis Beccaria) et le rétributivisme de Kant. Cette triple alliance aboutit à la mort du pardon du Roi (en matière pénale), devenu, après la mort du pardon divin, une réminiscence féodale, le symbole même de l'arbitraire du pouvoir civil et une anomalie morale : comment en effet, le Roi peut-il encore s'arroger des droits que Dieu lui-même ne possède plus ? On assiste alors à un durcissement remarquable de la logique punitive et à la naissance des théories de la peine proprement dites.

Pour bien saisir les changements qu'Anselme propose et les difficultés que sa conception de la justice soulève pour la justice laïque, il faut savoir, en premier lieu, qu'avant Anselme (et après lui selon une autre ligne de pensée), « il aurait été erroné d'analyser la justice de Dieu de cette façon » (Berman, 1983 : 180). Ces mystères ultimes (la grâce et la justice de Dieu) ne sauraient pas s'adapter aux concepts et constructions mentales de l'être humain. La prétention même d'élaborer une théologie du droit est une contradiction dans les termes. On ne peut pas prétendre que le pardon soit au service d'une justice punitive, pas plus que celle-ci ne serait au service de celui-là. Le pardon est aussi une manière de mettre de l'ordre dans l'univers ou de reconnaître que l'ordre a déjà été rétabli par une démarche (volontaire ou obligée) de la part du coupable. Ensuite, ce n'est pas seulement la justice divine, ni prioritairement cette justice, qui établit notre relation avec Dieu mais avant tout, au contraire, sa grâce et son pardon. Le Dieu-Père de cette tradition s'oppose au Dieu-Justicier mis en avant par Anselme.

En deuxième lieu, il faut recourir à Del Vecchio (1955 : 138-139), pour se rendre compte de l'une des difficultés que pose cette conception punitive de la justice (divine ou humaine). Il met en doute le principe de

l'obligation de punir qu'on retrouve chez Kant, devancé dans le savoir théologique par Anselme. Il est vrai, remarque-t-il, que toute action accomplie à l'égard d'autrui implique l'autorisation de la réciproque, i.e. « rend celle-ci juridiquement possible ; mais elle ne la rend cependant pas nécessaire (un devoir), puisqu'il n'existe aucune obligation de se prévaloir, jusqu'à sa limite, de pareille *autorisation* » (p. 138). Le sujet qui a souffert le tort dispose d'autres possibilités également juridiques et également justes de résoudre son problème et de rétablir l'ordre, comme celle de se satisfaire d'une réaction atténuée ou symbolique, ou bien encore de pardonner le tort, spécialement lorsque l'auteur du tort s'en montre repent ou le répare, pour autant que cela soit possible. Del Vecchio rappelle aussi cette tradition morale chrétienne qui recommande le pardon dans de telles circonstances. À l'objection selon laquelle le pardon équivaudrait à un déni du droit, il répond qu'au contraire il faut garder à l'esprit certaines vérités élémentaires de celui-ci. Ainsi, si je renonce au paiement d'une dette de la part de quelqu'un, je ne nie pas mon droit, mais l'affirme au contraire, de même que la renonciation à rendre la pareille ne nie pas le droit, mais « elle le présuppose et, implicitement, l'affirme » (ibid.). Le pardon et la sanction ne sont alors pas soumis à l'obligation de punir, pour la simple raison que cette obligation n'existe pas ; il existe tout au plus, une autorisation de punir.

Notons que la nouvelle doctrine de l'expiation d'Anselme ne suscitait pas les contradictions et les difficultés qu'auront à résoudre plus tard les juristes laïques lorsqu'ils essayeront de justifier le clivage entre deux justices humaines : la civile et la pénale. En effet, la justice et la loi divine étaient indivises : il s'agissait d'une seule justice et d'une seule loi, celles de Dieu. Du même coup, la victime était elle aussi indivise : c'est à Dieu qu'on devait satisfaction et c'est encore à Dieu qu'on devait payer, par le châtiment, la violation de la loi. Personne ne peut échapper à la justice de Dieu et, en plus, il n'a pas l'embarras d'avoir à faire fonctionner deux justices ou deux systèmes de lois qui créent deux *types d'illégalismes* avec des zones de rigueur et de douceur différenciées renvoyant à une domination de classe (Monod, 1997 : 80). Les juristes et les philosophes laïques n'auront pas ce confort : ils doivent expliquer pourquoi ils laissent de côté la victime du tort effectif, pourquoi ils ont deux justices et deux mesures, comment il se fait que la clientèle de la justice pénale est surtout issue des classes pauvres, pourquoi il importe d'insister sur la nécessité de punir alors qu'on punit seulement un petit nombre de transgresseurs, com-

ment on peut distinguer entre la faute civile délibérée (dol civil) et la mauvaise intention pénale (dol pénal) ¹¹, etc.

Enfin, la justice de Dieu, même conçue de façon rigide, était atténuée par la conviction que tout le monde était pécheur. Ce fait réduit l'« élément de supériorité morale qui accompagne généralement la théorie rétributive de la justice » [criminelle] (Berman 1983 : 183). Le pécheur ne perd pas, comme le criminel pour Kant, sa « personnalité » ni son statut de citoyen au point de ne plus pouvoir « se plaindre que l'on soit injuste envers lui » (Kant, 1797a, App., 5).

Les grands traits de la théorie rétributive de la peine criminelle de Kant

[Retour à la table des matières](#)

De façon à faciliter la confrontation avec la théorie de Beccaria, je donnerai un aperçu de la théorie de Kant sous forme d'un but et de cinq principes étroitement liés entre eux (voir la figure 1). Cependant, il convient d'explicitier auparavant le fondement du droit de punir, car, chez Kant, ce fondement est inséparable de sa théorie de la peine. En général, toute théorie de la peine criminelle (utilitariste ou rétributive) propose des réponses aux sept questions suivantes : i) Au nom de quoi l'État punit-il ? ii) Quel est le but de la peine criminelle ? iii) Qui peut-on punir ? iv) Qu'est-ce qui compte (ou ne compte pas) comme « punition » ? v) Quelle économie politique doit-on adopter dans l'exercice de la punition ? vi) Quel type de peine doit-on choisir ? vii) Quel degré de privation doit-on imposer ? Rappelons que cette théorie, comme celle de Beccaria, est un « système fermé », où tous les éléments interagissent et se renforcent mutuellement.

¹¹ Tarde (cité dans Prins, 1910 : 49) remarquera avec acuité : « l'audience civile est souvent plus écoeurante que l'audience correctionnelle. Et il y a plus de vraie immoralité en jeu dans certains procès où s'étale la mauvaise foi cynique d'un plaideur en pleine possession de ses facultés, que dans la plupart des petits larcins ou des petites affaires de coups et blessures où se voit l'effet d'un égarement passager. Ce que les juristes appellent *dol civil*, est une sorte de criminalité civile ».

Figure 1

La théorie rétributive de la peine criminelle de Kant comparée à la théorie utilitariste classique de Beccaria

[Retour à la table des matières](#)

Le fondement du droit de punir

[Retour à la table des matières](#)

Kant part de l'idée que la *désobéissance* à la loi *pénale* est en quelque sorte un mal *séparé* du tort causé à une victime spécifique et ce mal ne saurait être « payé » que si l'autorité hiérarchique (qui représente cette loi) punit le coupable. Il n'y a rien que l'individu fautif puisse offrir à sa victime qui aurait assez de valeur pour réaffirmer la valeur de la loi transgressée. La seule façon de rétablir l'ordre troublé est de *punir* le coupable. Pour Kant, le droit de punir puise alors son fondement dans une sorte d'obligation morale qu'aurait l'autorité hiérarchique de rétablir l'ordre en imposant une souffrance au coupable. Cette obligation serait particulièrement stricte en matière pénale. Bref, la Moralité ou la Justice constitue le fondement du « droit de punir ». Rien n'est alors plus contraire à la *théorie pénale* de Kant que cette idée de Beccaria selon laquelle le fondement du droit de punir est composé de l'ensemble des plus petites portions de liberté laissées à l'État dans le cadre d'une théorie du contrat social.

Il y a ici deux idées dont l'enjeu est important. La première est que la punition est la seule façon *d'effacer* le mal causé et de rétablir la justice. Cette vision des choses est en bonne partie responsable du durcissement de cette perspective. La souffrance posséderait, comme le notera Durkheim (1902-1903 : 152), une vertu mystique susceptible d'effacer le mal : « ce serait la douleur infligée au coupable qui réparerait le mal dont il a été la cause ; elle le répare, parce qu'il expie. La peine serait essentiellement une expiation » (ibid., p. 138).

La deuxième est que, dans la perspective d'une théorie pénale rétributive, *seule* la peine, dans le cadre *exclusif de la justice criminelle*, peut rétablir la justice : tout le reste relève de la notion d'impunité. Cette notion prend alors une acception très large ; elle ne signifie pas que rien n'a été fait, mais tout simplement que la justice pénale n'est pas intervenue. L'idée d'« impunité » persiste même si un comité disciplinaire quelconque a donné une pénalité et même si la justice civile a exigé un dédommagement avec intérêts punitifs. Par exemple, un policier congédié

pour usage abusif de la force physique par un comité administratif chargé de veiller sur la conduite professionnelle de ses membres sera vu comme un cas d'« impunité » si cette affaire tombe aussi sous le coup de la loi pénale et que la justice criminelle ne s'en mêle pas. Et cette impunité [pénale] « *est la suprême injustice envers les sujets* » (Kant, 1797a, 2P, 1S, II : 220). En fait, la théorie pénale rétributive proclame la suprématie et le monopole de la justice pénale sur les autres tribunaux par rapport aux litiges criminalisés. En effet, le texte de Kant n'offre pas de résistance à cette interprétation et c'est de cette façon qu'il a été compris.

Chez Kant, le fondement du droit de punir finit par se confondre avec le fondement de la justice criminelle et est ancré sur une interprétation erronée de la loi du talion (Draï, 1991) selon laquelle la peine doit être égale à la faute : ni plus ni moins. Ce fondement exclut, par conséquent, l'idée que la justice criminelle puisse atténuer la rigueur des peines en deçà du « crime » en question. Kant est persuadé qu'il existe un lien naturel, ontologique, entre un crime et sa peine et que le bon législateur doit le trouver et le consacrer dans la loi. Dans sa théorie de la peine, l'expression « droit de punir » prend alors un sens doublement étroit : on ne peut punir qu'en matière pénale et, en matière pénale, on ne peut que punir.

Dans le domaine du droit, cette conception de la justice criminelle va engendrer des effets analogues à ceux produits par les conceptions théologiques rétributives dans d'autres domaines de la vie sociale. Comme le rappelle Gesché (1993 : 69), « on l'a vu naguère, lorsque des chrétiens hésitèrent à accepter les techniques de l'accouchement sans douleur. Car peut-on s'insurger contre une volonté divine (surtout quand elle est douloureuse !) ? ». De même, on voit des juristes, des philosophes, des juges qui hésitent à admettre, en droit pénal, d'autres sanctions moins douloureuses en usage en droit civil et administratif. Car la « véritable » justice n'exige-t-elle pas qu'on rétribue le mal par le mal ? En paraphrasant Gesché (ibid.), on peut dire que la théorie rétributive de la peine stimule une dévotion expiatoire et sacrificielle assez trouble. De la même façon que dans une théologie du Dieu-Punitif, seul le mal du châtement peut expier nos péchés, dans la théorie pénale rétributive, seule la peine criminelle étatique cherchant à produire la souffrance a la vertu de rétablir l'ordre et d'accomplir l'idéal de justice dans sa plus parfaite approximation.

Enfin, rappelons les remarques sur le contrat social comme fondement de l'État de droit, aussi bien que celles de Philonenko (1988, II : 255-56) sur la préséance, respectivement, du droit public et du concept de citoyen sur le droit naturel et le concept d'« homme ». Comme le fondement de la peine criminelle se construit, chez Kant, *en dehors de* sa théorie du contrat social et sans rapport avec elle, les statuts politique et juridique du transgresseur de la loi pénale - voire son statut moral comme « être humain » - deviennent précaires et ambigus. En effet, Kant n'a-t-il pas écrit que celui qui est coupable d'un délit criminel devient « indigne d'être citoyen » (1797a, 2P, 1S, E : 214) et ne peut même plus « se plaindre que l'on soit injuste envers lui » (ibid., 2P, 1S, App. §5 : 246) ? Ne peut-il aussi se rendre « indigne de la société humaine » tout court (ibid.) ? Et dans quelle mesure serait-il encore une personne s'il a « perdu sa personnalité par son crime » (Kant, 1797a, App., §2 : 242) ? Faut-il interpréter qu'en perdant sa dignité de citoyen, qu'en ayant été dépouillé de sa personnalité et qu'en se rendant indigne de la société humaine, le criminel a aussi perdu carrément sa dignité d'être humain ? La loi du talion semble être la seule capable de sauver ce qui reste de sa dignité tout en trouvant un *équivalent*, un prix, pour sa faute : « oeil pour oeil ». Je ne peux pas développer ce point ici mais, quoi qu'il en soit, la question du statut du transgresseur et celle de sa « dignité humaine » restent toujours au moins partiellement non résolues chez Kant. De plus, la question du droit de punir deviendra aussi délicate. Nous y reviendrons.

La théorie pénale de Kant constitue la tentative la plus poussée de laïcisation de l'ancienne conception théologique rétributive. Kant va « importer » dans le droit positif laïque cette représentation théologique de la justice, tout en la décantant de ses aspects explicitement religieux, afin de la rendre rationnelle et purement « humaine ». Max Weber a utilisé l'expression « désenchantement du monde » pour caractériser le passage d'un monde magique et religieux au monde moderne séculier et rationnel. On peut dire, *mutatis mutandis*, que Kant a « désenchanté » la théorie théologique du Dieu-punitif, c'est-à-dire qu'il l'a adaptée au monde moderne séculier. En contrepartie, il a « enchanté », c'est-à-dire mystifié, la justice criminelle en tant que justice de « chien de garde » ¹².

¹² J'emprunte cette expression à Gesché (1993 : 69), car elle en dit long sur les conséquences de cette vision des choses.

Le but de la peine criminelle

[Retour à la table des matières](#)

On pressent le but de la peine pour Kant : il faut punir pour punir ou, si l'on préfère, payer le mal par le mal, c'est-à-dire rétablir la moralité et la justice par la souffrance du coupable. C'est en rejetant l'idée que la punition doit avoir avant tout un but utilitaire - et, en plus, en affirmant que toute faute doit être punie - que Kant arrive à dire que le but de la punition est la punition elle-même. Par rapport au châtement d'une faute morale, il (1788, 1P, Ll, Cl, Scolie II : 38) écrit : « la violation d'une loi morale, c'est le démérite (*Strafwürdigkeit*). [...] La punition comme telle, c'est-à-dire comme simple mal (*Übel*) doit d'abord être justifiée par elle-même ... »¹³. Ses propos sont encore plus clairs par rapport à la peine criminelle : « la peine juridique (*poena forensis*) [...] ne peut jamais être considérée simplement comme un moyen de réaliser un autre bien, soit pour le criminel lui-même, soit pour la société civile, mais doit uniquement lui être infligée, *pour la seule raison qu'il a commis un crime* » (Kant, 1797a, 2P, E : 214).

