

Du droit de punir : par humanité ? (À propos de la compétence universelle)

Philippe Coppens

Volume 35, Number 3, 2005

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1027262ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1027262ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (print)

2292-2512 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Coppens, P. (2005). Du droit de punir : par humanité ? (À propos de la compétence universelle). *Revue générale de droit*, 35(3), 403–439.
<https://doi.org/10.7202/1027262ar>

Article abstract

Some legal orders have enacted laws according to which they recognize themselves the right to exercise universal jurisdiction. That means, to prosecute and punish foreign people who have committed crimes of genocide or against humanity abroad. Pursuing the common interest of international community for the respect of humanity, the exercise of criminal jurisdiction doesn't rely anymore on the traditional criteria of territoriality and nationality. But what are the principles of punishment in this perspective?

Du droit de punir : par humanité? (À propos de la compétence universelle)*

PHILIPPE COPPENS

Chercheur qualifié du FNRS,
Professeur à la Faculté de droit de Louvain, Belgique

RÉSUMÉ

Certains ordres juridiques internes se sont reconnus une compétence dite « universelle » pour poursuivre et juger des crimes contre l'humanité, en conséquence même lorsque ces crimes sont commis à l'étranger par des étrangers. La fonction de juger se distancie alors de ses critères de rattachement traditionnels que sont le territoire et la nationalité. Mais, ce faisant, on doit aussi réinterroger les fondements du droit de punir.

ABSTRACT

Some legal orders have enacted laws according to which they recognize themselves the right to exercise universal jurisdiction. That means, to prosecute and punish foreign people who have committed crimes of genocide or against humanity abroad. Pursuing the common interest of international community for the respect of humanity, the exercise of criminal jurisdiction doesn't rely anymore on the traditional criteria of territoriality and nationality. But what are the principles of punishment in this perspective?

SOMMAIRE

Introduction	404
Section 1 : Compétence universelle et responsabilité	

* Ce texte est une version remaniée d'un article paru sous le titre « Compétence universelle et justice globale » dans le numéro commun « Compétence universelle » des Annales de droit de Louvain, Revue de droit de l'ULB, 2004, n° 1&2, p. 15-49.

Section 2 : Compétence universelle et fonction de juger	423
§1. Fonction de juger et impartialité	424
§2. Sur les finalités de la fonction de juger pénale	428
Conclusions.....	438

INTRODUCTION

1. Comme tant d'autres institutions juridiques, la compétence universelle est une espèce de continuum dont la signification peut s'étendre ou se refermer entre deux pôles, comme un accordéon. Le premier pôle résulte d'une interprétation restrictive de l'institution; le second d'une interprétation extensive de celle-ci. Lorsqu'il s'agit, par exemple, de discuter la compétence d'une juridiction de l'ordre judiciaire interne pour trancher une question litigieuse, on adoptera soit un point de vue minimaliste, soit un point de vue maximaliste. Tantôt en effet on considérera que la compétence du juge exige que l'action exprime une contradiction d'un droit subjectif; tantôt seulement celle d'un intérêt légitime¹.

La définition la plus extensive de la compétence universelle est la suivante : il s'agit du pouvoir que se reconnaît un État de poursuivre et de juger l'auteur d'une infraction alors que celui-ci et celle-ci n'ont aucun lien de rattachement privilégié avec l'État qui exerce sa juridiction. D'une certaine manière, le seul facteur de rattachement avec le pouvoir judiciaire étatique est le partage d'une commune humanité.

L'État belge s'était donné une telle compétence en promulguant la Loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire. Cette loi élargissait en fait le champ d'application de la Loi du 16 juin 1993 en étendant la compétence universelle non seulement aux crimes de guerre mais aussi aux crimes contre l'humanité² et aux crimes de génocide et en excluant aussi toute possibilité pour les prévenus d'exciper d'une quelconque immunité. C'est

1. Sur ceci, F. OST, *Droit et Intérêt*, volume II, Bruxelles, PFUSL, 1990, 201 p.

2. Dans l'affaire *Barbie*, la Cour de cassation française a eu l'occasion de distinguer les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, Cass.fr. (ch.crim.),

ce sens de la compétence universelle *sensu lato* que je retiens par la suite, bien que l'évolution législative en Belgique a consisté en un habillage progressif de la loi puis à son dépeçage presque complet par la Loi du 5 août 2003³.

Bien qu'il ne semble pas que l'adoption d'une loi de compétence universelle « absolue » heurte radicalement un principe de répartition des compétences fermement consolidé dans l'ordre juridique international⁴, il n'en demeure pas moins que son exercice a suscité des réactions fort diverses et, parfois même, étonnamment courroucées de la part d'États traditionnellement alliés de la Belgique. On a interrogé son fondement juridique et sa conformité au droit international général; et l'on s'est inquiété également de certains aspects de sa mise en œuvre et, principalement, du caractère fort sélectif et quelque peu néocolonial de son usage. Pour faire bref, il n'y a guère de doute qu'il est plus aisé, ne fût-ce que du

20 décembre 1985, *Dalloz*, 1986, p. 499 et suiv. Sont considérés comme crimes contre l'humanité, « les actes inhumains et les persécutions qui, au nom d'un État pratiquant une politique d'hégémonie idéologique, ont été commis de façon systématique non seulement contre des personnes en raison de leur appartenance à une collectivité raciale ou religieuse, mais aussi contre les adversaires de cette politique quelle que soit la forme de leur opposition ». Voyez encore sur ceci, NGUYEN QOC DINH, *Droit international public*, 6^e éd., Paris, LGDJ, 1999, n° 435, p. 675 et suiv.

3. Voyez sur cette évolution, les contributions de E. DAVID, « La compétence universelle en droit belge »; et O. CORTEN, « De quel droit? Place et fonction du droit comme registre de légitimité dans le discours sur la « compétence universelle », in *La compétence universelle*, numéro commun spécial, *Annales de droit de Louvain-Revue de droit de l'ULB*, 2005, n° 1 & 2. Pour une critique de la loi, voyez P. D'ARGENT, « La loi du 10 février 1999 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire », *J.T.*, 1999, p. 555; P. D'ARGENT, J. D'ASPREMONT LYNDEN, « La loi de compétence universelle revue mais pas corrigée », *J.T.*, 2003, p. 480-481.

Notons par ailleurs que, en droit international public, l'exercice de la compétence universelle visait à l'origine des actes de piraterie en haute mer. Ici, c'est sans doute moins l'horreur de l'acte que la nécessité de ne pas accepter que ces crimes restent impunis qui ont justifié l'institution. Sur ceci, V. LOWE, « Sovereignty and the Principles of Jurisdiction », in *International Law*, M.D. EVANS (ed.), Oxford University Press, 2003, p. 343.

4. Ainsi, P.M. DUPUY, *Droit international public*, Paris, Dalloz, 7^e éd., 2004, n° 516, p. 536 : « En l'état du droit international coutumier, il paraît en tout cas possible d'affirmer que la compétence universelle à l'égard des « crimes de droit international » accomplis par des individus existe non comme obligation mais comme faculté, mais sous une forme néanmoins conditionnelle. L'État autre que ceux de la nationalité de l'auteur ou du territoire sur lequel a été accompli l'acte incriminé ne peut entreprendre de poursuite que si le criminel présumé se trouve sur son territoire ».

point de vue diplomatique, de juger quelques génocidaires rwandais plutôt que de poursuivre, sur la base de la même loi — comme certains s'étaient proposés de le faire — des hommes politiques comme Ariël Sharon ou Georges Bush, accusés de crimes contre l'humanité. La Loi belge du 5 août 2003 est alors apparue comme l'expression d'un repli stratégique initié par un ordre juridique étatique qui n'avait plus guère les moyens de ses ambitions dans le contexte géopolitique international.

2. Du point de vue théorique que j'adopterai dans cet article, le développement contemporain de la compétence universelle pose des questions profondes et intéressantes à un double titre.

Du point de vue de la théorie générale de l'État tout d'abord. L'idée même de la compétence universelle repose en effet sur un dépassement du concept juridique crucial de *frontière*, concept né au XVI^e siècle en même temps que celui de l'État moderne. Comme on sait — et comme on s'en est encore aperçu à l'occasion du référendum en France et aux Pays-Bas sur la Constitution européenne — l'État est et reste un morceau de terre plus des personnes, un espace dans lequel vit un peuple, un territoire sur lequel repose une nation. Ces notions ne sont pas équivalentes. Elles montrent au contraire une progression qui va des conditions de possibilité minimales d'un État vers une forme étatique institutionnalisée. Et celle-ci requiert, comme en droit des sociétés, une *affectio societatis* : une finalité, un idéal de vie, une communauté de rêves comme dit Malraux, autour desquels la nation se fait des promesses réciproques d'un meilleur avenir. Or, c'est précisément cette structure que peut sembler fragiliser la compétence universelle, dans sa forme la plus étendue au moins. Il s'agit en effet d'abandonner ici les contraintes liées au territoire et à la nationalité pour instruire et juger toujours au-delà.

Dans cette perspective, la compétence universelle est un des outils par lequel les États, en principe sans discrimination..., se proposent d'entamer une croisade contre tous ceux et toutes celles qui contredisent l'idée même de l'humain par leurs actes de totale négation d'une quelconque parcelle d'humanité des individus envers lesquels les crimes sont commis. Car, comme les États partagent *a priori* un même

patrimoine commun d'humanité, ils peuvent s'éprouver comme des victimes indirectes des crimes commis contre l'humanité en général. Et ils se sentent aussi autorisés, dans cette même mesure, à poursuivre les crimes commis contre cette humanité partagée. Un crime contre celui qui — africain ou américain, asiatique ou européen — partage la même humanité que moi est nécessairement aussi, fût-ce indirectement, un crime dirigé contre moi.

La seconde question théorique intéressante que pose la compétence universelle est relative à la fonction de juger. Les deux critères de rattachement classiques par lesquels les ordres juridiques nationaux sont habilités à exercer la fonction de juger se réfèrent aussi aux deux conditions de possibilité de l'émergence d'un État : le territoire d'une part et la nationalité d'autre part. La compétence d'une juridiction est en effet normalement déterminée par la nationalité de la victime ou par le lieu de l'infraction. Cela se comprend de manière assez intuitive si l'on veut bien se rappeler que la fonction de juger constitue un travail interprétatif contextualisé qui requiert, pour son bon fonctionnement, un certain espace commun d'argumentations entre les différentes parties à la cause, de même qu'un accord sur les finalités de cette fonction. Dans cet article, je me limiterai à l'analyse de ce second problème. Je chercherai à définir comment l'existence de la compétence universelle pose des questions importantes et difficiles sur les finalités et les conditions d'exercice de la fonction de juger pénale. Dans cette mesure, les développements qui suivent ne relèvent d'aucun ordre juridique particulier⁵.

Plus précisément, j'entends ici défendre deux thèses.

