

<b>Zeitschrift:</b>	Revue de Théologie et de Philosophie
<b>Herausgeber:</b>	Revue de Théologie et de Philosophie
<b>Band:</b>	59 (2009)
<b>Heft:</b>	2: Y a-t-il une peine juste? : Journée d'études doctorales, Lausanne, 4 avril 2008
 <b>Artikel:</b>	L'état a-t-il un devoir catégorique de punir?
<b>Autor:</b>	Gampagna, Norbert
<b>DOI:</b>	<a href="https://doi.org/10.5169/seals-381788">https://doi.org/10.5169/seals-381788</a>

### **Nutzungsbedingungen**

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. [Mehr erfahren](#)

### **Conditions d'utilisation**

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. [En savoir plus](#)

### **Terms of use**

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. [Find out more](#)

**Download PDF:** 15.01.2026

**ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, <https://www.e-periodica.ch>**

## L'ÉTAT A-T-IL UN DEVOIR CATÉGORIQUE DE PUNIR ?

NORBERT CAMPAGNA

### Résumé

*Après s'être penchée longuement sur la question du droit de punir, la philosophie du droit devrait maintenant s'interroger de manière plus précise sur celle du devoir de punir. C'est à une telle interrogation que procède cette contribution, son but étant d'identifier des instances vis-à-vis desquelles l'État serait obligé de punir une personne coupable. Il s'agira de montrer que pour aucune de ces instances, il n'est possible d'établir, au-delà de tout doute, un devoir catégorique de punir. Tout au plus pourra-t-on établir l'existence d'un devoir de punir fondé sur une décision de la société. L'actualité de ces réflexions sur la question d'un éventuel devoir étatique de punir devrait sauter aux yeux de quiconque a suivi l'histoire de ces nombreux pays qui, au cours de ces dernières décennies, sont passés de régimes politiques foncièrement injustes à des régimes politiques plus justes moyennant une politique d'amnistie pénale.*

### **Introduction**

Dans la mesure où la sanction pénale implique nécessairement le fait d'infliger un mal, elle ne va pas de soi, l'être humain n'étant généralement pas conçu comme possédant un droit naturel d'infliger un mal à ses congénères. D'où la nécessité de justifier le droit de punir. Mais en supposant ce droit justifiable et justifié, doit-on lui adjoindre un devoir de punir ? L'instance investie du droit de punir est-elle aussi soumise au devoir de punir ou peut-elle librement décider d'exercer ou de ne pas exercer son droit ? Cette instance est-elle dans l'obligation (i) d'instruire un procès pénal contre le présumé coupable, (ii) de prononcer un verdict de culpabilité si suffisamment de preuves le permettent, et (iii) d'appliquer la peine prononcée, soit entièrement, soit au moins en partie ?<sup>1</sup>

Au cours des dernières décennies, cette question a refait surface dans de nombreux pays qui venaient de laisser derrière eux un passé fait de guerre civile, d'autoritarisme politique et, de manière très globale, de graves atteintes

<sup>1</sup> Une analyse poussée et exhaustive tiendrait compte de toutes ces dimensions. Dans cette contribution, je procéderai consciemment à une simplification et me contenterai de parler de la sanction pénale en tant que telle.

aux droits les plus fondamentaux des êtres humains. Songeons ici aux multiples États qui ont tourné la page en optant pour une politique d'amnistie pénale<sup>2</sup>.

La question du devoir, notamment étatique, de punir est d'une importance capitale pour la philosophie politique et concerne ce que j'appelle la souveraineté pénale. Par souveraineté pénale, j'entends le droit d'une instance de décider quand punir et quand ne pas punir<sup>3</sup>. Cette souveraineté peut être absolue ou limitée. Dans le premier cas, l'État punit quand et comme il veut. Dans le second, il est limité dans l'exercice de son droit, par exemple par des normes relatives aux modalités de la sanction. Mais plus importante que cette question relative aux types de sanctions nous semble être celle relative à la décision de punir. Certains seront tentés de dire que dès lors que l'État possède le droit de punir, il possède automatiquement aussi le droit de décider d'exercer ce droit ou non. Or ce raisonnement n'est pas concluant. En effet, si le droit de punir tire son existence du devoir de punir, et que le devoir de punir implique nécessairement un droit de punir, un État possédant le droit de punir n'a pas le droit de décider de l'exercer ou non.

Dans ma contribution, je m'interrogerai sur l'existence d'un devoir catégorique de l'État de punir. Mais avant d'en arriver là, je voudrais dire quelques mots sur le droit étatique de punir et sur ses possibles origines<sup>4</sup>.

### 1. *Le droit étatique de punir*

Les philosophes qui se sont penchés sur le droit pénal ont généralement traité la question relative au *droit* de l'État de punir<sup>5</sup>. La sanction pénale impliquant une peine<sup>6</sup>, c'est-à-dire une souffrance, physique ou psychique, matérielle ou

<sup>2</sup> Sur cette question, cf. notamment N. CAMPAGNA, «Réconciliation ou justice ? Le problème de l'amnistie», *Revue de Théologie et de Philosophie*, 134 (2002), p. 353-368.

