



HAL
open science

Violence et normativité dans les philosophies de la peine

Laurent Jaffro

► **To cite this version:**

Laurent Jaffro. Violence et normativité dans les philosophies de la peine. J.-F. Kervégan; M. Plouviez; P.-Y. Quiviger. Norme et violence, Georg Olms, pp.55-68, 2015, 9783487153698. halshs-01226064

HAL Id: halshs-01226064

<https://shs.hal.science/halshs-01226064>

Submitted on 10 Feb 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Violence et normativité dans les philosophies de la peine

Laurent Jaffro

Il y a un lien conceptuel entre violence et normativité. Au sein de divers types d'usage de la force et plus spécialement de divers types d'agression, d'infliction d'une souffrance, ou de dégradation volontaire, la violence se détache par la référence qu'elle comporte intrinsèquement à la transgression d'une norme. Quand les violences sont criminalisées, la norme qui les criminalise est précisément transgressée par elles. Mais s'agit-il seulement de cela ? N'y a-t-il pas un autre rapport sous lequel la violence est relative à une source de normativité ? Dans le cas des violences à l'égard des personnes, et même dans le cas de violences qui s'exercent sur des choses qui comportent un lien avec des personnes (par exemple si la chose en question est le bien de quelqu'un), nous avons une forte propension à considérer que la norme qui est transgressée est étroitement associée au statut des personnes et aux égards qui leur sont dus. Mais l'aspect sous lequel la violence est l'infliction d'un mal, d'une souffrance, ou constitue une dégradation, est tout aussi important.

En somme, dans ses usages voisins de la notion de crime, qui renvoie analytiquement à la criminalisation par le droit pénal, la notion de violence comporte par elle-même une référence à la transgression d'une norme. Sous un de ses aspects, la violence est cette transgression. Sous un autre aspect, elle est aussi l'infliction d'un mal. Certes, lorsque ce qu'interdit la norme que transgresse la violence est précisément l'infliction de ce mal, les deux aspects semblent se confondre. Qu'ils puissent converger (par exemple dans le cas de la torture) n'empêche pas qu'ils soient cependant conceptuellement distincts.

De l'autre côté, un système de peines répond à la violence criminelle par une privation de liberté, voire par l'infliction d'une souffrance. Estimer que la question de la permissibilité morale d'une telle réponse est digne d'être posée, c'est supposer qu'elle appelle une justification d'une autre nature et d'une plus grande force que les justifications techniques ou stratégiques qui font appel aux nécessités de l'obéissance politique ou de la sécurisation de la société. C'est supposer aussi, à l'évidence, que la punition de la violence criminelle est rendue obligatoire, et a fortiori permise, par une source de normativité distincte du droit positif qui la criminalise. Comment concevoir cette autre source de normativité ?

Un premier objet de cette étude est d'esquisser, de manière très schématique, les réponses à cette question que peuvent raisonnablement proposer les deux principales familles de justifications d'un système de peine. Ces deux familles sont constituées d'une part par les justifications de type rétributiviste d'un système de peines, et d'autre part par les justifications de type conséquentialiste (respectivement JR et JC). Les justifications mixtes ne sont pas abordées ici ; et JR et JC ne sont présentées qu'à gros traits.

Pour poser le problème dont cette étude s'efforce d'être un début de solution, il faut revenir à la distinction des deux ingrédients objectifs qui, ensemble, constituent la violence dans sa dimension objective :

- (a) La violence consiste en un certain genre d'infliction du mal naturel. C'est l'aspect sous lequel la violence s'accompagne de dégât physique ou psychique dont une victime est affectée.
- (b) La violence consiste aussi en une infraction à l'égard d'une norme.

Dans cette double caractérisation, on fait l'économie de la mention des ingrédients subjectifs (la *mens rea* et les divers degrés d'intentionnalité) qui sont pourtant essentiels à la criminalisation de la violence, et cela spécialement dans le cadre de JR. L'important est de remarquer que si l'on considère (b), la notion de violence renvoie analytiquement à une norme qui la prohibe en la criminalisant. La norme qui a cette fonction est désormais désignée comme N1.