Du point de vue de la justification de la peine (son but), la théorie rétributive se démarque de toutes les autres justifications utilitaristes axées sur la dissuasion, sur la neutralisation ou sur la réadaptation. À l'époque de Kant, les justifications axées sur la réadaptation faisaient surtout référence au but de « correction des fautes » et d'amendement moral (Howard, Bentham) recherché à travers la punition et la discipline. L'idée d'un traitement clinique ou encore tout simplement d'une relation d'aide psychosociale en liberté étaient largement absentes. La correction était alors, au sens propre, un but et une justification du châtement : on *châtiait* pour corriger. On disait que la peine avait un but d'amendement si elle était infligée de façon à amener l'individu à « perdre le désir » de transgresser la loi pénale. En revanche, si son but était plutôt celui « d'ôter

¹³ Bien sûr, ce passage ne devient problématique que lorsqu'on le lit en conjonction avec la thèse, soutenue dans la *Doctrine du droit*, selon laquelle la peine est un impératif catégorique.

l'audace » du coupable, la peine était présentée comme « dissuasive » (dissuasion spécifique). Kant ne s'opposait, me semble-t-il, qu'à ces deux façons de justifier la punition. À ses yeux, si l'on juge qu'il y a lieu de punir, la seule manière de justifier la punition est la suivante : on punit pour punir en raison d'une faute. À vrai dire, on ne sait pas au juste comment Kant se situerait face à ces situations nouvelles qui consistent à suspendre *effectivement* l'exercice de la punition et à dire plutôt qu'il n'y a pas lieu de punir, mais seulement d'aider l'individu à se perfectionner comme personne dans le cadre d'une relation d'aide. Car, dans ces cas, la réadaptation n'est plus, à proprement parler, une justification de la peine, mais elle *prend la place* de celle-ci. De plus, Kant (1797b, Int., XI : 200) considérait que « se perfectionner comme personne » fait partie des devoirs moraux de l'individu. Autrement dit : à mon avis, on ne peut pas affirmer catégoriquement que Kant s'opposerait à l'idée de la réadaptation comme *alternative effective* à la punition, tout particulièrement si l'on laisse le choix à l'individu. La faute demeure un motif pour dire « qu'il faut se perfectionner », mais si l'on juge, en pratique, que la punition ne doit pas avoir lieu, c'est le devoir de se perfectionner qui prend place. La difficulté réside dans le fait qu'à l'époque de Kant, la loi pénale était figurée strictement en termes de punition. Or, Kant accepte cette image et ne lui attribue, par conséquent, que le rôle de punir. Kant confond alors la *fonction du tribunal* (civil ou pénal) avec la *justification de la punition*.

Quoi qu'il en soit, la théorie rétributive a été interprétée en matière pénale comme s'appliquant à la *loi pénale dans son ensemble* et non seulement à la peine. La fonction principale de cette loi n'est pas de chercher un autre bien, pour l'individu ou pour la société ; elle serait uniquement destinée à annihiler une faute par une (seule) mesure (la peine) qui prescrit aussi le mal. La loi pénale dans son ensemble est avant tout non utilitaire : ni le législateur ni le tribunal pénal ne doit choisir une alternative à la peine. Et le tribunal ne doit ni augmenter ni réduire cette dernière pour obtenir un autre but que celui de punir.

Kant s'opposerait sans doute à certaines pratiques judiciaires plus tardives comme celle de la « peine indéterminée », puisque celle-ci n'est pas octroyée en fonction de la faute mais d'un critère de dangerosité de l'individu. Il s'opposerait aussi aux politiques de détermination de la peine fondées sur la « neutralisation collective » (qui consiste, par exemple, à imposer une peine plus forte mais fixe de prison à toutes les personnes

condamnées pour un type particulier d'infraction sous prétexte de protéger la société) ou sur la « neutralisation sélective » (qui vise à prévoir le profil des contrevenants supposés susceptibles de récidiver et les punir plus sévèrement).

Cependant, Kant ne prétend pas que la peine ne puisse pas avoir d'autres *effets* que celui de rétribuer le mal par le mal ; il ne met pas en doute l'effet de dissuasion ou de correction. Ce qu'il dit, c'est que ces effets possibles ne doivent pas être des buts (tout au moins à part égale). On ne doit pas dévier de l'idée principale selon laquelle la peine doit être un mal infligé en raison d'une faute, et proportionnée à celle-ci.

On voit que la théorie rétributive est tournée vers le passé, tandis que la théorie de la dissuasion est orientée vers l'avenir. C'est que le but de dissuasion vise à empêcher de *nouvelles* transgressions (par le coupable ou par d'autres individus) alors que le but de payer le mal par le mal consiste à vouloir « effacer » un mal passé par la peine. Kant croit que toute personne coupable doit éprouver « la valeur de ses actes », sinon la justice n'est pas accomplie. Mais il ajoute aussi une deuxième raison pour laquelle la peine doit être tournée vers le passé : c'est que l'être humain « ne peut jamais être traité simplement comme moyen pour les fins d'autrui » (Kant, 1797a, 2P, E, I : 2 14). On ne peut pas utiliser un individu comme moyen pour dissuader les autres, ni lui imposer une peine en disant que c'est « pour son propre bien ».

Notez que cette deuxième raison donnée par Kant est *indépendante* de sa vision rétributive de la loi pénale. Celle-ci prétend que le mal se paie seulement par le mal et qu'on est obligé de punir. Or, vous pouvez dire que si vous êtes amené à punir dans certaines circonstances, vous ne devez pas utiliser le coupable simplement comme un moyen. Cette façon de voir n'implique pas une vision rétributive proprement dite. Bien entendu, on peut aussi dire simplement que l'on ne doit pas « punir plus que la faute », même si cela produit un bien pour la société.

Le principe de la volonté libre et rationnelle

[Retour à la table des matières](#)

Écartons d'emblée un malentendu : dans l'oeuvre de Kant, la thématique de la liberté est d'une richesse et d'une complexité redoutables et il ne saurait ici être question de donner une vue d'ensemble de sa pensée à cet égard ¹⁴. Je ne prétends même pas signaler les divers sens que cette notion peut y prendre et moins encore les débats et les questions qu'elle a pu susciter. Et je ne discuterai pas de l'éventuelle nouveauté du concept par rapport à ses prédécesseurs (Beck, 1960 : 179). D'ailleurs, je ne prétends pas non plus avoir une compétence suffisante pour exposer cet aspect de la pensée kantienne. C'est en tant que sociologue du droit et criminologue préoccupé par les problèmes posés par sa théorie pénale de la rétribution que j'approche cette question. En paraphrasant Weber (1906 : 217-218), je dirais que mes réflexions ne proposent pas le bulletin de santé du médecin, mais celui du patient, et c'est comme telles qu'il faut les apprécier et les comprendre. Mon principal objectif est très modeste et ciblé. D'une part, je veux attirer l'attention sur le fait que la théorie de la rétribution de Kant exige une certaine conception de la liberté humaine alors que celle-ci n'est pas nécessaire dans le cadre d'une théorie utilitariste de la dissuasion. Il y a, en ce sens, un lien intrinsèque entre sa théorie rétributive et sa conception de la liberté. Mais, d'autre part, je veux montrer aussi que la réciproque n'est pas vraie : sa conception de l'être humain, voire de la liberté humaine, ne réclame pas nécessairement une théorie rétributive. La relation est nécessaire dans une direction (sa théorie ne peut *que se* fonder sur une telle conception de la liberté humaine), mais contingente dans l'autre (sa conception de la liberté permet d'autres théories de la sanction). J'insiste sur ce point parce que j'ai l'impression que l'on accepte parfois la théorie rétributive de Kant à cause de sa vision de l'être humain qui nous semble appropriée. Or, les deux aspects doivent être appréciés séparément.

¹⁴ Le lecteur intéressé par cette question peut consulter les études de Allison (1990), de Beck (1960, chap. XI) et de Eisler (1994).

Pour faciliter la compréhension, j'esquisserai d'abord quelques aspects de la conception de l'être humain en me servant surtout des pistes ouvertes par Eisler (1994). Ensuite, je tenterai de donner un aperçu concis, clair et strictement adapté à mes propos, de la notion de liberté de décision chez Kant en tenant compte de la façon dont elle a été reçue par la pensée rétributive en droit pénal. Puis je soulignerai qu'une théorie rétributive de la peine criminelle ne saurait se concevoir sans accepter pleinement une idée radicale de la volonté libre qui met entre parenthèses la vie sociale, culturelle et psychologique des individus. Enfin, nous verrons qui, selon Kant, peut être puni par l'État.

1. La conception de l'être humain a déjà une longue et houleuse histoire avant que Kant n'y apporte sa propre contribution. Pour lui, l'être humain est destiné à vivre en société et c'est par sa propre activité qu'il progresse de l'animalité à l'humanité, en soumettant ses impulsions et inclinations naturelles à l'idée d'humanité et aux principes moraux (Eisler, 1994 : 481). L'être humain a alors (ou peut être apprécié selon) une double facette : il est un être sensible affecté par les déterminations physiques [les causes naturelles et sociales] et aussi un être spirituel, raisonnable et doué d'une volonté *libre*. Il y a, en lui, pour ainsi dire, un « homme animal » et un « homme rationnel » (Kant, dans Eisler, 1994 : 484). Par ailleurs, il se distingue de tous *les* autres animaux par la conscience qu'il a de lui-même, ce qui fait de lui la « seule créature raisonnable sur la terre » (Kant, dans Eisler, 1994 : 483). D'un point de vue moral, l'être humain est affecté (mais non complètement déterminé) par la grossièreté de sa nature, ce qui signifie que rien de parfait ne peut sortir « d'un bois aussi tordu » (Kant, dans Eisler, *ibid.* : 484) ; il reste que l'on trouve aussi en lui des dispositions au bien et au progrès de l'espèce (Eisler, *ibid.*).

2. Je ne peux pas entrer dans la complexité de la notion de « volonté libre » chez Kant car cela m'obligerait à exposer la distinction qu'il fait entre la volonté (*Wille*) et l'arbitre (*Willkür*). Disons tout simplement qu'il y aurait dans l'être humain « un pouvoir de se déterminer de lui-même indépendamment de la contrainte des impulsions sensibles » (Kant, 1787 : 438). C'est ce pouvoir d'auto-détermination qui donnerait à l'être humain sa liberté de décision. L'action de l'être humain ne serait pas alors enfermée dans une chaîne causale gouvernée de façon exclusive et nécessaire par les lois de la nature (causalité objective) : il aurait la faculté « de commencer tout à fait de soi-même une série d'événements » (Kant,

ibid. : 439 ; souligné dans l'original). Kant distingue donc deux sortes de causalité : « l'une suivant la nature, l'autre par la *liberté* » (Kant, *ibid.* : 437-38 ; souligné dans l'original). La liberté dans le sens pratique serait alors cette indépendance que l'arbitre humain (*Willkür*) - qui n'est pas en soi-même entièrement libre - peut avoir face à la contrainte [naturelle, sociale] qui pousse l'individu à agir d'une certaine façon (Beck, 1960 : 189) grâce au pouvoir d'auto-détermination de la volonté (*Wille*). Il y aurait alors une liberté de la volonté humaine « qui se caractérise justement par cette indépendance face à « tous les mobiles sensibles » (Kant, 1797a : 87). C'est dans la possibilité de cette volonté libre que l'arbitre humain se distingue de l'arbitre animal (*arbitrium brutum*). Certes, Kant reconnaît, nous l'avons dit, que l'arbitre humain est affecté par les causes objectives (naturelles et sociales), mais il serait capable d'y échapper [à tous les moments ?] et d'inaugurer une nouvelle chaîne de causalité. C'est la loi morale qui permettrait à l'individu de s'opposer aux contraintes objectives par une sorte de contrainte intellectuelle intérieure (Kant, 1788, 1P, 1L, 1C, §7 : 32), c'est-à-dire par un raisonnement qui tient compte du devoir moral. Cela signifie qu'au moins en principe, grâce à cette activité intellectuelle et morale, l'être humain aurait « la faculté de faire ou de ne pas faire suivant son gré » (Kant 1797a, Intr., 1 : 87). L'être humain peut alors se laisser conduire par une règle (morale) en se donnant justement cette règle comme une fin ¹⁵. « La volonté est une sorte de causalité des êtres vivants, en tant qu'ils sont raisonnables, écrit Kant (1785, 3S : 179), et la liberté serait la propriété qu'aurait cette causalité [humaine] de pouvoir agir indépendamment des causes étrangères qui la *déterminent* [...] ».

Beck (1960 : 189) note que, pour Kant, la liberté pratique de l'être humain selon la loi morale « présuppose que, malgré le fait que quelque chose n'arrive pas, aurait dû arriver », c'est-à-dire que la cause dans le domaine des phénomènes naturels ou objectifs n'est pas aussi déterminante qu'elle exclue nécessairement une autre causalité issue de notre volonté. Par exemple, la loi morale présuppose et exige qu'on ne tue pas une autre personne. Si un individu, fou de rage, en tue un autre, cela n'aurait pas dû arriver (selon la loi morale) et aucune causalité objective (la rage, dans ce cas) n'est assez déterminante pour exclure complètement la capa-

¹⁵ « Toute chose dans la nature, écrit Kant (1785, 2S : 122), agit d'après des lois. Il n'y a qu'un être raisonnable qui ait la faculté d'agir d'après la représentation des lois, c'est-à-dire d'après les principes [...] » (souligné dans l'original).

cité de l'individu en état de rage de se contrôler par sa volonté. Si l'individu avait contrôlé ses impulsions à agresser autrui, la causalité de la liberté l'aurait emporté sur la causalité naturelle. Le fait que cette dernière se réalise en fait ne signifie pas que la liberté de l'arbitre n'existe pas, mais tout simplement qu'elle n'a pas été mise en oeuvre de façon effective pour produire un autre résultat (la non-agression).

Beck (1960 : 192-193) soutient que Kant n'a pas suffisamment tenu compte du fait que « l'uniformité des actions humaines est, en principe, aussi grande que celle du système solaire » et je suis porté à penser, comme lui, que Kant a exagéré la portée de la liberté humaine. Et cette exagération est, à mon avis, particulièrement visible - aussi bien que néfaste du point de vue de ses conséquences sociales - dans sa théorie rétributive de la peine criminelle. Ici Kant ne donne aucun signe d'avoir tenu compte du contexte social, de l'interaction humaine et du vécu des individus. Mais Beck a raison de dire qu'on trouve, chez Kant, des suggestions importantes qui permettent de revoir sa façon de poser le problème de la liberté et aussi, ajoutons-nous, de revoir entièrement sa théorie de la pénalité ¹⁶.

3. Dans le chapitre sur Beccaria, nous avons vu que la thèse selon laquelle l'être humain aurait une volonté *libre* n'est pas nécessaire à la théorie utilitariste de la dissuasion. Certains utilitaristes, comme Bentham, contournent aisément la question et évitent d'entrer dans ce genre de discussion. D'autres utilitaristes, comme Hobbes, concilient même le but de la dissuasion avec un point de vue déterministe sur la nature de l'être hu-

¹⁶ Malheureusement je ne peux pas explorer ici les voies ouvertes par Beck. Je me limiterai à dire qu'elles vont dans le sens de considérer la liberté et le déterminisme comme étant simplement des principes subjectifs régulateurs de la raison pour la faculté de juger, plutôt que comme des réalités constitutives objectives (voir Kant, 1790, §§ 70 et 76). Ces suggestions feraient éclater la théorie rétributive. Certes, Kant (*ibid.*, § 76 : 374) considère que la liberté, même vue simplement comme principe régulateur, « vaut avec autant de nécessité pour notre faculté de juger que s'il s'agissait d'un principe objectif ». Mais il suffit de prendre acte du fait qu'il s'agit là de deux procédures ou attitudes à propos du monde qui n'ont pas un statut ontologique, pour avoir une autre attitude pratique lors du jugement moral des actions. En effet, on sera moins porté à soutenir que la seule façon de faire justice en matière pénale est de faire payer un mal-de-crime par un mal-de-peine dans une égale mesure.

main. Certes, il y a aussi des utilitaristes, comme Beccaria, qui acceptent l'idée de la volonté libre. Mais même dans ces cas, on se rend compte que l'on peut extirper cette conception de la théorie sans que cela ne produise aucune altération significative. Or, la théorie rétributive de Kant, au contraire, exige d'abord que la liberté de décision soit représentée comme une réalité objective (ou un principe constitutif ontologique) et pas seulement comme un principe régulateur de notre faculté humaine de juger. Car, selon cette théorie, l'être humain *doit pouvoir effectivement* interrompre la causalité objective (sociale et psychologique) et initier une nouvelle action qui serait conforme à la loi morale. De plus, cette théorie présuppose aussi que l'individu puisse interrompre à *n'importe quel moment* cette causalité (sauf en cas de maladie mentale, de bas âge, etc.). Elle exige donc une conception à la fois fermement réaliste et radicale de la liberté humaine comme possibilité pratique. En effet, sa cohérence conceptuelle interne et son intransigeance absolue en faveur du châtement « qui fait souffrir » en dépendent. Et d'autant plus qu'elle prétend que l'on doit punir même si la peine est entièrement inutile. Il serait non seulement contradictoire, mais également absurde de soutenir qu'il existe une obligation incontournable de faire payer un mal moral par un mal de souffrance (dans une égale mesure et même si tout cela est inutile) si l'on ne présuppose pas en même temps, chez l'individu imputable, une capacité de liberté assez puissante pour neutraliser en toute circonstance le poids des causes sociales et psychologiques.