<sup>3</sup> On notera que certains auteurs affirment la nécessité de sortir du paradigme pénal. Cf. par exemple K. LÜDERSSEN, *Abschaffen des Strafens ?*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1995. Pour une position moins radicale, mais néanmoins toujours critique par rapport à la peine classique, cf. J. BRAITHWAITE, PH. PETTIT, *Not just deserts*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

<sup>4</sup> Afin de ne pas surcharger la présentation de références bibliographiques, j'en limiterai le nombre. Pour de plus amples indications, le lecteur intéressé pourra se reporter à N. CAMPAGNA, *Unbestrafte Straftaten. Philosophische Überlegungen zur strafenden Gerechtigkeit und ihren Grenzen*, Stuttgart, Franz Steiner, 2007.

<sup>5</sup> Contentons-nous de renvoyer ici à quelques auteurs et œuvres du XVII<sup>e</sup> siècle, comme par exemple TH. HOBBES, *Leviathan*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, Partie II, chapitre XXVII ; J. LOCKE, *Second treatise of government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, chapitre II, paragraphe 8, ou encore S. PUFENDORF, *On the duty of man and citizen in two books* (titre latin original : *De jure naturae et civis juxta legem naturalem libri duo*), Cambridge, Cambridge University Press, 1991, Livre II, chapitre 13, paragraphe 5.

<sup>6</sup> Initialement, la *poena* était la somme d'argent que le coupable devait verser à la victime ou à ses proches (cf. J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, P.U.F., 1998, p. 18).

symbolique, par l'État aux individus, il semblait nécessaire de justifier cet acte qui contrevenait au principe du *nihil nocere*, un principe dont de nombreux philosophes faisaient la base même de toute morale. D'où l'État tenait-il le droit de faire souffrir des êtres humains, qui plus est des êtres humains qui étaient généralement ses sujets – nous laissons de côté le problème de la guerre punitive – et qu'il devait normalement protéger ?

Notons dans un premier temps que la sanction pénale présupposait que la personne à laquelle elle était infligée avait commis au préalable un acte répréhensible – ou au moins que tout portait à croire qu'elle l'avait commis. La sanction pénale était en ce sens une réponse de l'État à un tel acte et n'était légitime que dans la mesure où l'acte répréhensible était supposé avoir été commis par la personne sanctionnée.

Cette condition préalable n'est toutefois qu'une condition nécessaire à la sanction pénale par l'État. Si l'État a le droit de punir, il n'a certes que le droit de punir ceux dont la culpabilité est avérée. Mais avant de limiter ainsi l'étendue de son droit de punir, on pourra s'interroger sur l'existence même d'un tel droit et sur son origine possible. En simplifiant, nous pouvons distinguer trois grandes explications relatives à l'origine du droit étatique de punir.

Une première explication déduit ce droit d'une concession divine. Originaiement, les hommes n'ont pas le droit de s'infliger mutuellement du mal, sous quelque forme que ce soit. Si certains affirment pouvoir légitimement infliger des souffrances à d'autres, ils devront montrer d'où leur prétention tire sa légitimité. Cela vaut en premier lieu pour le souverain. Dans la mesure où celui-ci se pose comme le lieutenant de Dieu sur terre, il peut se prévaloir d'un droit qui, dans l'absolu, n'appartient qu'à Dieu, mais dont ce dernier peut toutefois déléguer l'exercice aux hommes.

Une seconde explication déduit le droit étatique de punir du peuple, ce dernier pouvant être pris soit de manière atomiste – chaque individu possède un droit subjectif de punir qu'il transmet ou délègue à l'État –, soit de manière collective – le peuple en tant que tout transmet ou délègue son droit de punir à l'État. On aura remarqué que si la généalogie divine du droit de punir ne conçoit qu'une délégation de l'exercice de ce droit – Dieu ne pouvant tout simplement pas se dépouiller d'un droit, quel qu'il soit –, la généalogie démocratique du droit étatique de punir peut être conçue en termes de délégation ou de transmission, les individus pris singulièrement ou le peuple dans son ensemble pouvant se dépouiller une fois pour toutes du droit de punir – mais peut-être pas d'autres droits.

Une troisième explication fait naître le droit de punir avec l'État. En d'autres termes, l'État ne se voit pas déléguer ou transmettre un droit qu'une autre entité – Dieu, le peuple ou les individus – aurait déjà possédé au préalable, mais il s'arroge un droit tout neuf, un droit qui naît avec lui. Il pourra éventuellement par la suite, du moins s'il le juge nécessaire, déléguer l'exercice de ce droit, voire transmettre ce droit à qui bon lui semble.