La question qui constitue le second objet de cette étude est alors celle-ci : N1 est-elle la seule norme que suppose la notion de violence ? Qu'en est-il dans le cas de JR ? Dans le cas de JC ? La question est de

savoir si la violence est infraction par rapport à la seule norme qui la prohibe ou bien si elle est infraction par rapport à une autre norme également ; le cas échéant, une question subsidiaire est de savoir si cette autre transgression n'est pas une meilleure justification pour la répression de la violence. Si la violence est infraction seulement par rapport à la norme qui la prohibe, c'est cette prohibition qui fournit la justification de la répression. À l'inverse, si l'on considère qu'il s'agit d'une violence inacceptable au regard d'une autre norme que celle qui la criminalise, dans ce cas, on aura une justification ultérieure de cette prohibition même.

C'est précisément à l'introduction d'une autre norme que JR procède. Le rétributivisme, de manière générale, dit que la faute mérite d'être punie et qu'elle le mérite indépendamment de la loi qui la prohibe comme faute. La faute mérite d'être punie par le droit pénal mais indépendamment de lui, pour des raisons qui ne seront pas réductibles à cette prohibition. Dans le rétributivisme, il y a une autre source de normativité que la loi qui criminalise la violence.

En comparaison, du moins à première vue, le conséquentialisme semble assis sur une conception simpliste des relations entre violence et normativité. Ne dit-il pas que telle faute mérite d'être punie non pas par elle-même et indépendamment de la loi qui la criminalise, mais pour autant qu'il y aurait, d'une part, des inconvénients sérieux à ne pas la punir, et, d'autre part, des avantages importants à faire respecter la législation qui la criminalise ? Un tel contraste, extrêmement simplificateur, entre JC et JR revient tendanciellement à assimiler l'approche conséquentialiste à un positivisme. Cela me paraît une caractérisation incorrecte de JC.

Quel rapport entre violence et normativité les conceptions rétributivistes favorisent-elles ? On pose la même question pour les conceptions conséquentialistes. Une autre question, également abordée, est de savoir si l'approche rétributiviste rend mieux compte que l'approche conséquentialiste des rapports entre violence et normativité.

1. Définition préalable des justifications de type rétributiviste

Bien qu'il soit difficile de présenter de manière générale les justifications de type rétributiviste dont il existe des formes très diverses, il est nécessaire de définir, même grossièrement, ce que l'on entend par là. Je propose de substituer à une définition commune de JR une définition qui me paraît plus correcte. Cette amélioration n'est pas rigoureusement indispensable à l'élaboration de la réponse aux questions qui viennent d'être posées, mais elle permet de diminuer des difficultés qui focalisent traditionnellement l'attention des protagonistes de la discussion sur les mérites et inconvénients comparés de JR et de JC.

Voici une formulation de la manière la plus répandue de caractériser JR :

JR justifie moralement la punition en affirmant que le crime doit₁ être puni afin que le devoir₂ de répondre au crime soit satisfait.

Le second devoir qui est mentionné dans cette formulation, et dont l'invocation fait de JR un déontologisme, doit être différent du premier, sinon le justifiant serait identique au justifié.

Une définition plus correcte (disjonctive) de JR est :

JR justifie moralement la punition ou d'autres réponses adéquates en affirmant que le crime doit₁ être puni ou être l'objet d'une autre réponse adéquate afin que le devoir₂ de répondre au crime soit satisfait.

Une différence importante avec la première description est que, selon cette manière de considérer le rétributivisme, celui-ci montre la permissibilité et même l'obligation d'une réponse au crime qui ne consiste pas nécessairement en une punition sévère ni même en une punition. En quoi peut consister ici l'autre réponse adéquate ? Au premier chef, dans le pardon de l'institution. Le pardon est une manière de répondre qui, d'une autre manière que la punition, prend acte de la faute.

