

## Le droit pénal entre public et privé \*

Michaël KÖHLER

*Professeur à l'Université de Hambourg*

RÉSUMÉ. — On pourrait exprimer l'hypothèse critique que le droit privé et le droit public de la société civile ne se distinguent pas quant à leur contenu conceptuel, mais seulement quant à leur forme. Le droit privé des personnes libres en communauté et en société se développe dans les systèmes de la **justice** rétributive, commutative, distributive, dont la forme légale et générale est le droit public, tandis que le droit constitutionnel comprend l'organisation de l'État politique. Le droit pénal concerne la communauté constitutionnelle en sa **substantia-lité**, parce que le crime nie « le droit comme droit ». Pour cela, le droit pénal est droit public auprès du droit constitutionnel – l'alternative légale à l'**état de nature** négative. D'une part, ainsi le droit pénal est strictement nécessaire. En général on ne pourrait pas le remplacer par des dommages et intérêts : aussi, il n'est qu'une spécialité du droit de police. D'autre part, il représente un rapport de droit qui, catégoriquement, inclut le délinquant comme constituant autonome du droit. Par là, le droit pénal est tout à fait différent de la vengeance privée qui désigne aussi bien dans la forme « d'état » de la simple répression, l'illégalité même de l'état de nature négative.

La question posée s'applique non seulement à une classification en quelque manière formelle du droit pénal, mais à sa qualité catégorielle <sup>1</sup>. Elle nous oblige à réfléchir sur son rang et sur sa fonction dans l'ordre juridique entier. Cette question est donc antérieure au droit positif, ce qui signifie qu'elle est, dans la pratique, d'une importance fondamentale.

Lorsqu'on parle du droit, l'homme commun pense au droit pénal. Ainsi s'exprime la souveraineté du droit sur les sujets d'une façon très claire et particulière. Mais en considération de sa « négativité » – le crime et la peine sont des négations : selon Hegel l'une est la négation de l'autre –, le droit pénal est peu estimé par les branches principales du droit, par le droit privé et par le droit public. La brutalité de son histoire sanglante, sa mauvaise réputation comme moyen de suppression s'attachent en permanence

\* Trad. *Seminar für Rechtsphilosophie* (Hambourg), révision *Centre Phil. Droit Université Montesquieu* (Bordeaux).

<sup>1</sup> Cf. E. A. Wolff, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 97, 1985, p. 786 et s. ; *Der Begriff der Strafe*, Heidelberg, 1986 ; A. R. S. P. 75, 1989, p. 265 et s. Kleszczewski, *Die Rolle der Strafe in Hegels Theorie der bürgerlichen Gesellschaft*, 1991.

à lui<sup>2</sup>. Toutefois il n'y a aucune raison d'orgueil à en tirer. Car à mesure qu'il manque de la justice politique, représentée essentiellement par les systèmes et les règles du droit privé et du droit public, le terrain de la criminalité est préparé. La criminologie, les connaissances de la psychologie criminelle et de la sociologie criminelle nous informent bien, de toute évidence, sur les raisons structurelles de la délinquance. La montée croissante de la délinquance juvénile correspond notamment à une responsabilité grave des institutions. L'importance effective du droit pénal reflète la situation de la société *ex negativo*. C'est pourquoi l'idée du droit pénal mérite réflexion, comme d'ailleurs le système entier de la justice juridique.

### I. — LE SYSTÈME JURIDIQUE

Il faut essayer de comprendre le droit d'après la révolution intellectuelle accomplie par J.-J. Rousseau et par E. Kant, comme l'« empire de la liberté réalisée » (Hegel) – dans un sens aussi affirmatif que critique<sup>3</sup>. Son principe est la volonté générale, dont l'autonomie législative, qui règle les relations d'actions entre personnes libres suivant les formes de réalisation de la plus grande liberté possible en communauté, – en accord avec une tendance de l'homme au bien, conçu et cherché dans une relativité historique et culturelle légitime (Montesquieu). Le seul droit de l'homme de nature est la liberté d'après des lois autonomes – générales. De là résultent tous les droits fondamentaux spéciaux. C'est ainsi que le système de la justice et de ses formes est fondé et achevé dans la justice politique ou publique – dans les institutions de la société et dans la constitution de l'État.