Pourquoi, demandera-t-on aux tenants de la première explication, Dieu possède-t-il le droit de punir ? La réponse classique à cette question est que Dieu étant le créateur, il possède tous les droits vis-à-vis de ses créatures – qui, en tant que créatures, lui sont nécessairement inférieures – et donc également le droit de punir ces dernières. On ajoutera souvent qu'il ne fera usage de ce droit que selon la raison et la justice. Dans la mesure où il délègue ce droit à des créatures, il attendra d'ailleurs de ces dernières qu'elles n'utilisent également ce droit que selon la raison et la justice et que dans le cas contraire il se réserve le droit de les punir. Dieu a donc le droit de punir *parce qu'il est Dieu*, c'est-à-dire parce qu'il incarne la toute-puissance ainsi que la raison et la justice dans leur plus haute perfection.

Pourquoi délègue-t-il l'exercice de ce droit aux hommes ? La réponse à cette question se fera en deux temps. On fera d'abord remarquer que Dieu ne délègue aux hommes que le droit de punir dans la vie terrestre et se réserve le droit de punir dans l'au-delà. Au moment du jugement dernier, Dieu punira les pécheurs selon la gravité de leurs péchés. S'il délègue aux hommes l'exercice du droit de punir dans la vie terrestre, c'est qu'il veut que les hommes organisent eux-mêmes cette vie terrestre. Ayant créé les hommes libres, ceux-ci peuvent faire de la terre un enfer. Mais pour empêcher qu'ils ne le fassent, Dieu a délégué aux humains, ou du moins à certains d'entre eux, le droit de sanctionner pénalement ceux qui voudraient transformer la terre en enfer dans l'espoir d'y trouver leur intérêt ou d'y satisfaire leur ambition, aux dépens des faibles.

L'explication faisant référence aux individus pris isolément ou au peuple pris dans son ensemble peut être déduite de l'explication se référant à Dieu. Les individus ou le peuple peuvent en effet être conçus comme étant les instances auxquelles Dieu a délégué l'exercice du droit de punir. Si on accepte l'idée d'un état de nature, c'est-à-dire d'une situation où il n'y a pas d'État, ou une instance fonctionnellement équivalente, garant de la sécurité et de l'ordre publics, on pourra affirmer que dans la mesure où il existera également dans cette situation des individus qui voudront profiter abusivement de la faiblesse d'autres individus, il n'est que normal qu'il y existe aussi une ou des entités pouvant exercer le droit de punir. Là où n'existe pas encore d'État, Dieu a investi le peuple entier – du moins là où on peut parler de peuple – ou chaque individu de l'exercice du droit de punir.

Pour que le peuple tout entier puisse exercer le droit de punir, il faudrait que le peuple tout entier puisse agir. Or cela n'est guère possible, du moins pas au niveau de la vie quotidienne et s'il s'agit d'un peuple composé d'une grande multitude d'individus. Or dans le monde que nous connaissons, les actes susceptibles de provoquer une réponse pénale sont assez fréquents et le peuple ne saurait donc pas exercer lui-même le droit de punir. Il devra donc en déléguer l'exercice, voire en transmettre l'exercice.

Contrairement au peuple dans son ensemble, les individus pris isolément peuvent agir. Mais ils agissent parfois de manière précipitée, écoutant plutôt la voix des passions que celle de la raison. Il y a donc un risque qu'ils punissent

de manière injuste ou démesurée, la colère les aveuglant. Qui plus est, les individus les plus faibles auront beau posséder l'exercice du droit de punir, ils ne pourront généralement pas exercer ce droit vis-à-vis des plus puissants.

Laisser à tous les individus l'exercice du droit de punir signifie donc soit les exposer à de sérieux risques, soit leur laisser quelque chose dont ils ne peuvent pas se servir et qui dès lors ne remplit pas sa fonction. Dans ces conditions, la majorité des individus pourra décider de déléguer, voire de transmettre définitivement le droit de punir de chacun à l'État, les agents de celui-ci étant censés agir de sang-froid et sans passion et en plus posséder les moyens de contrainte nécessaires pour imposer le respect des lois à chacun, même, et surtout, aux plus puissants.

L'attribution d'un droit de punir ou de son exercice aux individus ou au peuple peut bien entendu se faire indépendamment de l'idée d'une délégation divine. Les individus ou le peuple peuvent ainsi être conçus comme les propriétaires originaires d'un tel droit. Dans la mesure où le peuple est conçu comme ontologiquement distinct et supérieur aux individus qui le composent et dans la mesure où cette supériorité ontologique est conçue comme impliquant une supériorité axiologique ou normative, le rapport peuple – individus peut être conçu en analogie avec le rapport Dieu – individus. Le peuple étant naturellement supérieur aux individus, il a le droit de leur appliquer des sanctions pénales, quitte à déléguer l'exercice de ce droit à certains individus, qui appliqueront ces sanctions au nom du peuple. Dans le cas de l'attribution d'un droit originaire de punir aux individus, les choses deviennent plus compliquées, surtout si nous partons du principe démocratique d'une égalité originaire entre les individus. Au nom de quoi des individus originairement égaux justifieraient-ils leur droit de punir, en ne se référant à aucune autre instance qu'à eux-mêmes ? Ces individus ne devront-ils pas au moins s'appuyer sur une loi qui les transcende dans leur individualité et qui inscrit leur droit de punir dans un horizon normatif qui dépasse ce qui pourrait être conçu comme l'expression de l'arbitraire individuel ? Ce serait donc en tant que gardiens de cette loi commune que les individus pourraient légitimer leur droit de punir. Mais qui ou quoi leur a donné le droit d'agir en tant que gardiens de cette loi ?