La disjonction, dans cette seconde formulation, n'est pas exclusive. La réponse du pardon est cumulable avec celle de la punition. On peut commencer par punir, puis pardonner. On peut aussi concevoir une punition clémente, ce qui est une manière d'intégrer le pardon à la punition. On peut enfin concevoir la punition elle-même, même sévère, comme un processus de pardon.

Pourquoi une définition disjonctive ? Pour éviter la position automatique de l'objection de la justification de la punition universelle et sans relâche. Un argument courant contre JR est que si c'est la bonne justification, comme JR revient à dire que le crime appelle une punition qu'il serait immoral de ne pas infliger, JR est incapable de rendre compte des cas où il est préférable de ne pas punir ou de moins punir. Une définition disjonctive apparaît nécessaire si l'on admet qu'il peut être utile de distinguer entre un rétributivisme étroit, qui fonde un devoir de punir, et un rétributivisme large, qui fonde un devoir de répondre au crime par la punition ou par une autre réponse adéquate. Les rétributivistes défendent généralement un rétributivisme étroit et considèrent que la version large est un abandon du rétributivisme.

J'ai signalé que le pardon ne se présente pas seulement comme une autre réponse, extérieure à la punition, mais aussi comme une dimension interne de la punition, sous la forme de la clémence. Dès lors qu'un rétributivisme étroit admet que plusieurs réponses, plus ou moins sévères, qui ont la forme de la punition, sont susceptibles d'être appelées par le crime, il est tout prêt d'admettre le rétributivisme large.

La forme la plus étroite du rétributivisme est celle qui définit la matière de la réponse par la matière du crime. Il conviendrait de faire souffrir qui a fait criminellement souffrir. Dès lors que l'on admet que la punition consiste en la privation ou la diminution de libertés, et non pas dans l'infliction d'une souffrance (même si la privation de libertés peut entraîner secondairement des souffrances), on renonce à définir la matière de la réponse par la matière du crime. On dit : tout crime doit être puni. On ne dit plus : tout criminel doit être puni par où il a fauté. Dans la mesure où la privation ou diminution des libertés peut être plus ou moins étendue, les réponses adéquates au crime se situent dans une palette. Un rétributivisme qui abandonne la loi du Talion est un rétributivisme large.

2. Définition préalable des justifications de type conséquentialiste

Je propose une amélioration semblable de la présentation d'une justification de type conséquentialiste, qui, sous sa forme usuelle, revient à dire à peu près ceci :

Le crime doit₁ être puni afin que les choses aillent mieux.

Comme on sait, JC se distingue de JR essentiellement en ce que la réponse au crime en quoi consiste la punition est justifiée non par une caractéristique intrinsèque du crime ou un second devoir qui fonderait le devoir de punir, mais par la considération des bonnes conséquences de cette réponse en comparaison des conséquences qu'aurait l'absence de cette réponse ou une autre réponse.

Cependant, il est préférable de substituer à la définition usuelle cette définition disjonctive :

JC justifie moralement la punition ou d'autres réponses adéquates en affirmant que le crime doit₁ être puni ou être l'objet d'une autre réponse adéquate afin que les choses aillent mieux.

En quoi peut consister ici l'autre réponse adéquate ? Il s'agit également du pardon sous une forme ou une autre. Mais, comme on sait, JC favorise une réponse que JR discrédite : le « traitement » du crime, c'est-à-dire des approches à divers degrés et sous diverses formes qui peuvent être préventives ou thérapeutiques. Il convient toutefois de remarquer que ce n'est pas seulement la détermination des types de réponses adéquates qui changent avec JC, en comparaison de JR, mais également ce à quoi la réponse est apportée. Dans la mesure où JC ne s'appuie pas sur la considération du crime par lui-même, mais est focalisée sur les conséquences du crime ou de la situation dans laquelle il s'inscrit, il est comme naturel de considérer que la réponse n'est pas apportée seulement au crime en tant que tel, mais au phénomène de la criminalité. Il convient alors de modifier la caractérisation de JC :

JC justifie moralement la punition ou d'autres réponses adéquates en affirmant que le crime doit₁ être puni ou que la violence ou la criminalité doit₁ être l'objet d'une autre réponse adéquate afin que les choses aillent mieux.

