

Préméditation : quelques remarques du point de vue philosophique, éthique et juridique

Autor(en): **De Vecchi, Francesca**

Objektyp: **Article**

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

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

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

PDF erstellt am: **22.09.2024**

Persistenter Link: <https://doi.org/10.5169/seals-381790>

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Inhalten der Zeitschriften. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern.

Die auf der Plattform e-periodica veröffentlichten Dokumente stehen für nicht-kommerzielle Zwecke in Lehre und Forschung sowie für die private Nutzung frei zur Verfügung. Einzelne Dateien oder Ausdrucke aus diesem Angebot können zusammen mit diesen Nutzungsbedingungen und den korrekten Herkunftsbezeichnungen weitergegeben werden.

Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Die systematische Speicherung von Teilen des elektronischen Angebots auf anderen Servern bedarf ebenfalls des schriftlichen Einverständnisses der Rechteinhaber.

Haftungsausschluss

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

PRÉMÉDITATION : QUELQUES REMARQUES DU POINT DE VUE PHILOSOPHIQUE, ÉTHIQUE ET JURIDIQUE ¹

FRANCESCA DE VECCHI

Résumé

Dans cet article, j'aborde quelques-uns des aspects problématiques impliqués par le concept controversé de préméditation à partir de l'analyse élaborée par le phénoménologue et philosophe du droit Adolf Reinach. Comme en témoignent les différents rôles attribués à la préméditation par les principaux codes pénaux occidentaux, il est difficile de saisir de façon univoque la signification de cette figure juridique. Il s'agit d'un problème philosophique et éthique touchant à la définition des actes intentionnels et volontaires, et du rapport entre ces actes et la personne de l'agent. Il s'agit également d'un problème juridique concernant la justesse et l'équité de la peine.

1. Introduction

Il suffit de jeter un coup d'œil à quelques-uns des principaux codes pénaux occidentaux pour s'apercevoir de l'hétérogénéité du rôle conféré à la préméditation. Dans les codes pénaux français et californien (un exemple du droit pénal de la *Common Law*), la préméditation est l'élément définissant la forme la plus grave d'homicide volontaire : l'*assassinat* et le *murder* sont en effet punis de la réclusion à vie ou de la peine de mort. Dans les codes pénaux suisse et allemand, en revanche, la préméditation est absente, et la définition de la forme la plus grave d'homicide volontaire est fondée sur d'autres critères (bien que dans les anciens codes pénaux, autant allemand que suisse, la préméditation constituât le trait distinctif entre *Mord*, assassinat, et *Totschlag*, meurtre). Dans

¹ Je voudrais remercier le professeur André Kuhn pour ses renseignements sur le code pénal suisse ainsi que l'Institut Suisse de Droit Comparé pour son assistance à la recherche bibliographique. Une première version de ce travail a été présentée lors du «III Seminario cagliaritano di filosofia del diritto», Université de Cagliari, les 5-6 mai 2008, séminaire organisé par les professeurs Giuseppe Lorini et Anna Pintore. Une version ultérieure a bénéficié des discussions tenues lors du séminaire de recherche de philosophie, organisé par la professeure Maddalena Bonelli à l'Université de Bergame, le 17 juin 2008. Je tiens à remercier vivement celles et ceux qui, lors de ces deux rencontres, ont apporté leurs critiques et leurs précieuses suggestions à ce travail.

le code pénal italien, la préméditation est l'un des facteurs aggravants – parmi d'autres facteurs – de l'homicide volontaire.

La diversité des rôles attribués à la préméditation témoigne de la difficulté de saisir de façon univoque la signification de ce concept. Il s'agit d'un problème philosophique et éthique touchant à la définition des actes intentionnels et volontaires, et du rapport entre ces actes et la qualité morale de la personnalité de l'auteur. Il s'agit également d'un problème juridique concernant la justesse et l'équité de la peine : est-il justifié de considérer la préméditation comme l'élément principal ou comme l'un des éléments principaux définissant la forme la plus grave d'homicide volontaire, puni, en tant que tel, de la peine la plus sévère ?

Dans cet article, j'aborderai quelques-uns des aspects problématiques impliqués par le concept controversé de préméditation, en me basant sur l'analyse de la préméditation élaborée par le phénoménologue et philosophe du droit Adolf Reinach².

2. Les antinomies éthiques et juridico-pénales de l'Überlegung (préméditation et réflexion) selon Reinach

L'analyse d'Adolf Reinach du concept de préméditation est développée dans l'essai «Die Überlegung; ihre ethische und rechtliche Bedeutung» (1912/1913). Avec cet essai, Reinach participe au débat sur la réforme du droit pénal en cours en Allemagne au début du siècle passé et qui voyait engagés des éminents juristes tels que Franz von Liszt et Richard Katzenstein³. L'un des

² Adolf Reinach (1883-1917) fut élève d'Edmund Husserl à Göttingen. Dans sa nécrologie, Husserl l'a présenté comme «l'un des quelques espoirs, grand et certain, de la philosophie contemporaine» (*Frankfurter Zeitung*, 6 décembre 1917; *Husserliana XXV*, p. 296). Reinach ne fut pas seulement le philosophe qui découvrit les «actes sociaux» (cf. A. REINACH, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes*, 1913, repris in: A. REINACH, *Sämtliche Werke. Textkritische Ausgabe in 2 Bänden*, hrsg. von K. Schuhmann, B. Smith, München/Hamden/Wien, Philosophia Verlag, 1989, p. 141-278, abrégé SW dans la suite de l'article; trad. franç. par Ronan de Calan, *Les fondements a priori du droit civil*, Paris, Vrin, 2004). Il laissa également une production théorique importante sur le droit pénal : i) sa thèse de doctorat : *Über den Ursachenbegriff im geltenden Strafrecht*, de 1904 (reprise in: SW, p. 1-43; trad. franç. par Julien Cantegreil, *Sur le concept de cause dans le droit pénal en vigueur*, Paris, Cerf, en cours de publication); ii) les notes de son cours sur *Willensfreiheit, Zurechnung und Verantwortlichkeit* du semestre d'hiver 1911/12 (notes de Margarete Ortmann, Signatur Ana 379 B I 2, Bayerische Staatsbibliothek München, et de Winthrop Bell, Ralph Pickard Bell Library); iii) l'article «Die Überlegung; ihre ethische und rechtliche Bedeutung» (*Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik*, N° 148, 1912, p. 181-196, et N° 149, 1913, p. 30-58; repris in: SW, p. 279-311), sur lequel porte le présent article.

³ Cf. F. VON LISZT, «Tötung und Lebensgefährdung (§ 211-217, 222 RStrGB)», in: K. BIRKMEYER (éd.), *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform*, Besonderer Teil, vol. V, Berlin, Liebman, 1905, p. 1-158; R. KATZENSTEIN, «Die vorsätzliche Tötung nach geltendem Recht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 24^e année, 1904, p. 503-563.

enjeux de ce débat était justement le rôle et la signification de la préméditation dans le droit pénal.

Le fait que le mot allemand *Überlegung* signifie «préméditation» dans le contexte juridique, mais aussi «réflexion» dans le langage ordinaire, montre tout de suite la difficulté de déterminer de façon univoque la signification du concept de préméditation. Or, c'est aussi à partir de l'ambiguïté sémantique d'«*Überlegung*» que se posent nombre de questions relatives à son rôle dans le droit pénal⁴.