La troisième explication, celle qui fait naître le droit de punir – le droit de punir tout court, et non pas seulement le droit étatique de punir – avec l'État, conçoit ce dernier comme ayant une fin qui lui est propre. L'État existe pour faire régner l'ordre et la justice, un ordre et une justice qu'il peut parfaitement définir en ses propres termes et sans devoir se référer à un ordre normatif le transcendant, à un droit ou à une loi naturels. Pour pouvoir accomplir cette tâche, il devra probablement parfois, voire souvent infliger des souffrances, notamment à l'égard de ceux qui auront enfreint les lois dont le respect est censé garantir l'ordre et la justice. Il devra, en d'autres mots, infliger des sanctions pénales. Si nous acceptons le principe que l'État doit posséder les moyens nécessaires à la poursuite des fins qui sont les siennes, nous pourrons faire naître le droit de punir des finalités de l'État, sans devoir le dériver d'une

instance extérieure à l'État, qu'il s'agisse de Dieu, du peuple, des individus ou encore de la nature. Pour autant qu'on veuille recourir à la notion de nature, on parlera tout au plus de la nature de l'État.

Pour importante qu'elle soit, la question du droit étatique de punir, de son origine et de sa légitimité n'est pas la seule question philosophiquement importante à laquelle la sanction pénale donne lieu. Il y a bien entendu également la question des limites, quantitatives et qualitatives, de la sanction pénale. Le droit de punir n'est pas un droit de faire tout et n'importe quoi ou de punir n'importe comment. Au plus tard depuis Beccaria et la philosophie pénale des Lumières, on a essayé d'encadrer le droit de punir de telle manière qu'il ne débouche pas sur des peines inhumaines. Si l'homme est certes toujours conçu comme possédant le droit ou l'exercice du droit d'infliger une sanction pénale et donc un mal à son semblable, il n'est plus conçu comme possédant le droit ou l'exercice du droit d'infliger une sanction pénale inhumaine, voire simplement cruelle, à son semblable. La philosophie pénale des Lumières a fait triompher l'idée que l'État avait certes toujours le droit de punir, mais qu'il avait le devoir de punir humainement – le débat relatif à la nature inhumaine d'une sanction étant loin d'être clos. Le devoir de punir humainement n'implique toutefois pas encore le devoir de punir tout court. Et c'est sur la légitimité possible de ce dernier que porteront les réflexions qui suivent.

## 2. *Un devoir envers l'idée de justice*

L'idée de justice exige-t-elle en elle-même que celui qui a commis une injustice subisse une sanction pénale ? À supposer que la victime, ses proches, la société, voire le genre humain dans son ensemble pardonnent au coupable et renoncent à engager une action pénale contre lui et à supposer que le coupable lui-même ne tienne pas à être sanctionné et que l'autorité de l'État ne soit pas remise en question par l'absence de réaction pénale, l'État commettrait-il une injustice en n'engageant pas d'action pénale ? Certains répondront par l'affirmative<sup>7</sup> et insisteront sur le fait qu'il existe une idée de justice et que même le consentement unanime de toute l'humanité n'est pas en mesure de rendre légitime une action qui contreviendrait à cette idée. Or cette idée exige que tout acte criminel fasse l'objet d'une réponse pénale.

Une objection à cette première réponse pourra s'appuyer sur le fait que la justice n'est pas une, mais multiple. S'il est certes permis d'affirmer que l'idée de justice *pénale* exige l'application d'une sanction pénale, il faut distinguer cette justice pénale d'une justice réparatrice ou restaurative. Bien qu'elle appartienne au même genre que la première – elle entre en jeu suite à une action

<sup>7</sup> On mentionnera ici I. KANT, *Die Metaphysik der Sitten. Rechtslehre*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1982, p. 452 *sq*. Pour une bonne analyse de la philosophie pénale de Kant, voir M. CATTANEO, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Milan, Giuffrè, 1981.

criminelle –, elle s'en distingue toutefois par une différence spécifique. Alors que la justice pénale vise avant tout à faire souffrir le coupable sans trop s'intéresser au futur rapport entre la victime et le coupable, la justice restaurative aura à cœur de réparer ou de restaurer la relation de justice et de confiance que le coupable a détruite entre lui-même et la victime ou la société. Il n'est pas exclu *a priori* qu'une telle restauration passe dans certains cas par l'application d'une sanction pénale, mais celle-ci sera alors perçue comme un simple moyen et donc comme l'objet d'un impératif hypothétique et non pas catégorique. Or la réponse sous discussion affirme l'existence d'un devoir catégorique de punir. Il s'agit de savoir si l'État doit punir là où le châtiment n'aurait *aucune* utilité et ne serait exigé par personne.