La justice rétributive vise l'organisation systématique qui protège les droits abstraits des personnes dans leurs biens. La justice commutative comprend les formes et les règles pour acquérir librement des biens des uns et des autres, selon les besoins réciproques. La justice distributive – strictement dite – est un système de règles de participation originale aux biens, établissant une propriété de nature par l'autonomie<sup>4</sup> – ce qui est d'ailleurs très différent d'une distribution de type paternaliste, justement critiquée par l'école libérale. Donc le principe de l'autonomie législative détermine le système juridique en sa totalité, en y introduisant les droits de l'homme indépendant en communauté dans toutes ses constitutions : celle des États particuliers, celle de la communauté internationale, celle des citoyens du monde<sup>5</sup>.

Le droit privé est certainement la matière première : la personne, la possession, la propriété, les contrats, la réparation des infractions – c'est à partir de ces conceptions fondamentales que les règles et les institutions de la justice rétributive et de la justice

<sup>2</sup> Cf. les analyses de Foucault.

<sup>3</sup> Cf. Aristote, *L'éthique à Nicomaque* ; Locke, *Second Treatise of Government* ; Rousseau, *Du contrat social* ; Kant, *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre ; Zum ewigen Frieden ; Die Religion innerhalb der Grenzen der bloßen Vernunft*, Akademie-Ausgabe Bde. VI, VIII ; Hegel, *Rechtsphilosophie*, Ausgabe Hoffmeister, Hambourg, 1955.

<sup>4</sup> Cf. Kant, *Metaphysik der Sitten, Rechtslehre*, VI, p. 245 et s.

<sup>5</sup> Cf. Kant, *Zum ewigen Frieden*, VIII, p. 341 et s., 349.

commutative se développent en un système. Commençant par le code civil, s'étendant à une pluralité de domaines spéciaux, le droit privé est la forme d'une société très complexe de production des biens par division du travail, de laquelle dépendent les individus en cherchant chacun son bien (*das Gute, their good* selon Rawls) et son bonheur. Le principe de la personnalité abstraite assure la légitimité pré-positive au droit privé.

Quel est le rapport du droit privé au droit public – au droit constitutionnel et au droit administratif ? Usuellement, l'on distingue en fonction des sujets de l'obligation et du droit. Le droit privé est conçu comme relation juridique entre des personnes privées, tandis que le droit public constitue la communauté – l'État – telle qu'y aspire le devoir du sujet ou, aussi bien, le devoir des pouvoirs publics <sup>6</sup>.