Je soutiendrai d'abord qu'un État, lorsqu'il décide d'exercer une compétence universelle, assume une responsabilité particulière à l'égard des peuples qui ont subi les crimes qu'il juge. Cette responsabilité devrait se manifester à la fois en amont, par l'organisation d'une intervention humanitaire dès que l'État a connaissance des violations graves du droit international; et, en aval ensuite, par une aide active aux peuples qui ont souffert de ces violations (section 1).

5. Sur la situation au Canada, voyez notamment, L. REYDAMS, *Universal Jurisdiction, International and Municipal Legal Perspectives*, Oxford University Press, 2003, p. 119-125.

La seconde thèse est que la compétence universelle en mouvement constitue l'exercice d'une fonction juridictionnelle pénale; en conséquence, sa légitimité et son étendue dépendent de la justification que l'on reconnaît au droit de punir, c'est-à-dire essentiellement aux finalités sociales de la justice pénale (section 2).

3. De manière certes encore assez grossière, on peut distinguer deux fondements au droit de punir, qui se résument bien dans la formule traditionnelle : *punitur (non) quia peccatum est, sed ne peccatur*. Tantôt le droit de punir est en effet fondé sur l'idée selon laquelle toute personne doit expier les crimes et délits qu'elle a commis, quelles que soient les conséquences pratiques de la peine qu'elle subit. Cette théorie rétributiviste — *punitur quia peccatum est* — est traditionnellement liée au nom de Kant, mais un peu abusivement, comme nous le verrons.

Tantôt le droit de punir est fondé sur son utilité, c'est-à-dire essentiellement sur l'éducation du criminel d'une part et la prévention des crimes et délits futurs d'autre part. Il s'agit de la théorie utilitariste — *punitur non qui peccatum est, sed ne peccatur* — que l'on associe généralement au nom d'un contemporain de Kant, Cesare Beccaria et, dans la pensée juridique anglo-saxonne du XIX^e siècle, aux noms de Jeremy Bentham et de John Stuart Mill⁶.

La compétence universelle est à la fois l'expression moderne de l'idée de châtimement des crimes et d'une délégation en quelque sorte forcée du pouvoir de juger dans un ordre mondialisé. Par sa nature et, notamment, par le lieu décentré où elle s'exerce, la compétence universelle ne semble guère pouvoir dépasser les limites d'un rôle proprement rétributiviste, qui aurait cependant le mérite de donner satisfaction à un certain sentiment de justice. Il n'est pas sûr, par ailleurs, que les conditions épistémologiques relatives à la fonction de

6. Pour une vue d'ensemble de ces différents courants, voyez par exemple, C. DEBUYST, F. DIGNEFFE, A.P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, T. 2, *La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles, De Boeck et Larcier, 1998.

juger puissent toutes être satisfaites lorsqu'elle s'exprime par l'exercice d'une compétence universelle.

4. Je m'attacherai donc, dans les pages qui suivent, à étudier d'un peu plus près ces deux types de questions tout à fait générales que pose l'institution d'une compétence universelle dans une société globalisée.

- La première série de problèmes est d'ordre éthique et tourne autour de la notion de responsabilité. On pourrait présenter ces problèmes de la manière suivante. Les *soucis* du droit international contemporain le portent toujours davantage à tenter de construire des modes efficaces de régulation de l'interdépendance entre les États plutôt que d'assurer leur autarcie. Mais cette évolution, à laquelle nous participons tous — et qui peut s'appeler ici mondialisation du droit aussi bien que globalisation de l'économie — ne nous impose-t-elle pas de nouveaux devoirs à l'égard des moins chanceux d'entre nous?

Ces devoirs n'ont sans doute plus seulement une justification éthique qui résiderait dans quelque altruisme bienveillant. Il pourrait bien s'agir aujourd'hui d'un devoir de non-indifférence pour garantir notre propre sécurité. Cette dernière justification est certes plus cynique que celle qui invoque l'altruisme de l'acte. Mais elle n'en est pas pour autant moins urgente. Que signifient alors les notions de territoire et de peuple c'est-à-dire, fondamentalement, de *frontières* des préoccupations premières et de gouvernance qui forment à la fois les conditions de possibilité de l'État et les caractères de la notion sentimentale de Nation (section 1)?

- La seconde série de questions relève des principes qui définissent la nature et l'étendue de la fonction de juger. Qu'appelle-t-on juger? Qu'est-ce qu'un bon jugement? Quelle est la fonction du droit pénal et jusqu'où s'étend sa légitimité? Punit-on pour châtier le coupable ou pour tenter, autant que faire se peut, de restaurer un lien social dans un espace géographique donné. Quel est le sens de l'acte juridictionnel d'un État lorsque l'infraction d'une odieuse gravité et ses auteurs n'ont, avec cet État et leurs juges, aucun autre facteur de rattachement que leur commune humanité (section 2)?

SECTION 1

COMPÉTENCE UNIVERSELLE ET RESPONSABILITÉ

5. La première signification de la compétence universelle d'une juridiction étatique résulte, me semble-t-il, de l'idée que cet État reconnaît qu'il a une responsabilité particulière à l'égard de ce qui se passe en dehors de son propre territoire. En soi, l'idée n'est pas neuve puisque tout État porte un regard spécifique sur ce qui se passe dans le monde, lorsque ce qui s'y passe se rattache à l'action d'un de ses nationaux. La nationalité a toujours été un facteur de rattachement privilégié à un ordre juridique. Il faut y voir un effet de la relativité des ordres juridiques dans l'espace qui permet, par l'une ou l'autre règle de conflit de lois par exemple, qu'un ordre juridique ne soit pas amputé de toutes ses possibilités d'agir pour la seule raison qu'un de ses nationaux ne réside pas sur son territoire. Cependant, l'originalité de la compétence universelle vient de son espèce d'intéressement généralisé à certains événements douloureux du monde, quels qu'en soient le lieu ou l'origine, qu'elle est censée traduire. Car cet intéressement ne serait-il pas quelque peu malsain s'il n'exprimait pas toujours un sentiment singulier de responsabilité à l'égard des peuples dont on estime pouvoir juger les bourreaux?

Aussi, si les démocraties délibératives ont sans aucun doute certaines responsabilités nouvelles à l'égard des peuples qui ont souffert de crimes contre l'humanité ou de génocide, *a fortiori* celles d'entre elles, comme la Belgique, qui s'estiment compétentes pour en juger doivent-elles se sentir concernées non seulement par l'atrocité des actes mais aussi par les conséquences sociales que ces crimes engendrent. Du point de vue éthique, le premier effet de la compétence universelle devrait donc être que l'abstention de l'État de s'impliquer dans les divers champs d'horreurs que cultive le monde — quels que soient les lieux et les origines — lui serait imputable.

6. Mais comment justifier cette responsabilité pour autrui? Et de quelle manière l'exercer? Pourquoi dois-je être concerné par ces atrocités, me forcer éventuellement à l'être, plutôt que de somnoler dans la quiétude de l'indifférence? Pourquoi n'aurions-nous pas, en définitive, le droit ou bien davantage

encore le loisir de ne pas agir? À quel type de responsabilité nous engage une compétence universelle?

La responsabilité est tantôt un sentiment intuitif, tantôt une obligation internalisée ou naturelle, tantôt une obligation ressentie comme contrainte juridique. Je peux en effet avoir l'intuition qu'il est juste d'agir dans tel sens plutôt que dans tel autre et y trouver une raison suffisante d'agir : par exemple en donnant une partie de mes revenus superflus à une association caritative. Je peux aussi avoir un penchant pour agir dans un sens et la conscience d'un devoir d'agir dans un autre : pressé par le temps, je m'arrête cependant pour secourir un automobiliste isolé sur le bord d'une route. Je peux encore souhaiter accomplir tel acte mais me sentir contraint de m'en abstenir parce qu'une norme morale ou juridique m'interdit de le faire : rouler en sens interdit pour éviter un embouteillage. Je peux aussi connaître une norme et sa signification mais néanmoins la transgresser parce que je la trouve injustifiée : éluder l'impôt, en suivant le sentiment quasiment universel en Belgique, mais à mon sens largement injustifié, que l'on en paie trop. Je peux enfin transgresser une norme, soit parce que j'ignore son existence, soit parce que je n'en comprends pas la signification : le développement considérable de la notion de faute en responsabilité civile pour assurer la réparation des dommages conduit à ce type de transgression. Comme on le voit, un ordre juridique reproche à son sujet de droit non seulement de ne pas avoir reconnu ou de ne pas avoir accepté la norme ; mais encore, l'ayant connue et/ou acceptée, de ne pas l'avoir suivie correctement, c'est-à-dire de ne pas avoir été motivé conformément à elle dans l'action.

7. Ces différentes hypothèses se distinguent aussi par le type de distribution qu'elles révèlent entre autonomie et hétéronomie. Et cette distinction en recoupe largement une autre : les normes instrumentales qui *coordonnent* les actions des individus et celles qui, comme les règles contractuelles, entendent instituer des processus de *coopération* entre sujets de droit. Ainsi, la règle qui prévoit que tous les conducteurs doivent conduire à droite peut s'intégrer facilement dans leur sphère d'autonomie. Non seulement elle ne pose guère de problèmes de balance entre intérêts opposés (conduire à droite ou

à gauche est assez arbitraire comme choix de société) mais cette règle est libératoire pour toute personne qui souhaite conduire un véhicule en sécurité. Ces types de règles pourraient être qualifiées de normes « instrumentales ». Mais l'idéal de tout ordre juridique est que ses autres normes que l'on peut qualifier de « substantielles » — initialement extérieures à la volonté des sujets de droit et donc hétéronomes — soient si bien internalisées par eux qu'ils y voient des raisons légitimes d'agir dans le sens que le droit prescrit. Comment cela est-il possible dès lors que les intérêts de chacun ne sont pas réductibles à ceux de tous les autres, par exemple lorsqu'il existe des minorités au sein d'un ordre juridique déterminé?

8. Nous souhaitons tous vivre dans une société juste. Mais nous ne cessons de nous opposer sur la nature et l'étendue des requêtes portées par l'idée de justice. Cette opposition est non seulement irréductible, mais elle doit être respectée : étroitement liée au pluralisme, son respect honore les démocraties délibératives. Cependant, la question demeure. Comment créer, autant que faire se peut, un lien social dans lequel chacun puisse se reconnaître? La recherche d'une société juste se traduit dans des normes juridiques d'action qui doivent être fondées en raison. Si ces normes étaient édictées sans égard au contexte sociohistorique dans lequel elles s'intègrent et si elles étaient sanctionnées sans exception, un système juridique serait en quelque sorte une prophétie auto-réalisatrice. Mais le droit est étroitement lié au monde qu'il habite et la réalisation effective de ses règles, par l'acte juridictionnel, suppose qu'il n'ignore pas la spécificité et la complexité des contextes dans lesquels il entend intégrer ses jugements et arrêts. Car, une fois encore, l'exercice d'une compétence universelle légitime suppose aussi la volonté de contribuer de manière efficiente aux transformations du monde que la répétition des crimes appelle de manière toujours plus urgente.