### 3. *Un devoir envers Dieu*

Si la sanction pénale était due à l'idée de justice, Dieu, s'il voulait être juste et si la justice était autre chose que ce qu'il décrète être juste, devrait punir tous les coupables – si ce n'est dans ce monde, alors au moins dans l'au-delà – et il n'y aurait plus de place pour sa miséricorde et son pardon, deux aspects de son être qui sont souvent affirmés.

Si l'on trouve certes, dans les Écritures, des passages pouvant laisser croire que Dieu a fait de la sanction pénale une obligation pour les hommes – songeons au passage de l'Ancien Testament relatif à la loi du talion<sup>8</sup> –, on y trouve aussi des passages où il est question de miséricorde et de pardon. Dieu pardonne aux hommes et il est enjoint aux hommes de se pardonner mutuellement. Songeons à l'injonction de tendre l'autre joue lorsqu'on a été frappé sur l'une plutôt que de répondre à une souffrance par une autre souffrance. Nous sommes loin ici de la loi du talion. L'histoire de Jésus et de la femme adultère pourrait même donner lieu à une mise en question du droit des êtres humains à punir. Dans un monde où tous sont imparfaits, personne n'a le droit de s'ériger en juge de son prochain. Seul Dieu, dont le regard porte au plus profond des cœurs et qui est juste par essence, peut juger et appliquer des peines.

L'idée que la sanction pénale serait due à Dieu repose donc sur des fondements douteux<sup>9</sup>. Qui plus est, ce genre de justification du devoir de punir presuppose la croyance en Dieu. Or tout le monde ne croit pas en Dieu. Si l'on veut donc convaincre les athées d'un devoir étatique de punir – ou les

<sup>8</sup> Cf. par exemple Ex 21, 23-25, Lv 24, 17-21 ou Dt 19, 21.

<sup>9</sup> Dans ce contexte, il faudrait bien entendu dépasser le cadre du christianisme et analyser également la situation dans le judaïsme et l'islam. Notons seulement que dans ce dernier, il existe certains actes interdits dont le châtiment est obligatoire, car dû à Dieu. Ces actes sont explicitement mentionnés dans le Coran et la Sunna, et la peine est clairement indiquée. Il s'agit de la fornication, de l'ivrognerie, du vol, du brigandage et de la fausse accusation d'adultère. Certains y adjoignent l'apostasie ou encore la rébellion.

croyants dont le Dieu n'a pas imposé un tel devoir –, il faudra trouver d'autres arguments.

#### 4. *Un devoir de l'État envers soi-même*

Si la question des devoirs envers soi-même est déjà problématique au niveau de la morale individuelle, il pourra sembler qu'elle nous placera devant des difficultés insurmontables au niveau de la morale de l'État. Mais essayons tout de même de donner sens à l'idée d'un devoir de l'État envers soi-même, et surtout d'un devoir de punir qu'il se devrait à lui-même, de sorte qu'il agirait contre sa propre essence – et non seulement contre l'essence de la justice, comme l'affirmait la première réponse analysée – s'il refusait de répondre pénallement à une action illégale.

Contrairement aux individus empiriques, l'État ne pourra pas être dit obligé envers l'idée d'humanité qu'il incarnerait. Il pourra néanmoins être dit obligé envers l'idée de droit qu'il incarne. À moins de faire de l'État une entité purement factuelle, il semble devoir être conçu devant l'horizon du droit ou de la réalisation de l'idée du droit pour prétendre lui-même à la légitimité. L'État qui veut être vraiment État doit inscrire son action dans le cadre de la réalisation de cette idée du droit. Cela étant, nous pouvons dire que l'État a des devoirs envers l'idée de droit supra-empirique que son individualité empirique incarne et à laquelle il doit nécessairement se référer pour être reconnu – dans le sens allemand de *anerkannt* – comme État. «L'État, c'est moi» devra donc être remplacé par «L'État, c'est le droit».

De même que nous pouvons concevoir un devoir de l'individu humain envers lui-même de se rendre digne de se faire reconnaître comme individu *humain*, c'est-à-dire comme porteur d'une humanité qui fait de lui un sujet de droit – ce que Kant appelait une fin en soi –, nous pouvons concevoir le devoir de l'État envers lui-même de se rendre digne de se faire reconnaître comme entité juridique, c'est-à-dire comme porteur d'une légitimité qui fait de lui un destinataire légitime de l'obéissance des citoyens.