Quel est l'intérêt, ici, d'une définition disjonctive ? Elle montre la superficialité de l'objection rétributiviste¹ selon laquelle JC confond traitement médical ou autre et punition ; JC justifie celui-là dans

¹ H. Morris, « Persons and Punishment », in *On Guilt and Innocence. Essays in Legal Philosophy and Moral Psychology*, Berkeley, University of California Press, 1976, p. 80 : « Therapy is not a response to a person who is at fault ».

certain cas, mais ne le confond pas avec celle-ci. Je trouve que cette objection est superficielle en tant que critique de JC, bien qu'elle soit très pertinente en tant que critique de l'évolution de facto des systèmes de peines depuis le XIX^e siècle. Lorsque JC fait appel à la thérapie, ce n'est pas en réponse au crime en tant que tel, mais au phénomène de la criminalité. Et comme la thérapie n'est pas une punition, justifier l'emploi de la thérapie à l'égard de l'innocent n'est pas justifier la punition de l'innocent.

Il est possible que la polémique sans fin, de longue date, entre JC et JR, repose sur un malentendu quant à l'objet de la justification. Tandis que JR est une justification d'une réponse au crime, et secondairement (par la médiation de cette réponse) d'un système de peines, JC n'est pas immédiatement une justification d'une réponse au crime, mais d'un système de peines, et aussi d'un « traitement » de la délinquance, et de diverses mesures de politique publique destinées à améliorer l'état de la société, et secondairement d'une réponse au crime. Si cette vue est exacte, un présupposé majeur du rétributivisme est de nature métaphysique : le crime est séparable d'un contexte de criminalité (il n'est pas simplement un phénomène social, mais aussi et d'abord une faute personnelle), détachable d'un système de peines (cette faute personnelle est définissable indépendamment de ce système), parce qu'il est ontologiquement détaché et séparé : une volonté libre, souveraine à l'égard de ses actions, trouble un ordre cosmique dont elle dépend dans son être mais non dans sa faute. Les tenants de JC, à l'inverse, peuvent s'aider de la thèse d'une construction sociale du crime (vue comme une thèse de nature théorique, distincte d'une excuse), et estimer que l'atomisation du crime et son imputation à l'individu détaché sont l'effet de sa stigmatisation.

3. Retour sur la non-punition du coupable

Les définitions disjonctives permettent de ne pas exclure par définition la non-punition du coupable. Elles soulignent que d'autres réponses que la punition sont tolérables. Elles rendent non rédhitoire une objection classique contre JC qui consiste à soutenir que JC justifie la non-punition du coupable ; et une objection classique contre JR qui consiste à dire que JR est incapable de rendre compte de la nécessité de ne pas toujours punir ou de ne pas toujours punir de manière sévère.

En effet, JR admet une autre réponse, le pardon (qui suppose que le destinataire est coupable mais se substitue à sa punition, ou s'y ajoute, ou l'atténue). Parallèlement, JC admet d'autres réponses, le pardon ou le « traitement » (qui suppose que le destinataire n'est pas coupable).

JC a plus de facilité à admettre la réponse du pardon, puisque, sous ses formes strictes, JR estime que pardonner ne serait pas punir et à ce titre serait injuste. On n'ouvre pas ici de discussion sur la question de savoir si une telle position repose sur une bonne compréhension du rétributivisme ou sur une erreur relativement à ce qu'est un pardon.