Voyons maintenant comment Reinach présente le problème de l'*Überlegung* du point de vue éthique et juridique :

En tant qu'attitude spécifique à l'intérieur du sujet qui produit une incision nette dans le flux continu de nos vécus, la réflexion [*Überlegung*] exige une analyse plus précise. Le rôle qu'elle joue dans l'évaluation éthique et juridique rend cette analyse particulièrement urgente. Il semble qu'il subsiste ici des antinomies étranges. L'action méritoire est considérée comme moins méritoire si elle s'est effectuée «sans aucune réflexion». Pourtant, elle est considérée comme moins méritoire même si, au contraire, l'agent l'accomplit «seulement sur la base d'une longue réflexion». Nous reprochons à un homme de commettre une action importante sans «y réfléchir, même pas un instant». Mais, au contraire, nous jugeons beaucoup plus sévèrement une action répréhensible si elle s'est passée «avec réflexion». Ce dernier point de vue se dégage de façon très contrastée dans notre code pénal. L'homicide [*Tötung*] d'une personne qui se produit sans réflexion [préméditation (*Überlegung*)] est puni de la réclusion non inférieure à cinq ans, et, en cas de circonstances atténuantes, de l'emprisonnement non inférieur à six mois (StGb, § 212, § 213). L'homicide d'une personne accompli avec réflexion [préméditation (*Überlegung*)] est puni, dans toutes les circonstances, de la peine capitale (StGb, § 211). Six mois de prison et peine de mort : une différence énorme pour laquelle seule la réflexion [préméditation (*Überlegung*)] est déterminante, cette même réflexion que, pourtant, en tant que telle, nous apprécions et exigeons des êtres humains. Dans la vie de tous les jours, nous accomplissons avec aisance tous ces jugements opposés, mais ils ne sont absolument pas compris de façon évidente. Certains expliqueront les contradictions constatées en disant qu'elles ne sont qu'apparentes. Mais, ce faisant, on

⁴ Comme en témoigne l'usage de ce mot dans le cadre de l'ancien droit pénal suisse, qui remplaça en 1942 les codes pénaux cantonaux, le sens du terme *Überlegung* n'est pas du tout univoque, même pas dans le contexte restreint du langage pénal. Dans la version en langue allemande de l'ancien code pénal suisse (qui fut rédigé dans les trois langues nationales suisses), la commission du Conseil national avait choisi le terme *Überlegung* comme traduction du français «préméditation», en lui donnant le sens de *Vorbedacht*. Mais le problème propre à l'ambiguïté de ce terme n'en était pas résolu une fois pour toutes. Quelques années plus tard, les juges fédéraux prirent une autre position : la préméditation, c'était plutôt et plus génériquement la *réflexion* de l'auteur avant le fait de commettre le crime, le processus interne l'ayant amené à agir, sans forcément que cette réflexion l'ait ou non conduit à clairement concevoir les circonstances, le lieu et les instruments du crime. Pour une reconstruction détaillée de la signification de la préméditation dans l'évolution historique des codes pénaux suisses, tout d'abord cantonaux, puis fédéral, je renvoie au travail de S. DISCH : *L'homicide intentionnel* (thèse de doctorat, Faculté de droit, Université de Lausanne, 1999). Cf. en outre les *Arrêts du Tribunal fédéral suisse publiés au Recueil officiel* : 70 IV 5, en particulier 7 ; 80 IV 234, 238 ; 95 IV 163 ; et *Journal des Tribunaux*, 1970 IV 83.

n'acquiert pas une connaissance des rapports existant entre les différents aspects. C'est pourquoi il faut tout d'abord procéder à une analyse phénoménologique de ce facteur dont nous parlons si souvent, dont nous relevons la présence en nous avec une si grande certitude et que pourtant nous connaissons si peu: la réflexion (SW, 279)⁵.

La situation que Reinach décrit dans ce passage, placé tout au début de son article, est fort intéressante. Il saisit les contradictions qui affectent les jugements moraux que nous prononçons dans la vie de tous les jours par rapport aux actions accomplies avec ou sans réflexion (*Überlegung*), et présente en même temps le cas de l'application d'un de ces jugements moraux au code pénal (§ 211, § 212 *Strafgesetzbuch*). Il distingue le cas de l'action méritoire accomplie avec ou sans réflexion (*Überlegung*), le cas de l'action répréhensible accomplie avec réflexion et le cas de l'homicide accompli avec ou sans réflexion (préméditation [*Überlegung*]): respectivement le *Mord (assassinat)* et le *Totschlag (meurtre)*. Plus précisément, Reinach présente plusieurs possibilités de jugement éthique par rapport à l'action méritoire et répréhensible, et deux cas de jugement pénal par rapport à l'homicide. Dans tous ces cas, la présence de l'*Überlegung* joue un rôle décisif.

Tableau 1

		Sans <i>Überlegung</i>	Avec <i>Überlegung</i>
Éthique	1. Action méritoire	Moins méritoire	Moins méritoire
Éthique	2. Action importante	Son auteur est sujet à des reproches	
Éthique	3. Action répréhensible		Jugée plus sévèrement
Code pénal allemand (StGb, § 211, § 212; jusqu'à 1941)	Homicide	<i>Totschlag (meurtre)</i> Puni de la réclusion non inférieure à cinq ans: § 212: Wer vorsätzlich einen Menschen tödtet, wird, wenn er die Tödtung nicht mit <i>Überlegung</i> ausgeführt hat, wegen Todtschlages mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren bestraft.	<i>Mord (assassinat)</i> Puni de la peine capitale: § 211: Wer vorsätzlich einen Menschen tödtet, wird, wenn er die Tödtung mit <i>Überlegung</i> ausgeführt hat, wegen Mordes mit dem Tode bestraft.

⁵ La traduction des citations de Reinach est mienne.

Les jugements portant sur l'action méritoire sont contradictoires : la même action méritoire est jugée moins méritoire aussi bien quand elle est accomplie sans *Überlegung* que quand elle est accomplie avec *Überlegung*.

En revanche, l'action répréhensible est moralement jugée plus sévèrement si elle est accomplie avec *Überlegung*. Ce jugement éthique a une application particulièrement significative et lourde dans le code pénal : l'article 211 du *Strafgesetzbuch* définit l'homicide accompli avec *Überlegung* comme *Mord*, puni de la peine capitale, et l'article 212 définit l'homicide accompli sans *Überlegung* comme *Totschlag*, puni de la réclusion pour cinq ans au moins.

En tant que phénoménologue, Reinach s'interroge sur le pourquoi de ces phénomènes contradictoires et sur la nature des rapports qui lient, dans chacun de ces cas, l'action (méritoire et/ou répréhensible) et en particulier celle, tellement répréhensible, de l'homicide avec *Überlegung*. Reinach veut en outre comprendre si l'énorme différence de peine entre *Mord* et *Totschlag*, fondée sur la présence ou l'absence d'*Überlegung*, est justifiée ou non. En d'autres termes, les questions que Reinach se pose sont les suivantes : est-il bien fondé d'évaluer la préméditation comme l'élément déterminant de la définition de la forme la plus grave d'homicide volontaire ? Quelles sont les raisons de ce rôle crucial attribué à la préméditation dans le code pénal ?

Par son analyse des antinomies éthiques et pénales impliquées par l'*Überlegung*, Reinach souhaitait fournir à ses collègues pénalistes, engagés dans la réforme du droit pénal allemand, une contribution éclairant quelques-uns des enjeux éthiques de l'*Überlegung*, parmi lesquels avant tout le problème crucial de la justesse de la peine.

Avant d'avancer dans la présentation et la discussion de l'analyse phénoménologique de l'*Überlegung* de la part de Reinach, arrêtons-nous brièvement sur le rôle et sur la définition de la préméditation dans quelques-uns des codes pénaux occidentaux.

3. Rôle et de définition de la préméditation dans les codes pénaux français, californien, allemand, suisse et italien actuels

Si nous considérons la définition de la forme la plus grave d'homicide volontaire dans les codes pénaux français, californien et italien, elle est toujours caractérisée, d'une façon ou d'une autre, par la préméditation. En revanche, comme je viens de le mentionner, en enlevant l'*Überlegung* des définitions du *Mord* et du *Totschlag* (§ 211, § 212 StGb), le code pénal allemand actuel est allé dans la direction de Reinach. De même, le code pénal suisse actuel ne prévoit plus la préméditation dans la définition de *meurtre* et d'*assassinat* (§ 111 et § 112).