Kant avait d'autres raisons plus importantes - qui ne relèvent pas de sa théorie rétributive - de soutenir une conception plus radicale de la liberté humaine. Contrairement aux utilitaristes, il traite alors beaucoup plus longuement de cette question et prend clairement position en faveur de la volonté libre dans le débat avec le déterminisme. Il semble que c'est son intérêt pour la philosophie morale qui l'amène avant tout à chercher un concept plus radical de liberté que ceux proposés par les empiristes ; un concept qui n'interfère pas avec les lois de la nature ou l'approche scientifique et qui puisse donner en même temps des assises solides à l'imputation morale (voir Beck, 1960 : 179 et 191). Pour Kant, « le devoir d'obéir à la loi morale serait contradictoire si nous n'avions pas la possibilité de nous y conformer » (Alquié, 1985 : xvii), c'est-à-dire de forcer notre volonté à se déterminer en fonction de cette loi. Or, même cette idée réaliste et radicale de la liberté ne nous amène pas à conclure que, parce qu'il est

possible de faire une imputation morale, il faut nécessairement punir et de façon rigoureuse.

4. Voyons maintenant ce qu'on peut retirer du texte de Kant pour répondre à la question « qui peut être puni par l'État ? ». Ma tâche est d'autant plus difficile que je n'ai pas trouvé trace d'un philosophe ou d'un juriste qui ait étudié la manière dont Kant aurait abordé cette question. J'ai souvent eu l'impression que l'on se préoccupe plus ici de bien transmettre la pensée de Kant que de découvrir certaines de ses limites. Quoi qu'il en soit, le thème est présenté comme s'il n'était pas problématique et reste d'ordinaire à l'abri d'un regard critique. Dans cette section, je traiterai de ce qui me semble le moins difficile, laissant pour plus tard l'examen de la notion de « crime public » chez Kant.

Avec toutes les réserves que réclame la complexité de la question, il me semble que, selon Kant, l'État peut et *doit* légitimement punir tout individu *libre et rationnel* qui a *effectivement commis* de façon intentionnelle un « crime public » (Kant 1797a, 2P, E : 214) et qui a été condamné par un tribunal (justice pénale) selon les *principes du droit*.

J'ai souligné les aspects de la réponse qui, après examen, ne me semblent pas poser de difficultés. Par exemple, Kant serait clairement opposé à la punition d'un malade mental qui aurait tué une autre personne. Selon sa théorie rétributive, on ne peut ni blâmer ni punir un individu qui n'aurait pas la capacité de contrôler son arbitre par une sorte de volonté libre. Il n'accepterait pas non plus, sous aucun prétexte, que l'on condamne une personne innocente en connaissance de cause. Kant récuse aussi à l'État le droit légitime de punir une action « non intentionnelle ». Notez que je ne dis pas ici que, pour Kant, l'intentionnalité est un critère théorique (ou empirique) pertinent pour distinguer le « crime public » des autres actions immorales non considérées comme crime par la loi pénale ; j'affirme seulement que, selon Kant, on ne peut pas punir un individu *sans être convaincu* de son intentionnalité à un *degré quelconque*. L'État ne peut pas se permettre non plus de punir un individu sans le soumettre auparavant à un jugement en bonne et due forme devant le tribunal compétent. Enfin, Kant exigerait, lui aussi, les mêmes principes de protection juridique revendiqués par les utilitaristes classiques, comme le principe de la légalité : l'État ne pourrait pas considérer un comportement comme

« crime public » s'il n'a pas été auparavant prévu et défini clairement par une loi pénale.

Par rapport à ces éléments de réponse, la théorie rétributive de Kant n'ajoute rien de vraiment nouveau à la position des utilitaristes classiques. La seule différence - sans conséquences pratiques - est l'insistance sur l'idée que les individus *ont* effectivement une volonté libre. En effet, un utilitariste classique n'a pas besoin de présupposer une volonté libre chez l'individu ; il suffit de supposer que ce dernier a la capacité rationnelle d'estimer les conséquences de son action. Par ailleurs, les deux théories sont d'accord sur ce que l'on doit exclure de la portée du droit pénal : les cas de maladie mentale, de bas âge, les personnes qu'on sait innocentes, etc. Pour les utilitaristes classiques, punir une personne innocente pour dissuader les autres est un non-sens. D'abord, parce que l'effet de dissuasion s'applique aussi à l'individu lui-même (dissuasion spécifique) ; or il n'y a aucun sens à vouloir le dissuader de quelque chose qu'il n'a pas fait. Deuxièmement, cela produirait tôt ou tard des effets chaotiques pour l'ordre social dans la mesure où il deviendrait impossible de dissimuler la tromperie : le bien de la société ne peut raisonnablement pas être atteint de cette façon. Enfin, tous les utilitaristes classiques que j'ai pu consulter exigent aussi la culpabilité effective de l'accusé pour limiter le pouvoir arbitraire de l'État et donner une certaine « sécurité » aux sujets ¹⁷.

¹⁷ Pourtant certains rétributivistes laissent entendre, à tort, que la théorie de Kant est la seule susceptible de protéger les droits d'une personne innocente. J'ai tenté de comprendre la source de ce malentendu puisqu'ils ne citent aucun utilitariste classique pour appuyer leurs propos. L'idée de sacrifier un innocent se trouve consacrée, sous forme d'une maxime dans un passage biblique : « il est préférable qu'un seul homme meure [quoiqu'innocent] plutôt que périsse tout un peuple » (Saint Jean, XI, 50, cfr. XVIII, 14 ; voir Del Vecchio, 1953 : 143). Kant, dans sa lutte contre l'utilitarisme, a fait allusion à cette maxime pharisienne : « Mieux vaut la mort d'un homme que la corruption de tout un peuple » qui fait référence à la mort de Jésus, innocent (Kant, 1797a, 2P, 1S, Rem. E : 214). Or, certains philosophes rétributivistes semblent considérer cet énoncé pharisien comme exprimant les idées, la portée ou les risques d'une théorie utilitariste (classique) de la peine.

*Le principe de l'exclusion des mesures alternatives
et de la critique du pardon*

[Retour à la table des matières](#)

Les théories de la peine, comme nous l'avons dit, consacrent une *différenciation du droit pénal* par rapport au droit civil ¹⁸. Dès le départ, la question du choix de la sanction appropriée subit une réduction théorico-méthodologique capitale : elle se mue en question relative au type de peine. Le choix se réduit, et la mentalité *guerrière est* consacrée. Or, la théorie rétributive se donne comme but de « payer le mal par le mal ». Par là, on peut déjà voir sa propension à exclure les mesures alternatives de son champ d'intérêt. Dans cette section, nous allons examiner le sens précis (en langue française) de cette expression, la définition de la peine donnée par Kant et sa position vis-à-vis du droit de grâce. Ceci me paraît suffisant pour montrer, entre autres choses, qu'il y a une série de mesures et sanctions juridiques qui, non seulement, ne comptent pas comme « peines » aux yeux de Kant mais qui, en plus, sont jugées inadéquates en matière pénale.

1. Pour bien comprendre le sens de l'expression « payer le mal par le mal », il convient de rappeler une typologie conceptuelle et éthique du mal proposée par Gesché (1993 : 77). Celui-ci identifie grosso modo trois types de mal : i) le mal-de-faute (*malum culpae*), ii) le mal-de-peine (*malum poenae*) et iii) le mal-de-malheur (*malum calamitatis*). Les deux premières catégories relèvent d'une distinction classique en philosophie ; l'auteur propose la dernière pour empêcher que le mal-de-malheur soit interprété comme un mal-de-peine, c'est-à-dire comme un châtiment de Dieu. Disons librement que le premier type de mal est causé par la faute morale d'un individu ; le deuxième désigne la souffrance qu'on subit comme conséquence d'une faute commise (mal-de-punition) ; et le troisième, un mal causé ou subi sans que l'on puisse parier d'une faute ou d'une punition (un accident, une maladie, la mort d'un ami, etc.).

¹⁸ En ce sens, la culture juridique occidentale procède de façon inverse au droit hébraïque, qui favorise le droit civil par rapport au droit pénal. Voir à cet égard la démonstration convaincante et stimulante de Draï (1991 : 18-19).

Lorsque la théorie rétributive dit qu'il faut « payer le mal par le mal », elle entend par là qu'il faut payer le mal-de-faute par le mal-de-punition. Si cette théorie ne vaut qu'en matière pénale, elle considère qu'il faut payer le mal-de-crime [au sens de transgression à une loi pénale] par le mal-de-peine-criminelle. Or, en allemand, il existe deux mots pour parler respectivement de ces deux types de mal - *Böse* et *Übel* - et Kant en discute longuement dans la Critique de la raison pratique (IP, 1L, C2) ¹⁹. Il explique que *Böse* (mal-de-faute) se rapporte précisément à des actions qui s'accompagnent de la volonté de faire quelque chose de mal et non à une sensation de la personne (Kant, 1788 : 62). En revanche, si un individu se blesse accidentellement et crie, Kant dira que c'est parce qu'il a ressenti du mal au sens de « *Übel* », c'est-à-dire sans que quelque chose de mauvais au sens de « *Böse* » ne soit attaché à ce mal. Autrement dit : il y aurait un seul mal blâmable, « un seul mal qui, aux yeux de chacun, est un objet d'aversion » (Kant, *ibid.*), en l'occurrence « *Böse* ». On voit la conséquence : on paye un mal-blâmable (*Böse*) avec un mal-non-blâmable, la peine criminelle. Celle-ci n'est qu'un *bad*, mais jamais un *evil* ; elle n'est qu'une façon de sentir et, par conséquent, selon la logique rétributive, on ne doit pas la voir comme relevant de l'intentionnalité méchante (mal actif), mais plutôt comme un « mal passif » (que l'on subit, au même titre que le mal de malheur).

La peine criminelle est ainsi mystifiée : on peut imiter la violence de celui-qui-a-commencé tout en prétendant que la nature de la violence de la peine (réaction) n'est pas la même. Par exemple, tuer une personne est *evil* (*Böse*), mais exécuter un meurtrier est seulement *bad* (*Übel*). Cette philosophie mimétique, pour parler comme Muller (1995 : 184), permet aisément d'immoler un être réel en se donnant bonne conscience et nous empêche « de briser l'engrenage sans fin du mimétisme en refusant d'imiter la violence de celui qui a pris l'initiative de l'agression ». Or, cette sorte de philosophie exclut les sanctions juridiques civiles en matière pénale.

2. La définition de la punition de Kant ne renforce cette philosophie mimétique que parce qu'il soutient, en même temps, que le droit criminel

¹⁹ En anglais, comme l'indique Picavet (dans Kant, 1788 : 61), le sens de ces deux mots allemands est rendu, de façon imparfaite, par *evil* (*Böse*) et, par *bad* (*Übel*).

est obligé de punir, c'est-à-dire qu'il ne peut se donner aucune autre forme de sanction juridique. Pour lui, la « véritable » punition - celle qui convient à la loi pénale - doit remplir trois conditions. Les deux premières sont présentées conjointement. Tout d'abord, la punition est un mal physique (ou une peine douloureuse) qu'on inflige comme conséquence à un mal moral (Kant, 1788, 1P, 1L, 1C, th. IV, Sc. II : 38) ou à un délit criminel. La troisième condition, c'est un rapport hiérarchique : « la punition ne peut avoir d'existence que dans le rapport d'un supérieur (*imperantis*) à un inférieur (*subditum*) » (Kant, 1797a, 2P, 2S, § 57 : 230). Kant ne fait référence ici qu'au droit (l'État envers ses sujets), mais cette précision s'applique aussi à la punition infligée par une autorité dans le cadre de l'éducation morale (un parent envers son enfant, un instituteur envers ses élèves, etc.). On ne peut pas parler, par exemple, de « guerre punitive », parce qu'un tel rapport hiérarchique n'existe pas entre deux États. Par extension, on ne peut pas parler de punition entre deux citoyens ordinaires, même si l'un attaque l'autre pour défendre ses droits, comme il arrive entre les États. Kant réserverait à ces situations d'autres expressions, telles que « légitime défense », « attaque justifiée », « vengeance », etc.

Par rapport à la loi pénale, Kant (1797a, 2P, E : 213) écrit que « le *droit de punir* est le droit du souverain envers celui qui lui est soumis de lui infliger une peine douloureuse en raison de son crime ». Comme on peut le voir, tous les éléments de la définition de la punition s'y trouvent. Cependant cette notion prend ici un sens étroit car, d'une part, seul le « crime » justifie la peine et, d'autre part, on ne peut pas considérer comme « peine » les autres souffrances associées et causées par le fonctionnement de la justice pénale et qui ne sont pas explicitées dans la sentence ou dans les lois ²⁰. On ne peut pas non plus considérer le dédommagement avec intérêts punitifs comme une « peine », car c'est la victime (et non l'autorité hiérarchique) qui en bénéficie. Enfin, comme nous le verrons, l'expression « *droit de punir* » prend aussi la signification spécifique d'une « obligation de punir » en matière pénale.

²⁰ Ainsi, par exemple, le licenciement, ou les représailles à l'égard des enfants d'une personne dont l'accusation pour crime serait rendue publique par les médias, ne seraient probablement pas considérés par Kant comme faisant partie de « sa peine ».

La définition de Kant produit, par ailleurs, un effet mystifiant assez curieux. Illustrons ceci par la situation suivante : l'État X vient de condamner aux galères ou à l'« esclavage perpétuel » un individu qui a commis un larcin pour la deuxième fois. Hobbes (1651 : 371), indigné par la sévérité de cette peine, dirait que le Souverain ne sait pas gouverner parce que le but de la peine « n'est pas de se venger ou de décharger sa bile ». Dans cet exemple fictif, Kant serait venu au secours du Souverain, en soutenant que Hobbes a tort de parler de vengeance, voire de vengeance déguisée. La vengeance n'est simplement plus possible d'un point de vue théorique. L'individu n'a-t-il pas *d'abord commis* une action immorale ? Le Souverain n'est-il pas placé dans un rapport hiérarchique avec son sujet ? Et ne lui a-t-il pas infligé une *peine douloureuse* en raison de son crime ? Dès lors, pour Kant, le mot « vengeance » n'est plus approprié. Tout au plus, pourrait-on parler d'une peine excessive ou disproportionnée. Dans le débat entre utilitaristes et rétributivistes, cette question est récurrente. Les premiers accusent les seconds de soutenir une théorie vengeresse de la peine, et ces derniers répliquent que les utilitaristes ne comprennent pas le concept de punition. Quoi qu'il en soit, les Lumières ont apparemment rendu plus difficile l'idée même d'une « peine vindicative ». Nous sommes plutôt convaincus que l'époque d'une justice criminelle vindicative est loin derrière nous, perdue dans les brumes de la période pré-classique.