Pour des auteurs comme Thomas Hobbes ou Carl Schmitt, le devoir d'obéissance de l'individu dérivait de la réalisation du devoir de protection de l'État – «Je suis protégé, donc je dois obéir». Ces auteurs, et notamment Hobbes, étaient bien entendu conscients du fait que même dans l'État le mieux policé, il y aurait toujours des crimes et des délits, et ils n'affirmaient nullement que l'individu récupérait son droit naturel de punir – pour autant qu'il en ait possédé un dans l'état de nature – dès la première défaillance de l'État en matière de sécurité. Il s'agissait plutôt pour eux d'affirmer que là où il était évident que l'État n'avait plus la volonté ou la capacité de protéger les individus contre des crimes et des délits, l'individu pouvait à nouveau se charger lui-même de la protection de sa vie et des moyens nécessaires à la préservation de cette vie.

Un État qui ne punit pas ne montre-t-il pas qu'il n'a plus la volonté ou la capacité de protéger ses citoyens ? Et dans l'affirmative, ne remet-il pas en question sa propre légitimité, qu'il avait pourtant le devoir de préserver ? Tel ne me semble pas être nécessairement le cas. Même si nous concérons que l'État puisse avoir des devoirs envers lui-même, et notamment le devoir de se montrer digne d'être obéi, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il doive réagir pénallement à tous les crimes et délits, et ce même si nous supposons que le criminel a voulu porter atteinte à la dignité de l'État – ce qui n'est pourtant pas toujours le cas. On pourra argumenter que dans certaines circonstances, l'État montrera sa grandeur et sa puissance en ne punissant pas, voire en pardonnant, plutôt qu'en punissant. Bien entendu, il faudra que l'État qui applique ce pardon soit perçu comme puissant par le criminel et par les criminels potentiels.

### 5. *Un devoir envers la société*

Tout le monde sera d'accord pour affirmer que l'État a le devoir de garantir la sécurité de ses citoyens. Il ne semble pouvoir le faire qu'en garantissant le respect des lois. Il ne peut garantir ce respect que s'il menace les contrevenants de sanctions pénales. Cette menace ne sera efficace que si les contrevenants éventuels peuvent être assurés de son application. Ils ne peuvent être assurés de son application que si l'État l'applique effectivement aux contrevenants actuels. Donc l'État a le devoir de punir car il a le devoir de garantir la sécurité des citoyens.

On peut aisément se rendre compte que cet argument ne fait pas du devoir de punir un devoir catégorique. On pourra bien entendu supposer que la société – ou les individus qui la composent – ont, dans une sorte de contrat social, explicitement et catégoriquement chargé l'État de punir chaque criminel, et ce sans aucune exception. Si tel était le cas, nous pourrions parler d'un devoir pénal catégorique de l'État. Mais nous pouvons aussi supposer que les individus se sont contentés de dire à l'État de ne punir que dans les cas où il pense que les individus auraient puni s'ils en avaient été capables. Il se pourrait en effet qu'il existe des situations où l'application d'une sanction pénale produira plus de mal que de bien, non seulement pour celui qui est puni – ce qui est généralement le cas –, mais pour la société dans son ensemble – ce qui peut parfois être le cas<sup>10</sup>. La société peut-elle imposer à l'État un devoir catégorique de punir en sachant que l'application d'un tel devoir pourrait éventuellement conduire à des conséquences désastreuses pour la société dans son ensemble : *Fiat iustitia poenalis, pereat societas* ?

Certes, ces cas seront rares et les individus pourront préférer s'exposer à un tel risque plutôt que de laisser à l'État le choix de décider quand il appliquera

<sup>10</sup> Et n'oublions pas que de nombreux criminels ont aussi des enfants. Ceux-ci subissent également les conséquences de la sanction pénale infligée à leur père, sans qu'il y ait pour autant intention de les faire souffrir.

une sanction pénale et quand il ne le fera pas – voire quand il menacera de l’application d’une sanction pénale et quand il ne le fera pas. Il pourra leur sembler plus sûr de lier l’État par une norme stricte plutôt que de lui laisser une certaine latitude dans l’application de la norme.

Cela ne change toutefois rien au caractère essentiellement dérivé du devoir de punir. Si les individus exigent de l’État qu’il punisse les criminels, c’est parce qu’ils estiment que ce n’est que par le biais de l’application stricte des sanctions pénales que la sécurité générale pourra être assurée. La sanction pénale est donc conçue comme instrument. Nous avons déjà évoqué la possibilité que cet instrument se révèle contre-productif dans certains cas. Mais il pourrait aussi tout simplement se révéler inefficace ou en tout cas moins efficace que d’autres mesures. Il conviendra alors de faire un bilan des différentes mesures en tenant compte de divers critères, l’efficacité n’en étant qu’un parmi d’autres.

Pour des raisons pragmatiques, les individus pourront donc décider de soumettre l’État à un devoir strict de punir chaque criminel. Mais ces raisons pragmatiques, même si elles sont légitimes et compréhensibles, n’affectent en rien le caractère en soi relatif et dérivé du devoir de punir. Dans une société où les individus ne se méfieraient pas de l’État, il est à supposer qu’ils lui laisseraient le droit de décider des cas où il appliquera des sanctions pénales et où il n’optera pas pour une réponse pénale. Ou pour le dire encore autrement, le devoir de punir est tout au plus un devoir de droit *positif* et non pas un devoir de droit *naturel*.