Voyons les énoncés des articles en question dans les codes pénaux mentionnés⁶ :

⁶ Je me limiterai ici à quelques exemples. La comparaison pourrait et devrait être élargie à d'autres codes pénaux (belge, espagnol, grec, etc.).

Tableau 2⁷

Code pénal allemand	<p><i>Mord</i> § 211 Mord 1) Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft. 2) Mörder ist, wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einen Menschen tötet.</p>	<p><i>Totschlag</i> § 212 Totschlag 1) Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft. 2) In besonders schweren Fällen ist auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen.</p>
Code pénal français	<p><i>Assassinat</i> § 221-3 : Le meurtre commis avec préméditation constitue un assassinat. Il est puni de la réclusion criminelle à perpétuité.</p>	<p><i>Meurtre</i> § 221-1 : Le fait de donner volontairement la mort à autrui constitue un meurtre. Il est puni de trente ans de réclusion criminelle.</p>
Code pénal californien (<i>Common Law</i>)	<p><i>Murder</i> Art. 187 : (a) Murder is the unlawful killing of a human being, or a fetus with malice aforethought. [...] Art. 189 : All murder which is perpetrated by means of a destructive device or explosive, a weapon of mass destruction, knowing use of ammunition designed primarily to penetrate metal or armor, poison, lying in wait, torture, or by any other kind of willful, deliberate and premeditated killing [...] is murder of the first degree. [...]</p>	<p><i>Manslaughter</i> Art. 192 : Manslaughter is the unlawful killing of a human being without malice. [...] Art. 193 : a) Voluntary manslaughter is punishable by imprisonment in the state prison for 3, 6, or 11 years. b) Involuntary manslaughter is punishable by imprisonment in the state prison for two, three, or four years. [...]</p>

⁷ C'est moi qui souligne dans ce tableau.

	<p>Art. 190: (a) Every person guilty of murder in the first degree shall be punished by death, imprisonment in the state prison for the life without the possibility of parole, or imprisonment in the state prison for a term of 25 years to life. [...]</p>	
Code pénal suisse	<p><i>Assassinat/Mord/Assassinio</i> § 112: Si le délinquant a tué avec une absence particulière de scrupules, notamment si son mobile, son but ou sa façon d'agir est particulièrement odieux, il sera puni d'une peine privative de liberté à vie ou d'une peine privative de liberté de dix ans au moins.</p>	<p><i>Meurtre/Vorsätzliche Tötung/Omicidio intenzionale</i> § 111: Celui qui aura intentionnellement tué une personne sera puni d'une peine privative de liberté de cinq ans au moins, en tant que les conditions prévues aux articles suivants ne seront pas réalisées.</p>
Code pénal italien	<p><i>Omicidio</i> § 577 <i>Altre circostanze aggravanti. Ergastolo</i> Si applica la pena dell'ergastolo se il fatto preveduto dall'articolo 575 è commesso: 1. contro l'ascendente o il discendente; 2. col mezzo di sostanze venefiche, ovvero con un altro mezzo insidioso; 3. con premeditazione; [...]</p>	<p>§ 575 <i>Omicidio</i> Chiunque cagiona la morte di un uomo è punito con la reclusione non inferiore ad anni ventuno.</p>

Ce tableau nous montre sans possibilité d'équivoque, comme je l'avais anticipé au début, que la préméditation est aujourd'hui une figure juridique tellement controversée que certains codes la prévoient en lui attribuant un rôle fondamental, et d'autres pas du tout. Je n'accomplirai pas une analyse détaillée de ces articles de codes pénaux – une telle analyse excéderait mes compétences et l'objet spécifique

de cet essai. Je me limiterai à quelques remarques visant à éclairer les enjeux philosophiques et éthiques de la préméditation dans le droit pénal⁸.

3. 1. *Intention, volonté et préméditation : le plus apporté par la préméditation*

Comme on peut le constater à partir des énoncés des articles des codes pénaux considérés, la préméditation est distinguée de l'intention ou de la volonté de l'agent : le domaine des phénomènes désignés par la préméditation n'est pas réductible à celui de l'acte intentionnel et volontaire. La préméditation serait alors quelque chose d'ultérieur ou de spécifique qui s'ajoute à un acte – le délit – qui en soi est déjà défini comme un acte intentionnel et volontaire.

En effet, autant dans les codes pénaux où la préméditation est présente que dans les codes où elle est absente, la notion d'intention est constitutive de la définition du délit : tout délit est un acte accompli avec l'intention de le commettre. Cela explique pourquoi, dans l'article 575 du Code pénal italien, l'expression *omicidio* n'est pas ultérieurement précisée, le législateur ayant déjà défini le délit en tant que tel comme acte intentionnel. Le même principe vaut pour la définition de l'assassinat dans le code pénal suisse⁹. En outre, dans

⁸ J'aimerais toutefois faire remarquer que dans les codes cités, le code italien mis à part, deux espèces existent pour distinguer entre la forme la plus grave et celles moins graves d'homicide volontaire : respectivement l'espèce de l'*assassinat*, *Mord* et *murder*, d'un côté, et celle du *meurtre*, *Totschlag* (ou *vorsätzliche Tötung*) et *manslaughter*, de l'autre. Le code pénal italien, en revanche, ne connaît pas deux espèces différentes. La forme la plus grave d'homicide est exprimée simplement par des facteurs aggravants qui ne conduisent pas à la constitution d'une espèce différente.

⁹ Cf. le Premier livre du code pénal italien, «*Dei reati in generale*», où les articles 42 et 43 affirment que personne ne peut être puni pour un délit, si elle n'en a pas commis avec dol : Art. 42. *Responsabilità per dolo o per colpa o per delitto preterintenzionale. Responsabilità obiettiva*: «[...] Nessuno può essere punito per un fatto preveduto dalla legge come delitto, se non l'ha commesso con dolo, salvi i casi di delitto preterintenzionale o colposo espressamente preveduti dalla legge.[...]»; Art. 43. *Elemento psicologico del reato*: «Il delitto : è doloso, o secondo l'intenzione, quando l'evento dannoso o pericoloso, che è il risultato dell'azione od omissione e da cui la legge fa dipendere l'esistenza del delitto, è dall'agente preveduto e voluto come conseguenza della propria azione od omissione; è preterintenzionale, o oltre l'intenzione, quando dall'azione od omissione deriva un evento dannoso o pericoloso più grave di quello voluto dall'agente; è colposo, o contro l'intenzione quando l'evento, anche se preveduto, non è voluto dall'agente e si verifica a causa di negligenza o imprudenza o imperizia, ovvero per inosservanza di leggi, regolamenti, ordini o discipline.[...]». Cf. également le code pénal suisse qui dans l'*Art. 12. Intention et négligence. Définitions* du Livre 1 (Dispositions générales), Partie 1 (Crimes et délits), Titre 2 (Conditions de la répression) précise que : 1) Sauf disposition expresse et contraire de la loi, est seul punissable l'auteur d'un crime ou d'un délit qui agit intentionnellement ; 2) Agit intentionnellement quiconque commet un crime ou un délit avec conscience et volonté [...]. Cf. aussi le code pénal français, Art. 121-3 : «Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre.» Cf. enfin le code pénal allemand, Art. 15, *Vorsätzliches und fahrlässiges Handeln*: «Strafbar ist nur vorsätzliches Handeln, wenn nicht das Gesetz fahrlässiges Handeln ausdrücklich mit Strafe bedroht.»

le code français, l'assassinat est défini comme un cas particulier de meurtre – il est un meurtre qui, de plus, est caractérisé par la préméditation –, et le meurtre avait déjà été défini comme «le fait de donner volontairement la mort à autrui»¹⁰. D'ailleurs, cela avait déjà été clairement affirmé dans les articles 211 et 212 de l'ancien code pénal allemand à partir duquel Reinach avait bâti son analyse de l'*Überlegung*: «Qui tue une personne intentionnellement (*vorsätzlich*)...» est le début des deux articles auquel s'ajoute ou non l'élément de la préméditation, selon qu'il s'agit de *Mord* ou de *Totschlag*.

