

La philosophie pénale entre utilité sociale et morale rétributive

Ioannis S. PAPADOPOULOS

Université de Picardie-Jules Verne

RÉSUMÉ. — Une étude de droit comparé montre qu'aucune des deux tendances dominantes dans la philosophie pénale américaine n'a réussi à pénétrer dans la culture juridique continentale, essentiellement pour des raisons philosophiques et constitutionnelles. L'utilitarisme pénal et son avatar le mouvement « Droit et économie », qui utilisent le raisonnement économique en droit, imprègnent la philosophie pénale anglo-américaine mais sont rejetés par la philosophie continentale, comme cela apparaît de deux exemples juridiques : le cas du « mauvais samaritain » – autrement dit de la non-assistance à personne en péril – et celui des diffamations et injures racistes. Le rétributivisme, une approche de la peine fondée exclusivement sur la morale déontologique, est de plus en plus prégnant aux États-Unis mais ne réussit pas à faire une percée dans le paysage juridique européen. En réalité, aucune philosophie pénale ne peut justifier toute seule un système de règles privatives de liberté : l'utilitarisme, malgré ses vertus libérales indéniables mais longtemps occultées en philosophie du droit continentale, peut aboutir à des situations moralement inacceptables ; le rétributivisme, malgré son bon sens apparent, crée en pratique plus de problèmes qu'il n'en résout. L'article propose un modèle de mélange de politiques pénales proche des pratiques pénales européennes, dans lequel la théorie de la réhabilitation sociale du délinquant tient une place centrale, mais pas exclusive des autres théories de la peine.

I. — INTRODUCTION. PLAN

Pourquoi avons-nous un droit pénal ? Quels sont les buts justificatifs des règles de droit mettant directement en cause la liberté individuelle ? Quelles sont les solutions pratiques à même de réaliser ces buts-là ? Des deux bords de l'Atlantique, le débat autour de ces questions est vigoureux. On notera en passant que la tradition européenne en la matière a été façonnée par des grands philosophes comme Kant ou Hegel, tandis que la culture pénale américaine a été plutôt marquée par l'apport du *Bill of Rights* de 1791, dont le Quatrième, le Cinquième, le Sixième et le Huitième Amendements touchent, de près ou de loin, au droit pénal et à la procédure pénale. Les approches théoriques et les solutions pratiques proposées au Vieux et au Nouveau Continent se sont-elles, pour autant, mutuellement influencées ? Plus particulièrement, devons-nous acquiescer à

l'opinion – fort répandue – que le prestige du droit américain est tel qu'il entraîne dans son sillage les droits européens ?

Pour répondre à ces questions, il est impossible de dresser un bilan exhaustif du droit pénal positif des États-Unis et des pays européens, ou du moins de la France, afin de relever leurs points de convergence et de divergence. En effet, tout le monde sait que les catégories juridiques des systèmes de *common law* et des systèmes de *civil law* ne se recoupent pas forcément. Mais la difficulté la plus importante réside dans la nature fédérale du système américain. Bien que le domaine de la législation pénale fédérale s'élargisse de façon vertigineuse, il n'en reste pas moins que la compétence de droit commun en matière pénale appartient encore aux États et à leur droit écrit (*statutory law*). C'est le propre du génie américain que de disperser le pouvoir entre divers acteurs institutionnels dès que des menaces sérieuses à la liberté individuelle se profilent à l'horizon. Cela est le cas du système pénal, qui met en œuvre une myriade d'instances et aménage plusieurs types de recours contentieux susceptibles, qui plus est, de se redoubler à cause des deux ordres judiciaires superposés, l'ordre étatique et l'ordre fédéral. Il est, donc, très difficile pour le juriste comparatiste de s'orienter et pour l'opinion publique française de se retrouver dans ce labyrinthe. Même s'il existe un *Model Penal Code* fédéral élaboré par un « comité de sages »¹, ce code n'a rien de commun avec nos législations codifiées, car il ne fait que *proposer* – sans pouvoir imposer – aux législatures des États des règles homogènes.

Je crois que la meilleure façon de faire une analyse comparée du droit pénal français et du droit pénal américain n'est ni de juxtaposer des données empiriques disparates, ni de synthétiser coûte que coûte des éléments souvent récalcitrants à l'homogénéisation. Une méthodologie plus modeste, mais assurément plus appropriée, est de dessiner dans chaque système juridique quelques grandes tendances philosophiques ayant influencé l'évolution des règles et d'examiner dans quelle mesure ces tendances réussissent à pénétrer dans l'autre système juridique ou à s'influencer réciproquement. Puisque le thème étudié est l'américanisation – réelle ou supposée – du droit français et non pas l'inverse, je m'efforcerai de dégager les deux grandes tendances actuelles en philosophie pénale américaine et d'examiner leur emprise – ou leur rejet – en France.

La première tendance est la conception du droit pénal comme un outil de dissuasion (*deterrence*) des comportements individuels considérés comme nuisibles à la société. Cette théorie garde une influence importante dans le monde anglo-saxon depuis la publication par le philosophe anglais Jeremy Bentham du livre *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* en 1789². Elle est une expression de la philosophie utilitariste en ce qu'elle voit dans les règles et les sanctions juridiques dont celles-ci sont assorties des incitations adressées à des agents rationnels en vue d'orienter leur comportement futur.

La seconde tendance, valeur philosophique montante dans le paysage américain depuis le milieu des années soixante-dix, est la conception du droit pénal comme une « réponse morale raisonnée » (selon l'expression du Juge de la Cour suprême Sandra

¹ L'*American Law Institute*.

² Jeremy Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Wilfrid Harrison (éd.), Oxford, Basil Blackwell, 1960 (1948¹).

Day O'Connor³), une juste rétribution (*retribution*) des infractions par la collectivité. Contrairement au caractère pragmatique de la philosophie de la dissuasion, qui ne s'intéresse qu'à modeler le comportement futur des agents par un système bien ajusté de peines, la morale rétributive n'apprécie que la gravité de l'infraction commise – donc le passé – et impute le blâme au coupable, qui doit être tenu personnellement responsable de ses actes.

Paradoxalement peut-être, ces deux influences philosophiques coexistent actuellement chez les praticiens américains, malgré les efforts de plusieurs philosophes pour les départager. Il est caractéristique à cet égard que, lorsque la Cour suprême jugea en 1976 que la peine de mort n'est pas contraire à la Constitution en toutes circonstances⁴, elle laissa aux États la liberté d'apprécier laquelle des deux types de théorie de la peine était déterminante aux yeux de leurs citoyens⁵.

Après cet exposé sommaire des deux grandes tendances en philosophie pénale américaine, je voudrais énoncer l'hypothèse suivante : contrairement à la vulgate de la colonisation du droit français – et plus généralement du droit européen – par le droit américain, aucune des deux philosophies pénales susmentionnées n'a vraiment été transplantée avec succès au Vieux Continent. Pour ce qui concerne la philosophie benthamienne de la dissuasion et son avatar du courant « Droit et économie » (*Law and Economics*), les raisonnements qui les caractérisent ont été cantonnés au sein du monde anglo-saxon, comme il ressort de deux exemples symbolisant le clivage entre la philosophie américaine et la philosophie continentale du droit pénal. La théorie de la rétribution morale, elle, bien que de plus en plus présente dans la philosophie pénale française, reste encore en retrait sur ses développements américains, quoique d'une manière paradoxale : le succès récent de ce courant auprès de la doctrine juridique et les hommes politiques américains a contribué à engendrer une très vive réaction critique que l'on ne trouve pas en France.