3. Suivant l'exemple de St-Anselme, pour qui le Dieu parfait est Celui qui punit toutes les fautes avant de les pardonner, Kant, dans le passage à la justice humaine, tente de trouver un équivalent à cet idéal divin :

Le droit de gracier le criminel, soit en adoucissant sa peine, soit en la lui *re-mettant tout à fait*, est de tous les droits du souverain le plus délicat... à l'égard *des crimes* commis Par les sujets les *uns* envers les autres il n'appartient nullement au souverain d'exercer ce droit, car ici l'impunité est la suprême injustice envers les sujets. Ce n'est donc *qu'à* propos d'une atteinte *qui* le touche lui-même (*crimen laesae maiestatis*) qu'il en peut user. Et dans ce cas même il ne le pourrait pas si l'impunité *devait constituer* un danger pour *le peuple* lui-même au point *de vue* de sa sécurité (Kant, 1797a, 2P, E, II : 220).

Beccaria avait proclamé : « que les lois soient donc inexorables, que les exécuteurs des lois soient inflexibles, mais que le législateur soit indulgent et humain » (1764a : 107). L'appel à l'indulgence et à l'humanité du législateur serait vu, par Kant, comme le langage des « orateurs senti-

mentaux »(Kant 1797a, 2P, E, I : 217). Bentham (1840, I : 51 et 77) dirait qu'« humanité » et « indulgence » relèvent d'un vocabulaire irrationnel et contraire au principe du bonheur : « Que dirait-on d'un chirurgien qui, pour épargner la souffrance à son malade, laisserait la guérison incomplète ? Serait-ce une humanité bien entendue que d'ajouter à la maladie le tourment d'une opération inutile ? » (Ibid.). Pour Kant, l'humanité est étrangère à la justice criminelle et n'a rien en commun avec elle ; le législateur doit stipuler la peine juste, Le. le châtiment proportionné au mal-de-faute, et non une peine humaine. On comprend pourquoi les peines ne peuvent pas être inscrites dans le contrat original : elles proviennent, pour Kant, d'une image immuable et universelle de la justice et non d'une convention entre les êtres humains ; pour Bentham, c'est la raison utilitariste qui doit les choisir, sans ajouter d'obstacles de ce genre. En dépit de leurs divergences, Beccaria, Bentham et Kant sont d'accord sur le fait qu'une fois établies les lois et les peines, l'autorité n'a que très exceptionnellement l'autorisation de les atténuer ou de suspendre leur mise en application. On ne peut pas non plus choisir une « sanction alternative ».

Le principe de l'obligation morale absolue de punir

[Retour à la table des matières](#)

Ce principe est imbriqué dans le précédent, mais il s'y ajoute une précision :

Kant souligne que l'autorité chargée de veiller à l'application de la loi pénale n'a d'autre choix que d'entamer une procédure face à toute infraction pertinente et, en cas de condamnation par le tribunal, de punir la personne coupable. Il s'agit de *devoirs incontournables de l'autorité*. Kant serait farouchement opposé aux démarches du pouvoir judiciaire ou exécutif visant à déjudiciariser les litiges susceptibles d'aboutir à une condamnation pénale et à toute décision du tribunal visant à atténuer la peine équivalente au mal causé. Il ne serait pas non plus d'accord avec des peines imposées dans le but explicite d'intimider les autres. Comme il le dit, « la loi pénale (*Das Strafgesetz*) est un impératif catégorique » (Kant, 1797a, 2P, 1S, E : 214). En se référant explicitement à la loi pénale toute entière - *Strafgezets* - et pas seulement à la punition, Kant semble dire que non seulement il ne faut absolument pas faire ce que la

loi interdit (par exemple, il ne faut pas tuer), mais aussi que le tribunal pénal ne peut que punir. Du coup, la peine n'est pas un devoir hypothétique ou conditionné relativement, par exemple, à la possibilité de faire justice d'une autre façon ou d'obtenir la paix entre les parties, mais un devoir *inconditionné*. La loi criminelle (y compris la peine qu'elle doit prescrire) est une exigence absolue de la raison et de la moralité, sans égard à d'autres considérations. La théorie rétributive confond alors la loi pénale avec une de ses sanctions théoriquement possibles, la peine au sens strict, et soumet la loi pénale et le tribunal à une logique strictement punitive.

Kant insiste à plusieurs reprises sur ce devoir impératif de punir, mais là où il exprime ce principe avec le plus de clarté et de force, c'est dans l'exemple de l'« île » :

Mais si le criminel a commis un meurtre, il doit mourir. Il n'existe aucune commutation de peine qui puisse satisfaire la justice ... Même si la société civile devait se dissoudre avec le consentement de tous ses membres (si par exemple, un peuple habitant une île décidait de se séparer et de se disperser dans le monde tout entier) le dernier meurtrier se trouvant en prison devrait préalablement être exécuté, afin que chacun éprouve la valeur de ses actes, et que le sang versé ne retombe point sur le peuple qui n'aurait point voulu ce châtement, car il pourrait alors être considéré comme complice de cette violation de la justice publique (Kant, 1797a, 2P, 1S, E : 216).

Indépendamment de sa position à l'égard de la peine de mort, qui n'est pas partagée par tous les rétributivistes, ce passage peut être considéré comme paradigmatique à deux égards. Premièrement, il montre clairement la conception expiatoire de la justice qui est typique d'une théorie rétributive : si nous ne punissons pas tous les coupables (selon la loi du talion), justice n'est pas faite (d'aucune autre façon) et nous sommes tous complices de leur crime. Deuxièmement, on voit jusqu'à quel point peut aller le devoir de punir : même si la peine est complètement inutile du point de vue de la dissuasion ou de la correction, mais aussi apparemment dénuée de sens parce qu'il n'existera plus de société le lendemain, la peine, elle, garde quand même encore un sens : il faut punir jusqu'au bout, au nom (d'une image) de la Justice.

*Les principes de l'analogie
et de la proportionnalité impérative*

[Retour à la table des matières](#)

Quelle sorte de peine doit-on choisir ? Et quel degré de souffrance doit-on imposer ? Chez Kant, il est plus facile de présenter ensemble ces deux principes parce qu'ils sont étroitement associés à sa représentation (erronée) de la loi du talion dans le droit hébraïque (Draï, 1991). Il faut cependant garder à l'esprit que les rétributivistes contemporains ont usuellement abandonné le principe de l'analogie de la peine à titre de critère généralisé. Il ne survit que par rapport à la peine de mort et, même ici, me semble-t-il, de façon exceptionnelle.

Pour répondre à ces deux questions embarrassantes (quelle peine et dans quelle mesure), Kant revient au principe de la loi du talion, mais interprété à sa façon. Sans tenir compte des contextes historique et juridique, la loi du talion se lit ainsi : « fracture contre fracture, oeil pour oeil, dent pour dent » ²¹, d'où « vie pour vie ». Si la loi pénale n'est pas totalement appliquée, au double sens quantitatif (« à tous les coupables ») et qualitatif (« intégralement »), on prédit l'apocalypse : la « corruption de tout un peuple » (Kant, 1797a, 2P, E, 1 : 214). La première fonction de l'image du talion chez Kant est d'exprimer l'idée d'une identité mimétique entre la violence de celui-qui-a-commencé (Muller, 1995 : 184), et la violence de la Loi ²². Sa deuxième fonction est d'ordre méthodologique, et sert à répondre aux questions de comment punir et combien ? Kant y répond par la notion d'égalité qui englobe celles d'analogie et de proportionnalité, tout en apportant des spécifications à cette dernière ²³.

²¹ Le Lévitique, 24, 20.

²² Il ne faut pas oublier que, pour Kant, le point de départ du problème se fixe selon le critère de la dogmatique pénale : dans l'acte inaugural de l'agent, car on ne tient compte ni de son histoire sociale et de vie, ni de la part éventuelle du groupe. La question complexe de la responsabilité est ici réduite à celle d'un sujet libre.

²³ Kant (1797a, App., 5 : 246) écrit : « je tiens encore le *jus talionis*, quant à sa forme, toujours comme l'unique Idée a priori déterminante [...], en tant que principe du droit pénal ». Notez que Kant n'aurait peut-être pas eu tort s'il avait saisi

Mais quel est le mode et quel est le degré du châtement que la justice publique doit adopter comme principe et mesure ? Il n'en est point d'autre que le principe de l'égalité (figuré par la position de l'aiguille dans la balance de la justice), et qui consiste à ne pas se pencher d'un côté plus que de l'autre. Ainsi : le mal immérité que tu infliges à un autre dans le peuple, tu le fais à toi-même. Si tu l'outrages, c'est toi-même que tu outrages ; si tu le voles, tu te voles toi-même ; si tu le frappes, tu te frappes toi-même ; si tu le tues, tu te tues toi-même. Seule la loi du talion (*jus talionis*), mais bien entendu à la barre du tribunal (et non dans un jugement privé), peut fournir avec précision la qualité [i.e., le type de peine] et la quantité de la peine (Kant, 1797a, 2P, 1S, E : 215).

Le critère de la peine est celui de l'identité approximative de nature entre le crime et la peine ²⁴. Par exemple, selon Kant, « si le criminel a commis un meurtre, il doit mourir » (Kant, 1797a, 2P, E, I : 216) ; dans le cas du viol ou de la pédérastie, il faut punir par la castration (ibid., App., 5 : 246) ; dans le cas de la bestialité, par l'expulsion de la société civile (ibid.) ; dans le cas du vol, par une peine pécuniaire ou par l'esclavage, etc. Ce critère de l'identité de nature a aujourd'hui perdu beaucoup de sa crédibilité, dans la mesure où ces peines inhumaines, y compris la peine de mort, ne sont généralement plus admises, même par les rétributivistes. Mais le principe n'a pas complètement disparu. Ce critère d'égalité spécifique ou de nature entre le mal-de-faute et le mal-de-peine rejoint le principe utilitariste de *l'analogie* entre le délit et la peine ²⁵.

Enfin, le critère pour déterminer le quantum peut être appelé le critère de la « proportionnalité-horizontale-impérative ». C'est l'idée d'une mesure égale obligatoire. Kant modifie ici autant la notion hébraïque que la notion utilitariste de proportionnalité. Dans le droit hébraïque, la proportionnalité indique simplement le seuil supérieur de la pénalité (Draï, 1991). Chez les utilitaristes, la notion de proportionnalité souligne seulement la nécessité de garder une échelle verticale de sévérité : il ne faut pas punir les petits et les grands délits avec la même sévérité. Chez Kant, la notion de proportionnalité est gouvernée par celle d'égalité et est repré-

correctement la forme de la loi du talion : comme indiquant la limite supérieure de la peine et sans imposer l'obligation de punir (Draï, 1991).

²⁴ Bien sûr, nous l'avons vu, il n'y a pas ici une identité sur le plan éthique, mais seulement entre la sorte de crime et la sorte de peine. Car le crime est un « *evil* » et la peine n'est qu'un « *bad* ».

²⁵ Bentham dira d'ailleurs (1840 : 43) que « le talion est admirable sous ce rapport ».

sentée par l'image de la balance, « qui consiste à ne pas se pencher plus d'un côté que de l'autre » (Kant, 1797a, 2P, E, I : 215). Kant veut éviter la disproportion entre les fautes et les châtements *dans toutes les directions*, et non seulement l'excès de punition.

La solution a été facile pour le meurtre : la peine de mort. Comme le note Brodeur (1986 : 167), « la vie pour la vie », c'est « la seule formulation de la Loi du Talion [telle que comprise par l'Occident] qui puisse être effectivement appliquée à la vie sociale ». En effet, pour les autres atteintes contre la personne (viol, agression physique) et les mœurs (pédérastie, bestialité), Kant n'émet que des suggestions inacceptables, dignes de la pensée pré-classique. Il ne discute quasiment pas des infractions contre les biens. Brodeur (*ibid.*) signale qu'il laisse poindre « l'illusion funeste que ce qui pouvait être affirmé de la peine de mort était a fortiori valable pour toutes les autres peines ». Mais comment Kant applique-t-il son principe d'« égal à égal » aux infractions contre la propriété ?

Supposons le vol d'un bien dans une boutique. Si l'on applique le principe du talion, tel qu'énoncé ci-dessus pour le meurtre, il faut tout simplement rendre le bien volé à son propriétaire, ou lui verser l'équivalent en argent (« le bien volé pour le bien volé »). Mais du coup, cette solution d'égal à égal devient irrecevable en matière pénale. Il faut alors trouver un argument pour produire un excédent punitif, qu'on n'a pas le besoin de rechercher dans les châtements corporels, où la souffrance va de soi. Kant dirait alors que le vol n'est pas simplement un vol dirigé contre le propriétaire du bien, mais une mise en cause de la propriété de tout un chacun, voire du concept même de propriété. Mais cela vaut aussi pour le meurtre ou le viol, et pourtant, dans ces cas, on n'a pas besoin d'aller au-delà du principe d'égal à égal. C'est alors, semble-t-il, que le concept d'intentionnalité est appelé à intervenir afin de justifier, dans les offenses contre les biens, le surplus d'affliction : « on ne punit pas simplement le vol, mais aussi l'intention méchante du voleur », dira-t-on. Si l'on avait appliqué ce raisonnement aux atteintes contre la vie, on aurait recouru à la torture.

Résultat étonnant ? En matière de crimes contre la propriété, les rétributivistes rejoignent volontiers les utilitaristes, c'est-à-dire qu'ils acceptent, en pratique, l'idée (utilitariste) d'un surplus de peine par rapport au

mal objectif causé. Kant dirait que c'est pour satisfaire l'idée de Justice Bentham dirait que c'est pour dissuader.

*
* *

Je me suis demandé si, au fil des pages consacrées au droit criminel dans la *Doctrine du droit*, Kant n'avait pas modifié implicitement sa façon de voir l'impératif catégorique. Tout d'abord, il (1785, 2S : 142 ; 162) a souvent dit que l'impératif catégorique était « un principe unique ». Celui-ci pouvait, certes, prendre plusieurs formules, mais celles-ci étaient plutôt formelles et l'impératif s'exprimait par une formule du genre « agis de telle sorte que la maxime de ton action devienne une loi universelle ». Or, il présente la loi pénale dans son ensemble (interdit et sanction) comme un impératif catégorique et non comme une maxime découlant du seul et unique impératif catégorique. En plus, il ne montre pas, comme il l'a fait avec la promesse, de quelle façon on peut relier la supposée spécificité de la loi pénale (et de l'obligation de punir) à cet impératif unique ou à une de ses formules, y compris celle présentée au début de la *Doctrine du droit*. Deuxièmement, dans la *Doctrine de la vertu*, Kant rappelle encore que « la loi [impératif catégorique] ne peut prescrire que des maximes d'actions, et non les actions elles-mêmes, [...], c'est-à-dire que la loi ne peut pas spécifier précisément *de quelle* façon on doit agir et combien on doit faire à travers l'action pour atteindre un but qui est aussi un devoir » (Kant, 1797b, Int., VI et VII : 194). Mais la loi pénale doit prescrire des actions concrètes pour contrôler le pouvoir discrétionnaire de l'État. De plus, l'impératif catégorique de punir chez Kant - exprimé à travers son interprétation de la loi du talion « comme l'unique Idée a priori déterminante » (Kant, 1797a, App., 5 : 246) - prescrit, me semble-t-il, une action assez concrète (celle de produire la souffrance chez le coupable), indique de façon précise de *quelle* façon il faut punir (principe de l'analogie) et prétend aussi statuer de façon exacte le *combien*. Rien de plus concret que « la vie pour la vie ». D'où les interrogations : sommes-nous encore devant le même impératif catégorique ou, au contraire, l'obligation de punir en matière pénale est-elle une sorte d'impératif parallèle, relativement autonome et différent de l'impératif catégorique originaire ? S'il s'agit d'un autre impératif, d'où vient-il et comment peut-on le justifier ?

La définition du « crime public » chez Kant

[Retour à la table des matières](#)

Je ne peux pas traiter ici de façon exhaustive des ambiguïtés et difficultés, y compris d'interprétation, que la notion de crime chez Kant soulève. Je me contenterai d'attirer l'attention sur certains aspects de cette problématique.