Cette distinction est tout d'abord parfaitement correcte pour le droit constitutionnel et pour ses règles de la forme de l'État et du gouvernement, de l'institution et de l'organisation des pouvoirs, des droits et des devoirs civiques, de l'organisation de l'administration : c'est le droit public par excellence. Mais pour le reste, la différence n'est pas tout à fait claire. Il faut constater une convergence remarquable. D'une part, le droit privé, transformé dans l'ordre de l'État, est non seulement une relation entre des personnes, mais il est encore formé par des lois publiques générales et finalement réalisé par les institutions des pouvoirs juridictionnels et exécutifs <sup>7</sup>. L'élément public du droit privé s'exprime particulièrement à travers le droit procédural. Donc le droit privé et le droit public ne semblent pas être différents en ce qui concerne le contenu, mais seulement quant à leur forme. D'autre part, le droit administratif traditionnel paraît être droit public indépendant – une relation immédiate entre l'État souverain et le sujet caractérisée par l'acte administratif. Mais la tradition de l'absolutisme d'État accentue une différence contraire qui n'existe pas vraiment en ce qui concerne le contenu du droit. Car sous le régime de l'État de la société publique, le droit public, principalement, comporte des règles générales pour assurer et pour réaliser les buts privés des personnes de la société – en bref, des intérêts généraux. De ce point de vue, le droit administratif s'explique finalement comme une forme générale des droits et des obligations entre les personnes privées, médiatisée par l'État administratif. Cette réalisation générale du droit privé formé par le droit public, dont le principe reste néanmoins le même, justifie la conception hégélienne des institutions de la justice et de la police appartenant à la société civile et conduit en conséquence à distinguer entre l'État de la société civile et l'État politique d'après le droit constitutionnel <sup>8</sup>. Reste à remarquer qu'une grande partie du droit administratif moderne conserve son ambiguïté conceptuelle en ce qui concerne les matières relatives à l'État social ou économique. C'est dans l'état de la distribution sociale et de l'intervention économique néo-mercantiliste que le droit public semble prétendre et garder son indépendance propre et complète vis-à-vis du droit privé – une vraie contradiction ou ambiguïté durement critiquée par l'école libérale qui ne cesse de vouloir minimiser la compétence de l'État (Nozick). Évidemment, c'est un sujet spécial. Pour indiquer la solution possible d'un point de vue actuel (privé et public), il faut expliquer et constituer la justice distributive propre à une conception concluante du droit privé,

<sup>6</sup> Cf. Wolff, Bachot, Stober, *Verwaltungsrecht*, I, 10. Aufl. Munich, 1994, p. 200 et s. ; Bullinger, *Öffentliches Recht und Privatrecht*, 1968.

<sup>7</sup> Cf. Locke, *op. cit.*, chap. IX et s. ; Kant, *Rechtslehre*, § 41, VI, p. 306.

<sup>8</sup> Cf. Hegel, *Rechtsphilosophie*, §§ 208 et s., not. 218, 260 et s.

autrement dit, à une conception de propriété originale<sup>9</sup>, dont le système pourrait permettre de réduire cette partie du droit public justement aux principes du droit privé général. Par exemple, il faudrait reconstruire des règles principales du droit du travail, du droit de l'aide sociale, etc., en partant d'une conception du droit privé qui conserve à l'homme, par son droit de nature, une propriété originale, une possibilité juridique de participation systématiquement développée. De cette manière, le droit public se transformerait complètement.

## II. — LA PARTICULARITÉ DU DROIT PÉNAL

Ainsi, il ne s'agit pas de se demander si le droit pénal est privé ou public, mais plutôt de savoir quelle est son identité spécifique dans l'ensemble de l'organisation juridique.

Le droit pénal en conséquence d'un crime est fondé, comme le notait déjà Aristote, sur une forme propre de la justice distributive, appliquée à la restitution de la paix publique. D'abord le droit pénal comprend sans doute un élément privé ; historiquement, il provient du droit privé<sup>10</sup>.

Le plus souvent, le crime intervient de personne à personne, non seulement s'il a lieu contre les biens juridiques imputés directement à la personne, mais aussi contre des biens généraux de la société contenant les conditions de la liberté individuelle (par exemple le délit de faux en écriture). De même, le crime possède un élément public parce qu'il implique toujours l'infraction à une loi dont la validité générale le touche en quelque manière. Cependant, cet élément public de l'infraction ne justifie pas encore l'identité particulière du droit pénal. Pourquoi ne pourrait-on pas abolir l'infraction privée et publique par des dommages et intérêts ou par des mesures administratives ?

En effet, la tradition de l'État moderne provenant de l'absolutisme suppose la forte tendance, sur le fond d'une légitime critique de la conception morale religieuse du droit pénal historique, à comprendre la peine comme une réaction rationnelle à un dommage social, et donc à la réduire – et en quelque sorte à l'étendre – à une mesure préventive : le droit pénal y devient comme une sorte de droit administratif. Depuis Th. Hobbes, les théories de la prévention embrassent cette conception en critiquant le droit pénal jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle, et elles se trouvent actualisées depuis la crise sociale de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle.