La discussion se déroulera autour des deux grands modèles de l'utilitarisme et du rétributivisme à l'aide des données du droit comparé. Je soutiendrai qu'il est peut-être temps de revoir la fin de non-recevoir qu'opposent les juristes français à la pensée économique (au sens large du terme). Je soutiendrai aussi que la théorie de la rétribution, bien que *prima facie* plus conforme à notre sens de la justice, crée plus de problèmes qu'elle

³ Arrêt *California v. Brown*, 479 U.S. 538, p. 545 (opinion concourante). La citation en entier est : « Dès lors, la sentence prononcée à la phase du prononcé de la peine devrait refléter une réponse morale raisonnée au passé, au caractère et au crime du défendeur plutôt qu'une pure et simple sympathie ou émotion ».

⁴ Dans un « quintette » d'arrêts : *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153 (1976) ; *Proffitt v. Florida*, 428 U.S. 242 (1976) ; *Jurek v. Texas*, 428 U.S. 262 (1976) ; *Woodson v. North Carolina*, 428 U.S. 280 (1976) ; et *Roberts v. Louisiana*, 428 U.S. 325 (1976).

⁵ Voir l'arrêt *Gregg v. Georgia*, 428 U.S. 153, p. 183-187 (opinion conjointe des Juges Stewart, Powell & Stevens) (1976). Selon l'opinion majoritaire de la Cour, « des considérations de fédéralisme ainsi que le respect pour la capacité du législateur d'évaluer, selon les conditions de son propre État, le *consensus moral* concernant la peine de mort et son *utilité sociale* comme sanction, nous obligent de conclure, dans l'absence de preuves plus convaincantes, que la peine de mort comme sanction pour meurtre n'est pas sans justification et donc n'est pas inconstitutionnellement sévère » (*ibid.*, p. 186-187 ; c'est nous qui soulignons). On remarquera l'utilisation indifférenciée et « non-cognitivist » des deux justifications pénologiques par la Cour suprême.

n'en résout. Je conclurai que, malgré un certain manque de sophistication des juristes européens par rapport à leurs collègues américains, le meilleur mélange de politiques pénales que je puisse concevoir est, en fait, assez proche du droit pénal des pays européens, sans doute à cause de la place primordiale qu'occupe dans la pratique européenne la théorie de la peine comme moyen de réhabilitation sociale du délinquant.

II. — UTILITÉ SOCIALE

A. — *L'apport libéral de la théorie de Jeremy Bentham*

Pour Bentham, le seul objet légitime de la législation est l'augmentation du bonheur global de la communauté. Il en résulte que la punition, qui est un mal, ne doit être acceptée que si – et dans la stricte mesure où – elle promet de prévenir un plus grand mal encore en dissuadant les criminels de récidiver et, surtout, en dissuadant d'autres personnes de commettre des crimes⁶. Le calcul de l'utilité sociale des lois pénales se doit d'être assez sophistiqué. Il ne s'agit pas uniquement d'augmenter le taux global de pénalisation jusqu'à ce que son utilité excède l'utilité privée escomptée par les criminels ; il s'agit aussi d'inciter les criminels potentiels à commettre une infraction moindre par rapport à celle initialement envisagée et à ne pas faire plus de mal que nécessaire pour atteindre leurs buts. Il s'agit donc, en deux mots, de prévenir le crime avec les moyens les moins coûteux possibles⁷. Les économistes parlent, dans la lignée de Bentham, de la recherche de l'« utilité marginale ». Un exemple : il est contraire au principe d'utilité de punir de mort tant le viol que l'homicide volontaire (comme c'était le cas dans certaines juridictions américaines avant 1977⁸) car, du moment où la peine est la même, le criminel ne sera pas dissuadé de ne pas tuer après le viol.

Le principe d'utilité présuppose ce genre de calculs. Certains détracteurs de Bentham ont relevé sa naïveté psychologique, qui apparaît clairement dans un passage où il écrit que « les hommes calculent, quelques-uns avec moins d'exactitude, d'autres avec plus ; *mais tous les hommes calculent* [...] La passion [même] calcule, plus ou moins, en chaque personne »⁹. Il ne faudrait pas pour autant passer sous silence l'apport libéral de la théorie benthamienne. Il consiste, à mon avis, en quatre points.

Tout d'abord, l'utilité requiert l'individualisation de la peine. Puisque l'efficacité de la punition dépend de la sensibilité, c'est-à-dire de la réceptivité aux plaisirs promis et aux peines menacées par une loi, et puisque la sensibilité est essentiellement différente entre les individus, il s'ensuit que le juge doit ajuster les peines prononcées par lui au particularisme de chaque cas, tout comme il doit essayer de prendre en compte comme

⁶ J. Bentham, *op. cit.*, p. 281-282.

⁷ J. Bentham, *op. cit.*, chap. XIV (« Of the Proportion Between Punishments and Offences »).

⁸ C'est-à-dire avant l'arrêt de la Cour suprême *Coker v. Georgia*, 433 U.S. 584 (1977), qui décida que la peine de mort pour viol est contraire au Huitième Amendement à la Constitution.

⁹ J. Bentham, *op. cit.*, p. 298.

facteur atténuant les talents et les aptitudes particuliers de chaque délinquant ¹⁰. Inversement, on ne pourra pas non plus se passer de la « commensurabilité » des peines ¹¹, c'est-à-dire d'une commune échelle des valeurs permettant de mesurer leur « proportionnalité ordinale » ¹² afin de pouvoir calculer sans favoritismes le taux de dissuasion produit par le système pénal.

Mais la contribution la plus libérale de Bentham aura été son insistance sur le « principe de frugalité » des peines ¹³. Ce principe dispose que toute sanction tendant à produire des peines superflues doit être bannie. Ainsi, l'usage de sanctions pénales en vue de l'incapacitation des penchants dangereux du condamné doit être circonspect, vu la propension des juges à dépasser le strict nécessaire dans la quantité de la peine infligée. Enfin, il faut créditer Bentham d'un des arguments classiques du garantisme pénal, l'argument que l'on appelle aux États-Unis le « *chilling effect* » (littéralement, l'« effet refroidissant ») sur l'exercice des libertés individuelles ¹⁴. Le point de départ de cet argument est qu'il est toujours difficile de soumettre le vote ou l'interprétation des lois ainsi que le prononcé des peines aux exigences de la seule logique du calcul rationnel. Dès lors, il vaut mieux éviter d'interdire certaines opinions et mœurs privées car il existe toujours une zone d'incertitude qui incitera les personnes à ne pas exercer pleinement leur liberté de parler ou d'agir ou, autrement dit, à devenir trop précautionneux ¹⁵.

La tradition utilitariste, qui inspira chez Gary Becker et le mouvement « *Law and Economics* » l'application de la rationalité économique en droit pénal, imprègne la culture juridique anglo-américaine ¹⁶. Cela n'est pas le cas de la culture juridique continentale, malgré l'influence considérable de la pensée de Cesare Beccaria qui annonce, à certains égards, l'utilitarisme pénal. Je voudrais illustrer cette proposition à l'aide de deux exemples juridiques, les cas de la non-assistance à personne en danger et celui des diffamations raciales.

¹⁰ Voir J. Bentham, *op. cit.*, p. 184-186, 293.

¹¹ J. Bentham, *op. cit.*, p. 301-302.