Le pluralisme indique aussi la tension entre l'individu et la collectivité. L'économie qui, à beaucoup d'égards, porte le même projet que le droit — créer des mécanismes de coordination et de coopération entre des actions individuelles — sait depuis quelques décennies qu'elle est incapable d'expliquer de manière suffisamment riche et cohérente les interactions entre individus si

elle se limite à ne voir en eux que des acteurs rationnels égoïstes. De même, le droit ne peut valablement expliquer la nature et l'étendue des droits subjectifs ou de la responsabilité s'il se contente d'analyser les sujets de droit comme des créatures autonomes poursuivant leur seul avantage.

C'est d'ailleurs dans cette perspective, orientée vers la recherche d'un bien commun, que les deux problèmes classiques de philosophie du droit se posent aujourd'hui, celui de la validité, c'est-à-dire du mode d'existence des normes; et celui de l'application qui est essentiellement un problème d'interprétation contextualisée des normes. Ce second problème fera l'objet de la section suivante.

9. *Le premier problème est relatif à la question de la validité des normes.* Une norme peut être dite valide formellement parce qu'elle respecte les conditions d'élaboration fixées *a priori* par la Constitution ou par la loi. Mais une exigence supplémentaire peut être introduite qui tend à soumettre le test de validité de la norme à une condition plus substantielle. La validité de la norme doit, dans ce cas, passer un test de légitimité. Mais, à son tour, ce test de légitimité a reçu plusieurs formes différentes. La première consiste en une comparaison du contenu de la norme édictée avec une norme substantielle de surplomb. On peut penser par exemple à une conception religieuse du droit qui ancre la légitimité de la norme dans un système complexe de règles et de principes qui spécifient telle ou telle religion. La seconde forme du test de légitimité consiste à créer des conditions telles qu'aucun adressataire de la norme ne puisse être exclu du processus de son élaboration. Sous cet angle, la justification de la norme requiert un processus délibératif au sein duquel la raison discursive peut s'épanouir sans contraintes abusives de la part des autres sujets de droit. Les conditions de ce processus sont assez bien connues et suffisamment construites, mais un travail important reste à mener quant à l'organisation pratique de la délibération démocratique. L'on vise aussi ici la définition du principe du contradictoire dans le processus juridictionnel. Et ce travail est difficile car il tourne autour du fameux concept de représentation.

Il s'agit d'abord de déterminer si et comment des valeurs peuvent être représentées d'une manière qui ne soit pas purement subjective. Cela pose, notamment, le problème

de l'universalisation des normes pratiques — morales et juridiques — par exemple la norme interdisant le travail des enfants ou, plus largement, celle qui exprime le souhait d'introduire une clause sociale dans le droit de l'OMC. Et il s'agit ensuite de déterminer qui aura, *in fine*, un accès effectif à la parole délibérante, pour argumenter par exemple en faveur de cette clause sociale ou contre celle-ci.

Le premier problème est d'ordre épistémologique; le second est d'ordre politique et sa solution se trouve encore dans la théorie de la séparation des pouvoirs bien que les lignes qui séparent ces pouvoirs doivent aujourd'hui sans doute se tracer en pointillés. Il est en effet caractéristique du droit contemporain — et la notion de compétence universelle en est sans doute un exemple paradigmatique — qu'à la puissance du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif a progressivement succédé la valorisation du pouvoir judiciaire, notamment par le développement considérable des cours constitutionnelles et internationales et des compétences des juridictions internes. Comme on le voit, le concept de représentation est nécessaire pour assurer à la fois l'autorité épistémologique de ce qui est dit et l'autorité politique de ce qui est décidé. Parler et juger avec autorité, c'est parler et juger en représentant quelque chose ou quelqu'un. Mais comment cette autorité est-elle compatible avec l'idéal d'autogouvernance des citoyens? Il y a ici tout l'espace, fort complexe, qui s'étend entre les pôles de l'identité et de la différence : la parfaite identité est une représentation de soi à soi par laquelle est supprimée, de manière utopique, la référence à l'autorité et donc à la part d'hétéronomie de la loi; la complète différence, par les déficits de légitimité qu'elle engendre pour les citoyens, engendre leurs indifférences aux normes qui entendent les gouverner.

10. La responsabilité dépend du type d'attitude ou, plus exactement et en suivant l'étymologie, du type de *réponse* que nous adoptons ou devons adopter vis-à-vis de soi-même et des autres — de ses propres actions et de celles d'autrui — ainsi qu'à l'égard des normes pratiques et des événements du monde⁷.

7. Ces événements peuvent être physiques ou institutionnels. Un ordre juridique, un contrat, une fonction de roi ou de ministre sont des événements institutionnels. La responsabilité est également, de ce point de vue, une attitude à l'égard des rôles

Mais en quel sens pouvons-nous soutenir que nous sommes responsables de ce qui ne semble pas dépendre de nous, par exemple un génocide ou une famine dans un continent différent? Et quels sont, par ailleurs, les arguments qui permettent de soutenir la thèse — qui me semble juste — selon laquelle la compétence universelle suppose que l'État qui l'exerce ait un sentiment de responsabilité dans les événements qu'il s'autorise de juger?

11. La responsabilité, au sens juridique, doit être rattachée à la catégorie de l'imputation, catégorie par laquelle la *réparation* des effets d'un acte fautif est rattachée à son auteur. C'est aussi la raison pour laquelle le lien de causalité que le droit requiert entre la faute et le dommage est quelque peu étranger au concept pratique de la responsabilité qui est toute entière contenue par une obligation de réparer. Car si la causalité, en droit, peut expliquer — toujours *a posteriori* cependant — le lien entre un acte et une conséquence, seule la catégorie d'imputation donne immédiatement la signification d'une obligation de réparer un dommage.

Une des difficultés principales du droit de la responsabilité civile vient précisément de l'enchevêtrement de ces deux catégories de la causalité et de l'imputation dans l'analyse de l'action. Cet enchevêtrement est au cœur de la troisième antinomie de la *Dialectique transcendantale* dans la *Critique de la raison pure* de Kant. Comme chaque antinomie, elle comprend à la fois une thèse et une antithèse⁸.

sociaux que j'exerce ou que les autres exercent. Sur ceci, M.O. HARDIMON, « Role Obligations », *The Journal of Philosophy*, vol. 91, n° 7, 1997, p. 333 et suiv. Une de nos croyances les mieux assises — et aussi une constante chez les autres animaux — est que nous avons des responsabilités particulières naturelles à l'égard des membres de notre groupe social — la communauté, la famille — indépendamment des engagements plus spécifiques, souvent d'ordre contractuel, que nous prenons vis-à-vis d'eux ou des autres. Nous ne pouvons pas nous défaire de tous nos liens avec notre groupe social car nous ne pouvons pas survivre sans un minimum de réciprocité et, en conséquence, sans assumer nos responsabilités (non contractuelles) à l'égard de ce groupe. En ce sens et dans cette mesure, nous sommes également responsables de ce qui ne dépend pas de nous *parce que* nous ne pouvons nous défaire de tous nos liens sociaux, de la même manière que nous ne pouvons pas penser en dehors de l'espace et du temps. L'utopie intellectualiste consiste à penser la possibilité de ce détachement comme condition préalable à l'affirmation de la liberté.

Chez les animaux, voyez sur ceci, F. DE WAAL & P. TYACK (ed.), *Animal Social Complexity*, Harvard University Press, 2003, 640 p.

8. I. KANT, *Critique de la raison pure*, trad. Delamarre et Marty, in *Œuvres philosophiques*, Pléiade, n° 286, T. I, Paris, Gallimard, 1980, p. 1102-1003.

Thèse : La causalité suivant les lois de la nature n'est pas la seule d'où puissent être dérivés les phénomènes du monde dans leur ensemble. Il est encore nécessaire d'admettre, pour les expliquer, une causalité par liberté.

Antithèse : Il n'y a pas de liberté, mais tout dans le monde arrive suivant les lois de la nature.

On voit ainsi comment les liens entre causalité et imputation — que les théories de l'équivalence des conditions et de la causalité adéquate dénouent parfois fort maladroitement — trouvent leur origine dans cette opposition entre une causalité par liberté au sein de laquelle les conséquences d'une action peuvent être *imputées* à un sujet et une causalité naturelle par laquelle les conséquences d'une action peuvent être *rattachées* à cette action comme à son origine en quelque sorte événementielle⁹.

La troisième antinomie permet donc de penser les deux questions suivantes : quelle action et quelles conséquences — causées par nos actions et situées dans l'espace et le temps — peuvent être imputées à l'agent ? Si seule une causalité par liberté permet d'imputer une action à quelqu'un, c'est parce qu'on pense intuitivement que la responsabilité suppose que cette personne pouvait agir autrement que de la manière dont elle a agi. Ceci étant, ce n'est pas parce que cette personne aurait pu agir autrement, qu'elle pouvait aussi, au moment où elle a agi, anticiper toutes les conséquences de son action. On s'aperçoit que plus les conséquences imputables à l'agent sont éloignées de l'acte initial dans le temps et dans l'espace, plus on épargne à la victime l'idée qu'elle doit assumer une part de fatalité dans les événements du monde.

9. Sur ceci, à partir notamment d'une discussion de la troisième antinomie chez Kant, voyez P. RICOEUR, « Le concept de responsabilité. Essai d'analyse sémantique », in *Le Juste*, Paris, Éditions Esprit, 1995, p. 41 à 70 et notamment p. 56 : « Pour nous, la continuité est rompue entre causalité naturelle et causalité libre. Il faut en passer par le choc des causalités et tenter une phénoménologie de leur enchevêtrement. Ce qui se donne alors à penser, ce sont des phénomènes comme l'initiative, l'intervention, où se laisse surprendre l'immixtion de l'agent de l'action dans le cours du monde, immixtion qui cause effectivement des changements dans le monde ». Je ne suis cependant pas convaincu de la radicalité de la rupture entre la causalité naturelle et causalité libre. Sur ceci, voyez la discussion entre P. RICOEUR et J.P. CHANGEUX, *La nature et la règle*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1998, 352 p.

Comme on sait cependant, la notion de responsabilité objective a pris le relais là où la responsabilité subjective pour faute perd sa crédibilité : plus précisément là où les conséquences dommageables dont la victime demande réparation sont trop éloignées de l'acte initial.