Selon la tradition empiriste positiviste, l'homme – on ne peut pas dire la personne – est conçu comme un être rationnel et, bien au contraire, dangereux à l'ordre juridique souverain. L'État se ramène à une puissance extérieure de force. Le droit pénal apparaît comme l'instrument de la suppression préventive de la délinquance, spécialement de l'individu criminel, plus généralement des tendances dangereuses de la société. C'est toujours la même chanson, qu'elle soit composée de façon plus ou moins moderne. Le droit pénal est-il donc une sorte de droit de police ? Cette opinion est renforcée à mesure

<sup>9</sup> Cf. *ARSP*, 79, 1993, p. 457 et s.

<sup>10</sup> Cf. le *système* chez Hegel ; Kleszczewski, 1991.

que l'ordre social présente de plus en plus de symptômes de la crise. Mais, tout de même, cette conception traduit une erreur fort grave dans la pensée juridique. Elle ampute la personne délinquante de sa dignité morale et constitutive du droit pour en faire un être uniquement naturel et dangereux ; donc elle la confond parmi « les objets du droit des biens » (Kant). Ce défaut de conception qui émerge en droit pénal et en conséquence en sa pratique a conduit, d'une part, à sous-estimer le rôle du droit pénal quant à la punition égale des vrais crimes dans toute la société : le droit pénal s'oriente vers un « droit » de classe ; et, d'autre part, à surestimer ses possibilités en ce qui concerne les raisons structurelles de la délinquance. De cette manière, l'on a attribué une compétence disproportionnée au droit pénal qui ne peut jamais être respectée, puisque les raisons structurelles ne pourraient être saisies que par une vraie politique juste dans les formes du droit privé et du droit public. Ainsi, les conceptions préventives ont concentré toute la puissance instrumentale sur l'individu criminel, dans un système de peines et de mesures de sûreté qui va jusqu'à l'enfermement préventif ou, à l'extrême, l'homicide préventif (règlement de 1941 en Allemagne). L'on a évincé le principe de détermination des lois et le principe de la responsabilité personnelle en les remplaçant par les critères vagues de la dangerosité sociale du délinquant. Au lieu d'améliorer la situation, les choses ont été de mal en pis. Cependant, le droit pénal lui-même prend part à la production de la délinquance comme on en voit la preuve dans le cycle bien connu du récidivisme. De plus en plus, il joue un rôle purement symbolique pour l'apaisement collectif alors que les vraies raisons de la crise ne sont pas atteintes. Finalement, l'on retombe dans une barbarie évidente comme on peut le remarquer dans une société moderne par excellence : les États-Unis. La prévention instrumentale renoue avec la vengeance primitive : on tue tout simplement les gens au titre de la « peine de mort ».

La critique nous ramène à la vraie particularité du droit pénal, à sa dignité de matière juridique fondée sur une légitimité et non seulement sur la force. Elle est établie d'abord sur une vraie conception du crime. Le crime n'est pas uniquement un dommage ou un danger, mais il représente une réalité morale contradictoire. Cela présuppose la dignité morale, la personnalité du délinquant, c'est-à-dire son être autonome et constituant de l'ordre juridique prenant part à la volonté générale. C'est la raison pour laquelle la personne libre et responsable, quoique constituant le droit, en même temps le nie dans un principe fondamental : le délinquant établit une règle contradictoire en réalité pratique, il nie « le droit comme droit » (*das Recht als Recht*, Hegel). Ainsi, la qualité de l'infraction est substantiellement changée, car elle n'affecte pas seulement un bien juridique privé ou administratif (*i. e.* privé général !), mais encore le droit public général lui-même. Le crime à effet moral continu ne cesserait pas moins d'ébranler l'ordre juridique comme le confirme l'expérience. Cette prétention d'une règle négative générale fait que le crime et la peine deviennent une chose du droit de l'État *stricto sensu*.