Kant emploie la notion de crime dans trois sens différents et ne précise pas toujours le sens qu'il utilise. Cette notion est utilisée d'abord comme une catégorie générique. Il distingue alors le crime « en général » de la faute. En effet, dans une remarque à l'introduction générale à *La métaphysique des mœurs* ²⁶, Kant essaie de caractériser le juste et l'injuste par rapport à leur conformité au devoir. Un fait contraire au *devoir* [et non seulement contraire à une loi pénale] est appelé « transgression » (*reatus*). La transgression [au devoir] sans préméditation, mais néanmoins imputable, est appelée faute (*culpa*) ; une transgression [au devoir] délibérée s'appelle crime (*dolus*) (Kant, 1797a, MM, Int., IV : 98). Bref, le crime (en général) est une transgression délibérée au devoir qui se distingue de la simple faute.

Dans la *Doctrine de la vertu*, qui suit la *Doctrine du droit*, Kant reprend la notion de transgression au devoir pour pouvoir définir le « vice ». Il réaffirme alors que « toute action contraire au devoir est appelée une transgression » et ajoute, entre parenthèses, le mot « *peccatum* » (péché) plutôt que le mot « illicite » (*reatus*) (1797b, Int., VII : 194). Puis, il ajoute que c'est quand une transgression intentionnelle devient un principe [d'action] que l'on peut appeler cela, à proprement parler, un vice (*ibid.*). Il me semble que l'on peut alors reformuler ce passage comme suit : le vice est un crime et un péché (au sens général de transgression

²⁶ Il est important de savoir que cette introduction sert à la fois d'ouverture à la *Doctrine du droit* et à la *Doctrine de la vertu*, ce qui indique la portée générale (non nécessairement juridique) de la notion.

intentionnelle du devoir) qui se transforme en principe d'action. Ceci renforce la présupposition selon laquelle le mot « crime », employé dans l'introduction générale aux deux Doctrines, prend le sens général de transgression délibérée ; lorsque celle-ci se transforme en un principe récurrent de l'agir humain, elle est non seulement un crime ou un péché, mais aussi un « vice ».

Dans une section de la Doctrine du droit consacrée à la loi pénale, Kant ajoute une précision qui est capitale pour interpréter les différents sens qu'il donne à la notion de crime. Il divise alors la notion générique de crime en deux éléments : le « crime privé » et le « crime public » (ou simplement « crime »). Le crime privé, dit-il, est déféré à la justice civile et le crime public, à la justice criminelle. Il donne comme exemple de crime privé, qui est (ou doit être) renvoyé à la justice civile, entre autres choses, la fraude dans la vente et le détournement d'argent. A titre d'exemple de crime public, il cite la fabrication de fausse monnaie, le vol, etc. ²⁷

Ceci me paraît suffisant pour faire deux constats. Le premier c'est que la notion de « crime public » fait strictement référence à la loi pénale et à la justice criminelle, alors que celle de « crime privé » peut tantôt relever exclusivement du domaine de la morale, tantôt à la fois de celle-ci et du droit civil au sens strict de « justice civile ». Un « crime privé » au sens du droit civil est (ou doit être) une transgression délibérée au devoir, qui produit un dommage à autrui (fraude, détournement d'argent, etc.) et qui est susceptible de faire l'objet d'un contentieux devant un tribunal civil. Le deuxième constat est celui-ci : l'intentionnalité (méchante) ou l'action délibérée n'est pas un trait *distinctif* du « crime public », c'est-à-dire du crime qui est déféré à la justice criminelle. Entendons-nous bien : l'inten-

²⁷ Ce passage se lit comme suit : « La transgression de la loi publique, qui rend celui qui l'a commise indigne d'être citoyen, s'appelle simplement « crime » (*crimen*) ou aussi crime public (*crimen publicum*) ; c'est pourquoi... le crime privé est déféré à la justice civile, tandis que l'autre l'est à la justice criminelle. L'abus de confiance, c'est-à-dire le détournement de l'argent ou des marchandises confiées pour le commerce, la fraude dans l'achat et dans la vente saisie par les yeux clairvoyants d'autrui sont des crimes privés. En revanche : la fabrication de fausse monnaie ou la contrefaçon des sceaux de l'État, le vol, la rapine, etc. sont des crimes publics, parce que, ce faisant, ce n'est pas seulement une personne particulière, mais la chose publique qui est mise en danger » (Kant, 1797a, 2P, E : 214).

tionnalité doit être, pour Kant, une *condition* pour traiter un litige dans le cadre de la loi pénale, mais celle-ci ne nous permet pas de séparer ce qui *doit* être traité par cette justice de ce qui ne le doit pas. Par conséquent, la justice civile peut aussi tenir compte de l'intentionnalité si elle le veut, ce qu'elle fait, d'ailleurs, dans une certaine mesure (« dommages et intérêts punitifs »).

En effet, dans l'introduction à la *Métaphysique des mœurs*, Kant a défini le crime par la préméditation (*dolus*). Lorsqu'il fait plus tard la distinction entre « crime privé » et « crime public » serait-il en train de dire que le « crime privé » (qui relève de la justice civile) n'est pas intentionnel ? Serait-il en train de distinguer un « crime dolosif » d'un « crime fautif » ? Ceci est peut probable. Et d'autant plus que, dans la Doctrine du droit, Kant classe le vol parmi les « crimes publics » et la fraude et le détournement d'argent parmi les « crimes privés ». Or, peut-on imaginer ce qui resterait des concepts de fraude ou de détournement d'argent sans la notion de préméditation ? De la même façon qu'on ne peut pas imaginer le concept de promesse sans l'idée ferme de vouloir l'acquitter (Kant, 1785, 2S), on ne saurait concevoir une fraude « par faute » ou même une fraude par « négligence » ou par « accident ». Il me semble donc que le texte de Kant nous interdit de penser que l'intentionnalité serait un critère distinctif du « crime public ».

Kant semble parfaitement conscient de la fausse supposition de la dogmatique juridique : ce n'est pas la présence ou l'absence d'intentionnalité (volonté dolosive) qui fait la différence entre ce qui est attribué à l'une ou l'autre de ces justices, et c'est tout à son honneur. Mais Kant semble nous dire aussi que toute conduite immorale (délibérée ou fautive) pratiquée par un être libre et rationnel produisant un dommage ne justifie pour autant ni le renvoi à la justice criminelle ni, par conséquent, l'application de sa théorie rétributive de la peine. D'où une série d'interrogations nouvelles : au-delà des exemples, qu'est-ce qui fait (ou doit faire) qu'un crime en général devienne spécifiquement un crime public livré à sa théorie rétributive ? Serait-ce la « gravité » de la transgression délibérée ? Si oui, à partir de quoi doit-on la caractériser ? En tenant compte de ses conséquences objectives (puisque l'intention délibérée se trouve aussi dans le crime privé) ? À partir d'un attribut ontologique quelconque ? Lequel ?

En ce qui concerne la notion de gravité, je me limiterai à dire que je ne suis pas persuadé qu'elle soit mise en avant par Kant à titre de trait distinctif du crime public. Certes, nous sommes sans doute tous d'accord pour dire qu'un viol est plus grave qu'une fraude dans la vente d'un produit, peu importe sa valeur financière. Mais en quoi le vol (qui est un crime public pour Kant) serait-il nécessairement plus grave qu'une telle fraude ? Il suffit d'imaginer un vol de 250 \$ dollars auprès d'un milliardaire comparativement à une fraude dans la vente d'une valeur de 1.000 \$ dollars, auprès d'un modeste consommateur, en considérant ces deux transgressions comme tout à fait délibérées. Ensuite, Kant n'aurait-il pas vu que la notion de gravité est peut-être aussi indéfinissable, subjective et variable, par rapport à une bonne partie de son contenu, que celle de « bonheur » contre laquelle il s'est battu ? C'est une notion composite qui nous amène à articuler au moins deux dimensions fort complexes : les divers états mentaux (l'intentionnalité) et les conséquences de l'acte. Imaginez, par exemple, un petit vol et une fausse promesse de remboursement pour un montant élevé, tous les deux bien planifiés et soigneusement exécutés. Comment, face à ces deux atteintes à la propriété, un rétributiviste parviendrait-il à la conclusion que le vol est « plus grave » que la fausse promesse (avant que le législateur crée une loi pénale) ?

Il me semble que l'erreur de Kant a été de croire d'emblée qu'il y avait une différence ontologique (essentielle) entre l'illicite civil (tort) et l'illicite criminel, sans avoir examiné de plus près cette question. Voici l'hypothèse que je propose à l'examen. Kant aurait supposé que ce qui distingue le « crime privé » du « crime public », c'est que le premier ne produit que des conséquences immédiates pour la victime directe de la transgression (qui serait, en plus, une personne particulière), alors que le crime public ne produirait pas exclusivement des conséquences immédiates pour la victime directe de la transgression, mais aussi des conséquences médiatees pour la sécurité ou la chose publique. Le crime public serait alors une sorte de transgression délibérée au devoir (*dolus*), qui aurait à la fois des conséquences négatives (immédiates) pour la personne particulière et (médiatees) pour la chose publique et qui, en plus, a été déferée [pour cette raison ?] par le législateur à la justice criminelle. D'où les propos de Kant (1797a, 2P, E : 214) essayant de nous convaincre que le vol n'affecte pas « seulement une personne privée », mais qu'il met aussi en danger la « chose publique ». Bref, dans le cas des crimes privés, les conséquences ne seraient que « privées », tandis que, dans le crime pu-

blic, elles seraient à la fois « privées et publiques ». En effet, dans un autre passage portant sur une Addition relative à l'explication du concept de droit pénal, Kant (1797a, Appendice, 5 : 246) laisse entendre que le crime [dans le contexte du droit pénal] est « l'attentat à la sécurité publique dans la possession du sien d'un chacun ». Dès lors, la présence ou l'absence d'une conséquence de deuxième ordre serait le critère distinctif du crime (public). Peut-être aussi le choix du législateur. D'après cette hypothèse, Kant n'aurait pas soutenu que le vol est plus grave que la fraude en termes de leurs conséquences sur les victimes respectives ; il n'aurait pas prétendu non plus que l'un est nécessairement et systématiquement plus méchant que l'autre (différence qualitative nécessaire dans les états mentaux) ; mais il aurait laissé entendre que la fraude dans la vente (le crime privé) ne produit pas d'effets médiats sur la chose publique, ce qui est contestable.

L'objection a été faite plus tard par Jhering (1877 : 318-319). À ses yeux, toute atteinte au droit privé « substantif » protégé par le droit étatique est aussi une atteinte à un devoir et au droit positif en général. Dès lors, le but de la loi pénale (substantive) est le même que celui de toute loi qui protège des droits (fondamentaux) : assurer les conditions de vie en société, les institutions sociales, etc. Il dira alors que « si les contrats de vente ne sont pas exécutés, si les prêts ne sont pas remboursés, la société est aussi menacée que si les citoyens s'assassinaient ou se pillaient entre eux » (ibid.). Et comment ne pas remarquer qu'à un autre endroit Kant fait lui-même à certains égards un raisonnement semblable ? En effet, Kant (1785, 2S : 139-140) donne l'exemple d'une personne qui se voit poussée par le besoin à emprunter de l'argent en sachant qu'elle ne pourra pas le rendre. Cependant, elle fait la promesse de s'acquitter à une époque déterminée car, sans cela, elle sait qu'elle n'obtiendra pas le prêt. Kant se demande alors ce qui arriverait si on transformait cette maxime personnelle - il est juste de se tirer d'affaire par une fausse promesse quand on est en difficulté - en une loi universelle ; c'est-à-dire si l'on disait que tout le monde peut faire de fausses promesses dans une telle situation. Or, si l'on fait cela, entre autres choses ²⁸, dit-il, on rend impossible le fait

²⁸ Kant présente ici deux arguments complémentaires. Le premier est qu'il y a une contradiction intrinsèque de la maxime « érigée en loi avec elle-même » (voir Delbos, note 113, dans Kant 1785 : 138). En effet, on ne peut pas dire en même temps qu'il faut s'acquitter de nos promesses et qu'il est permis de ne pas s'en ac-

même de promettre, car personne ne croirait plus à ce qu'on lui promet. On voit bien comment la fausse promesse généralisée (i.e., transformée en loi universelle) est aussi dangereuse pour la chose publique que le vol généralisé.

Pour supposer que le vol affecte la « chose publique » et que le détournement d'argent n'atteint que la « chose privée », il faut avoir accepté a priori la façon dont le législateur a départagé les comportements, considérant certaines conduites plus publiques que d'autres. En effet, toutes les conduites réglées par le droit étatique ont au départ quelque chose de « public » pour mériter un règlement par procès dans le cadre de ce droit. Or, le vol, le meurtre, etc. ne sont pas par nature plus publics que les contrats. Kant aurait-il supposé que le législateur a agi comme le bon cuisinier de *Phèdre*, *découpant* les illégalismes selon leurs articulations véritables ²⁹ Ce n'est pas parce qu'elle a des conséquences, sur la chose publique qu'une action devient un crime (public) ; c'est parce que le législateur a transformé cette action en crime (public) qu'on soutient qu'elle est ontologiquement différente des autres actions dommageables et délibérées laissées à l'initiative privée ou simplement à la morale.

Le débat entre Kant et Beccaria sur le contrat social

[Retour à la table des matières](#)

Dans la discussion relative aux fondements et limites du droit de punir, Kant se trouve pris dans un dilemme. On a vu qu'il fonde sa philosophie politique sur la théorie du contrat social qui est une façon de vouloir préserver la liberté individuelle et de s'opposer aux thèses utilitaristes du bonheur du plus grand nombre. Cependant, il a développé parallèlement une conception punitive de la justice, qui se heurte à la théorie du contrat

quitter en cas de difficulté. Le deuxième argument est que Kant laisse voir aussi la conséquence extrinsèque d'une telle pratique : elle engendrerait la fin de la promesse elle-même, ce qui serait néfaste pour la chose publique. C'est ce deuxième aspect qui m'intéresse ici.

²⁹ J'emprunte cette belle image à Paul Veyne (1978 : 39).

social. En effet, comment une justice expiatoire, qui ne peut être déterminée a priori que par la loi du talion (Kant, 1797a, App., 5 : 246), peut-elle faire partie d'une convention entre les parties visant à préserver le plus possible leur liberté et à imposer à l'État un principe d'intervention minimale ? Kant avait devant lui un choix difficile : la défense des libertés des individus contre une trop grande intervention de l'État en matière pénale ou, au contraire, la sauvegarde de sa vision punitive de la justice. Il a suivi la deuxième voie. C'est à Beccaria, un utilitariste, que reviendra - dans sa théorie du fondement du droit de punir par le contrat social - la défense libérale des droits et libertés individuelles dans le cas des personnes coupables d'une infraction pénale. Récapitulons ce débat dont l'issue est théoriquement très importante.

1. Pour Beccaria le fondement du droit de punir, qui est aussi sa limite est donné dans le contrat social. Son argument principal se résume en trois points : (a) c'est la nécessité découlant de l'état de nature qui amène les êtres humains à céder une partie de leur liberté ; (b) ils en cèdent alors la plus petite portion possible, qui suffise à s'engager les uns envers les autres ; (c) l'ensemble de ces petites portions, c'est le droit de punir [au sens large d'intervention juridique en cas de litige]³⁰, le reste n'étant que de la force brute et de l'abus (Beccaria, 1764a, § 2). Ce passage, me semble-t-il, aurait pu être signé par Rousseau ou, encore plus facilement, par Kant lui-même. Dans la section consacrée à la peine de mort, Beccaria (ibid., § 28) rappelle l'argument principal et montre qu'il n'est pas possible que cette peine figure dans le contrat : le minime sacrifice de liberté fait par chacun ne peut comprendre celui de la vie. En deuxième lieu, Beccaria ajoute [argument secondaire] que le droit naturel n'a pas donné à l'individu le droit de se tuer lui-même (suicide) ; or, n'ayant pas lui-même ce droit, il ne peut pas l'accorder à la société.