Le problème est alors de déterminer ce que la préméditation apporte exactement à cet acte intentionnel et volontaire : qu'est-ce que ce *plus*, ajouté par la préméditation, qui est puni de la peine majeure (la réclusion à vie ou même la peine capitale, comme le prévoit le code pénal californien) ? Pourquoi, à cause de ce *plus*, la préméditation devrait-elle être sanctionnée d'une majoration de peine, voire de la peine majeure ? Une réponse du point de vue éthique pourrait être la suivante : le fait de préméditer, en tant que fait de penser et de réfléchir à sa propre action future, est considéré comme un moment pendant lequel le sujet peut acquérir une conscience majeure de son projet d'action, et, ainsi être investi d'une responsabilité majeure. La préméditation serait alors un moment d'approfondissement ultérieur du caractère intentionnel et volontaire, parce qu'un délit prémédité n'est pas seulement un délit accompli intentionnellement et volontairement, mais aussi un délit où le sujet, en réfléchissant à son projet d'action, a pu augmenter sa conscience du projet, et donc également son intention et sa volonté. Se pose alors la question suivante : quel devrait être le contenu de cette réflexion pour constituer un accroissement du facteur intentionnel et volontaire et, par conséquent, de celui de la responsabilité ?

3. 2. La préméditation comme signe de la «perversité» de l'agent

Il peut être en outre important de remarquer que l'ancien article 112 du code pénal suisse (entré en vigueur le 1^{er} janvier 1942, et remplacé par la nouvelle formulation de cet article le 23 juin 1989) définissait l'assassinat par la perversité particulière de l'auteur et associait cette perversité à la préméditation. En effet, l'ancien article 112 s'énonçait comme suit : «Assassinat : si le délinquant a tué dans des circonstances ou avec une préméditation dénotant

¹⁰ Il faut encore préciser que, dans certains codes, la notion d'intention n'est pas définie et que, si dans d'autres codes elle l'est (par exemple, code pénal suisse, § 12, et code pénal italien, § 43), cette définition renvoie à celle de volonté. S'ouvre ici un autre problème, celui de distinguer entre «intentionnel» et «volontaire» : il s'agit d'un problème qui remonte à l'Antiquité, notamment à l'ambiguïté des expressions *akousios* et *hekousios* utilisées par Platon et Aristote ; elles signifient autant le caractère intentionnel que volontaire d'une action. Pour une reconstruction de cette problématique, je renvoie à L. ZAIBERT, «Intentionality, Voluntariness, and Criminal Liability : A Historical-Philosophical Analysis», in : J. B. MURPHY and R. O. BROOKS (éds), *Aristotle and Modern Law*, London, Ashgate/Dartmouth, 2003, p. 263-304.

qu'il est particulièrement pervers ou dangereux, il sera puni de la réclusion à vie.» Une telle définition est fort intéressante parce qu'elle éclaire le moment de la préméditation en le liant directement à la qualité morale de la personne : sa perversité ou dangerosité sociale. En d'autres termes, la préméditation est ici un acte dont la gravité est fondée sur le fait qu'elle exprime le manque de valeurs morales qui affecte son auteur. C'est ce manque de valeurs qui est puni d'une peine plus lourde. Dans ce cas, donc, ce que la préméditation ajouterait à la définition de l'acte volontaire et intentionnel serait une caractérisation de l'acte et de son auteur comme porteurs de valeurs négatives. Mais sur quelle base cette relation est-elle fondée ? La question fondamentale qui se pose est la suivante : quel serait l'objet ou le contenu de la préméditation ?

Comme on le verra, ce rapport entre la préméditation et la qualité morale de l'agent est un point crucial sur lequel Reinach insiste dans son analyse de la signification de l'*Überlegung*. J'y reviendrai ci-dessous. Au préalable, je voudrais aborder la question de l'objet de la préméditation en considérant la définition de la préméditation dans les codes français et italien, où elle est encore présente actuellement.

3. 3. *Est-ce que la préméditation porte sur le propos de l'action ou sur le choix des moyens de l'action ?*

Dans le code pénal français, la préméditation est définie comme «le dessein formé avant l'action de commettre un crime ou un délit déterminé»¹¹. Comme l'observe Henri Angevin dans le *Juris Classeur Pénal Code* (Art. 221-1 et 221-5-3), au sujet de la distinction entre *animus necandi* et préméditation : «L'intention de donner la mort, élément constitutif nécessaire du meurtre, est concomitante à l'action. Elle ne se confond pas avec la préméditation qui a pour effet de faire du meurtre un assassinat et qui, consistant dans le dessein délibéré de la commettre, est toujours antérieure à cette action.»¹² Et il précise également : «Si la préméditation d'un meurtre implique nécessairement l'intention de donner la mort, cette intention peut parfaitement exister sans que l'agent ait préalablement formé le dessein délibéré de tuer, l'intention homicide ne lui étant venue qu'au moment même où il agissait.»¹³

¹¹ Cf. *Code pénal français, Section 3* (De la définition de certaines circonstances entraînant l'aggravation, la diminution ou l'exemption des peines), Art. 132-72. La préméditation est distincte du phénomène du guet-apens, cf. Art. 132-71-1 : «Le guet-apens consiste dans le fait d'attendre un certain temps une ou plusieurs personnes dans un lieu déterminé pour commettre à leur rencontre une ou plusieurs infractions.»

¹² *Juris Classeur Pénal Code*, Fascicule 20, ATTEINTES VOLONTAIRES À LA VIE, § 51, LexisNexis, Paris 2008. Dans son commentaire, H. ANGEVIN se réfère à : *Cass. crim.*, 9 janv. 1990 ; *Bull. crim.* 1990, n. 15 ; *Gaz. Pal.* 1990, 2, somm. p. 375, obs. J.-P. Doucet ; *Rev. sc. crim.* 1990, p. 337, obs. G. Levasseur.

¹³ *Ibidem*.

Cette définition de la préméditation selon le code pénal français et le commentaire qui s'ensuit m'amènent aux remarques suivantes : celui qui tue quelqu'un avec préméditation n'agit pas seulement avec l'intention de tuer, mais agit aussi en ayant conçu un dessein concernant l'action de tuer qui précède cette action. Il est alors crucial de déterminer précisément le contenu de ce dessein : porte-t-il sur le propos et sur la décision mêmes de tuer ou plutôt sur les moyens, sur le comment du délit ? Est-il d'ailleurs possible de réfléchir au propos de tuer ou non quelqu'un sans également et en même temps penser au comment de l'accomplissement ? En outre, le facteur temporel – l'autre élément constitutif de la préméditation – n'est pas aussi clair qu'il y paraît. Si, selon le législateur français, il y a préméditation seulement lorsqu'il y a un intervalle de temps entre la décision de tuer et l'accomplissement de l'action¹⁴, il faut alors remarquer que cette connotation temporelle est également difficile à déterminer : en effet, combien de temps faudrait-il pour qu'on puisse parler de préméditation ? Une heure, une semaine, un mois, une année ?