Tout ceci indique suffisamment qu'être responsable de quelque chose n'est pas identique à être la cause de quelque chose. Cette différence est bien rendue par la notion juridique de rupture du lien causal. La rupture vient de ce que la finitude de la raison empêche que la volonté de l'acte puisse englober la volonté de toutes ses conséquences. Comment cela s'opère-t-il? Suivant l'analyse hégélienne de la volonté subjective dans la *Philosophie du droit*, la volonté subjective, pour être agissante, doit nécessairement s'extérioriser dans le monde. Par l'action, elle contribue à le transformer. Mais cela signifie aussi que cet acte volontaire fait aussi à présent partie du monde et qu'autrui peut le comprendre et le saisir comme contexte de son action. Du point de vue analytique, tout se passe ici comme si l'auteur d'une œuvre d'art décidait de la divulguer. L'auteur de l'acte initial est alors en quelque sorte partiellement dessaisi des conséquences de son acte. La rupture du lien causal désigne justement la reprise en charge des conséquences de l'acte par autrui après que ces conséquences aient pu intégrer et transformer les contextes de l'action sociale dont se saisit une nouvelle volonté subjective.

12. Comme je l'ai suggéré plus haut, l'exercice de la compétence universelle par un État suppose que cet État se reconnaisse une certaine responsabilité à l'égard des personnes, des actions et des événements qu'il juge. Mais que signifie ici « avoir une certaine responsabilité? ». Ce ne peut *uniquement* consister à avoir une responsabilité purement interne, c'est-à-dire une responsabilité sur la manière dont se déroule l'instance ou dont est rendu le jugement. Quelque chose de plus doit être supposé, une autre condition de la responsabilité doit être trouvée. Mais quelle peut être cette condition dès lors que l'État exerçant sa compétence universelle n'est pas, à proprement parler, responsable des crimes qu'il juge, précisément parce qu'il ne les a pas commis?

Je crois qu'il faut admettre que nous avons des cercles concentriques de responsabilité dessinés à partir de notre position

dans le monde comme sujet socialisé. En conséquence il existe, ici aussi, un continuum entre deux pôles opposés : celui de la responsabilité *juridique* pour les conséquences dommageables de nos propres actions fautives et celui de la responsabilité *morale* à l'égard des événements qui affectent l'humanité en général.

La responsabilité proprement juridique est, historiquement, fondée sur l'idée de contractualisation des échanges et de réciprocité au sein d'une communauté de vie. C'est aussi la raison pour laquelle le droit pénal a été et reste hésitant quant au sort à réserver à l'omission d'agir, par exemple à l'infraction de non-assistance à personne en danger¹⁰. Car l'omission, reprochée au prévenu, ne manifeste en quelque sorte qu'un consentement négatif au dommage qui risque de survenir et, en conséquence, à la transformation du contexte social qui s'opère. Ce n'est donc que négativement, par abstention délibérée d'agir, que s'extériorise la volonté du sujet.

L'infraction d'omission d'agir se réalise par la seule abstention volontaire, ou mieux, par une certaine attitude face au danger que court la victime. Ceci signifie que l'infraction est indépendante du type d'acte naturellement attendu face au danger d'une part et du fait que cette omission ait, *in fine*, engendré des conséquences dommageables ou non¹¹. Elle se produit, par exemple, si je ne porte pas secours, d'une manière ou d'une autre, à une personne qui se noie bien que je ne sache pas nager moi-même ou que cette personne soit sauvée, *in extremis*, parce qu'elle peut se saisir d'un tronc d'arbre qui la maintient en dehors de l'eau.

Cette infraction diffère donc des infractions dites de commission par omission. Contrairement au premier cas, l'abstention de l'auteur est ici ce par quoi se réalise le fait matériel de l'infraction, un moyen qui « cause » en quelque sorte le dommage, par exemple le meurtre. Disons donc que dans les

10. Cette infraction est prévue, en droit belge par l'article 422 *bis* du *Code pénal*; en droit français, par l'article 223-6 al. 2 du nouveau *Code pénal* : « Sera puni (...) des mêmes peines 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 ».

11. Sur des problèmes comme ceux-ci, la jurisprudence offre des hypothèses innombrables à la philosophie qui, malheureusement, ne les exploite que très rarement. Voyez par exemple W. GLANNON, « Responsibility and the Principle of Possible Action », *The Journal of Philosophy*, 1995, p. 261-274.

hypothèses d'omission, l'infraction est réalisée par la seule abstention, indépendamment des résultats de celle-ci, tandis que dans les hypothèses de commission par omission l'infraction suppose la réalisation du dommage¹². On aperçoit, une fois encore, les difficultés qui résultent ici de l'utilisation de la notion de cause. Car, à l'évidence, ce n'est pas l'omission d'agir qui cause à proprement parler le dommage, la noyade par exemple. Si la personne à qui l'on reproche de n'avoir pas porté secours était arrivée sur les lieux quelques minutes plus tôt ou plus tard, le dommage se serait néanmoins produit... On se trouve donc dans un cas assez similaire au célèbre arrêt *Perruche* dans lequel on reprochait au médecin une erreur de diagnostic. Sans celle-ci les parents auraient pu être valablement informés sur le handicap de leur enfant et délibérer en *connaissance de cause*, si je puis dire, pour décider de garder l'enfant ou, au contraire, d'avorter¹³. Mais ce n'est évidemment pas le médecin qui a causé le dommage, que ce soit le handicap lui-même ou la naissance de l'enfant handicapé. Et, dans la justification de la réparation accordée, il y a aussi, comme pour le délit d'omission, un certain devoir d'humanité à l'égard d'autrui. Fondées initialement sur un devoir intuitif de solidarité — un principe de non-indifférence à l'égard des personnes, des actions et des événements qui font partie d'une vie communautaire — ces infractions d'omission et de commission par omission posent la question traditionnelle du passage de l'obligation morale à l'obligation juridique, c'est-à-dire aussi, sous un certain sens, celle du passage du fait au droit. Et, comme je l'ai relevé en note à propos de l'obligation naturelle, il se trouve des cas où la réalisation effective de l'action se mue simultanément — ou, progressivement, par exemple pour la coutume — en un acte, pertinent du point de vue du droit. Le passage d'un fait extérieur au droit à une norme contraignante d'un ordre juridique, d'un devoir moral à une obligation juridique, est rendu nécessaire par la règle *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

12. En droit belge et français, la notion de commission d'une infraction par omission n'est, sauf exception, pas reconnue. Ce n'est pas le cas en droit anglais, américain et allemand. En droit anglais, comp., J.C. SMITH AND B. HOGAN, *Criminal Law*, 7th Ed., London, Butterworths, 1992, p. 45 et suiv.

13. Sur ceci, je me permets de renvoyer à P. COPPENS, « Du préjudice d'être né? », in F. VARONE, N. SCHIFFINO, *Les procréations médicalement assistées*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 68-96.

13. Traditionnellement, on ne juge pas les seules intentions qui ne s'accomplissent ni se révèlent dans un acte matériel car elles ne se prêtent guère à une évaluation intersubjective. Il faut des données sensibles pour juger. Cependant, comme on a vu, le droit pénal sanctionne un devoir d'humanité qui commande de porter secours à autrui lorsqu'il est en danger. La notion d'omission d'agir a intégré le champ du droit pénal pour des raisons de solidarité : il existe une maxime morale qui interdit qu'un membre d'une communauté soit totalement indifférent à l'égard d'un autre membre de sa communauté¹⁴. La dimension institutionnelle de la vie morale est précisément que nous devons exécuter des obligations et assumer des responsabilités sans que nous nous y soyons expressément engagés. Mais quelle est sa communauté et, comme pour l'enchaînement des causes et des effets, jusqu'où s'étend-elle?

Il semble assez intuitif — et cette intuition est aussi exprimée dans des textes légaux — que les parents ont des responsabilités vis-à-vis de leurs enfants, les enfants vis-à-vis de leurs parents et les parents des responsabilités entre eux. Les frères et sœurs ne peuvent pas être indifférents les uns vis-à-vis des autres et les amis des uns et des autres forment encore un cercle assez proche, de même que les voisins qui partagent le même cadre de vie que moi. On rajoutera sans doute encore toutes les personnes qui sont dans un rapport contractuel avec moi. Mais mes cercles de responsabilité s'étendent-ils encore au-delà? Pourquoi, par exemple, un État s'autorise-t-il à trancher des litiges sur la base d'une compétence universelle alors que l'arriéré judiciaire est tel que ses justiciables nationaux doivent souvent attendre plusieurs années avant qu'un juge puisse les entendre?

14. Il faudrait analyser davantage les rapports qui peuvent exister entre l'infraction d'abstention de porter secours à une personne en danger en droit pénal et l'obligation naturelle en droit civil. Dans l'un et l'autre cas, on a soutenu qu'il s'agissait d'un envahissement abusif de la morale dans le droit. Par contre, du point de vue d'une analyse de l'action, il faut relever la différence suivante : lorsqu'une personne meurt alors qu'une autre aurait pu lui porter secours, cette dernière n'a pas, du point de vue pénal, commis de meurtre mais bien un délit d'abstention. Au contraire, l'obligation naturelle naît d'un acte, c'est-à-dire d'une volonté extériorisée. C'est en quelque sorte l'acte du sujet qui crée l'obligation, lorsque cet acte est circonstancié, c'est-à-dire lorsqu'il s'opère dans des circonstances telles qu'une obligation naturelle peut naître.

Si je supposais que j'étais également responsable, de manière plus indirecte sans aucun doute, de toutes les personnes qui connaissent toutes celles vis-à-vis desquelles je me sens plus responsable — mes parents, mes enfants, mes amis — et qui à leur tour en connaissent bien d'autres qui en connaissent encore tant d'autres etc., n'aboutirions-nous pas, de proche en proche, à avoir une certaine relation avec l'ensemble des humains qui peuplent la Terre? L'idée même de cette possibilité d'un lien entre tous, par la médiation du langage, est ce que nous pouvons appeler notre humanité partagée. Et à l'égard des gens et des peuples qui la constituent, nous avons des devoirs d'humanité *du même genre mais sans doute d'un degré différent* que ceux qui sont sanctionnés par l'infraction de non-assistance à personne en danger.

C'est aussi dans cette perspective que j'ai suggéré que l'exercice de la compétence universelle par les juridictions d'un État manifeste une espèce d'intéressement spécifique à l'égard des souffrances subies par un peuple, intéressement qui engage la responsabilité de cet État à l'égard de ce peuple. En d'autres termes, l'exercice de la compétence universelle réduit les distances des cercles concentriques entre les proches dont je suis intuitivement responsable et les peuples dont je me sens à présent responsable par l'exercice d'un pouvoir de juger des crimes dont ils ont souffert.

On s'aperçoit que les problèmes que soulève l'exercice de la compétence universelle sont finalement assez proches des questions que pose le droit d'intervention humanitaire. Chacune de ses deux institutions repose en effet, me semble-t-il, sur une tension entre les catégories liées à la notion de souveraineté des États d'une part et à celles qui relèvent de la notion d'humanité des États d'autre part. Et celle-ci n'est en réalité elle-même qu'une expression particulière de la tension tout à fait générale entre les catégories de la légalité formelle et celles de la légitimité substantielle.