## 6. *Un devoir envers la victime et ses proches*

Si le criminel porte atteinte au sentiment de sécurité général en montrant, par son acte, qu’aucun citoyen n’est à l’abri d’un acte violent portant délibérément atteinte à son intégrité physique, à sa liberté ou à ses biens, il porte aussi, et peut-être avant tout, atteinte à la dignité de sa victime et souvent également aux sentiments des proches de la victime. En ce qui concerne la victime immédiate de l’acte criminel ou délictuel, elle est traitée comme un pur moyen. Le voleur qui se saisit de mes biens ne s’interroge pas sur la nécessité ou l’utilité de ces biens pour la réalisation de mes projets de vie. Je ne suis pour lui que quelqu’un qui possède quelque chose dont il peut se servir. Et dans le cas d’actes de violence physique, voire d’homicide ou même de meurtre, les choses sont encore plus claires. Pour le meurtrier, sa victime est tout sauf une fin en soi digne d’être respectée dans son intégrité physique et psychique. Et l’idée du chagrin causé aux proches de cette victime n’effleurera généralement pas l’esprit du meurtrier, à moins qu’il ne soit tellement pervers qu’il fasse de ce chagrin également une, si ce n’est même la principale fin de son acte.

Répondre à la violence du criminel par la violence, c’est-à-dire, pour le formuler dans un langage plus populaire, lui rendre la pareille, semble avoir une dimension cathartique et seule la vengeance semble souvent être en

mesure de calmer le ressentiment intérieur de la victime ou de ses proches. Qui plus est, le fait d'exercer à son tour des actes de violence – et ne serait-ce que verbale – contre le criminel, sans que celui-ci puisse réagir, semble aussi replacer la victime dans une position de supériorité. Si lors du crime le criminel avait prouvé qu'il pouvait faire de la victime ce qu'il voulait, lors de l'acte de vengeance, la victime ou les proches prouvent qu'ils peuvent faire du criminel ce qu'ils veulent. L'humiliation de l'un ne semble pouvoir être dissipée que par l'humiliation de l'autre.

Dans les États de droit policiés, il n'y a, en principe, plus de place pour la vengeance. Mais cela n'empêche pas que les victimes d'actes criminels éprouvent encore souvent des sentiments pouvant conduire à des actes de violence et qu'elles se sentent profondément atteintes dans leur désir de reconnaissance. L'État ne saurait fermer les yeux sur ces sentiments et se doit de considérer la victime comme une personne qui éprouve certains sentiments susceptibles de perturber son développement harmonieux. La victime ne s'identifie pas seulement par son corps ou par sa propriété matérielle meurtris, mais aussi, et parfois même seulement, par son âme meurtrie.

On pourrait dès lors arguer qu'à partir du moment où l'État interdit à la victime – ou à ses proches, qui peuvent également éprouver ces sentiments ou du moins certains d'entre eux – de faire elle-même ce qu'elle juge nécessaire pour ramener une sorte d'équilibre dans ses sentiments en laissant libre cours à ce que Platon aurait appelé l'âme irascible, il doit agir à la place de la victime et de ses proches. Ce serait dès lors par l'intermédiaire de la sanction pénale infligée par l'État que la victime ou/et ses proches verraient leur désir de vengeance satisfait et prendraient conscience du fait que si le criminel avait pu un temps croire qu'il était supérieur à la victime, il lui est en fait inférieur. L'État devient ainsi l'agent par le biais duquel les victimes ou leurs proches peuvent obtenir ce qu'ils n'ont plus le droit d'obtenir par le biais de la vengeance privée. Le droit que les victimes ont abandonné à l'État se transforme en devoir étatique de punir. La sanction pénale devient ainsi l'équivalent fonctionnel public de la vengeance privée.

Si le désir de vengeance est un fait dont l'État doit tenir compte, il ne saurait toutefois servir de justification à un devoir étatique de punir. L'atteinte à la dignité de la victime ne doit pas se doubler d'une atteinte à la dignité du criminel. Or ce serait porter atteinte à la dignité du criminel que de lui infliger du mal dans le but de soulager les souffrances des victimes ou de leurs proches. Cela ne signifie pas qu'il faille abandonner les victimes et leurs proches à leur souffrance et se désintéresser de leur sort. Cette souffrance ne devait pas être. Or elle est. Mais elle doit, dans la mesure du possible, cesser d'être. L'État devait faire en sorte qu'elle ne soit pas. L'État n'a pas réussi à faire qu'elle ne soit pas. L'État doit faire en sorte, dans la mesure du possible, qu'elle ne soit plus.