Dans le code pénal italien, où la préméditation n'est pas définie, se posent encore davantage de problèmes d'interprétation. Comme le remarque Francesco Antolisei dans son commentaire au code pénal italien, par manque d'une définition législative, le concept de préméditation est très controversé. Toutefois, Antolisei retient deux conditions nécessaires et suffisantes pour qu'il y ait préméditation : a) un certain intervalle de temps entre la résolution criminelle et sa réalisation; b) une préparation soignée du délit, préparation qui est souvent désignée par le terme de machination¹⁵. Or, ces deux éléments rappellent la définition française de la préméditation en tant que dessein du délit conçu avant la réalisation du délit. Pourtant, l'interprétation de la préméditation comme machination précédant le délit définit la préméditation comme portant quasi exclusivement sur les moyens et les modalités de réalisation du délit, donc sur le *comment*. En même temps, l'absence de définition législative laisse aussi sa raison d'être à l'autre interprétation possible, celle portant sur le propos de l'action : le concept de préméditation signifierait alors également la persévérance et la consolidation de la résolution criminelle dans l'esprit de l'agent pendant l'intervalle de temps ci-dessus mentionné. Elle aurait donc également une connotation volitive, portant sur le processus de délibération concernant le propos de tuer¹⁶.

¹⁴ Comme l'observe encore ANGEVIN «C'est la raison pour laquelle la circonstance aggravante de guet-apens lui apparaissant inutile, puisque absorbée dans celle de préméditation, le législateur de 1992 l'a supprimée. La loi n. 2007-297 du 5 mars 2007 a rétabli dans le Code pénal la circonstance aggravante de guet-apens, mais seulement en matière de violences commises dans des circonstances particulières (*V. Art. 222-7 et 222-16-1, fasc. 10*)», *Juris Classeur Pénal Code* (Art. 221-1 et 221-5-3), Fascicule 20, ATTEINTES VOLONTAIRES À LA VIE, cit., § 112.

¹⁵ F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale*, Parte Speciale I (Ristampa aggiornata della ottava edizione a cura di Luigi CONTI), Milan, Giuffrè, 1982, p. 42.

¹⁶ Cf. *Ibidem*, note 9, où Antolisei se réfère à de nombreuses sentences de la Cassazione. Cf. aussi Luigi TRAMONTANO (éd.), *Il Codice Penale spiegato*, Piacenza, Casa Editrice La Tribuna, 2004, p. 968.

3. 4. *Aspects et problèmes à éclairer*

Cette enquête dans quelques-uns des codes pénaux occidentaux nous a confirmé dans la conviction que la notion de préméditation a plusieurs facettes et que sa définition est controversée¹⁷. Pourtant, elle nous a aussi permis de repérer des éléments de cette notion qui nous semblent particulièrement significatifs et féconds pour avancer dans notre analyse :

- i. le rapport avec la volonté et l'intention de l'auteur : en tant que réflexion sur l'action future, la préméditation serait un moment d'approfondissement et d'accroissement de l'intention et de la volonté de l'agent, et donc aussi de la conscience et de la responsabilité de l'agent par rapport à son délit¹⁸ ;
- ii. la préméditation serait également l'expression du caractère moral et de la personnalité de l'agent (sa perversité et sa dangerosité, comme l'affirmait l'ancien article 112 du code pénal suisse) ;
- iii. ces deux aspects pourraient fournir une réponse éthique à la question générale de savoir pourquoi la préméditation devrait aggraver la peine, comme c'est le cas dans quelques-uns des codes pénaux ; le point fondamental pour éclairer ces deux aspects semble être la détermination de l'objet sur lequel la préméditation devrait porter ;
- iv. de façon schématique, la préméditation peut porter sur le propos et la décision de l'action, ou sur le choix des moyens de l'action. Or, sur lequel des deux aspects devrait porter la préméditation pour constituer une consolidation de l'intention et un accroissement de la responsabilité ? Toutefois, est-il vraiment possible de voir clairement sur lequel des deux aspects porte la préméditation qui accompagne un délit ? Quand quelqu'un réfléchit au projet de tuer une personne, cette réflexion ne porte-t-elle pas aussi sur les moyens et les modalités ?

L'analyse phénoménologique du concept d'*Überlegung* de la part de Reinach nous permettra d'éclairer quelques-uns des aspects dégagés et des problèmes posés.

¹⁷ Pour un aperçu sur les différentes théories pénales concernant la préméditation, je renvoie à M. KREMNIETZ, «Premeditation», *Buffalo Criminal Law Review*, 1998, p. 627-660.

¹⁸ Il faudrait également approfondir le rapport entre l'intention et la volonté d'un côté et la responsabilité et la culpabilité de l'autre ; sur ce problème, cf. l'ouvrage désormais classique de H. L. A. HART, *Punishment and Responsibility*, Oxford, Oxford University Press 1968, et l'anthologie éditée par S. BIANCU, A. BONDOLFI, F. DE VECCHI (éds), *Intention, culpabilité et rétribution : essais de philosophie pénale*, Basel, Schwabe (en cours de publication), Première section «Culpabilité et responsabilité».

4. Analyse phénoménologique du concept d'*Überlegung* et distinction entre *intellektuelle* et *voluntative Überlegung*

Reinach finit par réfuter le rôle crucial attribué à l'*Überlegung* dans le code pénal allemand à la suite de son analyse phénoménologique du concept. Comme il l'affirme dans le passage déjà cité, pour connaître les rapports entre l'action (méritoire et répréhensible) et l'*Überlegung* qui déterminent nos jugements, il faut procéder à une «analyse phénoménologique» de cette *Überlegung*.

En mettant entre parenthèses tous les pré-concepts possibles dont nous faisons usage au quotidien, l'analyse phénoménologique, en tant qu'elle «va à la chose même», en visant notamment le phénomène de l'*Überlegung* à partir de l'intérieur, est la seule voie pour comprendre ce que l'*Überlegung* est de façon essentielle, et donc pour éclairer les antinomies qui l'affectent¹⁹. Cette analyse s'effectue par la saisie de deux phénomènes distincts : l'*intellektuelle Überlegung* et la *voluntative Überlegung*. La première concerne la sphère théorique de l'intellect, la seconde, la sphère pratique de la volonté. L'une est un processus qui vise à la connaissance de quelque chose, l'autre un processus qui vise à la mise en œuvre d'une résolution, à une décision par rapport à un certain projet d'action. Je vais ici traduire *Überlegung* par son sens le plus commun et le plus neutre de «réflexion».

4.1 Définition de l'*intellektuelle Überlegung*

Par réflexion intellectuelle, Reinach désigne un processus téléologique cognitif qui se produit chaque fois qu'à partir d'un état d'incertitude, nous nous interrogeons sur un état de choses (*Sachverhalt*) et essayons de mieux comprendre de quoi il s'agit. Par exemple, si je lis l'énoncé du théorème de Pythagore, une incertitude (*Ungewissheit*) par rapport à son contenu peut surgir en moi. À partir de cette incertitude, une attitude interrogative (*Fragehaltung*) peut se développer, et avec elle une tendance à comprendre de façon évidente et pleinement valide le sens de cet énoncé. La réflexion intellectuelle vise à une prise de position (*Stellungnahme*) qui peut être de

¹⁹ Voici la définition d'une «analyse phénoménologique»: «L'analyse doit être phénoménologique. Cela signifie que nous ne pouvons pas alléguer ici de concepts courants comme représentation, penser, sentir, vouloir, etc., pour “construire” à partir de là la réflexion; ce faisant, ce qui lui est essentiel serait certainement perdu. Cela signifie plutôt que nous devons nous efforcer de nous installer dans le phénomène même pour restituer de façon fidèle ce que nous pouvons y voir de manière vivante. Cette analyse doit être conduite seulement jusqu'où cela sera requis pour éclairer la signification éthique et pénale de la réflexion» (SW, 279).

degrés différents : la conviction (*Überzeugung*), qui se base sur une connaissance évidente, est le degré le plus élevé, celui qui confère à la réflexion son propre accomplissement (*Erfüllung*). À côté de la conviction, la réflexion peut aboutir à des prises de position plus incomplètes, comme la supposition (*Vermutung*), l'indifférence critique, le doute. Si la réflexion ne parvient pas à aboutir à une prise de position, si elle se conclut par un «je ne sais pas» définitif, elle a alors complètement raté son but, et le processus réflexif a échoué²⁰.