La peine publique en un sens critique est une forme de la justice politique compensatrice négative ou redistributive – dans la relation du délinquant à la communauté constitutionnelle. Elle s'applique d'abord à l'individu délinquant comme la raison immédiate du crime. Elle comprend le délinquant dans la négation posée par lui-même – restituant de cette manière l'égalité fondamentale dans la communauté législative. Car tous les individus continuent à se prétendre sujets législatifs, donc ils excluent la négation du droit, en retombant à l'état de nature négative si le crime continue en permanence. Il est vrai que la peine doit présenter, premièrement, un élément négatif – elle viole la liberté

légale du délinquant selon les mesures de son crime contre la communauté. Par contre, elle implique le rétablissement de la loi par la forme de l'égalité. Cette conséquence est vraiment catégorique, en analogie avec chaque réaction à une violation responsable d'une règle morale : même celui qui cherche immédiatement la réconciliation doit faire valoir la négation passée. La restitution de la loi substantiellement violée par le crime dans l'existence commune du droit – *i. e.* dans la volonté de tous et du délinquant – est indispensable, autant pour la réinsertion du délinquant (« prévention spéciale ») que pour l'influence sur tous les membres de la société (« prévention générale »). C'est pourquoi il faut détacher l'argument catégorique de l'action pragmatique subordonnée. Même les sanctions les plus modérées – par exemple l'énoncé de la culpabilité avec dispense de peine – ont la même cause expliquée ci-dessus. Celui qui, par contre, supposerait qu'on pourrait, au lieu de la réaction pénale stricte, fournir une simple explication morale ou passer immédiatement à un traitement pragmatique, n'a pas entièrement compris le rapport catégorique ; en conséquence, il tendra d'une part à une bienveillance morale, d'autre part à la seule force du traitement.

### III. — DES CONSÉQUENCES CRITIQUES

« La loi pénale est un impératif catégorique » (Kant) – un impératif de la justice publique redistributive. Dans cette formule autant critique que fondamentale se trouvent résumées les explications qui précèdent. Pour le droit pénal en résultent quelques conséquences indispensables.

Il faut réduire le droit pénal au rétablissement des lois fondamentales après l'infraction substantielle qu'elles ont subie : les crimes *stricto sensu*. Donc il est exclu de le mêler avec le droit privé et le droit administratif. Une manière de vivre contraire à la morale ou au pragmatisme commun n'est pas encore criminelle. Par exemple, le droit pénal sur les drogues illicites devrait être restreint à la violation « vraie » (*i. e.* au trafic des drogues dangereuses), mais ne devrait en aucune façon s'étendre à un mode de vie.

La justice pénale occupe néanmoins un rang postérieur dans toute l'organisation de la justice publique. Par conséquent, elle présuppose la juste organisation de la société en droit privé et public la rétablissant après de graves violations. En effet, les droits privé et public sont les branches de priorité pour instituer de justes relations sociales. Noblesse oblige.

Le droit pénal suit le principe de culpabilité, donc les conditions de l'imputabilité subjective : il implique que le délinquant assume la connaissance actuelle de la loi. Cependant, la justice distributive élargit les rapports de responsabilité. Car il faut y inclure les raisons institutionnelles du crime. Ce n'est pas seulement une expérience psychologique ou sociologique que de constater que le comportement normatif (*habitus, hexis*) de l'individu est aussi formé par des relations intersubjectives et institutionnelles, spécialement par l'éducation familiale (Mead, Piaget). C'est plutôt une catégorie de l'imputabilité qui devrait corriger le comportement pharisien de la bonne société. Si l'individu est devenu « le fils de la société civile » (Hegel), la constitution de son comportement normatif dépend des institutions de façon plus importante qu'à l'époque pré-