³⁰ Consulter à ce propos le chapitre précédent. [**“Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne”**. Un article publié dans l'ouvrage de Christian Debuyst, Françoise Digneffe, Jean-Michel Labadie et Alvaro P. Pires, **Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Tome II : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie**, Chapitre 3, pp. 83-143. Les Presses de l'Université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa, De Boeck Université, 1998, 518 pp. Collection : Perspectives criminologiques. Texte disponible dans [Les Classiques des sciences sociales](#). JMT.]

2. Voulant justifier la peine de mort, Kant répond de manière expéditive et déforme le raisonnement de son interlocuteur. Il confond le premier argument de Beccaria (sur le contrat social) avec le deuxième (relevant du droit naturel) et critique ce dernier. Il écrit ce qui suit :

[...] Beccaria, à partir d'un sentiment d'humanité affecté (*compassibilitas*), a établi sa thèse suivant laquelle toute peine de mort est illégale, parce qu'elle ne pouvait pas être comprise dans le contrat civil originaire ; en effet, chacun dans le peuple aurait dû consentir à perdre sa vie, s'il venait à tuer quelqu'un (dans le peuple) ; or, un tel consentement serait impossible, puisque personne ne peut disposer de sa vie (Kant, 1797a, 2P, E : 217-218).

L'argument principal de Beccaria (lié au contrat social) n'est pas de dire que les individus ne peuvent pas consentir à ce qu'on les tue parce qu'ils n'ont pas le droit de disposer de leur vie, mais de dire que le droit de punir est constitué, dans le contrat originaire, de petites portions de liberté abandonnées par les individus ; or, la vie n'est pas une petite portion de liberté.

Kant poursuit son premier argument :

Personne n'est puni pour avoir voulu la peine, mais pour avoir voulu une action punissable ; car il n'y a plus punition dès lors qu'il arrive à *quelqu'un* ce qu'il veut et il est impossible de vouloir être puni (*ibid.*).

Cette objection de Kant est irrecevable. Tout d'abord, la prémisse est fautive : on peut bien fixer les limites du droit de punir de l'État sans « vouloir être puni ». Et lorsqu'on est puni dans les limites fixées, ce n'est pas parce qu'on a voulu, mais, au plus, parce qu'on a accepté raisonnablement la possibilité de l'être dans certaines circonstances. Beccaria n'a jamais supposé que l'individu « voulait » la peine. C'est d'ailleurs pour cette raison que le contrat social stipule la possibilité d'être puni, ce que personne individuellement ne veut, mais que l'on accepte pour sortir de l'état de nature, tout en imposant des limites au droit de punir. Deuxièmement, il n'y a rien d'aberrant, d'un point de vue juridique, à prévoir une peine quelconque dans le cadre d'un contrat ³¹. Même un contrat d'affai-

³¹ Le droit romain avait consacré depuis longtemps - et le droit civil occidental a repris cette pratique - le principe de la « clause pénale » ou de la « peine conventionnelle » (*stipulatio poena*). Cette clause, ajoutée par les parties dans un contrat

res peut contenir un prix-limite consensuel en cas de problème (semblable d'ailleurs à toute loi pénale), sans qu'il s'agisse d'une promesse d'être puni ; la promesse porte sur l'obligation principale du contrat et non sur la peine en cas d'inobservance ; la peine est une clause accessoire pré-autorisée par le consentement des parties (Barros Monteiro, 1968 : 216-237).

Le deuxième argument de Kant est également problématique. Il écrit :

Il est impossible que moi-même, comme co-législateur, qui dicte la loi pénale, je sois la même personne que celle qui comme sujet est punie d'après la loi ; car comme telle [i.e., comme personne criminelle], il est impossible que j'aie un suffrage dans la législation (le législateur est saint).

Kant semble confondre l'ordre chronologique des choses et oublier que le contrat originaire n'est pas une réalité historique. Au moment où je stipule le contrat originaire comme législateur, je ne suis pas encore - et je ne peux pas l'être (car il n'y a pas encore de droit public) - une personne criminelle. Beccaria n'a pas du tout supposé que le législateur et le « criminel » étaient la même personne au sens philosophique. Et il n'avait pas besoin de le faire. De la même façon que quand je prévois une clause pénale dans un contrat d'affaires, je suis un législateur mais ne suis pas - encore - un contrevenant.

3. Une dernière remarque. En faisant référence à un simple « contrat d'affaires », Kant observe que le concept même de contrat impose certaines conditions sans lesquelles celui-ci deviendrait contradictoire. On doit s'attendre alors logiquement à ce que le contrat originaire respecte ces mêmes conditions. Ainsi, par exemple, lorsqu'il discute du droit du maître de maison par rapport aux domestiques (Kant, 1797a, 1P, 2S, 3C, § 30 : 162), il remarque que le premier « n'a pas le droit de se conduire comme s'il en était le propriétaire (*dominus servi*), car ils ne sont sous sa puissance que par un contrat ». Il ajoute alors : « Or un contrat par lequel une partie renonçant au profit d'une autre à toute sa liberté, cessant donc d'être une personne, n'aurait plus par conséquent le devoir d'observer un contrat, mais de reconnaître seulement la force, serait un contrat en lui-

bilatéral d'affaires, stipule une pénalité ou une amende qui peut s'appliquer à la partie qui se soustrait à l'accomplissement d'une obligation ou qui ne respecte pas un échéancier important prévu (Barros Monteiro, 1968 : 216-237).

même contradictoire, c'est-à-dire nul et sans effet ». Si Kant n'avait rien ajouté d'autre, on pourrait dire que le contrat originaire ne peut accepter la peine de mort ou l'esclavage à l'égard d'un de ses citoyens sans entrer en contradiction avec lui-même. Kant voit immédiatement ce problème par rapport à la justice criminelle - et les conséquences ravageuses sur sa théorie rétributive - et ajoute, entre parenthèses dans le texte : « (Il n'est pas question ici du droit de propriété envers un homme, qui par son crime a perdu sa personnalité) ». Tout se passe comme si le crime réintroduisait l'état de nature, l'état pré-contrat, bref, l'état de guerre. On entrevoit, en arrière-plan, la plume de Rousseau (1762, 5C) : « tout malfaiteur [...] devient par ses forfaits rebelle et traître à la patrie, il cesse d'en être membre en violant ses lois, et même il lui fait la guerre ». Dès lors, la contradiction théorique que pose la remarque de Rousseau pénètre aussi le texte de Kant : comment peut-on parler de droit de punir si le condamné, cessant d'être une personne par son crime [hors contrat], n'a plus par conséquent le devoir de respecter l'autorité, et ne doit désormais que reconnaître la force ? Dans le cadre du droit civil, Kant n'éprouve aucune difficulté à évoquer la théorie du contrat originaire ou l'idée générale du contrat comme fondement et limite des droits et obligations juridiques. Cependant, en matière pénale, ces conceptions du contrat s'évanouissent au profit de la justice expiatoire. Kant se met alors en contradiction avec lui-même : car sa théorie de la peine criminelle présuppose l'existence du droit de punir rendu possible grâce au droit public (au sens large de droit positif), et celui-ci est fondé sur le contrat originaire. Si ce contrat ne peut plus être évoqué en matière pénale, on se retrouve dès lors dans l'état de nature où ne subsiste que le droit naturel à l'état pur, c'est-à-dire « le droit de déclencher les hostilités [...] pour poursuivre par sa force propre son droit » (Kant, 1797a, 2P, 2S, § 56

POUR SORTIR DE LA BOUTEILLE À MOUCHES ³² : L'AUTRE KANT

[Retour à la table des matières](#)

En paraphrasant les propos de Gesché (1993 : 69) sur l'ancienne doctrine théologique rétributive, on peut dire que Kant a bâti, en droit criminel, une redoutable théorie laïque de « justice de chien de garde », une doctrine trop abrupte et qui ne fait ni justice à la Justice ni honneur à l'auteur du *Was ist Aufklärung* ? (« Qu'est-ce que les Lumières ? »), qui nous invite à sortir de Pi état de minorité » ³³. En matière pénale, l'état de minorité est représenté par une acceptation a-critique des formes organisationnelles du droit et de la logique punitive de l'État.

Face à un tel enjeu, je voudrais explorer l'hypothèse provocatrice suivante pour nous aider à sortir des sentiers battus : pouvons-nous trouver, chez Kant, des assises, des éléments ou des pistes théoriques pour renouveler notre façon de penser la justice (criminelle) en dehors d'une théorie rétributive ou utilitariste de la peine criminelle, voire contre de telles théories ? Pour ce faire, néanmoins, il faut prendre acte des critiques précédentes et relire Kant avec cette nouvelle préoccupation méthodologique à l'esprit : comment reconstruire, avec l'aide de Kant, une conception de la justice en matière pénale sans réintroduire la notion de justice expiatoire ? Comment reposer le problème de l'intervention juridique en matière pénale sans reconduire une différenciation forcée de la justice cri-

³² Pour comprendre le sens de cette métaphore voir le premier chapitre de cet ouvrage. [Alvaro Pires, "**Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne**". Un article publié dans l'ouvrage de Christian Debuyst, Françoise Digneffe, Jean-Michel Labadie et Alvaro P. Pires, **Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Tome II : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie**, Chapitre 1, pp. 3-51. Les Presses de l'Université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa, De Boeck Université, 1998, 518 pp. Collection : Perspectives criminologiques. Texte disponible dans Les Classiques des sciences sociales. JMT.]

³³ Voir les commentaires de Foucault (1993) à propos de ce texte classique de Kant.

minelle et un clivage institutionnel et savant entre les justices civile, administrative et criminelle ? Comment reposer la question du « droit de punir » sans transformer celui-ci en cours de route en un « devoir de punir » ? Et comment, enfin, introduire dans la procédure juridique et de façon effective le principe de la dernière instance par rapport au droit de punir ? Ce sont des questions de ce genre, et non une préoccupation surtout apologétique par rapport à la peine, qui doivent nous guider dans ce type de démarche. Avec cet esprit, on peut dire « adieu » à la théorie rétributive de la peine de Kant et Hegel, sans dire par la même occasion adieu à Kant lui-même ³⁴.

Les remarques qui suivent ne sont que des jalons provisoires d'une étude à faire. Mon objectif ici est modeste ; il s'agit d'attirer l'attention sur des pistes de recherche éparses, susceptibles de parvenir à un regard nouveau sur l'intervention pénale. Je les présenterai sous forme d'un nouveau point de départ philosophique et méthodologique et de quatre principes, à la manière dont j'ai présenté la vue d'ensemble de la théorie kantienne.

Imaginez un instant un « être surdoué » d'une autre planète qui viendrait d'arriver sur terre. Il lit l'oeuvre de Kant, sauf les pages consacrées à la justice rétributive et à la théorie de la peine criminelle qui ont été, partout, entièrement détruites. Il apprend que Kant avait effectivement écrit à propos de la justice criminelle, mais sans pouvoir retrouver ces écrits. Il caresse le projet de reconstituer par déduction, à l'aide de ses aptitudes mentales extraordinaires, cette partie de son oeuvre. Sera-t-il capable de retrouver sa théorie rétributive ? Fort probablement pas. Quoi qu'il en soit, dans les remarques qui suivent, j'esquisse plus ou moins adroitement une des orientations globales possibles de cette reconstruction imaginaire.

³⁴ Référence citée par Höffe (1993).

La dignité humaine revisitée

[Retour à la table des matières](#)

La première chose marquante est, pour parler comme De Koninck (1995 : 1), cette préoccupation de Kant pour la dignité humaine : « elle est sans prix et n'admet nul équivalent ». Par conséquent, nous sommes d'emblée prémunis contre « l'invention de catégories permettant d'immoler « à l'être abstrait les êtres réels », selon la formule de Benjamin Constant, et en particulier d'exclure tels ou tels humains de l'humanité » (De Koninck, *ibid.*). Nous retenons donc qu'il faut être vigilant à l'égard des notions de crime et de contrat social ; qu'il ne faut pas prendre la première comme un motif ou une catégorie d'exclusion de la dernière et répartir les humains entre ces catégories comme le bon cuisinier de *Phèdre* (Paul Veyne). Il ne faut pas voir dans le « crime » une forme d'affaiblissement de la dignité réelle des êtres réels, ni l'utiliser comme prétexte pour la perte d'un statut, comme celui de « citoyen », de « personnalité humaine », etc., même si cela ne nous empêche pas de poser la question de restrictions spécifiques et limitées.

Vous prenez au sérieux la thèse de Kant selon laquelle le mal s'introduit comme « motif d'une maxime en général », pervertissant le « coeur » mais aussi nos théories rationnelles (De Koninck, 1995 : 29). Bien entendu, vous avez compris qu'une théorie sur la peine est particulièrement propice à introduire le mal comme motif d'une maxime en général, par exemple qu'il faut rétribuer le mal par le mal, qu'il existe une obligation de punir ou encore (c'est la maxime utilitariste) qu'il faut punir avec certitude pour assurer une utilité dissuasive à la peine. Agnès Heller vous a aidé à prendre acte du fait « que le mal consiste avant tout à trouver une justification pour ce qui est mal » (De Koninck, *ibid.*). Ceci rejoint l'un des degrés du « penchant au mal », l'impureté, évoqués par Kant dans *La religion dans les limites de la simple raison* : « le penchant à mêler des motifs immoraux aux motifs moraux (quand bien même cela se produirait dans une bonne intention et sous forme de maximes du bien) » (Kant, *Rel.*, 1P, 2C, cité dans Eisler, 1994 : 650-651).

Dans la Critique de la raison pure, Kant (1787, 3P, 1C, 2S : 567-568) note qu'il y a dans la nature humaine « une certaine fausseté » qui peut aboutir provisoirement, comme tout ce qui vient de la nature, à une bonne fin. Il fait référence à « ce penchant [que nous avons] à cacher nos véritables sentiments et à en étaler certains autres, que nous tenons pour bons et honorables ». À son avis, ce penchant à dissimuler les choses, n'a pas seulement servi positivement « à les civiliser, mais à les moraliser peu à peu dans une certaine mesure », car à force de vouloir bien présenter les choses, on finit par se donner « une école d'amélioration pour soi-même ». Mais, ajoute-t-il, il n'y a là « qu'une utilité provisoire : elle sert à dépouiller l'homme de sa rudesse et à lui faire prendre au moins d'abord l'apparence du bien qu'il connaît ». Une fois qu'on commence à développer les « véritables principes », « alors cette fausseté doit être combattue avec force, car autrement elle corromprait le cœur et étoufferait les bons sentiments sous une belle mais trompeuse enveloppe ». Les théories de la peine n'ont-elles pas joué ce rôle de dissimulation avec l'utilité provisoire de nous permettre de développer certains principes ? Ne commencent-elles pas à jouer ce rôle de corruption qui nous oblige à les combattre directement et avec force ?

Un nouveau point de départ méthodologique

[Retour à la table des matières](#)

Vous commencez par un examen de la notion de crime et découvrez rapidement que l'oeuvre de Kant contient tous les éléments nécessaires à l'élaboration d'une critique en profondeur de la dogmatique pénale et, à travers elle, de la notion de crime. Vous constatez que l'intentionnalité méchante (le dol) fait partie de la définition de l'injuste en général (transgression morale et juridique), y compris du vice, et qu'elle ne discrimine pas la notion juridique de crime des autres transgressions délibérées. En plus, la loi criminelle ne se limite pas à ce critère d'intentionnalité strict (y compris au niveau de la preuve) et tolère un très large éventail de degrés de responsabilité. Vous comprenez que la gravité n'est pas un concept définissable de manière suffisamment objective et que, de toute façon, en examinant les lois criminelles du pays, on constate qu'elles n'ont pas été créées selon ce principe, mais en fonction d'une série de cir-

constances, perceptions, intérêts, pressions politiques, etc. Bref, le crime n'a pas un statut ontologique propre.