¹² D'après la terminologie d'Andrew von Hirsch, qui distingue entre « proportionnalité cardinale » et « proportionnalité ordinale » dans son livre *Past or Future Crimes : Deservedness and Dangerousness in the Sentencing of Criminals*, New Brunswick, N. J., 1985, chap. IV. Pour une définition de la notion de « proportionnalité ordinale » et une présentation synthétique des exigences qui en résultent, notamment celles de « parité », d'« agencement en rangs » (*rank-ordering*) et d'« espacement » des peines, voir du même auteur *Censure and Sanctions*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 18 ainsi que « Proportionality in the Philosophy of Punishment », in Michael H. Tonry (éd.), *Crime and Justice : A Review of Research*, Chicago, University of Chicago Press, 1992, p. 55 et s.

¹³ J. Bentham, *op. cit.*, p. 303-304. Andrew Ashworth parle, lui, de « principe de parcimonie » des peines (Andrew Ashworth, *Sentencing and Penal Policy*, Londres, Weidenfeld & Nicolson, 1983, p. 19, 318-322).

¹⁴ Pour une bonne explication de ce concept en droit américain voir Frederick Schauer, « Fear, Risk, and the First Amendment : Unraveling the 'Chilling Effect' », *Boston University Law Review*, vol. 58, 1978, p. 685 et s.

¹⁵ Voir J. Bentham, *op. cit.*, p. 416-423.

¹⁶ Le travail séminal est l'article de Gary S. Becker, « Crime and Punishment : An Economic Approach », paru in *Journal of Political Economy*, mars-mai 1968, p. 76 et s. et repris in Gary S. Becker & William M. Landes (éds.), *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, New York & Londres, Columbia University Press, 1974, p. 1 et s.

B. — *La rationalité économique et le problème du « mauvais samaritain »*

En France, l'omission de porter secours à une personne en danger est un délit. Selon l'article 223-6, alinéa 2 du Code pénal, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 F d'amende « quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours ». Dans le monde anglo-saxon, on désigne en général ce type de loi comme une loi de « mauvais samaritain », le mauvais samaritain étant la personne qui, contrairement au bon samaritain de la parabole évangélique, ne secourt pas l'étranger qu'il trouve gravement blessé au milieu de la rue. Or la *common law* refuse traditionnellement de pénaliser ce type de comportement, tandis qu'une multitude de pays européens – dont la France – ont choisi la solution inverse.

Les pays anglo-saxons n'acceptent la responsabilité pénale que de ceux qui sont liés à d'autres, contractuellement ou statutairement, par un devoir spécial d'assistance. Il serait intéressant d'examiner de plus près les arguments d'inspiration économique des juristes favorables à cet état du droit. Le plus significatif est le fameux argument dit de « *slippery slope* » (que l'on pourrait traduire par « argument de la pente dangereuse »)¹⁷. Son point de départ est la difficulté à tracer une ligne claire entre les cas faciles, où le devoir de prêter assistance sans risque pour soi ou autrui est manifeste, et les cas difficiles, qui conduisent à une espèce de réquisition des services ou des biens d'autrui pris en « otage »¹⁸. Si le devoir de sauver un bébé qui est en train de se noyer dans une piscine à deux pas de vous ne prête pas à controverse, il n'en va pas nécessairement de même dans le cas d'un SDF allongé sur le bitume, que vous ignorez par une nuit gelée dans votre hâte de rentrer chez vous. Or si, par malchance, le SDF meurt d'hypothermie, force est de constater qu'un lien de causalité peut être établi entre votre comportement et le dommage subi. Aussitôt engagés, donc, sur une pente conceptuelle glissante, il nous est très difficile de tracer des lignes de principe qui ne soient pas arbitraires.

Dans un article de Richard Epstein, un des principaux tenants du courant « Droit et économie », cet argument contre la pénalisation de la non-assistance à autrui en péril est explicitement lié à la problématique utilitariste du droit pénal comme un système d'incitations à l'action¹⁹. Pour Epstein, la création d'un tel délit aurait le tort de verser

¹⁷ Sur la spécificité de cet argument voir Frederick Schauer, « Slippery Slopes », *Harvard Law Review*, vol. 99, 1985, p. 361 et s.

¹⁸ Selon l'expression du philosophe Emmanuel Lévinas. Pour Lévinas, la relation à Autrui – signe de la primauté de l'éthique par rapport à toute ontologie – est un « langage pré-originel » qui signifie la « responsabilité de l'un pour l'autre – [...] la substitution de l'un à l'autre et [...] la condition [...] d'otage qui ainsi se dessine » (Emmanuel Lévinas, *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1974, p. 6).

¹⁹ Richard A. Epstein, « A Theory of Strict Liability », *Journal of Legal Studies*, vol. 2, 1973, p. 151 et s., p. 198-204. Certes, Epstein récuse la théorie utilitariste du droit comme un instrument de maximisation de l'utilité sociale et se prononce en faveur d'une approche purement individualiste du droit comme pur et simple protecteur de l'autonomie individuelle, sans qu'il y ait besoin de justifier celle-ci comme un moyen pour atteindre une visée sociale ; mais son assertion que « même la liberté a son coût : le coût révélé par l'acceptation de la doctrine juridique du bon samaritain [c'est-à-dire de la règle de l'irresponsabilité pénale du mauvais samaritain] » (*ibid.*, p. 198) démontre que son [p. 159-175] I. PAPADOPOULOS *Arch. phil. droit* 45 (2001)

dans le moralisme juridique. En plaçant les individus sous la menace continue de punition en cas de manquement à leur devoir de solidarité, il les dissuade de mettre en valeur de façon efficiente leurs ressources et bride leur sens de l'initiative privée et de la prise de risques, si bien que la production globale des richesses sociales (matérielles ou intellectuelles) baisse, au détriment aussi des plus démunis. Plus près de chez nous, la mutilation de la responsabilité administrative par une jurisprudence qui étend de façon vertigineuse la présomption de faute, la faute simple au lieu de la faute lourde, ou même la responsabilité sans faute, contient le risque d'une paralysie²⁰. Les professeurs d'école qui hésitent désormais à accompagner leurs élèves aux expéditions en montagne ou les médecins qui ont peur d'opérer payent les frais du caractère amorphe de la fameuse « socialisation du risque ». La réponse de la *common law* devant une telle situation de « pente dangereuse » a traditionnellement été de se fixer sur certaines règles claires et simples afin d'éviter la glissade vers des applications de plus en plus douteuses.

Ce genre de raisonnement ne trouve pas, loin s'en faut, d'écho chez la grande majorité des juristes français. Et pourtant, la société française a été secouée en 1999 par ce débat. On se souvient de ce cas de sauvetage très compliqué et coûteux de quelques alpinistes qui, non seulement n'avaient pas pris des précautions élémentaires contre le mauvais temps, mais ont, en plus, monnayé leur aventure en vendant leurs photos après à *Paris-Match* ! À l'époque, la presse s'est interrogée sur les limites de la prise en charge par la collectivité des activités dangereuses de quelques individus, mais le débat a pris fin assez vite²¹. Cependant, aux États-Unis, même ceux qui sont favorables à la reconnaissance par le droit pénal de l'obligation de porter secours à des personnes en détresse ne sont pas hostiles en principe à une approche économique du problème. Le philosophe Joel Feinberg, par exemple, propose une législation interdisant uniquement ces cas de non-assistance qui, clairement, n'imposent pas de risques, de coûts ou d'inconvénients déraisonnables au débiteur de l'obligation²². Sa logique sous-jacente est le respect de l'autonomie individuelle et, surtout, la rationalité dans la répartition des charges publiques entre les particuliers, les groupes et les institutions spécialisées composant la société.

raisonnement reste redevable de la pensée économiste – d'origine benthamienne – du bilan coûts-avantages.