Thèse morale : la non-punition du coupable est moralement moins scandaleuse que la punition de l'innocent. On se convainc de la vérité de cette thèse en prêtant attention au fait que quand on punit l'innocent on ne punit pas alors le coupable, tandis que quand on ne punit pas le coupable on ne punit pas pour autant nécessairement l'innocent. Dans le premier cas, on a toujours une accumulation de deux injustices, tandis que dans le second cas on a souvent une seule injustice. Certes, un tenant de JR estimera qu'une telle comparaison quantifiante est inacceptable parce que ne pas punir le coupable constitue un mal moral auquel il n'est pas nécessaire d'ajouter quoi que ce soit pour que ce mal soit trop grand. C'est sur la base d'une approche conséquentialiste que cette thèse morale est adoptée.

Thèse stratégique acceptable : si la punition de l'innocent doit être évitée à tout prix (par exemple au nom d'une autre thèse morale), alors la non-punition du coupable doit être acceptée comme le prix à payer d'un système de peines qui n'est disposé à punir l'innocence en aucun cas.

Thèse stratégique qu'on ne saurait adopter car elle est immorale : si la non-punition du coupable devait être évitée à tout prix (au prétexte d'un rétributivisme dur), alors il faudrait accepter, en pratique, le prix à payer de la punition de l'innocent, de temps à autre.

L'objection de la justification imprévue de la punition de l'innocent et celle de la justification imprévue de la non-punition du coupable ne sont pas sur le même pied. La première me paraît plus sérieuse.

Comme il vient d'être suggéré, si on ne proposait pas de définition disjonctive de JR, alors il suffirait qu'on admette la thèse morale ou la thèse stratégique acceptable pour que JR apparaisse comme une doctrine trop dure. Ce ne serait pas *fair-play*, y compris aux yeux d'un partisan de JC. Les définitions disjonctives rendent plus difficile l'arbitrage entre JC et JR. En les adoptant, il me semble qu'un service est rendu au rétributivisme, en le plaçant sous son meilleur jour ; et qu'alors une préférence pour un conséquentialisme de bonne foi, en la matière, ne pourrait s'appuyer sur une caricature du rétributivisme.

La thèse morale et la thèse stratégique permettent de limiter une conséquence indésirable d'une doctrine purement conséquentialiste. Hart avait été conduit à une doctrine mixte, introduisant la considération déontologique d'une exigence de justice, pour éviter une conséquence indésirable de la justification utilitariste, à savoir la punition de l'innocent, par exemple du fou ou de l'enfant. Hart n'était pas satisfait de la manière dont l'utilitarisme prétendait traditionnellement limiter cette conséquence indésirable². Il me semble que la thèse morale, adoptée sur la base d'une approche conséquentialiste, permet de limiter cette conséquence.

4. Implications comparées de JR et de JC

JR a fait l'objet de cette caractérisation :

JR justifie moralement la punition ou d'autres réponses adéquates en affirmant que le crime doit₁ être puni ou être l'objet d'une autre réponse adéquate afin que le devoir₂ de répondre au crime soit satisfait.

Il est manifeste que dans cette définition le devoir₂ est entièrement différent du devoir₁, faute de quoi il serait redondant. Le devoir₂ est défini indépendamment de la loi criminalisante.

On peut apporter alors une réponse à la question initiale : dans le cas de JR, la notion de violence suppose une autre norme (N2) que celle qui la prohibe en la criminalisant (N1).

N2 peut être conçue de diverses manières et notamment ainsi :

- N2 consiste en une obligation morale transcendante, que l'on peut concevoir comme un devoir à l'égard des personnes, ou comme un juste par nature, ou encore comme un commandement divin.
- N2 consiste en une exigence de justice immanente à la vie sociale : le criminel manque à la *fairness* en ce qu'il a un comportement de passager clandestin, qui profite du fait que les autres, et non lui, se chargent du fardeau des règles sociales³.