14. La condition de possibilité de l'intervention humanitaire est que la protection des peuples qui composent un État est comprise dans le concept pratique de souveraineté de cet État. Un État n'est donc souverain qu'autant qu'il ne procède pas à l'anéantissement ou à la violation grave des droits du peuple ou d'une partie du peuple qui le compose. Et le fait que

la souveraineté d'un État, du point de vue du droit international, ne puisse justifier un génocide ou un crime contre l'humanité vient de ce que les gens qui peuplent cet État partagent une commune humanité avec nous. Nous avons donc tous une communauté d'intérêts à défendre, qui est celle de notre commune humanité¹⁵. Dans cette perspective, les limites de la souveraineté des États s'apprécient au regard d'exigences éthiques minimales communes aux membres d'une société globale.

L'intervention humanitaire est alors justifiée « when it is a response (with reasonable expectations of success) to acts that kill or inflict serious bodily or mental harm on large numbers of people, or deliberately inflict on them conditions of life calculated to bring about their physical destruction, and when the state nominally in charge is unable or unwilling to stop it »¹⁶.

15. Les conditions d'intervention humanitaire doivent être strictes parce que, comme l'écrit élégamment P. Singer, « some nations are capable of deceiving themselves into believing that their desire to expand their influence in the world is really an altruistic concern to defend democracy and human rights »¹⁷.

Cette précaution mériterait d'être également rappelée à l'égard de la compétence universelle, bien que les effets pervers d'une espèce de croisade altruiste soient sans doute ici moins réels.

15. Dans *Les deux sources de la morale et de la religion*, H. BERGSON soutient que la forme d'une justice universelle — « son caractère violemment impérieux » — trouve ses racines dans le prophétisme juif tandis que la matière de la justice universelle — le souci de légiférer pour l'humanité entière et d'élaborer une « république universelle » — est spécifiquement chrétienne : « Il ne nous paraît pas douteux que ce second progrès, le passage du clos à l'ouvert, soit dû au christianisme, comme le premier l'avait été au prophétisme juif (...) Il fallut attendre jusqu'au christianisme pour que l'idée de fraternité universelle, laquelle implique l'égalité des droits et l'inviolabilité de la personne, devint agissante », 6^e éd., Paris, PUF, Quadrige, 1995, p. 77-78.

16. P. SINGER, *One World, the Ethics of Globalization*, Yale University Press, 2002, p. 125. Cette définition ne retient pas explicitement le critère traditionnel de l'intervention humanitaire lorsque les crimes sont d'une nature telle qu'ils choquent la conscience universelle de l'humanité. Ceci étant, l'intervention humanitaire s'est fait longtemps attendre là où, comme dans le cas du génocide rwandais, la conscience universelle de l'humanité pouvait difficilement être choquée davantage. Paradoxalement, ce qui a ici entretenu le trouble de la conscience universelle sont aussi bien les crimes commis que l'abstention d'agir des États démocratiques.

17. P. SINGER, *id.*, p. 138.

Ceci étant, lorsque les conditions de l'intervention sont remplies, il est quelque peu cynique — au regard des justifications fondées sur la commune humanité des peuples vivant en démocratie et de ceux qui sont soumis à la tyrannie — d'encore considérer que le droit d'intervention ne se transforme pas en obligation, idéalement sous l'égide des Nations Unies. La responsabilité que chacun des États doit assumer, dans une société globalisée, à l'égard des peuples de la communauté des Nations, ne doit pas leur permettre de différer sans cesse leur intervention. Les raisons qui ont justifié, au sein d'un ordre juridique, l'infraction d'omission de porter secours à autrui sont transposables à l'ordre juridique global qui se manifeste aujourd'hui par les défis économiques, environnementaux ou terroristes qui, par leur nature, doivent être relevés à l'échelle mondiale.

C'est cette même responsabilité que j'ai essayé de justifier lorsqu'un État se décide d'exercer une compétence universelle. Cet exercice doit l'engager plus loin que de simplement rendre la justice car, en jugeant, il manifeste implicitement qu'il se sent particulièrement responsable à l'égard des crimes qu'ils jugent et des victimes qui en ont souffert. Certes, la nature et l'étendue de cette responsabilité dépendent de ce que l'on entend par « juger en matière pénale ». Il y a là à la fois une dimension de punition et de réparation mais aussi de prévention. La responsabilité de l'État qui exerce une compétence universelle est, comme nous allons le voir, une responsabilité prise à l'égard des peuples : l'engagement de contribuer, notamment par une aide au développement, à prévenir la répétition des crimes.

SECTION 2

COMPÉTENCE UNIVERSELLE ET FONCTION DE JUGER

16. Du point de vue de la fonction de juger, l'exercice de la compétence universelle pose deux types de problèmes. Le premier est de nature épistémologique et est lié à l'interrogation suivante : « qu'appelle-t-on juger en droit? ». Sous une forme un peu plus explicite, et qui donne déjà quelques éléments de solution, la question devient : « quelles sont les conditions d'une application impartiale des normes? ». Le second type de

problème que pose, me semble-t-il, l'exercice de la compétence universelle relève lui des fondements de la politique criminelle, c'est-à-dire aussi de l'essence de la liberté politique et du partage entre sphère privée et sphère publique : « quelles sont les finalités de la fonction et de la sanction pénales? », « pour quelles raisons une société se donne-t-elle le droit de punir, c'est-à-dire, au fond, d'infliger une souffrance, non seulement aux personnes qui commettent des infractions sur son territoire, mais aussi aux étrangers qui commettent des crimes graves contre d'autres étrangers à l'étranger? ». J'analyserai tour à tour chacun de ces deux problèmes.

§1. FONCTION DE JUGER ET IMPARTIALITÉ

17. Les philosophes grecs et les grands auteurs tragiques de la démocratie athénienne que sont Eschyle, Sophocle et Euripide ont témoigné, au-delà de leurs différences, que la société grecque devait s'unir autour d'un concept de justice. Or, ce concept de justice, qui devait conjurer la violence qu'eux-mêmes, les Grecs, ont parfois contribué à créer, était centré sur une double idée, encore largement partagée aujourd'hui.

La première est que seule une règle de droit est susceptible de promouvoir l'égalité entre tous, c'est-à-dire l'institution de la liberté par réciprocité. Comme le montre par excellence *Les Suppliants* d'Euripide, la légalité est la source de l'égalité et de la liberté entre tous les citoyens grecs lorsqu'ils peuvent tous également et librement participer à l'édiction de la règle de droit. La légalité et l'égalité sont condition et effet l'une de l'autre. Aujourd'hui, on soutiendra, par exemple dans la perspective de Rawls ou de Habermas, que la légitimité d'une norme juridique requiert que tous les destinataires de cette norme puissent faire valoir leurs intérêts raisonnables au sein d'un débat public loyal et argumenté.

La seconde idée, étroitement liée à la première, est que l'application de la règle de droit doit se faire par un tribunal impartial après que celui-ci eut délibéré sur les arguments et contre-arguments de chacune des parties.

Ces deux idées de la participation de tous à l'édiction des normes et de l'impartialité des tribunaux sont, déjà sous le règne de Périclès et de la grande période de la démocratie athénienne,

des idéaux de justice plus que des principes appliqués dans toutes leurs exigences. Mais ils sont du moins restés, comme idéaux, les horizons régulateurs de toute la réflexion occidentale à la recherche d'une société juste. Et comme nous le verrons tout de suite, le moyen privilégié que la philosophie du droit et, plus généralement, la philosophie politique construisent sans cesse pour tenter d'approcher ces idéaux repose dans la notion de représentation. Ce qui paraît tout à fait remarquable, mais que nous ne pouvons que souligner ici, est que nous possédons, avec le concept de représentation, le point d'ancrage et de rencontre entre les préoccupations premières de la raison théorique — la connaissance comme représentation d'un objet par le langage — et celles de la raison pratique — la norme d'action comme représentation de la volonté¹⁸.

18. À supposer que la règle existe, que signifie suivre une règle? Qu'est-ce qui constitue l'application juridictionnelle impartiale des normes juridiques? Cette difficulté apparaît d'autant plus grande que la recherche des significations des normes requiert des interprétations construites en fonction de contextes litigieux complexes.

D'une part, la règle formule une raison d'agir : la règle guide l'action¹⁹. D'autre part, l'application de la règle est sa finalité. Nous pouvons dire par conséquent qu'appliquer une règle consiste à agir conformément à cette règle. Mais qu'appelle-t-on à présent agir conformément à une règle? Et quels sont les critères de l'agir conforme à la règle?

Ces deux questions sont au centre des paragraphes 185 à 242 des *Investigations philosophiques* de L. Wittgenstein.

18. Je ne peux rentrer plus avant dans les détails et, notamment, sur la différence qu'on pourrait faire entre la connaissance d'un objet par sa représentation et la compréhension d'un objet par sa saisie. Aussi, pour ceux que la question intéresse, je me permets de renvoyer à « Objectivité et représentation », in *Dworkin : un débat ; Dworkin in der Discussion ; Debating Dworkin*, S. WESCHE ET V. ZANETTI (dir.), Bruxelles, Ousia, 1999, p. 165-204. (en collaboration avec A. BERTEN), « Objectivité et légitimité des décisions constitutionnelles », in *Actes de l'Académie internationale de droit comparé*, Brisbane, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 45-73.

19. Mais la règle donne aussi un sens à l'action, en la qualifiant comme étant telle ou telle action. Par exemple, je n'accomplis pas l'action de boire ou de manger lorsque je suis nourri par perfusion. Des actions aussi naturelles que boire et manger supposent donc le respect de certaines règles, certes moins contraignantes que les règles du jeu d'échec ou du football.

La solution que Wittgenstein leur donne est la suivante : comprendre une règle suppose qu'on sache *comment* agir conformément à la règle et qu'on sache reconnaître les actions qui s'accordent avec cette règle. Ce savoir requiert une capacité et une habileté pratiques car le jugement d'application d'une règle s'opère dans l'action²⁰. Mais toute compréhension d'une expression suppose aussi que nous habitions une constellation de croyances. Le savoir qui nous permet de comprendre une règle est, en conséquence, une habileté pratique qui se déploie et qui s'exerce dans un monde de croyances.