²⁰ L'arrêt C. E. Ass. 10 avr. 1992, *Époux V.*, *Rec.* 171, concl. Legal, a consacré le passage de la responsabilité pour faute lourde à la responsabilité pour faute simple du service public hospitalier. Le Conseil d'État a suivi l'avis du commissaire du gouvernement qui avait maintenu, dans ses conclusions, que « dans le contentieux de la réparation, le juge ne peut être indifférent à l'évolution de la sensibilité de ses concitoyens » (*ibid.*, p. 179). Or, malgré les assurances données par M. Legal que la couverture du risque thérapeutique ne peut pas relever d'initiatives jurisprudentielles et que « la faute [...] n'est pas une demi-mesure, [mais] la limite de coïncidence des droits du malade et des devoirs du service » (*ibid.*, p. 180), l'« incompréhension soupçonneuse des victimes » (*ibid.*, p. 173) a poussé le juge administratif, dès l'année suivante, à engager la responsabilité hospitalière sans faute, sur le seul fondement du risque médical (C. E. Ass. 9 avr. 1993, *Bianchi*, *Rec.* 126, concl. Daël).

²¹ Voir, par ex., *Le Monde* du 28 février-1er mars 1999, p. 8.

²² Joel Feinberg, *The Moral Limits of the Criminal Law*, vol. 1 : *Harm to Others*, New York & Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 126-186 ; pour un résumé de la solution proposée par Feinberg voir not. *ibid.*, p. 185-186 ainsi que le schéma qui se trouve p. 157.

De telles nuances sont parfois perdues de vue dans la jurisprudence française au nom d'un devoir indifférencié d'assistance humanitaire ou de la codification juridique des aspirations de la conscience sociale. La sévérité de la Cour de cassation envers les médecins, par exemple, est très connue²³. Les médecins se voient obligés de se déplacer pour porter secours, quitte à se plier à des exigences même abusives de leurs patients, dès lors que leur est signalée l'apparence d'un péril constant et imminent ; ils ne peuvent se décharger de leur obligation sur un tiers, ne serait-ce que sur le médecin traitant ; et ils sont même tenus de s'informer pour acquérir une conscience de la mesure du péril couru par une personne parfaitement inconnue.

Les juristes qui sont critiques envers l'indifférence du droit français pour l'allocation rationnelle des ressources sociales ne sont pas nécessairement des américano-béats. Personnellement (et c'était aussi l'avis de Bentham²⁴), je crois que l'on peut créer un délit de non-assistance à personne en péril sans trop craindre l'arbitraire ou les atteintes à la liberté individuelle, pourvu que les conditions de mise en œuvre de la responsabilité pénale soient soumises à une interprétation stricte. Mais je suis beaucoup plus réservé sur le délit de diffamations ou d'injures envers des personnes ou des groupes de personnes en raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. Ce délit est encore un signe du clivage entre un certain paternalisme juridique des pays du Vieux Continent et un libéralisme politique cohérent avec lui-même de l'Amérique.

C. — *La rationalité économique*
et le problème de l'expression raciste, xénophobe ou bigote

On sait que, depuis la loi du 1^{er} juillet 1972, modifiée par la loi du 13 juillet 1990, le juge français est compétent pour distinguer entre l'expression du pluralisme d'opinions et les propos ou écrits qui, par leur nature même, et sans qu'une volonté d'excitation à la haine soit nécessaire, mettent en cause des personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée²⁵. Selon le *Juris-classeur pénal*, « l'opportunité de ces dispositions apparaît clairement : la liberté d'opinion ne saurait servir de prétexte au développement d'un sectarisme nationaliste, racial ou religieux dont on a pu et on peut encore mesurer les dramatiques conséquences politiques et sociales »²⁶. Ont été punis sous cette loi M. Le Pen pour son infâme « calembour » « Durafour-crématoire »²⁷, ou encore les personnes qui ont accusé les juifs américains d'avoir transformé la légende de la Shoah en « une affaire florissante et une sorte de nouvelle religion »²⁸.

²³ Sur l'état du droit positif français et l'évolution de la jurisprudence dans un sens défavorable aux médecins voir Jean-Luc Fillette, « L'obligation de porter secours à la personne en péril », *J.C.P.* 1995.I.3868.

²⁴ J. Bentham, *op. cit.*, p. 423 et note 1.

²⁵ L. 29 juill. 1881, art. 32 al. 2.

²⁶ *Jur.-Cl. Pénal annexes*, V^o Presse, Diffamations et injures spéciales, Fasc. 110, n^o 119.

²⁷ Cass. crim. 20 déc. 1992, *Bull. crim.* n^o 329.

²⁸ Cass. crim. 8 oct. 1991, *D.* 1992, inf. rap., p. 46.

En revanche, aux États-Unis aucune assemblée, étatique ou fédérale, ne peut voter une telle loi, pour la simple raison que le Premier Amendement à la Constitution – qui protège la liberté d’expression – ne le permet pas ²⁹. Dernièrement, quelques universités publiques ont essayé de promulguer des règlements intérieurs réprimant les invectives raciales sur les campus (*hate speech ordinances*), mais les tribunaux les ont invalidés. La jurisprudence, depuis un arrêt de la Cour suprême *Brandenburg v. Ohio* de 1969 ³⁰, ne valide que les lois dont l’objet est limité aux propos « tendant à inciter ou à produire un acte illégal imminent » *et* « aptes à inciter ou à produire un tel acte ». Cela signifie, par exemple, que l’exclamation « sales nègres ! » poussée par un homme politique raciste lors d’une interview télévisée ne peut pas être poursuivie, mais que la même exclamation poussée par un énergumène dans la rue lors d’une manifestation xénophobe qui passe devant des citoyens de couleur est punissable.

En général, la jurisprudence de la Cour suprême considère la liberté d’expression politique comme le noyau dur du Premier Amendement. Cela implique une vaste zone de protection constitutionnelle pour le conflit des idées, une sorte de « tampon de sécurité » puisque, comme l’a dit le Juge Oliver Wendell Holmes, « toute idée est une incitation » ³¹. Nous retrouvons ici la théorie de l’« effet refroidissant », pur produit de l’utilitarisme pénal : il est plus prudent et plus efficace à la longue de créer un très large espace d’impunité pour ceux qui exercent leurs droits fondamentaux, même si cela permet parfois l’expression d’opinions très déplaisantes, que de dissuader les citoyens de mettre en cause la situation politique de la communauté. Dans l’arrêt *Terminiello v. Chicago*, la Cour suprême est allée encore plus loin en disant qu’« une fonction de la liberté d’expression dans notre système constitutionnel est de provoquer la dispute. Il est même probable que la meilleure façon d’atteindre sa fin grandiose est d’induire une condition d’inquiétude, de créer de l’insatisfaction autour des conditions telles qu’elles sont, ou même de mettre les gens en colère » ³².