Si l'on considère maintenant JC, ce type de justification ne suppose pas de devoir₂ qui soit entièrement différent du devoir₁. C'est pourquoi il semble que JC ne suppose pas d'autre source de normativité que N1 et est susceptible d'être confondue avec un positivisme. L'hostilité des partisans de JC au recours à N2 telle qu'elle est conçue par les tenants de JR favorise cette confusion. Comme on va le montrer, il est cependant très contestable que le conséquentialisme soit un positivisme, puisqu'il s'appuie sur la considération d'une autre source de normativité que la loi criminalisante.

S'il n'existe pas de norme telle que N2 qui rende la punition ou une autre réponse adéquate moralement obligatoire indépendamment de N1, alors la punition est moralement justifiable pour autant que N1 est moralement justifiable. On a alors trois options :

- (a) Immoralisme juridique (entièrement distinct de JC) : N1 n'est moralement justifiable en aucun cas.
- (b) Moralisme juridique (entièrement distinct de JR) : N1 est une norme morale.
- (c) JC : N1 ou la punition (ou autre réponse adéquate) qu'elle impose est moralement justifiable d'une manière conséquentialiste.

² H. L. A. Hart, « Prolegomenon to the Principles of Punishment » (1959-1960), in *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1968. Nous n'entrons pas dans la discussion sur la question si la position de Hart est adéquatement décrite par l'idée de théorie mixte.

³ Voir H. Morris, « Persons and Punishment », *op. cit.* : « Fairness dictates that a system in which benefits and burdens are equally distributed have a mechanism designed to prevent a maldistribution in the benefits and burdens. ».

L'option (a) est intéressante notamment parce qu'elle fait voir la distinction entre justification morale et justification stratégique, l'immoraliste juridique pouvant adopter celle-ci, mais rejetant celle-là. L'option (b) ne se confond pas avec le rétributivisme puisqu'en assimilant N1 à une norme morale elle dispense d'aller chercher dans N2 la justification morale de la punition.

Reste l'option (c). JC n'est pas un positivisme pour autant que N1 est justifiée par une valeur. Cette valeur est celle de la diminution du mal ou de l'augmentation du bien (pour en rester aux généralités et ne pas entrer dans la diversité des conceptions conséquentialistes). Si l'on prend « source de normativité » au sens large, si on l'entend comme ce qui est au principe des évaluations, et qui nous indique ce que Hume appelle les « distinctions morales », JC a bien recours à une source de normativité au-delà de N1.

Procédons maintenant à un test comparatif de JR et de JC : dans quelle mesure JR et JC rendent-elles compte de la distinction entre *mala in se* et *mala prohibita* ? À première vue, il semble que JR soit mieux à même de rendre compte de cette distinction puisque JR permet de caractériser grâce à N2 certains crimes comme des crimes moraux aussi bien que légaux.

Les *mala prohibita* ne doivent pas être définis comme les actes qui sont des maux prohibés par N1, mais plus exactement comme des actes qui sont des maux seulement en tant qu'ils sont prohibés par N1. Ce sont des délits de contravention.

De même, les *mala in se* doivent être définis non comme des actes qui seraient des maux alors qu'ils ne sont pas prohibés par N1, mais plutôt comme des actes qui sont des maux non pas seulement en tant qu'ils sont prohibés, mais aussi et d'abord indépendamment de N1.

Selon JR, N1 est l'instrument d'une rétribution qui est rendue obligatoire par une autre norme, de nature morale, N2. JR semble donc particulièrement bien placée pour rendre compte des *mala in se*, puisque ceux-ci semblent simplement consister dans les maux dont la gravité est définie par N2, tandis que (point non controversé) les *mala prohibita* sont des maux dont la gravité est seulement définie par N1.

Selon JC, correctement comprise, les *mala in se* sont des maux non pas seulement parce qu'ils sont prohibés par N1, mais aussi et surtout parce que leur prohibition par N1 permet que les choses aillent mieux. N1 est l'instrument de la promotion d'un bien ou de la diminution d'un mal. De ce point de vue, JC n'est pas moins bien placée que JR pour rendre compte de la distinction entre *mala in se* et *mala prohibita*. JC y réussit sans postuler une norme telle que N2 qui, aux yeux des conséquentialistes, est bien mystérieuse.