4. 2. Définition de la volontative Überlegung

La réflexion volitive est également un processus téléologique qui naît d'une attitude interrogative et aboutit à une prise de position. Mais, à la différence de la réflexion intellectuelle, la prise de position à laquelle elle vise n'est pas une conviction, ni une supposition, ni même un doute concernant l'être d'un état de choses. La réflexion volitive vise plutôt à la mise en œuvre d'une résolution (*Vorsatzfassen*)²¹. Plus précisément, dans la réflexion volitive, il en va de la «connaissance d'un devoir-faire (*Tunsollen*), de la réception (*Vernehmen*) ou non de l'exigence (*Forderung*) d'un comportement, sur la base desquels l'attitude interrogative se convertit en résolution d'adopter ce comportement»²². En d'autres termes, la réflexion volitive est le processus par lequel nous essayons de saisir et d'évaluer la valeur d'un projet et en faisons éventuellement le motif d'une décision²³.

Le point fondamental de la distinction entre réflexion intellectuelle et réflexion volitive, point qui a des conséquences importantes sur le raisonnement de Reinach par rapport au rôle de l'*Überlegung* dans le droit pénal, est le suivant :

Nous voyons que ce saisir est un sentir et que donc le caractère de la personne se développe et se documente dans le comportement réflexif. L'essence de la personne [...] se manifeste dans le fait de sentir les valeurs, de les pondérer, de les préférer et enfin dans la réaction à ce qu'on a senti. Ce qui dans le cas de la réflexion intellectuelle est inessentiel et peut seulement nuire, à savoir la participation intérieure du sujet, se montre ici comme essentiel et indispensable. L'appréhension et la pondération des valeurs sont indispensables pour arriver à une claire perception des exigences et des interdictions pour la réalisation d'un projet. Et selon que le sujet réagit intérieurement aux valeurs et aux rapports entre les valeurs senties, le sujet adopte sa position par rapport aux exigences et aux interdictions (SW, p. 296-297).

²⁰ Cf. REINACH, SW, p. 280.

²¹ Cf. REINACH, SW, p. 290.

²² Cf. REINACH, SW, p. 291.

²³ Il faut aussi rappeler la différence que Reinach souligne entre l'«agir intérieur propre du sujet» (*ein eigenes inneres Tun des Subjektes*, SW, p. 283), qui caractérise la réflexion intellectuelle, et l'agir au sens propre auquel la réflexion volitive aboutit : «prendre une résolution» est un «accomplissement (*vollziehen*) intérieur, un agir intérieur du sujet, un acte au sens prégnant du mot», cf. REINACH, SW, p. 294.

La réflexion volitive et la prise de position à laquelle elle aboutit, à savoir la mise en œuvre d'une résolution, sont respectivement un processus et un acte qui révèlent la sensibilité du sujet aux valeurs, c'est-à-dire sa capacité de sentir les valeurs et la façon dont il répond aux valeurs senties. Elles appartiennent à la sphère des vécus personnels ou «égologiques» (les vécus affectifs et volitifs) dans laquelle s'expriment la personnalité et le caractère du sujet.

Nous avons montré ici d'une manière tout à fait générale comment dans la réflexion pratique, contrairement à la réflexion intellectuelle, la personnalité se déploie, comment ses différents aspects sont réveillés et se mettent en valeur et comment le résultat de la réflexion pratique dépend de la structure du caractère personnel. Dorénavant, il doit être possible de comprendre à partir de là les évaluations particulières portées sur la résolution du vouloir mise en œuvre avec la réflexion (SW, p. 299).

En revanche, selon Reinach et les autres phénoménologues (Edmund Husserl, Alexander Pfänder, Edith Stein, Max Scheler), les actes cognitifs-intellectuels (penser et tous les actes de la perception sensible : voir, entendre, toucher, etc.) sont des «actes extra-personnels»²⁴.

En outre, il est évident que la validité de la thèse de Reinach sur la réflexion volitive – le fait donc que la réflexion volitive soit manifestation de la capacité de l'agent de sentir les valeurs (positives et négatives) – dépend de la validité d'une autre thèse phénoménologique sur laquelle elle se fonde : la thèse qui affirme le réalisme des valeurs et le fait que ces valeurs soient des entités qui se donnent à notre perception affective.

Maintenant, à la lumière des définitions de l'*intellektuelle* et de la *voluntative Überlegung*, considérons à nouveau les antinomies éthiques qui affectent la réflexion (*cf. supra*, § 1, tableau 1).

5. Nouvelle évaluation des antinomies éthiques de l'*Überlegung*

5. 1. *L'action méritoire perd de la valeur parce qu'elle ne s'est pas passée avec réflexion*

Reinach éclaire cette affirmation en montrant qu'à la réflexion est ici attribué un *caractère symbolique*. Voyons les étapes de son raisonnement²⁵.

²⁴ REINACH, SW, p. 296. *Cf.* aussi A. PFÄNDER, *Motive und Motivation*, München, Barth Verlag, 1911, 1963 ; E. STEIN, *Beiträge zur philosophischen Begründung der Psychologie und der Geisteswissenschaften*, Tübingen, Niemeyer, (1922) 1970 ; M. SCHELER, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik : neuer Versuch der Grundlegung eines ethischen Personalismus* (1916, 1921, 1927), in : M. SCHELER, *Gesammelte Werke*, vol. 2, Bern-München, Francke Verlag, 1954, tr. franç. par Maurice de Gandillac, *Le formalisme en éthique et l'éthique matérielle des valeurs : essai nouveau pour fonder un personnalisme éthique*, Paris, Gallimard, 1991.

²⁵ *Cf.* REINACH, SW, p. 299-300.

Il part de ce qu'il appelle un «axiome éthique» : le fait de sentir une valeur et l'amour par rapport à cette valeur sont en soi des valeurs. Or, dans la réflexion, le sujet essaie d'apprendre les valeurs en jeu dans son projet et s'interroge sur les conséquences – sur les valeurs et les intérêts – qui en découlent. Si, en revanche, une personne ne réfléchit pas sur son projet d'action, il se peut qu'un tel projet s'impose sans que se manifestent à lui les valeurs et les conséquences de ce projet. Nous jugeons alors négativement un vouloir et un agir qui manquent de réflexion parce qu'ils seraient ainsi démunis de l'appréhension des valeurs et d'un savoir par rapport aux conséquences du projet, et représenteraient par conséquent eux-mêmes des non-valeurs. À la réflexion est donc attribué un caractère symbolique : elle est symbole (signe) de cette valeur qui est l'appréhension des valeurs.

Le problème – que Reinach souligne – est que cette *relation symbolique entre réflexion et appréhension des valeurs n'est pas une relation nécessaire, subsistant en toute circonstance*. En effet, je peux réfléchir à la bonté ou à la méchanceté d'un certain propos sans nécessairement arriver à en sentir les valeurs (positives et négatives), ni réellement, ni dans toute leur portée, et sans m'apercevoir des conséquences graves qui découleraient de ce projet. Une réflexion peut, en effet, être plus ou moins accomplie et plus ou moins pénétrante. À l'opposé, je peux aussi avoir tout de suite senti les valeurs d'un certain propos et clairement saisi ses conséquences, sans avoir eu besoin d'y réfléchir. Le fait que la réflexion vise à ce sentir et à cette saisie n'implique pas qu'ils ne puissent se réaliser sans elle.