Il s’agit d’une vision plutôt instrumentale et économique de la liberté d’expression, qui se passe de toute morale grandiose. La paternité de cette vision revient au Juge Holmes, le père du réalisme juridique américain et un des précurseurs du mouvement « *Law and Economics* ». Dans la plus fameuse de ses opinions judiciaires, Holmes a écrit le passage suivant : « La persécution pour l’expression d’opinion me paraît parfaitement logique. Si vous ne doutez pas de vos prémisses et vous voulez un résultat de tout votre cœur, vous codifiez, naturellement, vos vœux dans le droit et vous balayez toute opposition. [...] Mais lorsque les hommes auront compris que le temps a ridiculisé beaucoup de croyances combatives, ils conviendront peut-être que [...] le bien ultime désiré est mieux atteint par le libre-échange des idées – que la meilleure épreuve de vérité est la capacité de la pensée de se faire accepter dans la compétition du marché

²⁹ Le 1^{er} Amendement dispose que : « Le Congrès ne fera pas de loi maintenant un établissement de religion, ou interdisant son libre exercice ; ou empiétant sur la liberté d’expression, ou de presse ; ou sur le droit du peuple de se réunir pacifiquement, et de pétitionner le gouvernement pour un redressement des doléances ».

³⁰ Arrêt *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444, p. 447 (1969) (arrêt *per curiam*).

³¹ Arrêt *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652, p. 673 (opinion dissidente) (1925).

³² Arrêt *Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1, p. 4 (1949).

[...]. Au moins, cela est la théorie de notre Constitution... »³³. Cette théorie du « marché des idées » (*marketplace of ideas*) a été critiquée par les constitutionnalistes pour son « non-cognitivism moral », c'est-à-dire son scepticisme sur la vérité des valeurs, et pour sa philosophie de laissez-faire³⁴. Il n'empêche qu'elle a servi de base philosophique à une protection solide de la liberté d'expression. Dans la logique du Juge Holmes, tout comme un marché libre bien policé est la solution optimale pour réguler le flux des biens et des services et pourvoir aux besoins du peuple, un marché ouvert mais policé des idées, d'où l'État ne peut pas purger les mots ou les symboles qui rebutent la majorité, est le meilleur instrument d'une vie intellectuelle riche et robuste. L'utilité sociale des peines se mesure donc à l'aune de ce modèle.

Ceci dit, on peut comprendre la mise en sommeil du régime libéral de droit commun en France en faveur d'une législation plus interventionniste ; il suffit de songer à la spécificité du rapport de ce pays avec son histoire récente. Mais l'expérience de Vichy ne devrait pas justifier éternellement un régime juridique d'exception. Je proposerais, pour ma part, de fixer une date-limite à cette législation, au-delà de laquelle ce type d'expression ne sera plus poursuivi, et d'aménager une période transitoire assez longue pour préparer la population à un apaisement du débat.

D. — *Les vertus libérales de la dissuasion*

Pour la philosophie pénale française dans sa grande majorité, une logique économiste qui voit au crime un risque comme un autre contre lequel il faudra s'assurer est répugnante parce qu'absolument amoral³⁵. Sans vouloir mettre en cause cette interprétation, qui a sûrement le mérite de prémunir contre certains excès, je voudrais mettre en relief trois vertus proprement libérales (au sens politique du terme) de la conception dissuasive de la peine.

La première vertu est la *profondeur et la cohérence dans le temps* de cette conception. Comme il ressort des arguments utilitaristes de la « pente dangereuse » et de l'« effet refroidissant », il ne faut jamais se contenter, dans la construction d'un système pénal, des effets immédiats et évidents de la peine. Une démocratie pluraliste doit toujours

³³ Arrêt de la Cour suprême *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, p. 630 (opinion dissidente) (1919). L'illustre précurseur du Juge Holmes, le premier sans doute à avoir formulé une justification instrumentale de la liberté d'expression, est le poète anglais du XVII^e siècle John Milton. Dans son célèbre pamphlet de 1644 contre la censure intitulé *Areopagitica : A Speech for the Liberty of Unlicensed Printing, To the Parliament of England* (traduit en français comme John Milton, *Pour la liberté de la presse sans autorisation ni censure. Areopagitica*, trad. et préf. Olivier Lutaud, Paris, Aubier-Flammarion, 1969), Milton a évoqué l'image de la Vérité et du Mensonge luttant « en une rencontre libre et à découvert » (*ibid.*, p. 217).

³⁴ On peut trouver une critique vigoureuse de la théorie du « marché des idées » chez le constitutionnaliste et philosophe Edwin Baker ; voir C. Edwin Baker, « Scope of the First Amendment Freedom of Speech », *UCLA Law Review*, vol. 25, 1978, p. 964 et s.

³⁵ Pour une mise en garde contre l'éventualité d'une philosophie pénale à la fois très moralisatrice/répressive et absolument amoral/economiste, qui oblitérerait la dimension proprement politique du jugement pénal, voir la conclusion de l'ouvrage d'Antoine Garapon & Denis Salas, *La République pénalisée*, Paris, Hachette, 1996, p. 117-119.

prendre la précaution de se prémunir contre tout bouleversement dans les conditions sociales ou politiques futures, même – et surtout – contre les bouleversements imprévisibles. L'expérience historique a, en effet, montré que plus une démocratie libérale s'impose des carcans au nom de la lutte contre les « ennemis de la liberté », plus sa survie est en danger, et inversement que, plus les voies juridiques de la dissidence restent ouvertes, plus elle sera mise à l'abri des dérives autoritaires. Une variante de ces deux arguments utilitaristes est l'argument de la « soupape de sûreté ». Selon cet argument, il faut éviter la sur-pénalisation (*overdeterrence*) des activités privées et des opinions au nom d'une morale exigeante, car cela pourrait avoir l'effet pervers d'obstruer les voies *légal*es par lesquelles les minorités peuvent exprimer leur décontentement, au profit de moyens d'action illégaux. Il s'agit toujours, on le voit, d'un raisonnement pragmatique et économique.

Une deuxième vertu de la philosophie utilitariste, liée à la précédente, est l'idée libérale de l'*interchangeabilité des personnes*. Dans le négoce juridique et le « marché des idées », même dépouillés de leur imagerie libertaire, nul n'est assuré de tenir indéfiniment la même position dans la répartition des richesses, des offices et des honneurs. Selon le mot de Sir Henry Maine³⁶, notre société a passé du statut au contrat. En droit pénal, cela signifie qu'une loi votée pour censurer les écrits ou les propos des racistes ou des négationnistes (les parias d'aujourd'hui) pourrait très bien se retourner contre de nouveaux parias demain. Il y a, dans cette idée, non seulement la reconnaissance de la fluidité sociale congénitale aux démocraties libérales, mais – plus important encore – la mise en garde contre l'éventualité qu'un outil très dangereux comme le droit pénal tombe dans des mauvaises mains. C'est un des arguments qu'oppose actuellement Richard Posner, président de cour d'appel fédérale et chef de file du mouvement « Droit et économie », aux partisans des « *hate crimes* », c'est-à-dire des peines plus lourdes pour les atteintes à l'intégrité corporelle des personnes lorsque l'infraction est motivée par la haine raciale, ethnique ou religieuse³⁷.

III. — MORALE RÉTRIBUTIVE

A. — Présentation du rétributivisme

³⁶ Sir Henry Sumner Maine, *Ancient Law: Its connection with the Early History of Society, and its Relation to Modern Ideas*, Londres, John Murray, 1861¹, p. 170.

³⁷ Le juge Posner a lucidement mis en garde contre toute incursion irréfléchie des idéologies ou des intérêts des groupes de pression dans le domaine du droit pénal : «... les partisans des lois de « *hate crimes* », dont la mémoire est parfois courte, jouent avec le feu. Il n'y a pas si longtemps, une conception politique et idéologique du rôle du droit pénal aurait justifié moins, et non pas plus, de protection juridique pour les Noirs, les homosexuels et les autres minorités » (Richard Posner, « Emotion versus Emotionalism in Law », in Susan E. Bandes (éd.), *The Passions of Law*, New York, New York University Press, 1999, cité in Dan M. Kahan, « The Secret Ambition of Deterrence », *Harvard Law Review*, vol. 113, 1999, p. 413 et s., p. 475, note 310).