Vous trouvez, dans la Critique *de la* raison pratique, une nouvelle clé méthodologique et vous imaginez que Kant serait parti de là en l'adaptant, mutatis mutandis, à la question criminelle. Kant découvre un paradoxe de la méthode qui est celui-ci :

(L)e concept du bien et du mal (Bösen) ne doit pas être déterminé avant la loi morale (à laquelle, d'après l'apparence, il devait servir de fondement), mais seulement (comme il arrive ici) après cette loi et par elle. [...]

Supposons que nous voulons maintenant partir *du* concept *du* bien pour en *extraire les lois de la* volonté, *ce* concept d'un objet (en tant *que bon*) donnerait en même temps cet objet comme l'unique principe déterminant de la volonté. Comme maintenant ce concept n'aurait pour règle aucune loi *pratique a priori*, on ne pourrait placer la *pierre de touche* du bien ou du mal dans aucune autre *chose que* dans l'accord de l'objet avec notre sentiment de plaisir ou de peine, et la raison n'aurait d'autre usage que de déterminer soit ce plaisir ou cette peine dans sa connexion complète (*im ganzem Zusammenhange*) avec toutes les sensations de notre existence, soit les moyens *de nous* en procurer l'objet.

[...] tandis qu'on aurait trouvé au contraire, si l'on avait d'abord recherché analytiquement cette loi, que ce n'est pas le concept de bien, comme d'un objet, qui détermine et rend possible la loi morale, mais inversement que la loi morale détermine et rend possible d'abord le concept du bien, en tant qu'il mérite absolument (*schlechthin*) ce nom. [...]

Cette remarque [...] est importante. Elle explique d'un seul coup la cause occasionnelle de toutes les erreurs des philosophes relativement au principe suprême de la morale. Car ils cherchaient un objet de la volonté pour en faire la matière et le *fondement d'une* loi [...], tandis qu'ils auraient dû d'abord chercher une loi qui *déterminât a priori* et immédiatement la volonté et ensuite l'objet conformément à la volonté. (Kant, 1788, 1P, 1L, 2C, p. 65-66).

Pour tirer profit de ces remarques, il faut les enlever de leur contexte d'usage et les transposer au problème de la notion de crime. Il existe un rapprochement possible entre ce que Kant dit de la loi morale et ce qu'on peut dire de la notion de loi criminelle, mais les conséquences théoriques et pratiques que l'on peut en tirer ne sont pas les mêmes, puisque la loi pénale a un autre statut théorique : elle est constitutive à l'égard du crime

au sens juridique (Pires, 1993 ; 1995). En effet, il n'y a aucun sens à dire qu'on va chercher la loi criminelle analytiquement (par la raison).

De cet exercice périlleux il résulte ceci : il ne faut pas essayer de déterminer le concept de crime avant la loi pénale (à laquelle, selon toute apparence, il devait servir de fondement), mais seulement après cette loi et par elle. Avant la loi criminelle, nous savons qu'il existe des actions délibérées méchantes et que certaines de celles-ci ont des conséquences plus graves que d'autres d'un point de vue à la fois objectif et subjectif. Mais nous sommes incapables de prévoir celles que la loi criminelle va désigner par crime, ni pourquoi elle procède ainsi, ni comment elle va décider de traiter empiriquement ces actions dans ses règles de procédure et de sanction. Si le « mal-de-faute » de ces actions semble servir en apparence de fondement à la loi criminelle, ce n'est qu'après le choix du législateur (sur les actions et sur la façon de les résoudre) que nous saurons ce qu'est le crime et comment on traite juridiquement ces actions.

Supposons maintenant qu'on ait voulu partir du concept de crime et qu'on l'ait défini comme « une transgression délibérée grave à la loi morale, mettant en danger l'ordre public ». Puis qu'on ait voulu répertorier tout ce qui serait crime dans la vie sociale d'après cette définition. Comme il y a un nombre infini de situations de ce genre et qu'on ne dispose a priori d'aucune loi (pratique ou criminelle) comme critère de sélection, on constatera qu'il n'est possible de tracer une ligne séparant les « vrais crimes » des autres (i.e. des autres actions susceptibles de correspondre à cette définition) qu'en fonction d'une concordance de ces conduites avec un sentiment personnel de ce qui est véritablement crime. En outre, si je pars de ce concept de crime et que j'examine les conduites retenues par la loi criminelle, je constate que celle-ci a sélectionné des actions qui ne correspondent peut-être pas avec ma propre conception du crime, et qu'elle n'a pas retenu d'autres actions qui y correspondaient. Si l'on avait orienté la recherche analytique en sens inverse, on aurait trouvé au contraire que ce n'est pas le concept de crime, comme comportement spécifique, qui détermine et rend réelle la loi criminelle, mais inversement que la loi criminelle détermine et rend réel le concept de crime, en tant qu'il mérite - pour le droit pénal lui-même - ce nom. Cette remarque est très importante car elle explique toutes les erreurs des philosophes, juristes et criminologues à propos des concepts de crime et de la loi criminelle (Pires, 1993 ; 1995). Ceux-ci cherchaient en effet les caractéristi-

ques de la conduite, pour en faire la matière et le fondement de la loi criminelle, alors qu'ils auraient dû chercher d'abord la loi criminelle comme critère constitutif de ce qu'on pouvait appeler crime. Elle est aussi importante parce qu'en voyant le rôle constitutif de la loi pénale, vous voyez aussi la nécessité d'avoir une théorie générale de la sanction et non une théorie de la peine réservée au droit pénal.

Ces indications me paraissent suffisantes pour montrer qu'il existe chez Kant un point de départ méthodologique différent, susceptible de renouveler notre façon de penser la justice criminelle. On aurait tort de croire que ce nouveau point de départ met en cause l'existence même d'une dogmatique pénale, pas plus qu'il ne met en cause la philosophie ou la criminologie. Ce qu'il met en cause, pour la relancer ailleurs, c'est une ancienne façon de penser, mystificatrice, en cours dans toutes ces branches du savoir.

Le principe du droit étatique tout entier comme « droit public »

[Retour à la table des matières](#)

Nous avons vu que, pour Kant, l'état de nature, où « chacun n'en fait qu'à sa tête » (1779a, §§ 43 et 44) est « un état non-juridique » (Kant, *ibid.*, § 54 : 227) intolérable, et ce malgré -voire à cause de - la totale liberté des individus. Ce caractère intolérable de l'état de nature vient du fait qu'il est potentiellement « un état de guerre », un état « du droit du plus fort » (*ibid.*). Dès lors, comme cet état de nature « est un état tendant vers la solution violente des *conflits*, il ne saurait être une forme satisfaisante de la vie sociale » (Höffe, 1993 : 220). Il faut alors, selon Kant, « produire un état juridique », c'est-à-dire un « droit public ». Or, quel est ici le sens de « droit *public* » pour Kant ?

En règle générale, pour lui, droit public signifie le droit positif tout entier (droit civil, droit administratif, droit criminel, droit international, etc.). Il écrit à plusieurs reprises - et dans différentes études - que « l'ensemble des lois, qui ont besoin d'être proclamées universellement pour

produire un état juridique, est le droit public » (Kant, 1797a, § 43 : 193). C'est cette première définition du droit public qui prédomine tout au long de la *Doctrin du droit*, à l'exception de quelques pages consacrées au droit criminel. Cette première définition est susceptible de dérouter le juriste et notre usage actuel de cette notion. Kant utilise la même définition dans *Théorie et pratique* ³⁵ : « le droit public (*öffentliche Recht*) est l'ensemble des lois *extérieures* qui rendent possible un tel accord universel » [Le., « la limitation de la liberté de chacun à la condition de son accord à la liberté de tous, en tant que celle-ci est possible selon une loi universelle »] (Kant, 1793, 2C : 30). Par là il faut entendre, toutes les institutions juridiques que l'État crée et met à la disposition des individus ou des États entre eux pour régler leurs litiges. Autrement dit : le droit public est le droit qui existe après le contrat originaire ³⁶.

Cette première définition du droit public recoupe en partie, chez Kant, celle de « procès » : car c'est le procès qui permet aux individus et aux États de régler leurs litiges autrement que par la guerre. Et le procès, dans le cadre d'un tribunal, est à son tour une invention juridique, c'est-à-dire une pratique assurée par le droit étatique de manière à permettre une solution pacifique, durable, juste et universelle des conflits entre les individus. C'est cette possibilité de régler les litiges par un procès ou un tribunal qui distingue l'état de nature de l'état juridique (Kant, 1797a, § 56 : 229-230).

Pourquoi cette définition est-elle intéressante ? Tout d'abord, parce qu'elle donne une vision unifiée de l'ordre juridique. Celle-ci nous permet

³⁵ Cette étude paraît sous la forme d'un article en 1793, c'est-à-dire avant la publication de la *Doctrin du droit* qui sera publiée en 1797. Cette première définition du droit public anticipe alors celle de la *Doctrin* et s'oppose à la deuxième définition, plus conventionnelle, qui oppose la loi criminelle comme forme de droit public au droit civil étatique comme forme de droit privé.

³⁶ Encore une fois, dans la section consacrée à la division de la doctrine du droit, Kant oppose le droit naturel au droit civil (au sens de droit étatique) et considère que le droit naturel correspond au droit privé parce que, dans cet état de nature (avant la formation de l'État), il n'existe pas encore une « société civile (garantisant le mien et le tien par des lois publiques » (Kant). Le droit privé existe avant le droit public, mais n'est pas en opposition avec le droit public car celui-ci assure l'existence de celui-là, et le développe après la naissance de l'État (Kant, 1797a, App. à l'intr. : 116).

de voir que le droit tout entier a un seul et même objectif, que toute transgression à cet ordre a un seul et même statut théorique d'atteinte au droit et qu'il y a plusieurs façons - certaines plus intéressantes, plus humaines et plus respectueuses du principe de l'intervention minimale que d'autres - de « rétablir l'ordre » ou de solutionner les litiges. Dans cette représentation du droit, la justice civile est une justice publique, c'est-à-dire mise à la disposition du public et appuyée par un pouvoir coercitif qui, en même temps, respecte l'intérêt Ouste) des parties. Dans ce sens, la justice civile est même, à l'heure actuelle, une justice plus publique que la justice pénale, qui appartient entièrement à l'État et sur laquelle les intérêts des individus n'ont qu'un statut indirect et précaire dans la meilleure des hypothèses.

Deuxièmement, parce qu'on prend acte du fait qu'il y a différentes façons de faire justice et que la peine ne doit être que la dernière solution de l'État, dans chaque conflit à considérer séparément, et dans la moindre mesure possible. Enfin, elle nous permet aussi de séparer l'idée de l'action juridique publique (*de officio*) de la peine criminelle, voire de la forme actuelle de la procédure criminelle. Supposons, par exemple, que certaines formes d'appropriation injuste de la propriété d'autrui soient jugées par l'État comme particulièrement importantes pour recevoir une protection juridique accrue. L'État peut accepter de jouer le rôle actuel de meneur de l'enquête, en assumant les frais de procédure, mais en privilégiant une procédure étatique (« droit public » aussi) du type civil. Cela veut dire qu'en cas de condamnation, par exemple, les sanctions civiles sont privilégiées, y compris les formes de « punition civile » (dommages-intérêts punitifs), mais au bénéfice de la victime directe de l'infraction. La législation de certains pays autorise déjà différentes procédures pour appliquer une loi ou pour solutionner un litige. Ces solutions plus souples existent déjà, bien que sous des formes encore rares et insatisfaisantes. Elles sont souvent employées dans le champ de la « criminalité des affaires » ou des illégalismes privilégiés. Sutherland (1948) donne l'exemple de la loi anti-trust aux États-Unis, où le procureur peut choisir, en cas de délit, soit la voie civile soit la voie criminelle. La définition kantienne du droit public est susceptible de stimuler l'imagination juridique dans la recherche de formes moins répressives d'intervention.

Le principe de la paix durable et universelle comme objectif du droit tout entier

[Retour à la table des matières](#)

Partant de cette vision unifiée de l'ordre juridique, Kant propose un nouvel objectif où ni l'État ni le châtement (ou la justice punitive) ne seraient plus représentés comme des fins en soi, mais comme des moyens, bien que non utilitaristes. Cet objectif consiste à chercher, « sans relâche », et à titre de « devoir », une paix universelle durable.

On peut dire que ce pacte de paix universelle et durable ne constitue pas simplement une partie, mais la fin ultime tout entière de la Doctrine du droit dans les limites de la simple raison (Kant, 1797a, Concl. : 238).

Non seulement la paix est l'objectif premier du droit, mais elle n'existe pas à l'état de nature, et c'est en quelque sorte à l'État et au droit que revient la fonction de l'instituer :

L'état de paix parmi des hommes vivant les uns à côté des autres n'est pas un état de nature (*status naturalis*) : celui-ci est bien plutôt un état de guerre : même si les hostilités n'éclatent pas, elles constituent pourtant un danger permanent. L'état de paix doit donc être institué... (Kant, 1795, 2S : 83).

Cet objectif ultime du droit tout entier va-t-il de pair avec une vision punitive et belliqueuse de la justice criminelle axée sur une interprétation discutable et problématique de la loi du talion ? Kant (1797a, 2P, 2S, § 61 : 234), en parlant du droit des gens, note qu'il faut pouvoir réaliser l'idée « d'un droit public des gens, qui décide de leurs différends d'une manière civile, pour ainsi dire par un procès et non d'une façon barbare (à la manière des sauvages), c'est-à-dire par la guerre ». En l'absence de ses écrits sur la justice criminelle, on serait amené à élaborer dans ce domaine les fondements d'un droit pacificateur. Mais comme il y a au moins deux manières de parvenir à la paix, il faut s'inspirer de la métaphore de la guerre et de la paix chez Kant pour orienter cette démarche de

réflexion juridico-politique et éthique ³⁷. En effet, pour remettre sur la bonne voie nos réflexions en matière pénale, il faut faire intervenir des représentations jusque-là inexistantes.

Le thème de la « paix perpétuelle » a été employé par Kant dans différents contextes. Ainsi, par exemple, il a parlé de la paix perpétuelle par rapport à la philosophie (Piché, 1995), mais aussi par rapport au droit. Par rapport à la philosophie, la métaphore de la guerre et de la paix est utilisée à plusieurs reprises, y compris « peut-être là où l'on s'y attendait le moins : dans la Critique de la raison pure » (Piché, 1995 : 1). Piché écrit :

Kant y distingue deux manières de parvenir à la paix en philosophie : par la victoire - obtenue à l'issue d'une guerre, ou en vertu d'une sentence ³⁸ - qui constitue le dénouement d'un procès. Mais la paix ainsi conclue ne peut être vraiment durable que dans le second cas. Pour parvenir à la paix perpétuelle, la philosophie doit cesser d'être belliqueuse et se faire « critique », elle a le devoir d'instituer un tribunal en vue de statuer sur les prétentions respectives des parties en cause.

Kant écrit à cet égard ³⁹ :

On peut considérer la critique de la raison pure comme le véritable tribunal où se jugent toutes les controverses de cette faculté ; [...] Sans elle la raison de-

³⁷ Je m'inspire ici des recherches de Claude Piché (1995). La qualité de son étude a retenu mon attention. Elle a orienté ma réflexion théorique sur cette question de la métaphore de la guerre et de la paix à l'égard de la philosophie juridico-pénale de Kant. Je remercie le professeur Piché, du département de philosophie de l'Université de Montréal, de m'avoir fait parvenir une copie de sa communication avant même sa publication.

³⁸ Notons ici que le mot « sentence » est devenu synonyme de punition dans le langage contemporain du *common law*. Cependant, à l'origine, le terme sentence signifiait « avis », « décision ». La sentence était alors étymologiquement une décision, un jugement (et non une peine). D'ailleurs, dans plusieurs pays où le droit a suivi la tradition romaniste, ce terme a conservé son acception d'origine. Par exemple, le Code civil brésilien parlera d'une « sentence de séparation des époux » (*sentença de desquite*, art. 322) et le Code de procédure pénale, de « sentence condamnatoire » et de « sentence d'acquittement ». C'est alors dans le sens de décision qu'il faut interpréter ce mot chez Kant dans ce contexte.