Par conséquent, l'affirmation «L'action méritoire perd de sa valeur parce qu'elle ne s'est pas déroulée avec réflexion» se fonde sur la valeur symbolique de la réflexion, sur le fait qu'elle est signe de l'appréhension des valeurs et de l'évaluation des conséquences du projet d'action. Mais cette relation n'est pas nécessaire, et n'est donc pas valide dans tous les cas : la prémisse «il a agi avec réflexion» n'implique pas la conclusion «il a senti les valeurs». Cette relation entre la prémisse et sa conséquence est vraie dans certains cas, et fautive dans d'autres.

En conclusion : on ne peut pas fonder ses propres jugements éthiques sur les simples présence ou absence de la réflexion sans procéder à une analyse ultérieure des rapports symboliques. Dans le premier cas, l'action serait louée sans raison, et dans le second, elle serait objet de reproche sans raison.

5. 2. *L'action méritoire est considérée comme de moindre valeur si elle a eu besoin d'une longue réflexion*

La signification de ce jugement se fonde également sur la valeur symbolique de la réflexion. Comme Reinach l'a déjà affirmé, le fait de sentir une valeur éthique et la capacité de sentir les valeurs éthiques sont en soi des valeurs éthiques. Or, «qui a eu besoin d'une longue réflexion avant d'accomplir son action méritoire témoigne en cela d'une sensibilité moindre dans sa capacité

à sentir les valeurs par rapport à celui auquel la valeur s'est révélée de façon immédiate, sans une longue réflexion, voire sans *aucune* réflexion»²⁶. La réflexion a ici aussi fonction de symbole, mais en ce cas, elle symbolise quelque chose d'opposé au cas précédent. En effet, si auparavant l'absence de réflexion devait exprimer un *déficit* de la perception des valeurs, ici, au contraire, l'absence de réflexion indiquerait une sensibilité aux valeurs particulièrement développée, et par conséquent, la présence de la réflexion indiquerait un *déficit* dans la capacité du sujet à sentir les valeurs. Le fait d'accomplir une action méritoire seulement suite à une longue réflexion serait signe de l'incapacité du sujet à sentir tout de suite et de façon immédiate les valeurs. En conclusion, il est absolument clair – souligne Reinach – que cette interprétation n'a aucun fondement objectif²⁷.

5. 3. *Une action répréhensible augmente sa valeur éthique négative si elle s'est passée avec réflexion*

Il s'agit ici du jugement éthique qui trouve ensuite son application dans le code pénal (§ 211 de l'ancien code pénal allemand). La signification de ce jugement est éclairée par Reinach à l'aide de la définition fondamentale de la réflexion comme expression symbolique de la personnalité morale de l'agent: dans la réflexion, le sujet s'interroge sur les valeurs en jeu dans son projet d'action et exerce sa capacité de sentir les valeurs, en discernant entre valeurs éthiques positives et négatives. Toutefois, la relation entre réflexion et perception des valeurs est toujours une relation symbolique non nécessaire, qui dès lors peut être valide dans certains cas, et fautive dans d'autres²⁸.

²⁶ REINACH, SW, p. 300.

²⁷ Cf. REINACH, SW, p. 300-301.

²⁸ Voici l'explication de Reinach: «Même ici, il y a à la base certains axiomes éthiques: l'incapacité de sentir une valeur éthique est elle-même une valeur négative éthique, et pareillement ou même à un degré majeur, c'est une valeur négative que le fait d'agir de façon non conséquente à la valeur négative sentie. Nous devons ici soigneusement distinguer différents points de vue. Nous savons qu'une personne peut sentir la valeur négative d'un projet, et pourtant se le proposer comme projet. Si une personne agit ainsi, c'est alors beaucoup plus grave que si elle ne connaît pas la valeur négative ou bien si elle se limite à en avoir un simple savoir qui n'est pas accompagné d'un sentir. Or, dans la mesure où c'est dans la réflexion que la valeur négative d'un projet est normalement perçue, l'action accomplie avec réflexion vaut comme particulièrement grave. Nous avons ici aussi le caractère symbolique de la réflexion. Mais il faut de nouveau souligner que la relation symbolique n'est pas une relation nécessaire. La valeur négative d'un agir peut se dégager devant nous dans toute sa clarté et dans toute son univocité même sans réflexion; et, inversement, la réflexion peut ne pas arriver à saisir cette valeur négative. Dans le premier cas, alors, la réprobation est atténuée sans raison, dans le deuxième elle est aggravée sans raison.» (SW, p. 301)

5. 4. *L'auteur d'une action répréhensible est jugé plus sévèrement parce qu'il a agi sans réflexion*

Ce cas est différent des autres parce qu'ici la réflexion vaut en tant que telle comme valeur, et elle n'est plus symbole d'autres valeurs positives et négatives, comme elle l'était dans les cas précédents. Comme nous l'avons vu, dans le premier cas, l'absence de réflexion par rapport à l'action méritoire était signe d'un manque dans l'appréhension des valeurs. Dans le deuxième cas, la présence de la réflexion par rapport à l'action méritoire était signe de l'incapacité du sujet à sentir les valeurs de façon immédiate. Dans le troisième cas, la présence de la réflexion par rapport à l'action répréhensible indiquait soit l'incapacité de sentir les valeurs négatives en jeu dans cette action, soit la volonté de persévérer dans la réalisation de ces valeurs négatives. Or, dans ce quatrième cas, la réflexion ne vaut plus comme symbole : la personne qui réfléchit sur son agir est une valeur en soi. C'est pourquoi il n'y a pas de vraie contradiction avec le cas précédent²⁹.

5. 5. *Conclusion sur les antinomies*

Voici enfin les conclusions que Reinach peut tirer de son analyse des antinomies à la lumière du concept de réflexion volitive :

Les antinomies apparentes ont ainsi trouvé une solution. Les aspects déterminants sont les suivants : le fait que dans la réflexion volitive – au contraire de la réflexion intellectuelle – la personnalité même se fait valoir, et qu'en cela la réflexion – en tant que symbole de ses préférences ou de ses imperfections – peut devenir un point d'appui pour son évaluation la plus ou la moins favorable. L'essentiel de notre résultat est qu'une évaluation éthique qui se fonde uniquement sur le moment de la réflexion ne peut que rester très extérieure si elle oublie le caractère purement symbolique de la réflexion ; et qu'elle peut même devenir absolument erronée dans la mesure où ce

²⁹ Comme Reinach l'explique dans le passage suivant : « Il n'a même pas réfléchi à son mode d'agir. Nous avons ici le premier et seul cas dans lequel la réflexion ne vaut pas comme un signe de valeur neutre par rapport à des réalités chargées de valeurs tout à fait diverses. Nous avons ici plutôt le cas dans lequel la réflexion et l'habitus du sujet sur lequel elle s'appuie sont objets de l'évaluation. Nous exigeons de l'être humain qu'il réfléchisse sur ce qu'il fait, qu'il considère les conséquences de son projet et leur influence sur ses valeurs ou non-valeurs, et qu'en s'interrogeant sur la valeur du projet, il exprime particulièrement son intérêt pour ce qui doit (*soll*) être. L'être humain qui réfléchit éthiquement représente en tant que tel une valeur éthique, même modeste. En vérité et malgré les apparences, il n'y a donc pas de contradiction entre ce jugement et le précédent. Nous considérons comme une justification donnée au criminel le fait qu'en réfléchissant il ait pondéré la valeur ou la non-valeur de son projet. Toutefois cette valeur peut disparaître derrière la non-valeur prépondérante d'un comportement qui nous montre la présence de cette réflexion sans en sentir les valeurs ou qui passe outre aux valeurs senties. » (SW, p. 302-303)

rapport symbolique ne subsiste pas de façon nécessaire dans tous les cas. Il ne nous reste maintenant qu'à appliquer ce résultat au problème de la réflexion dans le droit pénal (SW, p. 302-303).