La troisième vertu libérale de l'utilitarisme pénal nécessite une brève présentation préalable de la philosophie rétributiviste de la peine. Depuis la parution du livre d'Andrew von Hirsch *Doing Justice* en 1976³⁸, la philosophie de la peine comme une simple rétribution des actions coupables, qui ne suscitait que le mépris des juristes américains après la Seconde Guerre mondiale³⁹, connaît un regain d'intérêt considérable. La raison de cette résurgence a été, au début, purement pratique : les pratiques d'incarcération (*sentencing*) et de libération conditionnelle étaient devenues, au fil du temps, extrêmement sélectives, frôlant ainsi l'injustice à cause des grandes disparités entre les peines purgées en fonction de la juridiction ou de la politique de tel ou tel juge. Contre cet état des choses, la réaction de plusieurs juristes a été de rejeter brutalement toute politique pénale d'individualisation des peines et d'essayer de restaurer l'égalité des personnes devant la loi. Leur trouvaille a été la vieille idée de la rétribution, dépouillée de ses vestiges archaïques de vengeance et remise au goût du jour sous sa forme de « *just desert* » (« juste mérite »). Il est caractéristique à cet égard que, quand la Cour suprême imposa en 1976 aux juges et aux jurys le traitement individualisé du dossier de tout prévenu encourant la peine de mort, elle prit soin de noter que ce traitement n'est valable que pour le cas des affaires capitales⁴⁰.

Depuis lors, le mouvement a gagné en vigueur théorique. Pour ses théoriciens, le trait distinctif du rétributivisme moral est que « la peine est justifiée si elle est infligée à ceux qui la méritent. Autrement dit, le mérite moral est une condition suffisante, pas seulement une condition nécessaire, d'une juste punition »⁴¹. Selon la formule lapidaire d'Igor Primoratz, « la punition est juste lorsqu'elle est méritée, et elle est méritée si un crime a été commis. Le crime commis est le seul fondement du droit et du devoir de l'État de punir [...] La justice demande de traiter les criminels selon leur mérite, de leur donner ce qu'ils méritent, ni plus ni moins que ça »⁴². Le philosophe du droit Michael Moore, un des principaux théoriciens du rétributivisme, part en guerre contre les théories déterministes de l'action humaine qui ont, selon lui, le tort de vouloir disculper le criminel par des explications naturalistes du genre « ne le blâmez pas, il a eu une enfance malheureuse ». Car un des points forts du rétributivisme est que toute

³⁸ Andrew von Hirsch, *Doing Justice : The Choice of Punishments*, New York, Hill & Wang, 1976.

³⁹ Voir, par exemple, l'opinion du Juge Black pour la Cour suprême dans l'arrêt *Williams v. New York*, 337 U.S. 241, p. 248 (1949), où il a sèchement observé que la rétribution « n'est plus l'objectif dominant du droit pénal ».

⁴⁰ Arrêt *Woodson v. North Carolina*, 428 U.S. 280, p. 304 (opinion conjointe des Juges Stewart, Powell & Stevens) (1976) : « Tandis que la pratique dominante de l'individualisation des peines reflète généralement plus une politique éclairée qu'un impératif constitutionnel, nous croyons qu'aux affaires capitales le respect fondamental pour l'humanité sous-tendant le Huitième Amendement requiert, en tant que partie constitutionnellement indispensable du processus de prononcé de la peine de mort, une considération aussi bien du caractère et du dossier de l'individu délinquant que des circonstances de son délit particulier ».

⁴¹ Michael Moore, *Placing Blame : A General Theory of the Criminal Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 153-154. Selon Moore – qui suit en cela Kant –, le rétributivisme ne permet pas simplement, mais *oblige* la société de punir le coupable (*ibid.*, p. 154).

⁴² Igor Primoratz, *Justifying Legal Punishment*, Atlantic Highlands, N. J., Humanities Press International, 1990, p. 147-148.

théorie de la peine qui nie la responsabilité d'un délinquant d'origine défavorisée est « élitiste et condescendante », elle ne respecte pas les personnes parce qu'elle nie leur liberté de choisir de faire du mal ⁴³. Reprenant une idée de Hegel, Jeffrie Murphy écrit : « Le droit d'être puni et d'être considéré comme un agent responsable, bien qu'il soit parfois pénible quand il est honoré, garde au moins intact le statut de personne morale de quelqu'un [...] ». Et il poursuit : « [Cette théorie] est compatible avec la reconnaissance de la dignité humaine en ce qu'elle proclame la primauté des personnes en tant qu'êtres qui font des choix » ⁴⁴.

La force intuitive du rétributivisme pénal provient, sans aucun doute, de son apparente simplicité et de son bon sens. En effet, le caractère direct de la théorie est frappant : nous nous considérons comme des êtres capables de choix qui ont des conséquences sur nous-mêmes et sur autrui, et nous voulons être considérés avec un égal respect ; or celui qui fait le choix volontaire de nuire à autrui doit en assumer les conséquences ; toute autre solution serait une rupture de l'égalité des personnes. Cependant, le retour du rétributivisme sur la scène intellectuelle nord-américaine a coïncidé avec le rétablissement de la peine de mort, l'instauration de la compétence liée des juges d'infliger à certains criminels des peines d'une grande sévérité et l'accroissement exponentiel de la population carcérale. Certes, les rétributivistes sophistiqués ont récusé tout lien entre la pureté de leur théorie et les avatars du « tout-répressif ». Mais cela n'a pas empêché l'émergence d'une littérature critique ⁴⁵.

B. — Critiques du rétributivisme

En effet, beaucoup de critiques du rétributivisme ont vu le jour, et cela pour plusieurs raisons. D'abord, certaines dérives ont fait leur apparition au nom du principe de rétribution morale. Aussi le pénaliste Norval Morris plaide-t-il carrément pour l'abolition de l'irresponsabilité pénale des malades mentaux (*insanity defense*) ⁴⁶, ou d'autres pour la reconnaissance d'une responsabilité pénale de droit commun des mineurs. Quand on y ajoute l'absence de toute référence aux circonstances atténuantes, on est en droit de s'inquiéter ⁴⁷. Puis, force est de constater qu'il existe des liens suspects du rétributivisme avec un support émotionnel odieux, qui n'est autre que le

⁴³ Voir M. Moore, *op. cit.*, p. 545-546.

⁴⁴ Jeffrie G. Murphy, « Moral Death : A Kantian Essay on Psychopathy », in Jeffrie G. Murphy, *Retribution, Justice, and Therapy : Essays in the Philosophy of Law*, Dordrecht & Boston, D. Reidel, 1979, p. 134-135. Cf. Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, présent., rév., trad. et annot. Jean-François Kervégan, Paris, PUF, 1998, § 100.

⁴⁵ Pour une des critiques les plus acerbes du rétributivisme voir David Dolinko, « Some Thoughts About Retributivism », *Ethics*, vol. 101, 1991, p. 537 et s., et du même auteur, « Three Mistakes of Retributivism », *UCLA Law Review*, vol. 39, 1992, p. 1623 et s.