Cependant, suivre une règle est également une pratique sociale. Aussi, il est essentiel que ce monde de croyances soit partagé par la communauté interprétative pour qu'elle puisse comprendre la règle et pour qu'elle puisse alors considérer qu'un comportement quelconque respecte ou transgresse ses règles. En conséquence, la compréhension de la règle requiert un effacement de la tradition épistémologique liée à la philosophie de la conscience et un rapatriement du corps et d'autrui au sein d'une structure dialogique de la représentation. Suivre une règle, pour Wittgenstein, consiste donc à comprendre sa signification en agissant conformément à elle. Cet accord s'opère sur la base d'un arrière-fond que Wittgenstein appelle un jeu de langage. Et chaque application de la règle repose sur une toile en contribuant toujours à la tisser à son tour. D'une certaine manière, on peut avancer que les règles de droit qui ont une assise et une assurance solides dans un ordre juridique n'ont aucun sens *a priori*, c'est-à-dire avant leur application dans un cas d'espèce concret. Il en est par exemple ainsi de la règle selon laquelle « tous les Belges sont égaux devant la loi ». Cette règle n'empêche pourtant pas que l'on crée des inégalités objectives pour tenter de mieux répartir les biens entre tous, que ces biens soient des droits — comme dans les actions affirmatives qui favorisent une classe de la population, les femmes

20. Le sens de la règle change de signification et de direction dans l'action pratique — la raison pratique effectuant — par laquelle j'applique une règle. Si l'application est bien la finalité de la règle, le sens de l'application — les raisons pour lesquelles la règle est appliquée — évoluent au cours de l'action de la raison pratique effectuant et, notamment au regard des conséquences que l'opération d'application implique ou risque d'induire. Les finalités de la règle.

par exemple — ou des richesses économiques — comme dans le calcul proportionnel des impôts des personnes physiques.

19. Or, les développements qui précèdent montrent suffisamment que les deux problèmes fondamentaux que le droit doit résoudre pour tendre vers le bien commun d'une société juste — la détermination de la validité et de la légitimité d'une norme et la réalisation d'une application impartiale d'une norme — sont intimement liés à la question de la représentation. Il s'agira d'une part du problème de la représentation des intérêts de tous les destinataires potentiels de la norme, problème qui englobe, notamment, la représentation des intérêts des générations futures. Il s'agira d'autre part du problème de la représentation des auteurs et des victimes de l'infraction au sein du processus juridictionnel pénal. Ce processus doit tout à la fois permettre de conjurer par la raison l'instinct de vengeance en donnant une satisfaction raisonnable au sentiment de justice par une sanction mesurée du coupable et, surtout, éduquer pour prévenir les violences futures. Car l'idée moderne de la peine ne réside plus seulement dans la sanction du crime mais surtout dans l'anticipation de ses répétitions : *punitur non quia peccatum est, sed ne peccatur*.

Or, ce sont précisément les auteurs et les victimes des infractions qui, au cours d'un débat pénal argumenté et fortement institutionnalisé, doivent permettre de construire une représentation appropriée des éléments du litige. En ce sens, une représentation adéquate des acteurs est une condition nécessaire d'une juste représentation de l'infraction, en l'occurrence de la violation grave du droit international humanitaire. On voit comment la représentation des acteurs d'un conflit — auteurs ou victimes — est une condition d'un règlement légitime du litige. On aperçoit aussi comment des déficits de représentation ne permettent pas à suffisance de déterminer et de qualifier les éléments pertinents qui doivent contribuer à une description adéquate des faits litigieux. Plus généralement, on dira que le passage du fait au droit requiert des qualifications juridiques d'événements divers; que ces qualifications s'opèrent par la raison herméneutique, c'est-à-dire par l'action de la raison qui interprète ces événements; et, qu'enfin, l'interprétation légitime d'un fait et sa qualification en droit nécessitent une représentation

adéquate des événements par une représentation adéquate des hommes intéressés par le jugement.

Or, l'exercice de la compétence universelle pose des questions si délicates au regard d'une telle conception de la représentation que nous pouvons maintenant formuler notre thèse de la manière suivante : notre responsabilité collective de dénoncer une situation intuitivement injuste n'emporte pas nécessairement la légitimité de juger tout, toujours, partout sous le couvert d'une institution étatique, en l'occurrence le pouvoir judiciaire d'un État qui exerce une compétence universelle, *parce que les conditions de la représentation ne paraissent pas pouvoir être suffisamment assurées*.

Le problème n'est donc pas qu'il ne faille pas soutenir l'idée d'un juge pour connaître de ces crimes. Il est plutôt de promouvoir l'idée d'un magistrat qui n'épuise pas toute sa crédibilité — avant même de juger — lors de la reconstruction historique des événements sur lesquels il entend non seulement se prononcer comme historien mais également comme juge.

§2. SUR LES FINALITÉS DE LA FONCTION DE JUGER PÉNALE

20. Le caractère paradoxal de la condamnation de certaines infractions particulièrement graves est que l'universalité de leur réprobation trouve sans doute son origine et sa justification dans l'idée que les auteurs de ces crimes partagent une commune humanité avec leurs juges. Aussi, lorsqu'un prévenu comparaît pour un meurtre atroce, naissent à la fois le dégoût pour l'acte et l'effroi que nous aussi, peut-être un jour, nous serions capables d'une telle horreur. Car nous ne sommes pas d'une espèce différente, lui un animal qui ne répondrait plus qu'à des stimuli, nous des êtres humains qui serions maîtres de toutes nos pulsions²¹.

21. Que nous soyons de la même espèce se manifeste d'un point de vue biologique par le fait crucial que nous pouvons nous reproduire ensemble. Il faudrait alors vérifier l'hypothèse suivante : que la répulsion de cette éventualité de reproduction a souvent conduit le droit à une certaine obsession de la stérilisation des criminels, comme des handicapés. Comme si on voulait nous protéger d'eux, repousser violemment toute idée de coappartenance ou de commune humanité, en les faisant passer dans la catégorie d'une espèce étrangère à la nôtre dès lors qu'ils ne sont plus capables de se reproduire avec nous.

Mais, dans cette perspective, la compétence universelle peut alors à nouveau apparaître comme l'exercice d'une espèce de vengeance privée par laquelle un homme particulier (ou, disons, l'institution particulière qu'il incarne), s'autorise, au nom de cette commune humanité, de sanctionner des actes qui n'ont d'autres facteurs de rattachement avec lui que la reconnaissance douloureuse que lui, juge, a un air de famille avec cet autre être humain qu'il s'apprête à sanctionner.

C'est peut-être le moment de se souvenir que les Grecs, une fois encore, ont créé les conditions d'une institution juridictionnelle pour conjurer la répétition des violences engendrées par les réciprocités indéfinies des vengeances. Or, dans la Grèce antique également mais pas uniquement dans cette culture-là — l'Ancien Testament fournit d'autres exemples bien connus — les sociétés ont pu conjurer la violence et fonder à nouveau leurs liens autour du rite sacrificiel. Comme l'ont montré les travaux de René Girard, le rite sacrificiel a pour objet de distinguer entre une violence légitime et une violence non légitime comme moyen de réinsérer de l'ordre dans les choses. Seule la violence du rite qui sacrifie une victime émissaire est légitime et, en conséquence, susceptible de restaurer l'unité du lien social en prévenant les vengeances réciproques et indéfiniment répétées. Dans cette perspective, on peut suggérer que la fonction de juger est la forme contemporaine de la fonction sacrificielle : elles emportent toutes les deux des formes de violences maîtrisées et institutionnalisées — le jugement pénal et le sacrifice — pour éviter d'autres violences futures.

21. Comme on l'a vu plus haut, la philosophie pénale moderne se distingue *grosso modo* selon qu'elle donne au droit de punir un fondement rétributiviste ou un fondement utilitariste. D'après la théorie rétributiviste, dont la figure emblématique serait Kant, la punition est *inhérente* à l'infraction, sur le mode biblique du talion. La signification de la peine se concentrerait alors tout entière dans l'expiation du crime ou du délit. La théorie utilitariste, traditionnellement attachée au nom de Beccaria, puis à ceux de Bentham et de Mill, défend au contraire l'idée que la peine n'a de justification qu'autant qu'elle est utile à la société en général, essentiellement par la prévention. La mesure de la peine est donc fonction de l'utilité de sa contribution au bien public.

Il est remarquable qu'une forme de cette théorie soit déjà expressément présente chez Platon, qui donne une version de l'utilitarisme qui ne changera plus fondamentalement par la suite :

Si, en effet, Socrate, tu consens à réfléchir sur ce que peut bien signifier le fait d'infliger une correction à celui qui a commis une injustice, cela seul t'apprendra que, au jugement des hommes, la moralité est quelque chose dont on s'équipe. Nul en effet n'inflige une correction à ceux qui commettent l'injustice, en ayant égard à ce fait qu'ils ont commis l'injustice et à cause de ce fait : j'entends quand on ne se venge pas d'une manière irréfléchie et comme fait une bête. Mais celui qui réfléchit quand il veut infliger une correction, son motif n'est pas de tirer vengeance de l'injustice passée, car il ne saurait faire que ne soit pas produit ce qui a été accompli ; c'est au contraire l'avenir qu'il a en vue, pour éviter de nouvelles injustices, et de la part de ce même individu, et de la part de quiconque aura été témoin de la correction infligée. Du fait qu'il a cette idée, il a l'idée que la moralité est le fruit d'une éducation ; en tout cas, le motif qu'il a d'infliger une correction, c'est de détourner de la faute »²².

22. Mais, en réalité, les figures emblématiques sont beaucoup plus complexes que celles que présentent généralement les pénalistes²³. On pourrait présenter le noyau dur de la thèse rétributiviste de manière radicale en soutenant, comme le fait Bernard Williams, que « On the retributive understanding of it, nothing is essentially done by punishment except to hurt the recipient. He is, it is claimed, rightfully hurt, but the

22. PLATON, *Protagoras*, trad. L. Robin, in *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, Pléiade, T. I, 1950, 324 (a) et (b), p. 93.

23. Voyez par exemple, P. BOUZAT ET J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1970, p. 99 et suiv. ; G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Droit pénal général*, 15^e éd., Paris, Dalloz, 1994, p. 62 et suiv.

Les aspects utilitaristes de la théorie kantienne de la peine ont fait l'objet de plusieurs travaux récents en philosophie morale. Voyez par exemple récemment, J.C. MERLE, « A Kantian Critique of Kant's Theory of Punishment », *Law and Philosophy*, vol. 19, n° 3, 2000, p. 311-338, qui soutient que la conception rétributiviste de la peine défendue par Kant contre l'utilitarisme n'est pas compatible avec le concept kantien de droit. Parfois même, on attribue à Kant une conception utilitariste radicalement conséquentialiste de la peine, à l'opposé donc de toutes les théories traditionnelles qui considéraient la philosophie kantienne de la peine comme le paradigme même du rétributivisme. En ce sens, B. GUILLARME, *Penser la peine*, Paris, PUF, 2003, 200 p.

criterion of that is not what punishment does, but what he has done »²⁴. Ce passage peut apparaître comme la traduction de la définition kantienne de la peine judiciaire qui « ne peut jamais être infligée uniquement comme moyen de restaurer le bien sous une autre forme, soit pour le criminel lui-même, soit pour la société civile, mais doit toujours être prononcée contre lui pour la seule raison *qu'il a commis le crime* »²⁵. Il est ainsi clair qu'on ne retrouvera pas chez Kant une disposition telle que la 4^e règle que Bentham édicte pour assurer la proportion entre les délits et les peines : « Plus un délit est grand, plus on peut hasarder une peine plus sévère pour la chance de la prévenir » ; ni encore celle-ci, qui suit immédiatement : « N'oublions pas qu'une peine infligée est une dépense certaine pour acheter un avantage incertain »²⁶. Ceci étant, je voudrais brièvement montrer qu'entre le pôle du rétributivisme d'une part et celui de l'utilitarisme d'autre part, il se passe pas mal de choses. L'espace entre les deux n'est pas nu parce qu'il n'est pas discontinu : on n'est pas obligé, pour passer de Kant à Bentham, d'opérer un brusque saut car, en réalité, ni l'un ni l'autre ne restent fermement assis sur leur pôle rétributiviste ou utilitariste respectif.