6. Conclusion sur la signification de l'*Überlegung* dans le code pénal du point de vue éthique, juridique et philosophique

Reinach applique au code pénal ses conclusions concernant les antinomies éthiques de l'*Überlegung*³⁰. Comme on le sait, c'est le troisième cas des antinomies, celui de l'action répréhensible accomplie avec *Überlegung*, qui concerne les articles § 211 et § 212 de l'ancien code pénal allemand auxquels Reinach applique sa critique. Il veut montrer qu'il est injustifié de considérer l'*Überlegung* comme l'élément fondant la distinction entre *Mord* et *Totschlag*, et qu'il est injuste de punir le *Mord* accompli avec *Überlegung* de la peine de mort. La question de fond pour Reinach est : pourquoi faudrait-il conférer une telle importance à l'*Überlegung* ? Dans quel sens exprimerait-elle une gravité majeure du délit ? En répondant à cette question, Reinach donne aussi une réponse aux problèmes que nous avons rencontrés au sujet des définitions de la préméditation, c'est-à-dire :

- i. le rapport entre le caractère volontaire et intentionnel du délit, d'un côté, et la préméditation, de l'autre ;
- ii. le rapport entre la préméditation et la personnalité de l'agent ;
- iii. l'objet de la préméditation : est-il le propos de l'action ou bien ses moyens ?

6. 1. Si le concept de préméditation impliqué par le code pénal était celui de l'*Überlegung volitive*...

En premier lieu, Reinach affirme qu'il pourrait être raisonnable de fonder la distinction entre *Mord* et *Totschlag* sur l'*Überlegung* si cette dernière était entendue comme réflexion volitive, c'est-à-dire comme un processus d'évaluation des valeurs morales, positives ou négatives, qui se présentent dans un certain projet d'action, et comme un processus de pondération des conséquences de cette action. Dans ce cas, l'*Überlegung* exprimerait – serait symbole de – la qualité morale de l'agent, de sa sensibilité aux valeurs.

En revenant à nos considérations précédentes, on peut affirmer que ce type de réflexion est un approfondissement ou un enrichissement de l'élément intentionnel et volontaire dans le sens suivant : non seulement l'agent agit intentionnellement et volontairement, mais aussi avec une pleine conscience morale de ce qu'il va faire. Son action délictueuse n'est pas seulement le fruit

³⁰ Cf. REINACH, SW, p. 304-311.

d'une intention et d'une volonté, mais aussi d'une décision qui a été prise à la suite d'une réflexion sur la portée morale de cette action. L'objet de la réflexion est alors le projet de l'action – ses valeurs et ses conséquences –, et la préméditation constitue le processus qui prépare la décision tout en aboutissant à cette décision.

Mais, même si le code pénal entendait le concept d'*Überlegung* comme *Überlegung* volitive, l'*Überlegung* ne pourrait pas constituer une base de jugement objectif: son caractère symbolique est ambigu au sens qu'il n'y a pas de lien nécessaire entre la qualité morale de la personne – sa sensibilité aux valeurs et sa façon de répondre aux valeurs senties – manifestée par l'*Überlegung* et l'*Überlegung* elle-même. En effet, une personne peut avoir décidé de tuer une autre personne suite à la réflexion, mais elle peut aussi avoir décidé de tuer une autre personne sans même y avoir réfléchi un instant. Or, comme on l'a vu, on ne peut pas affirmer que la présence de la réflexion corresponde nécessairement à une qualité morale mineure de la personne, et cela pour les raisons suivantes :

- i. parce que cette réflexion pourrait ne pas amener la personne à une perception claire des valeurs négatives impliquées par cette action – dans ce cas, elle serait injustement punie d'une peine plus grave ;
- ii. et parce qu'au contraire, la personne pourrait avoir tout de suite saisi, sans aucune réflexion, les valeurs négatives présentes dans le projet d'action, mais cette appréhension ne l'aurait pas du tout empêchée de mettre en œuvre la résolution d'accomplir telle action – dans ce second cas, il serait injuste de la punir d'une peine moins grave, étant donné que sa volonté, sa conviction et donc sa responsabilité par rapport à l'action délictueuse seraient bien plus grandes que dans le cas précédent.

Donc, une fois dégagée la nature contingente de la relation symbolique entre réflexion volitive et structure morale de la personne, il s'ensuit qu'il est philosophiquement faux d'attribuer à l'*Überlegung* dans tous les cas et de façon nécessaire, comme le fait le code pénal, le rôle de condition aggravante par excellence de l'homicide volontaire.

6. 2. *Si le concept de préméditation impliqué par le code pénal était celui de l'Überlegung intellectuelle appliquée...*

En second lieu, Reinach affirme que si le concept d'*Überlegung* en question dans le code pénal n'était pas celui d'*Überlegung* volitive, comme d'ailleurs la formulation de l'article 211 du code pénal le fait penser, en mettant l'accent sur l'exécution (*Ausführung*, cf. § 211, *Tableau 1*) de l'action, plutôt que sur l'évaluation de son projet, le fait de considérer l'*Überlegung* comme le facteur déterminant entre le *Mord* et le *Totschlag* serait encore plus infondé. Dans ce cas, en effet, l'objet de l'*Überlegung* ne serait pas la mise en œuvre d'une certaine résolution (la décision de tuer une autre personne), mais l'interrogation

sur les moyens et les modalités les plus appropriés pour réaliser ce projet. En d'autres termes, dans ce cas, la décision de tuer aurait déjà été prise, et le sujet se limiterait seulement à réfléchir sur le *comment*. Il s'agit ici de l'interprétation de la préméditation comme machination, que nous avons déjà rencontrée plus haut. Reinach précise que ce type d'*Überlegung* est alors une *Überlegung* intellectuelle orientée pratiquement, son but étant la connaissance et la saisie de quelque chose – les moyens de réalisation – et non pas la mise en œuvre d'une résolution³¹. Comme ce type d'*Überlegung* ne manifeste rien du caractère moral ni de la personnalité de l'auteur, il serait alors absolument infondé du point de vue éthique de juger et de punir plus sévèrement cette personne. Les moyens par lesquels un sujet décide de tuer une personne – par exemple d'un coup de feu ou d'un coup de couteau – sont des facteurs tout à fait extérieurs qui ne peuvent être considérés ni comme une condition aggravante, ni comme une justification du criminel.

Suivant en cela le raisonnement de Reinach, la distinction entre la forme la plus grave d'homicide volontaire et les autres formes moins graves d'homicide volontaire (*Mord/Totschlag*, *assassinat/meurtre*, *murder/manslaughter*, *omicidio con aggravante*: *premeditazione/omicidio*, cf. tableaux 1 et 2) ainsi que les différences de peine qui leur correspondent ne peuvent être fondées sur la préméditation, pour des raisons éthiques. Le fait que le code pénal établisse qu'il faut punir d'une peine plus lourde celui qui a agi avec préméditation est injuste et inique d'un point de vue éthique et juridico-pénal, et il est également faux d'un point de vue philosophique. Il est injuste, inique et faux autant dans le cas où la préméditation porterait sur le propos de l'action et *pourrait* représenter un accroissement du caractère volontaire, intentionnel et responsable de l'action, que dans le cas où la préméditation vaudrait plutôt comme une machination (choix des moyens de réalisation du délit), et dans le cas, enfin, probablement plus réaliste, où la préméditation comporterait les deux aspects en même temps (en réfléchissant sur le fait de tuer une personne ou pas, on réfléchit en même temps sur les moyens de réalisation de ce projet).

³¹ Cf. REINACH, SW, p. 304.