⁴⁶ Norval Morris, *Madness and the Criminal Law*, Chicago, University of Chicago Press, 1982, p. 53-76 et 146.

⁴⁷ Les rétributivistes s'efforcent de nous convaincre que la compassion excessive et un système de peines trop clément ou complaisant sont inexcusables ; voir, entre autres, Joshua Dressler, « Reflections on Excusing Wrongdoers : Moral Theory, New Excuses and the Model Penal Code », *Rutgers Law Review*, vol. 19, 1988, p. 671 et s.

fameux « ressentiment » dont a parlé Nietzsche ⁴⁸, couplé parfois à la recherche obstinée de boucs émissaires. Ainsi, nous trouvons très souvent sous la plume des rétributivistes des affirmations que la colère, voire la haine, sont moralement bénéfiques parce qu'elles témoignent de notre souci de la dignité des personnes (y compris des criminels)...

Enfin, la rhétorique en faveur du « respect pour les personnes » masque les dommages collatéraux du rétributivisme. Un bon exemple est la peine de mort. Ernest van den Haag (un grand criminologue) déclare tranquillement que même si un jour on réussit à prouver mathématiquement que la peine de mort n'a absolument aucune valeur dissuasive, voire même contribue à brutaliser les mœurs, il continuera malgré tout à lui être favorable « au nom de la simple justice » ⁴⁹. Cette déclaration montre l'indifférence du rétributivisme aux conséquences latérales des peines et son irrespect, après tout, pour les personnes. Car si nous insistons à exécuter des criminels sans aucun égard pour la vie des tierces personnes, vies qui auraient été mieux (ou moins mal) protégées par le recours à des peines moins sévères, nous utilisons en fait les condamnés à mort comme des moyens pour affirmer coûte que coûte notre propre sens de justice. On peut exprimer cette objection dans un langage plus philosophique en disant que la morale rétributive, même dépouillée des réminiscences de la loi du talion, n'a pas de valeur intersubjective ; elle reste l'expression d'une justice quasi-réactive de face-à-face ou, en un mot, de la vengeance.

En définitive, et malgré sa force intuitive, cette philosophie, lorsqu'elle s'érige en dogme absolu, alourdit le climat du débat public sur les fonctions du droit pénal. Car le rétributivisme recourt, par définition, à la codification juridique de la moralité, soutien nécessaire de nos jugements de réprobation. Sa nature rigide, voire austère, donne lieu à un discours ouvertement moralisateur. Or l'ennui est que nos sociétés sont profondément divisées sur le système de valeurs à adopter. Comme le dit John Rawls dans son grand livre *Libéralisme politique*, le fait qu'il y a une pluralité de doctrines compréhensives raisonnables (de nature philosophique, morale ou religieuse) est le résultat normal du jeu des institutions libres et n'est pas une condition purement historique qui pourrait disparaître ⁵⁰. Parce que le droit pénal est compris par le rétributivisme comme le moyen

⁴⁸ Dans la deuxième dissertation du pamphlet *La généalogie de la morale* publié en 1887, Nietzsche soutient que la justice réelle n'est pas exercée par les réactifs soucieux de vengeance, mais par les vrais puissants qui font les lois ; le châtement est un procédé dicté par la volonté de puissance et de combat. Pour le philosophe allemand, le problème est que la cruauté ne suscite plus que de la mauvaise conscience, de telle sorte que l'optimisme des seigneurs s'est transformé en pessimisme des esclaves. Voir Friedrich Nietzsche, *La généalogie de la morale*, trad. Henri Albert, rév. par Jacques Le Rider, in Friedrich Nietzsche, *Œuvres*, Paris, Robert Laffont, 1993, p. 803-836 .

⁴⁹ Ernest van den Haag, « The Death Penalty Once More », *U. C. Davis Law Review*, vol. 18, 1985, p. 957 et s., p. 965.

⁵⁰ Rawls appelle cela le « fait du pluralisme raisonnable » ; voir John Rawls, *Libéralisme politique*, trad. Catherine Audard, Paris, PUF, 1995, p. 63 et *passim*. Selon les philosophes américains Amy Gutmann et Dennis Thompson, les facteurs qui contribuent à un désaccord moral et politique permanent sont, parmi d'autres, la rareté des ressources, l'altruisme limité des citoyens, l'incompatibilité des valeurs morales, et même l'incompréhension relative des différences entre ces valeurs (Amy Gutmann & Dennis Thompson, *Democracy and Disagreement : Why Moral Conflict Cannot Be Avoided in Politics, and* [p. 159-175] I. PAPADOPOULOS *Arch. phil. droit* 45 (2001)

de signifier les valeurs morales qui font autorité dans une société, la tentation est grande de l'utiliser comme une arme symbolique pour l'affirmation d'un système de valeurs et contre l'éthique ou le mode de vie de telle ou telle communauté. Le droit pénal possède un capital symbolique et une charge émotive énormes. Sa grande visibilité, l'immédiateté de ses effets, la grossièreté de ses catégories manichéennes qui aplatissent toutes les complexités et les remplacent par un simple code binaire « innocent – coupable », lui garantissent une carrière florissante. Il y a actuellement une inflation de droit pénal dans les démocraties occidentales. Or cette inflation est stimulée par le recours irréflecti à une philosophie rétributiviste de la peine.

Revenons un peu à l'exemple des diffamations et des injures à caractère raciste, xénophobe ou bigote. Cette législation est perçue par beaucoup de Français comme le symbole du triomphe moral des libéraux cosmopolites (de droite ou de gauche) sur une frange non négligeable de la population, allant de l'extrême droite négationniste aux souverainistes (de droite, et parfois même de gauche). Elle est, donc, un capital symbolique important qui pèse sur la nature et le ton du débat politique dans le pays. Il est probable que sa mission moralisatrice attise – de façon illibérale – la haine et le mépris des uns envers les autres en stigmatisant, non seulement l'incitation à des actions illégales et nuisibles (comme c'est le cas en Amérique), mais bel et bien une vision du monde. Le dédain pour ou les invectives contre l'« idéologie obscurantiste », d'un côté, et « la dictature du politiquement correct » de l'autre, couvent toujours sous les apparences d'un forum public pacifié.

C'est ici que la troisième vertu libérale de l'utilitarisme pénal, sa vertu la plus secrète, peut jouer un rôle précieux pour faire accepter l'idée de « raison publique » dont parle Rawls⁵¹. En mettant entre parenthèses les appartenances identitaires ou les credos philosophiques qui divisent profondément les citoyens, le langage « froid » de l'utilitarisme et de ses bilans coûts-avantages peut contribuer à dédramatiser progressivement le débat (sans forcément banaliser le mal ou diluer les convictions morales des personnes)⁵². L'image du « marché des idées » du Juge Holmes ou les arguments économiques de la « soupape de sûreté » ou de la « pente dangereuse » sont sans doute mieux adaptés au problème de l'expression intolérante ou vitupérante que le moralisme juridique à courte vue. Quoi qu'il en soit, ils sont plus compatibles avec le libéralisme politique.

IV. — CONCLUSION. LA TIERCE THÉORIE

What Should Be Done About It, Cambridge, Mass., The Belknap Press of Harvard University Press, 1996, p. 21-26 et 41-43).

⁵¹ J. Rawls, *op. cit.*, leçon VI.