³⁹ Ce passage a été mis en évidence par Piché. Il est directement extrait de l'édition sur laquelle j'ai travaillé et a été adapté à mes propos.

meure en quelque sorte à l'état de nature, et elle ne peut faire accepter ou assurer ses assertions et ses prétentions qu'au moyen de la guerre. La critique au contraire, [...], nous procure la tranquillité d'un état légal où il n'est permis de traiter les différends autrement que par voie de procès (Prozess). Ce qui met fin aux querelles dans le premier état, c'est une victoire dont se vantent les deux parties et qui suit ordinairement une paix mal assurée établie par l'intervention de quelque autorité supérieure ; mais dans le second, c'est une sentence qui, remontant à la source même des disputes, doit amener une paix perpétuelle (Kant, 1787, 3P, 1C, 2S : 569-570).

La forme actuelle que revêt le droit pénal s'esquive et se dérobe à ces deux images proposées par Kant. D'une part, le droit pénal (et sa rationalité actuelle) relève bien jusqu'à un certain point d'un état légal qui nous procure une sorte de tranquillité (apparente) et qui traite les litiges par voie d'un procès, mettant fin à ces contentieux à l'aide d'une sentence (décision). D'autre part, c'est de toutes les formes du droit la plus contraignante (y compris pour la victime) et belliqueuse, la plus proche de l'état de nature : elle vise plutôt la victoire et l'imposition de la paix par la force brute que la pacification entre les parties. Sa forme actuelle refuse même l'accord, le pardon, les excuses, les réparations positives et toutes les autres formes civilisées et morales de règlement de conflit au nom de la nécessité (utilitaire ou rétributive) d'imposer une victoire d'en haut par la force de frappe de l'État. Dans certains systèmes juridiques, le mot « sentence » a même perdu son acception large de « décision » pour devenir synonyme de « peine ». Les parties directement impliquées dans le conflit perdent tout contrôle sur le dénouement de leur procès. La « victoire » n'est pas un dénouement de dernière instance ni le résultat incontournable, insatisfaisant et provisoire d'un échec dans la recherche de la paix perpétuelle, mais l'objectif même de toute la procédure. L'État n'intervient pas comme médiateur et, éventuellement décideur, dans un procès visant la paix perpétuelle : il intervient comme une partie en guerre et comme un juge dans le cadre d'un procès légal.

Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que, dans la métaphore de la guerre et de la paix, le droit criminel soit associé plutôt au premier terme qu'au second et donne aisément lieu, comme l'a signalé Schellhoss (1974 : 10 7), à un langage militaire : « guerre contre la criminalité », « défense de la société », « capitulation du criminel », « ennemi de l'intérieur », « traître », « hors du contrat social », « indigne d'être citoyen », « bandit », « petit bataillon de criminels contre la grande légion des hon-

nêtes citoyens » (Tarde), etc. Tout se passe comme si le droit pénal était un état de nature déguisé en état juridique ; une manière, dirait Kant, de nous dépouiller, certes, de notre rudesse, mais une manière trompeuse toutefois, dans la mesure où sa beauté n'est qu'apparente, et risque de corrompre notre cœur et d'étouffer nos bons sentiments. Plus encore : il est une menace permanente à la paix perpétuelle.

Pour cet « autre » Kant, la forme actuelle du droit criminel ne peut être que provisoire, intermédiaire, transitoire entre l'état de nature et l'État de droit proprement dit, et non - comme les théories de la peine ont tendance à le voir - une forme définitive, immuable du droit criminel. Il ne faut plus entretenir une image immuable de la justice (criminelle) comme Aristote entretenait une image immuable de la nature, et surtout pas une image immuable axée sur une interprétation stéréotypée de la loi du talion (Draï, 1991) ou sur un idéal qui commanderait de réagir nécessairement au mal-de-faute par un mal-de-peine. En ce sens, le passage d'un état de nature à un état-juridique-belliqueux représente sans doute une « école d'amélioration » pour nous-mêmes et cela peut aboutir à une fin heureuse, comme toute forme de fausseté issue de la nature. Toutefois, il faut prendre acte du fait que cette utilité est axée sur une fausseté et qu'en ce sens elle n'est que provisoire. Il faut dépasser ce stade du droit criminel lui-même. Quelle est alors la direction à prendre ?

C'est ici que la métaphore de la paix perpétuelle joue un rôle central, si l'on garde à l'esprit tous les usages que Kant en a faits. Le but à atteindre est la paix entre les parties, idéalement non pas via une victoire, mais un procès au sens large : ce procès n'est nécessairement ni un procès criminel (et moins encore dans sa forme actuelle), ni même un procès étatique au sens d'un tribunal de l'État (justice civile, justice administrative au sens strict). Il peut être un procès dans le contexte de la société civile, pourvu qu'il soit caractérisé par le souci de justice et de paix perpétuelle entre les parties. Cet « autre » Kant est alors favorable à la déjudiciarisation des conflits dans la mesure du possible, car cela est compatible avec la paix par décision (au lieu de la paix par la victoire) et avec le principe de l'intervention minimale dans la vie des individus. La valeur éthique et pratique d'un procès s'évalue par sa capacité, y compris en termes de règles de procédure, à atteindre la « source même des disputes » et à aboutir à la décision la moins contraignante possible, qui ne soit pas l'expression d'une « autorité dictatoriale » (Kant, 1787, 3P, 1C, 2S : 569-570).

Cette décision (sentence), en plus, ne doit pas être assortie de la censure quant à la possibilité permanente d'assurer sa propre révision pendant la période de son exécution, c'est-à-dire aussi longtemps qu'elle produit des effets contraignants.

Ce principe nous éloigne considérablement des théories utilitaristes de la peine dans la mesure où elles sont prêtes à sacrifier la partie coupable dans le cadre d'une procédure juridico-belliqueuse pour atteindre le bonheur du plus grand nombre, conçu ici comme ayant besoin d'une victoire. Il s'éloigne également des théories rétributives qui voient le mal-de-peine, voire la guerre (au sens littéral du mot), comme un moyen de préserver la « santé morale des peuples » (Hegel, 1821, §§ 324 et 325) ou la santé morale de la justice. Ici encore, c'est la victoire qui compte et non la paix durable. La notion de paix durable porte elle-même en germe le dépassement de la querelle entre utilitaristes et rétributivistes car elle ne renvoie pas exclusivement au juste (et moins encore au juste conçu comme une réplique du mal), mais à une articulation entre le juste et la vie bonne, dans le cadre du pacte social. La morale totalitaire ou un pragmatisme purement répressif axé sur l'idée de peine se trouvent déplacés en faveur d'une éthique compréhensive qui peut autoriser la punition mais qui ne l'impose pas ⁴⁰.

Le principe du contrat social et de l'autorisation de sanctionner

[Retour à la table des matières](#)

La théorie (non utilitariste) du contrat social peut alors réapparaître comme fondement et limite du droit de punir, un peu comme l'a vu Beccaria, mais à trois grandes différences près, qui ne sont pas nécessairement des rectifications à la pensée de Beccaria mais peut-être seulement à notre façon de le lire ou encore plus simplement à notre façon de considérer usuellement les choses en cette matière.

⁴⁰ Comme l'a signalé clairement Del Vecchio (1953). Sur la notion d'éthique compréhensive en matière pénale, voir Pires (1991).

Tout d'abord, le transgresseur ne peut être conçu, ni théoriquement ni pratiquement, comme étant, en raison de son acte, hors du pacte, et cela pour différentes raisons. (i) En théorie, s'il y avait un transgresseur du pacte social, celui-ci ne pourrait être que l'usurpateur du pouvoir légitime, celui qui prend le pouvoir contre la volonté générale, et non un membre de la société civile qui transgresse les lois. (ii) Le pacte est représenté comme « originaire », c'est-à-dire fondateur de l'ordre social et est alors « rédigé », avant toute transgression, et conçu pour assurer la paix et la liberté des individus en instituant des procédures sociales et juridiques pour résoudre les conflits de la façon la moins contraignante possible. Le contrat est là pour nous faire sortir de l'état de nature et non pour le réintroduire à chaque fois qu'il est nécessaire de résoudre un litige. Celui ou celle qui transgresse les lois peut être appelé à se responsabiliser *dans le cadre même du contrat*. (iii) Le contrat, en tant que tel, ne distingue plus entre transgressions criminelles et autres transgressions juridiques puisque celles-ci n'ont pas un statut ontologique différent, ce qui éloigne encore davantage l'idée d'exclusion du contrat. En outre, il ne faut pas non plus interpréter le droit criminel comme étant le verso des droits de la personne (Lascoumes) : ceux-ci ne donnent des droits qu'à condition que l'on respecte les obligations *telles qu'exprimées* exclusivement dans le Code criminel. (iv) La dignité humaine, qui fonde le contrat, n'a pas de prix, elle n'admet ni les catégories d'exception ou d'exclusion, ni encore une dévalorisation de cette dignité. Par conséquent, l'exclusion du contrat est impossible : *le groupe doit vivre avec ses litiges*.

En deuxième lieu, la punition n'est pas un impératif catégorique mais un impératif hypothétique pragmatique et, en ce sens, elle est un véritable droit ou une autorisation de contrainte mais pas un devoir ni même une nécessité pragmatique. Cela veut dire que le contrat n'interdit pas, comme il le faisait chez Beccaria, d'autres modalités pacifiques de résolution des litiges : il les préfère même aux modalités judiciaires (civiles ou autres). Il n'interdit pas non plus, il reconnaît même en règle générale le pardon, les excuses et les ententes à l'amiable comme moyens de faire valoir le droit et d'assurer la paix. En ce sens, le contrat social ne consacre pas comme telle la distinction pratique institutionnelle actuelle entre les procédures civile, administrative-pénale et criminelle. Son but ultime est la paix et la protection des libertés et non la justification des pratiques empiriques quasi belliqueuses de l'État.

Kant (1795, 1S, no 6 : 81) a attiré notre attention sur le fait que les lois juridiques, contrairement à ce que l'on pressent, ne sont pas exclusivement des règles d'interdiction (*leges prohibitivae*) ou de prescription (*leges praeceptivae*) ; elles peuvent aussi être, sans que cela constitue une contradiction ou une atteinte à la justice, des règles permissives (*leges permissivae*). Selon lui, on a hésité à considérer ces dernières comme des lois, celles-ci s'assortissant en général d'un « principe de nécessité objective pratique », alors que les lois permissives ont « un principe de contingence pratique de certaines actions » (Kant, *ibid.*). Or, la loi permissive n'est pas permissive à tous les égards, mais seulement en ce qui concerne ses modalités d'exécution ou de concrétisation du droit, en vue d'assurer les conditions d'une paix durable entre les parties. Si l'on interprète Kant librement par rapport à une loi criminelle, on dirait que l'interdiction (impérative) vaut pour le comportement (par exemple, « ne pas tuer ») et la permission ne vaut que pour les conditions d'exécution de la loi en cas de désobéissance (par exemple, autorisation de punir si d'autres formes de compensation ou de pacification ne sont pas possibles). La permission ne vaut ici que pour l'état présent qui consiste non pas à autoriser le fait de tuer - et en ce sens la loi permissive n'est pas une exception à la règle de droit - mais en une libération de l'obligation de punir en fonction d'autres modalités de résolution du conflit en vue de chercher la paix durable. La loi pénale devient ainsi une loi prohibitive avec autorisation en dernière instance (i.e., en l'absence d'autre forme de résolution moins contraignante) de punir. Bref, la loi permissive crée un véritable droit de punir à la place du devoir de punir. La punition ne serait en soi jamais obligatoire, mais seulement autorisée dans certains cas, dans certaines limites et sous certaines conditions.

En réalité, c'est une autre façon de reconnaître que le droit tout entier est marqué, dans son système de règles et dans son exercice effectif, par l'idée d'alternative. L'alternative n'est pas anti-juridique et existe en droit civil et pénal : elle est justifiée par la complexité du système juridique lui-même et devient une valeur pour la recherche de la paix perpétuelle. On peut choisir différentes lois ou articles de lois pour redresser un même type de tort, différents tribunaux où adresser nos causes, différentes modalités d'actions procédurales pour faire valoir nos droits, différents types de demandes ou modalités de décisions et de sanctions, aussi bien qu'on

peut choisir d'arrêter une action, de négocier hors cour, de pardonner une dette ou un tort, etc. ⁴¹.

Troisièmement, la fonction théorique du contrat social est à la fois normative (justifier les fondements de l'État et du droit) et critique. Car la fonction principale du gouvernement et des lois est de donner les conditions et d'assurer un « pacte de paix universelle et durable » entre les individus et les États (Kant, 1797a, Concl. : 238). Or, compte tenu de la tendance de l'être humain à l'égoïsme et à se dérober à ses devoirs, il faut pouvoir dénoncer en tout temps les mauvaises pratiques institutionnelles et renouveler de temps à autre les termes mêmes du contrat originare imaginé pour ne pas perdre de vue son objectif ultime : conduire à la paix durable et universelle. « Et si notre fin, en ce qui concerne sa réalisation, demeure toujours un vœu pieux, nous ne nous trompons certainement pas en admettant la maxime d'y travailler sans relâche, puisqu'elle est un devoir » (Kant, *ibid.*).

Faut-il comprendre que, pour Kant, l'« état de nature » est un état historique pré-étatique qui disparaît complètement avec l'avènement de l'État et d'un ordre juridique ? Dans ce cas, la fonction critique du contrat social serait nulle puisqu'il ne sert qu'à justifier un passage déjà accompli ; ou encore elle serait simplement négative, c'est-à-dire concernée par la défense des libertés individuelles mais sans égard pour la recherche d'une paix perpétuelle. Ou, au contraire, faut-il comprendre que le contrat social s'inscrit dans un processus permanent qui caractérise la production de la socialité de l'être humain ? Alors, sa fonction critique devient positive et créatrice : elle nous amène à travailler « sans relâche » contre cet état de nature dans nous-mêmes et dans nos *institutions* sociales, y compris l'état de nature caché dans le droit (criminel) lui-même. C'est dire aussi que l'état de paix doit être institué en permanence et sans relâche, pour éviter que l'état de nature ne prenne sa place ou qu'une certaine fausseté ne s'installe en toute tranquillité et finisse par corrompre le cœur, les bons sentiments, voire nos institutions sociales et juridiques.

*
* *

⁴¹ Savigny a mis l'accent sur cette notion d'alternative en droit des obligations.

Voilà quelques éléments d'une « reconstruction imaginaire » d'une autre forme de justice criminelle, telle qu'on aurait pu la formuler à partir des textes kantien, à l'exclusion de ce que le philosophe a lui-même écrit sur la question. S'ils ont quelque pertinence, ils permettent de constater qu'on trouve, chez ce penseur de la fin du XVIII^e siècle, une sorte de « paradigme perdu » (Edgar Morin) du droit en matière criminelle. Ou, tout au moins, un ensemble inusité d'éléments et de réflexions susceptibles de modifier de fond en comble notre façon d'envisager le « droit de punir ».

On découvre également le paradoxe épistémologique que nous révèle cet autre Kant : la seule façon de se distancier des théories utilitaristes de la peine consiste à se tenir en même temps à l'écart des théories rétributivistes. Car ces deux théories sont véritablement soudées, elles renvoient l'une à l'autre, et font consensus sur des questions capitales. Prendre une orientation pour attaquer l'une d'elles aboutit à les renforcer toutes deux. Ainsi, si vous ne désirez pas être un utilitariste pénal classique, il ne faut pas chercher à être un rétributiviste, et vice-versa. Comme on peut le voir, il y a une théorie rétributive logée dans l'oeuvre de Kant, mais on peut être *kantien* sans être rétributiviste. C'est au tour de Kant de nous réveiller, tous ensemble, d'un « sommeil dogmatique » dans lequel un système de pensée du siècle des lumières a contribué à nous plonger.

Fin de l'article