23. Pourquoi et jusqu'où Kant est-il donc rétributiviste? En d'autres termes, à partir de quand peut-on considérer qu'il devient un utilitariste conséquentialiste?

Je pense que la raison, la nature et l'étendue de son rétributivisme dépendent de deux éléments qui traversent toute sa philosophie.

Le premier, par ordre de priorité sinon logique du moins chronologique, est que l'homme qui a commis un crime doit supporter les conséquences de son acte et être châtié simplement *parce qu'il est punissable*. Et il est punissable en tant qu'il est un être, à dire vrai le seul être ou, mieux encore, le seul phénomène du monde sensible, qui soit *capable* d'un crime. Il faut ici se rappeler que la solution donnée à la

24. B. WILLIAMS, « Moral Responsibility and Political Freedoms », *Cambridge Law Journal*, 1997, p. 100.

25. E. KANT, *Métaphysique des mœurs*, Doctrine du droit, 49 E, trad. J. & O. Masson, in *Œuvres philosophiques*, T. III, Paris, Gallimard, Pléiade, 1980, p. 601.

26. J. BENTHAM, « Traité de législation civile et pénale », in *Œuvres*, T. I, trad. par P.E.L. Dumont et B. Laroche, Scientia Verlag Aalen, 1969, Troisième Partie (Des Peines), Chapitre II, p. 171.

troisième antinomie — et qui aboutit, comme on l'a vu plus haut, à satisfaire les conditions d'une coexistence de la causalité par nature et de la causalité par liberté — est *pratiquement* fondée par le concept de devoir qui s'exprime dans le langage du blâme²⁷. Car, bien que l'action d'un homme soit parfaitement déterminée par toute une série de causes déterminantes qui l'ont amené à agir comme il a agi empiriquement, « on n'en blâme pas moins l'auteur »; et ce blâme « se fonde sur une loi de la raison, où l'on regarde celle-ci comme une cause qui a pu et dû déterminer autrement la conduite de l'homme, nonobstant toutes les conditions empiriques (...) »²⁸. En conséquence, « l'action est attribuée au caractère intelligible de l'auteur : la faute tombe entièrement sur lui à l'instant même où il ment; par conséquent, malgré toutes les conditions empiriques de l'action, la raison était parfaitement libre, et cet acte doit être entièrement imputé à son manquement »²⁹. La première raison du rétributivisme kantien repose donc tout entière sur le caractère punissable de l'auteur qui a transgressé l'impératif catégorique du devoir — norme pratique inconditionnée — et qui, pour ce seul fait, doit être *blâmé*. Comme on a vu, il pouvait avoir toutes les

27. Il est, me semble-t-il, intéressant de noter que le problème fondamental du droit sera de résoudre une autre difficulté de coexistence, celle entre des libertés. L'extériorisation de ces libertés s'opère par l'action dont la moralité est soumise au respect de l'exigence de l'impératif catégorique, c'est-à-dire à l'universalisation des maximes d'action. Par ce mouvement d'universalisation, chaque liberté rencontre d'autres libertés qui lui adressent des réquisits d'égal usage des libertés. L'égalité est donc une question de rapports entre des libertés. La coexistence entre catégories est fondamentale dans l'idéalisme : noumène et phénomène, causalité par nature et causalité par liberté, *homo noumenon et homo phaenomenon*...

28. I. KANT, *Critique de la raison pure*, op. cit., p. 1184-1185. (III, 375-376).

29. I. KANT, *id.*, p. 1184. On peut remarquer que Kant reprend ici l'exemple connu du mensonge qu'il avait développé dans un petit texte intitulé « Sur un prétendu droit de mentir par humanité », in *Œuvres philosophiques*, trad. L. Ferry, T. III, Paris, Pléiade, Gallimard, 1980, p. 436. Le mensonge, tout mensonge, même le plus pieux des mensonges doit être radicalement prohibé. Car si l'on admettait le mensonge d'une personne, une autre mentirait sans doute aussi, un autre encore plus tard et, de proche en proche, serait détruit le devoir universel — l'impératif catégorique — de dire toujours la vérité. La communication intersubjective crédible disparaîtrait peu à peu et, avec cette disparition, c'est l'humanité de l'homme, en tant qu'être discursif, qui disparaîtrait. Il reprendra cette idée dans la *Métaphysique des mœurs*, Doctrine du droit : « (...) car si la justice sombre, le fait que des hommes vivent sur la terre n'a plus aucune valeur », op. cit., p. 601. Participe à la même idée cet autre passage : « Mais que signifient ces mots : « Si tu le voles, tu te voles toi-même » ? Celui qui vole rend incertaine la propriété de tous les autres (...) » op. cit., p. 603.

raisons empiriques d'être « poussé » à ce crime, mais la liberté de la raison est précisément l'instance qui lui signifie qu'il pouvait agir autrement.

La seconde raison du rétributivisme de Kant vient d'un autre trait caractéristique de sa philosophie pratique : une peine « ne peut jamais être infligée uniquement comme moyen de restaurer le bien sous une autre forme » ; car en effet « l'homme ne peut jamais être traité comme un simple moyen pour les desseins d'autrui ni être confondu avec les objets de droit réel, ce contre quoi le protège sa personnalité innée, quoiqu'il soit bel et bien susceptible d'être condamné à perdre sa personnalité civile »³⁰.

Ces deux justifications du rétributivisme forment aussi les limites à l'étendue ou au champ d'application que Kant en donne. Car si la loi pénale est un impératif catégorique parce qu'elle est une maxime qui peut être universalisée et si la sanction doit être infligée parce que le crime transgresse un tel impératif qui doit orienter toujours la liberté, Kant ajoute aussi que « pour qu'on songe à retirer de sa peine quelque utilité pour lui-même ou ses concitoyens, il faut d'abord qu'on le trouve *punissable* »³¹.

Ceci indique assez qu'il n'est pas exclu qu'on retire quelque utilité de la peine infligée, pour autant que la fin de l'utilité soit toujours seconde, c'est-à-dire uniquement pour autant que l'auteur de l'infraction ne reste pas impuni. La raison en est, une fois encore, que si l'utilité seule de la peine (prévention par la menace) pouvait jouer comme une mécanique pour faire agir l'homme, ce dernier ne pourrait plus être caractérisé par la liberté de sa volonté. L'homme criminel serait alors pour Kant de la pure mécanique plaquée sur du vivant et donc de l'être incapable d'imputation, sans liberté ni responsabilité³².

30. I. KANT, *Métaphysique des mœurs*, Doctrine du droit, *op. cit.*, E 49, p. 601.

31. I. KANT, *ibid.*

32. « Au reste, considérer toute punition et toute récompense exclusivement comme un moyen mécanique aux mains d'une puissance supérieure, à seule fin de faire agir des êtres raisonnables en vue de leur fin dernière (le bonheur), est bien trop visiblement un mécanisme qui supprime toute liberté de leur volonté pour qu'il soit nécessaire de nous y arrêter », I. KANT, *Critique de la raison pratique*, in *Œuvres philosophiques*, trad. L. Ferry et H. Wismann, T. II, Paris, Gallimard, Pléiade, 1980, p. 654 (V.38). Cette

Mais, au-delà de sa critique générale de l'utilitarisme, l'on retrouve aussi chez Kant des préoccupations conséquentialistes.

Ainsi, si celui qui tue doit mourir ce n'est pas seulement parce qu'il doit supporter les conséquences de ses actions mais aussi, et sans doute même surtout, par le fait que s'il n'était pas puni, le crime entacherait tout le peuple qui n'a pas réclamé le châtement « car il pourrait être considéré comme complice de cette violation publique de la justice »³³. On a donc certainement ici quelque chose de l'ordre de la *purification sociale* par le châtement de celui qui a perturbé l'ordre.

Si, par ailleurs, le nombre des criminels et des complices est tel que requérir pour tous la peine de mort signifierait que l'État « pour ne plus compter semblables criminels, pourrait bientôt en venir à ne plus avoir aucun sujet, cependant qu'il ne veut pas se dissoudre, c'est-à-dire tomber dans l'état de nature qui est bien pire encore puisqu'il est dépourvu de toute justice extérieure (ni surtout stupéfier le sentiment populaire par le spectacle d'un carnage), il faut que le souverain, comme juge, puisse prononcer « une autre peine qui sauvegarde la masse de la population »³⁴.

Ces deux exemples pourraient suffire, me semble-t-il, à montrer que la peine n'est pas *uniquement* destinée à châtier l'auteur de l'infraction.

24. Prenant le chemin inverse et redistribuant un peu plus encore les interprétations, on a soutenu récemment que « la théorie kantienne de la peine n'est pas purement conséquentialiste » car « l'on y retrouve également certains éléments d'une vision rétributive(...) »³⁵ ! Comment comprendre ce renversement?

première raison marque assez exactement ce qui sépare la pensée kantienne d'un autre courant fort important en philosophie pénale, le positivisme. Comme les positivistes, Kant considère, du point de vue empirique de la causalité naturelle, que tous les crimes et délits sont des phénomènes qui résultent *nécessairement* de causes endogènes — ses caractères physico-psychiques — et de causes exogènes — son milieu social. Un tel déterminisme exclut, chez les positivistes, l'idée de libre arbitre pour justifier la peine. Or, comme on a vu, c'est précisément celle-ci que Kant introduit dans la *Critique de la raison pure* lorsqu'il construit la compatibilité entre la causalité naturelle et la causalité par liberté. Seule cette dernière rend possible l'imputation d'un acte à son auteur.

33. I. KANT, *ibid.*

34. I. KANT, *id.*, p. 605.

35. B. GUILLARME, *Penser la peine*, Paris, PUF, 2003, p. 99.

Il faut distinguer, me semble-t-il, entre « la justification kantienne de l'institution pénale » et la justification de « la souffrance infligée par la peine ». La première justification, celle de la loi pénale, n'est pas seulement clairement conséquentialiste chez Kant; elle est nécessairement conséquentialiste chez tout le monde.

Des actions peuvent toujours empiéter sur d'autres libertés égales et les restreindre, ce par quoi elles sont juridiquement interdites. Et il appartient aussi à l'essence même de la norme juridique d'être susceptible de transgression. La loi pénale n'a jamais été instituée pour punir tel ou tel comportement déjà accompli mais bien pour prévenir des transgressions de libertés prévisibles. C'est aussi la portée de l'adage *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

La loi qualifie des comportements et les érige en crimes ou délits pour dissuader de les accomplir. Mais si cette finalité de dissuasion ne fonctionnait pas dans les contextes pratiques, le conséquentialiste devrait toujours suspendre le prononcé de la peine. C'est précisément ce que refuse fermement Kant : le prononcé de la peine par le juge doit toujours précéder la discussion sur son utilité sociale.