moderne. Ainsi la responsabilité collective s'établit quant à la culpabilité individuelle qui, certes, n'est pas abolie, mais se trouve toutefois modifiée. Par conséquent, la peine qui est nécessairement une réaction dure au crime grave, devrait pourtant correspondre à cette responsabilité institutionnelle selon sa propre mesure. Particulièrement dans le régime de la peine privative de liberté, la redistribution juste ne devrait plus être la seule négation de la liberté du délinquant, mais encore une vraie chance de rétablissement de son comportement. Il faut insister davantage sur ce principe du droit pénal applicable aux mineurs et adolescents. Car l'importance croissante de la délinquance juvénile, évidemment, est le triste résultat d'une crise sociale dont souffrent les jeunes. Suivant la justice institutionnelle prioritaire, le droit pénal doit produire ses efforts selon le principe de la justice distributive. Ce n'est pas seulement une question d'éthique et d'utilité, mais principalement de justice pénale. Ainsi la sévérité nécessaire de la peine n'est pas diminuée ; toutefois son intensité est réalisée selon tous les aspects. Encore une fois, la qualité catégorique du droit pénal permet d'assumer les éléments justes des théories de la prévention. Pourtant, elle exclut un traitement indéterminé d'après la l'utilité et elle insiste sur une mesure de la peine selon le droit du délinquant. Par là, la justice et l'utilité vont converger ; mais elles ne doivent pas être confondues, ce qui est un principe à réaliser dans le système des peines et dans les règles de leur fixation. Si la peine doit rétablir la communauté constitutionnelle, un élément affirmatif s'attache à son élément négatif. Pour cette raison, premièrement, des « peines » totales et absolues sont interdites, principalement la « peine de mort ». Cette critique s'étend à toutes les peines à caractère intégral. Deuxièmement, la conception de la peine exclut chaque contrainte morale ou pragmatique en ce qui concerne le mode de vie du délinquant. La peine de travaux forcés, non seulement dans les États totalitaires, mais aussi dans les républiques occidentales comme la France et l'Allemagne en est un exemple négatif. Finalement, la conception de la peine exclut strictement le régime des mesures de sécurité en un sens instrumental selon l'école moderne. C'est donc une faute grave de la législation européenne de notre siècle issue du naturalisme de mêler des espèces de peines et de mesures de sécurité également applicables aux délinquants responsables et en changeant de voie de solution selon l'utilité. Contrairement à cette approche totalitaire, le système des peines devrait être purement et simplement réformé : la peine déterminée et fixée dans ses mesures, selon la culpabilité, implique – elle-même – les éléments nécessaires de sûreté ainsi que les chances au rétablissement de la liberté du délinquant. Ce serait dès lors faire preuve de mauvaise compréhension d'identifier cette conception de la justice pénale redistributive avec une sorte de « redistribution » négative, avec un régime actuel de prison, etc. Par contre, cette conception se trouve en rapport critique et exige la transformation d'une réalité mauvaise, transformation en :

- un système des crimes et des délits réduit à la substantialité du droit pénal, contrairement à l'hypertrophie de la législation contemporaine ;
- un strict respect du principe de la culpabilité subjective du délinquant, modifiée par la responsabilité institutionnelle, contrairement à une tendance de responsabilité « objective » ;
- un système clair et simple de peines aussi strictes que socialisatrices réservant la peine privative de liberté aux crimes les plus graves – en opposition à la poly-pénalisation actuelle.

Ainsi, le droit pénal public représente la vraie raison d'une prévention effective bien que secondaire : la réinsertion du délinquant dans la société, la prévention générale, les deux présupposent la justice redistributive systématiquement réalisée. Des efforts de prévention non reliés à cette justice pénale, soit par traitement, soit par dissuasion de plus en plus renforcée, resteraient sans chance de succès. La dignité du droit pénal est d'être la dernière des branches du droit destinée à conserver la communauté législative en la rétablissant avec le délinquant afin d'éviter, de cette manière, la chute dans l'état de nature. Ce n'est certainement pas un devoir de peu d'importance : telle est la constitution quotidienne de l'État *ex negativo*.

Jurgensallee 63  
D - 22609 Hambourg