⁵² Le professeur Dan Kahan a récemment défendu cette idée dans un article important (Dan M. Kahan, « The Secret Ambition of Deterrence », *Harvard Law Review*, vol. 113, 1999, p. 413 et s., not. p. 477-485). Kahan souligne toutefois, à juste titre, l'ambivalence de l'utilitarisme pénal. Son discours, précisément parce qu'il est moralement neutre, ne peut pas servir de critère d'évaluation autonome du droit pénal positif. Aussi le débat autour de questions moralement controversées (comme la peine de mort ou le contrôle des armes à feu aux États-Unis) est-il constamment esquivé, ce qui freine toute tentative de réforme ; voir *ibid.*, p. 485-492.

Le pragmatisme du droit américain et la robustesse du débat académique outre-Atlantique forcent certainement l'estime. Toutefois, je voudrais conclure sur une note europhile. Les économistes débattent du meilleur « *policy mix* », le mélange de politiques macroéconomiques. Je crois que ce débat serait fructueux aussi en droit pénal. En effet, aucune philosophie pénale ne peut prétendre justifier toute seule un système de règles privatives de liberté. Au dogmatisme d'un rétributivisme monolithique répond le danger d'un utilitarisme poussé au bout de ses limites conceptuelles. Comme l'a soutenu encore Rawls dans un article fameux de 1955⁵³, puis le juriste et philosophe H.L.A. Hart dans son livre *Punishment and Responsibility*⁵⁴, si le « but justificatif général » (*general justifying aim*) des règles écrites du droit pénal doit être de prévenir le crime au moindre coût possible, en revanche la « distribution » des peines par les jugements doit obéir au principe de proportionnalité des délits et des peines, un principe essentiellement rétributiviste.

Néanmoins, le meilleur *policy mix* pénal comporte une troisième philosophie, la théorie de la peine comme moyen de *réhabilitation sociale*, qui soutient que la punition bénéficie aux criminels eux-mêmes en les amendant de façon à ce qu'ils ne soient plus tentés de commettre des crimes. Et là, l'Europe a aujourd'hui une leçon à donner à l'Amérique. Car si cette philosophie de la peine, nettement influencée par la montée de l'État-providence, avait pu gagner les États-Unis après la Seconde Guerre mondiale, elle s'y retrouve aujourd'hui au point mort. Tirillée entre un rétributivisme à tous crins et un utilitarisme qui essaye de réparer les dégâts, mais qui aboutit parfois à des solutions moralement inacceptables (comme le montre l'exemple de la non-assistance à personne en danger), la philosophie pénale américaine actuelle a malheureusement oblitéré la prise en charge individualisée des délinquants, notamment des mineurs et des récidivistes. Il n'est guère possible de parler ici des lois durcissant la peine des récidivistes⁵⁵, réduisant la compétence des juges des mineurs à la portion congrue, ou encore restreignant les conditions d'accès à la libération conditionnelle (*parole*). Bien que les pays européens ne soient pas épargnés, eux non plus, par quelques-uns de ces phénomènes, notamment en matière de viol, de pédophilie et de délinquance sexuelle en général, les efforts qu'ils consacrent aux peines de substitution et aux mesures de suivi médical ou social sont autrement plus importants. À tel point que parfois la doctrine européenne ne se prémunit pas suffisamment contre l'hypothèse d'une « horreur thérapeutique », d'un système de conditionnement bienveillant de l'homme dans lequel le souci de dépénalisation est si fort qu'il risque de refouler la responsabilité des criminels, pourtant corollaire de leur liberté individuelle⁵⁶.

⁵³ J. Rawls, « Two Concepts of Rules », *Philosophical Review*, vol. 64, 1955, p. 3 et s., not. p. 4-13.

⁵⁴ H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility : Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1968, p. 8-9.

⁵⁵ Lois dites « *three strikes is out* » (« au troisième coup vous sortez du jeu »).

⁵⁶ Dans une variante extrême de ce courant théorique, Lady Barbara Wootton propose carrément d'éliminer toute référence à une « intention » criminelle (*mens rea*) de la définition des infractions pénales, dès lors que l'objectif premier du droit pénal n'est plus punitif mais préventif (voir Barbara Wootton, *Crime and the Criminal Law : Reflections of a Magistrate and Social Scientist*, Londres, Stevens, 1963, p. 47-57 et *passim*). Dans un livre antérieur (*Social Science and Social Pathology*, Londres, Allen & Unwin, 1959, not. chap. [p. 159-175]

Je crois, en définitive, que le meilleur projet est de consacrer d'abord la « fonction expressive » du droit pénal, qui signifie la réprobation sociale par le prononcé symbolique d'une peine proportionnée à la gravité du crime⁵⁷. Nous n'avons, en effet, rien trouvé de mieux que ce mécanisme social d'imputation du blâme pour offrir à la fois au fautif le moyen d'assumer la responsabilité de son acte et aux victimes la possibilité de satisfaire à leur demande de justice. Cependant, il faut résister au piège qui consisterait à sacraliser la fonction rétributive – ou récompensante – de la peine. Car l'aménagement des peines est aussi une *politique*, un choix collectif de la société qui doit être rationnel en minimisant la douleur superflue et en maximisant la dissuasion par des moyens crédibles, dans le respect des droits de l'accusé. Si, donc, il est évident qu'il faut placer au cœur du droit pénal la rétribution et l'entourer de garanties de rationalité économique (mais aussi procédurale), je crois que la morale rétributive et l'utilité sociale ne forment que la colonne vertébrale du droit, sur laquelle viendra se disposer la chair de la réhabilitation du délinquant. Aussitôt un système rationnel d'infractions et de sanctions mis en place et la réprobation sociale publiquement et solennellement manifestée, des mesures de suivi et d'accompagnement du délinquant, si possible en milieu ouvert, doivent être prises.

Il faut noter que la théorie de la réhabilitation est, comme la théorie de la dissuasion, une théorie *conséquentialiste* de la peine : la peine est moralement justifiée parce qu'elle a des conséquences bénéfiques. Elle est, aussi, une théorie *économique* de la peine (au sens large du terme « économique ») : elle fait confiance à la rationalité des personnes, à leur capacité de choisir librement leurs buts et d'agencer les moyens dont ils disposent pour atteindre ces buts⁵⁸, en tenant compte des intérêts légitimes d'autrui. Mais elle est, en fin de compte, une théorie *éthique* d'origine *religieuse* : elle témoigne de notre foi en la capacité de relèvement de l'homme, même du plus dépravé. Que l'économie et la théologie fassent bon ménage n'est sans doute pas le moindre paradoxe de la philosophie pénale.

17 rue Sauffroy
75017 Paris
ipapadopoulos@u-paris2.fr

VIII), Wootton soutenait que, du moment où la responsabilité des criminels ne peut être repérée par des moyens rationnels, la meilleure chose à faire est de considérer leurs actes comme des symptômes d'une pathologie et d'aménager ce type de traitement qui préviendra la récidive et les soignera. Hart a critiqué *in extenso* cette vision hygiéniste, qui nous mènerait tout droit à un univers à la *Orange mécanique* (Anthony Burgess, *L'orange mécanique*, trad. Georges Belmont & Hortense Chabrier, Paris, Robert Laffont, 1972) ; voir H.L.A. Hart, *op. cit.*, chap. VIII.

⁵⁷ L'exposé classique de la « fonction expressive » du droit pénal se trouve in Joel Feinberg, *Doing and Deserving : Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton, N. J., Princeton University Press, 1970, chap. V. Cf. Jeffrie G. Murphy & Jean Hampton, *Forgiveness and Mercy*, Cambridge & New York, Cambridge University Press, 1988, p. 135.

⁵⁸ Ce que les Anglo-Saxons appellent *agency*.