Il faut donc distinguer me paraît-il entre la justification nécessairement conséquentialiste de la *loi pénale* et la justification rétributiviste ou conséquentialiste (ou mixte) *de la peine* dans un contexte déterminé.

25. Je voudrais dire encore un mot sur le concept kantien de personne car il permet, me semble-t-il, de limiter encore davantage la nature purement rétributiviste que l'on attribue trop souvent à sa philosophie. Cela nous permettra aussi de résumer brièvement les éléments essentiels de la philosophie kantienne de la peine.

La difficulté, chez Kant, reste toujours de penser en même temps les deux significations ou, pour utiliser un terme juridique qui me paraît approprié ici, les deux *compétences* d'un être donné. S'agissant de l'homme, il distinguera *homo noumenon* qui est pure raison législatrice et *homo phaenomenon* qui est l'individu incarné dont le corps animé prépare et opère le crime. Cette dualité lui permettra, par exemple, de tenter de justifier la peine de mort contre Beccaria. Ce dernier considérerait que l'idée même de contrat social s'opposait à ce qu'un

homme puisse avoir accepté, en concluant le contrat social, qu'un autre pourrait, le cas échéant, disposer de sa vie. La réponse de Kant est ici symptomatique : « Quand donc je rédige une loi pénale contre moi en tant que criminel, c'est alors moi, la pure raison juridiquement législatrice, (*homo noumenon*) qui, avec tous ceux qui sont associés en une union civile, me soumet à la loi pénale en tant que je suis un individu capable de crime, par conséquent une autre personne (*homo phaenomenon*) »³⁶. L'*homo noumenon* est l'être humain en tant qu'il dispose d'une liberté par laquelle il peut se représenter le devoir inconditionnel de l'impératif catégorique, devoir qui détermine le sujet à agir de manière objectivement nécessaire. C'est dire aussi que le phénomène criminel reste douloureusement inexplicable pour Kant. Inexplicable non pas sur le plan de l'expérience empirique par laquelle on observe les mécanismes naturels du criminel — les influences des éléments exogènes et endogènes sur son comportement. Le trait énigmatique du crime est que, disposant d'un libre arbitre, je me donne en quelque sorte une autre maxime d'action que celle que me prescrit ma raison pure législatrice. Le mal est, certainement ici, comme dans la *Critique de la raison pure*, un scandale de la raison. Mais la possibilité même de la transgression de la raison est aussi le fruit amer de la liberté de la volonté... 26. L'homme criminel est condamné à perdre sa personnalité civile puisqu'il a adopté une maxime d'action — commettre un crime — qui s'oppose à la volonté de la pure raison législatrice par laquelle se détermine l'union civile. Cependant, il reste une personne, sans quoi son crime ne lui serait pas imputable. Car, comme on l'a vu, il y a un lien direct entre le concept de personne et le concept d'imputation d'une action : « La personne est ce sujet dont les actions sont susceptibles d'une imputation (...) La chose est ce qui n'est susceptible d'aucune imputation. Tout objet du libre arbitre, et qui manque lui-même de liberté, s'appelle donc chose (*res corporalis*) »³⁷.

36. I. KANT, *op. cit.*, p. 606.

37. I. KANT, *op. cit.*, p. 470. Il n'y a donc pas de catégorie intermédiaire pour des êtres vivants qui, bien que n'étant pas des humains peuvent toutefois subir des souffrances, comme une grande partie des animaux, à qui on reconnaît aujourd'hui certains droits.

Ce qu'il faut encore résoudre est donc le statut du criminel condamné qui certes est devenu inapte à être citoyen mais qui ne perd pas sa qualité de « personne ». La difficulté réside précisément dans l'irréductibilité absolue d'une personne à une chose, irréductibilité par laquelle se justifie traditionnellement, avons-nous dit, la compétence universelle. Le crime contre l'humanité est odieux précisément parce qu'il est perpétré par une personne qui partage avec nous une commune humanité. Aussi, une personne, même si l'ordre juridique lui reprend son statut de personnalité civile ou de citoyen, reste un être humain enveloppé par la présence d'une causalité par liberté que révèlent l'imputation et l'usage du blâme³⁸.

Or, une telle irréductibilité doit nécessairement laisser entrevoir des possibilités de rachat ou d'expiation, de réhabilitation ou de pardon permettant au condamné — *mais uniquement par l'exécution, toujours première, de la peine* — de réintégrer la communauté juridique. Car, de la même manière que toutes les choses sont, en droit civil, ou bien des biens meubles ou bien des biens immeubles, toutes les entités physiques sont chez Kant ou bien des personnes ou bien des choses. Il n'y a pas de troisième catégorie stable comme les animaux par exemple. L'être humain ne devient donc jamais une chose, mais il peut résider dans une espèce de purgatoire dont il n'est délivré par l'État de droit que pour entrer à nouveau dans l'ordre juridique, comme citoyen, dès lors qu'il a purgé sa peine et qu'il ne présente plus de danger pour la société³⁹.

38. Les liens entre liberté, causalité et imputation sont complexes. Dans la *Théorie pure du droit* par exemple, Kelsen écrit : « (...) Ce n'est pas la liberté — c'est-à-dire l'absence de détermination causale de la volonté — qui rend l'imputation possible; mais, bien au contraire, la déterminabilité de la volonté. On n'impute pas à l'homme parce qu'il est libre mais, inversement, il est libre parce qu'on lui impute », *Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Wien, 1983, p.103. L'idée essentielle, que Kelsen tire de Kant, est que l'ancrage ultime de la possibilité pratique de la liberté repose dans l'usage du langage du blâme. Mais cette possibilité pratique n'engendre en rien une affirmation ontologique sur l'absence de causalité de notre propre volonté, comme être empirique.

39. Il est symptomatique de constater que chez Fichte — un contemporain de Kant — les critères immédiats d'appartenance possible d'un être dans un ordre juridique sont identiques à ceux de son exclusion de cet ordre : l'apparence d'être humain. Dans son *Fondement du droit naturel*, Fichte écrit en effet : « Tout être qui a forme humaine est intérieurement forcé de reconnaître tout autre être qui a cette

En définitive, bien que la réhabilitation ne soit pas, dans la théorie kantienne de la peine, contenue dans le concept de punition lui-même, elle ne lui est pas totalement étrangère. Car l'homme criminel, comme être humain, n'est jamais totalement étranger aux autres êtres humains qui cependant, pour un temps, lui retirent leur commune citoyenneté. Et c'est aussi la raison pour laquelle Kant ou Fichte ont de grandes difficultés à justifier l'application de la peine de mort sur un être vivant qui, au contraire des animaux, des plantes ou, plus généralement de toutes les choses inanimées, garde un air de famille avec les sujets de la communauté juridique.

CONCLUSIONS

La compétence universelle doit satisfaire des exigences sévères pour éviter que son exercice puisse être interprété par certains membres de notre commune humanité comme un acte de vengeance partial, dissimulé sous la sacralisation béate des droits de l'homme. On ne peut sous-estimer ici le risque que les impératifs géopolitiques, c'est-à-dire, plus prosaïquement, les intérêts économiques des différents États rendront pour le moins sélectif l'exercice de la compétence universelle. L'histoire nous apprend que la certitude que ce risque se réalise est telle qu'il s'agit aujourd'hui d'un fait politique... Mais, ajouté aux difficultés liées à la question de la représentation soulevée plus haut, ce fait risque cette fois de détourner l'office de la justice de sa finalité. Il se pourrait bien qu'à terme, l'on soit obligé de regretter amèrement que l'exercice discriminatoire de la compétence universelle a contribué

même forme comme un être raisonnable et donc comme un sujet possible de droit. Mais tout ce qui ne possède pas cette forme doit être exclu de la sphère de ce concept et on ne peut pas parler de ses droits », *Fondement du droit naturel d'après la doctrine de la science*, trad. légèrement modifiée de A. Renaut, Paris, PUF. Or, c'est aussi cette apparence de forme humaine qui doit empêcher cette fois les citoyens de s'acharner sur le criminel qui a perdu tous ses droits : « Celui qui torture un animal par plaisir, ou qui tue sans viser un profit, est méprisé, il est fui et abhorré comme un barbare inhumain, et cela à juste titre. Combien le serait plus encore celui qui commettrait cela envers un être qui cependant continue d'offrir une apparence humaine. On se garde d'agir ainsi, non pas à cause d'un droit de l'autre mais par respect envers soi-même et ses semblables (...) », J.G. FICHTE, *op. cit.*, p. 286.

à attiser la violence lorsqu'il entendait au contraire la conjurer et a fragmenté une société dans le temps même où il espérait la réconcilier⁴⁰.

Quels que soient les éléments de solution apportés à ces questions, il ne s'agit pas de nier la gravité des crimes commis ni de démissionner de notre devoir quotidien de dénoncer les injustices qui, proches ou lointaines, se révèlent à nous. On a tenté de montrer que certaines limitations internes de la fonction de juger ne permettent sans doute pas si facilement que des juges nationaux soient habilités à se prononcer sur ce type d'infraction.

Notre devoir collectif de dénoncer une situation intuitivement injuste n'emporte pas nécessairement la légitimité de juger tout, toujours, partout sous le couvert d'une institution juridictionnelle étatique. Mais cette légitimité résulte d'abord et principalement des aides, notamment humanitaires, que l'État a apportées aux peuples qui souffraient au moment où les crimes étaient commis. Certes, le pouvoir juridictionnel s'exerce toujours *a posteriori*. Mais ce caractère n'implique pas l'indifférence au moment où les crimes furent commis. Enfin, nous avons défendu une justification non purement rétributiviste de la peine, en montrant qu'elle trouve son assise également chez Kant. Mais, à son tour, cette justification requiert que le jugement pénal soit tourné vers les promesses du futur davantage que vers la vengeance du passé. Ici aussi, l'exercice de la compétence universelle ne trouvera sa légitimité que si, au-delà du procès pénal, l'État contribue à la reconstruction de la communauté des peuples qui furent victimes des atrocités qu'il s'est cru autorisé de juger.

Philippe Coppens
Centre de philosophie du droit
Faculté de droit
Place Montesquieu, 2
B — 1348 LOUVAIN-LA-NEUVE, Belgique
Tél. : (00 32) 10 47 88 80
Téléc. : (00 32) 10 47 46 52
philippe.coppens@cpdr.ucl.ac.be

40. Sur ceci, et dans le même sens, F. DIGNEFFE, « Réflexions sur quelques difficultés du jugement pénal en situation. À propos du procès d'assises de quatre accusés rwandais », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 81^e année, n° 11, 2001, p. 970-980.