Si l'État a un devoir incontestable, c'est celui de permettre aux victimes de reconquérir le sentiment de leur dignité et aux proches de surmonter leur

chagrin et leur haine. La sanction pénale ne saurait être qu'un moyen éventuel parmi beaucoup d'autres pour remplir ce devoir et ne saurait être construit comme étant l'objet immédiat et catégorique du devoir étatique. L'exemple de l'Afrique du Sud, notamment, a montré que ce que les victimes ou leurs proches exigeaient n'était pas nécessairement la sanction du coupable, mais la reconnaissance de leur statut de victime – directe ou indirecte – avec les droits qui en découlent, comme par exemple le versement d'une compensation, une aide psychologique, une reconnaissance symbolique, etc. L'aide à la reconquête de la dignité et de la paix avec soi-même est l'objet d'un devoir catégorique, l'application d'une sanction pénale ne l'est pas.

### 7. *Un devoir envers le coupable*

Même si cela paraîtra étrange, nous trouvons certains philosophes qui affirment l'existence d'un droit du coupable à être puni, droit qui aurait pour corollaire le devoir de l'État de répondre par une sanction pénale<sup>11</sup>. En simplifiant, l'argumentation mise en avant par la plupart de ces auteurs peut être résumée comme suit. Seuls des êtres responsables de leurs actes peuvent être punis. Cela étant, le refus de punir un être ayant commis un acte répréhensible pourra être perçu comme excluant, au moins implicitement, cet être du monde des êtres responsables. Et cela signifie que le coupable est exclu du monde des agents autonomes pour être relégué dans celui des très jeunes enfants, des malades mentaux voire des animaux, c'est-à-dire de tous ces êtres auxquels on n'applique pas de sanction pénale parce qu'on estime qu'ils ne remplissent pas encore, plus ou pas du tout les conditions définissant un être autonome. Or cela constitue une violation flagrante de la dignité humaine, et dans la mesure où l'État doit s'abstenir de tout acte pouvant porter atteinte à la dignité humaine, il a le devoir de punir les agents autonomes ayant commis un acte pénalement susceptible d'être sanctionné.

Même si cette justification du devoir étatique de punir pourra, comme nous l'avons déjà noté, sembler étrange, elle pourrait bien s'imposer dans les années qui viennent, du moins chez ceux qui préconisent une réponse pénale aux actes criminels. Dans la mesure où les justifications traditionnelles de la sanction pénale – notamment le rétributivisme ainsi que le préventionnisme spécial ou général – ont perdu de leur attrait en raison du fait qu'elles semblent transformer le coupable en simple objet de droit – le préventionnisme spécial

<sup>11</sup> Mentionnons ici G. W. F. HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986, Paragraphe 100; W. SOLOWJOW, *Recht und Sittlichkeit*, Frankfurt, Klostermann, 1971, p. 123, ou encore, plus récemment, R. A. DUFF, *Trials and punishments*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. 70. Sur cette question, voir N. CAMPAGNA, «D'un prétendu droit du coupable à la sanction pénale» in: INSTITUT GRAND-DUCAL (éd.), *Actes de la Section des Sciences Morales et Politiques*, vol. XI, Luxembourg, 2008, p. 9-34.

peut-être un peu moins que les deux autres justifications –, le recours à un devoir envers le coupable veut refaire de ce dernier un véritable sujet de droit. Alors que traditionnellement la sanction pénale était perçue comme pouvant potentiellement porter atteinte aux droits fondamentaux de la personne humaine, elle pourra désormais apparaître comme ce qui peut préserver la dignité humaine face aux courants les plus radicaux d'humanisation du droit, courants qui réclament parfois l'abolition pure et simple du droit pénal.

Si l'on peut parfaitement partager l'idée qu'une personne ayant commis un crime doit être traitée avec dignité, il me semble pour le moins problématique d'affirmer que seule la réponse pénale est susceptible de prendre cette dignité au sérieux. Nous avons bien d'autres moyens que la sanction pénale pour montrer à quelqu'un que nous le considérons comme un être autonome plutôt que comme une bête, un malade mental ou un jeune enfant. L'inviter à s'expliquer devant la victime ou ses proches est l'un de ces multiples moyens. La procédure du *gakaka*, telle que la connaissent certaines tribus africaines, nous donne un exemple d'une telle pratique<sup>12</sup>.

### ***Conclusion***

Dans cette contribution, j'ai tenté de montrer que l'État n'avait pas de devoir catégorique de punir. Par devoir catégorique, j'entends un devoir qui s'impose toujours et partout, un devoir qui ne saurait jamais être mis entre parenthèses, même pas si son application conduit à des conséquences désastreuses. Ce que j'ai été obligé d'admettre, c'est que la société peut, pour des raisons pragmatiques – des raisons liées à la crainte de l'arbitraire ou de l'incompétence étatique –, obliger l'État à punir dans tous les cas. Un devoir catégorique de punir peut donc être d'institution humaine ou volontaire. Mais il faudra toujours rester conscient du fait que l'imposition d'un tel devoir a un prix. Il ne me semble toutefois pas possible d'établir l'existence d'un devoir catégorique naturel de punir, c'est-à-dire d'un devoir de punir qui ne serait pas établi par un acte de volonté, humain ou divin.

<sup>12</sup> Cf. à ce sujet J.-F. BIDIMA, *La parabre*, Paris, Michalon, 1997.