5. Récapitulation de la comparaison de JR et de JC

Dans le cas de JC comme de JR, les normes pénales sont doublées d'une autre source de normativité (au sens large du terme), celle de N2 dans le cas de JR, celle de la valeur de la diminution du mal ou de l'augmentation du bien dans JC. Bien que JC n'ait pas recours à N2, ce qui la distingue de JR, JC a cependant recours à une autre source de normativité que N1.

JC mobilise les deux ingrédients objectifs de la violence de la manière suivante :

(a) L'ingrédient d'infraction à l'égard d'une norme est conçu relativement à N1, elle-même évaluable relativement à une autre source de normativité.

(b) L'ingrédient d'infliction du mal naturel est conçu relativement à cette autre source de normativité dont N1 est l'instrument, de telle sorte que cette infliction peut être considérée comme une faute morale.

Considérons maintenant la manière dont JR mobilise les deux ingrédients objectifs de la violence :

(a) L'ingrédient d'infraction à l'égard d'une norme est conçu relativement à N2 en premier, à N1 en second en tant qu'instrument de N2.

(b) L'infliction du mal naturel est conçue comme une infraction relativement à N2.

Il est ainsi visible que JR est absolutiste : un point de référence fixe et intangible, car établi dans le passé (qu'on ne peut pas changer, mais auquel on peut répondre), est donné avec la transgression constituée

de N2. JC est relativiste dans la mesure où le point de référence, postérieur à la transgression de N1, est dans la considération révisable du « mieux ». Dans JR, la punition étant entièrement conçue comme réponse, à l'exclusion de toute considération conséquentialiste, elle est comme le souligne Sidgwick, un « *purely useless evil* »⁴.

Il faut signaler enfin le risque intrinsèque à JR : comme le mal (b) est considéré relativement N2 et non relativement à la valeur des conséquences, des actions qui ne font de mal à personne mais que prohibent N2 peuvent être criminalisées.

6. La violence comme dégradation

Plus haut, il a été fait allusion à diverses conceptions possibles de N2 au titre de JR : objectivité du devoir moral dans les conceptions déontologiques de type kantien ; réalité de l'ordre cosmique dans certaines théories de la loi naturelle ; objectivité du commandement divin, etc. Ces conceptions sont réalistes à propos de N2. Au début de cette étude, il a été rappelé que la violence est souvent pensée comme une atteinte aux personnes et que, pour cette raison, il est plausible de lier N2 au statut des personnes. Il convient de dire quelques mots d'une conception rétributiviste qui exploite particulièrement cette voie.

Certains rétributivistes acceptent la critique qui a été adressée au réalisme moral notamment par John Mackie, et qui a ses racines chez Hume. Selon cette critique bien connue, le réalisme moral suppose l'existence d'entités bizarres (*queer*), les faits normatifs. Le renouveau du contractualisme dans la philosophie morale contemporaine est motivé en particulier par l'acceptation de cette critique de la part d'auteurs qui cherchent à garantir autrement l'objectivité de la moralité. C'est le cas de la conception contractualiste, centrée sur la valeur intrinsèque des personnes, qui est défendue par Jean Hampton. Comme le kantisme d'une Christine Korsgaard, la philosophie de Hampton concentre dans la personnalité la source de la normativité morale, ce qui est censé suffire à assurer la déflation de l'ontologie du réalisme moral. Selon cette conception, en tant qu'êtres capables de poser des fins, les personnes sont des êtres normatifs.

Une forme de JR, construite dans ce cadre néo-kantien, mobilise les deux ingrédients objectifs de la violence, et leur joint des ingrédients subjectifs, de la manière suivante :

(a) L'ingrédient d'infraction à l'égard d'une norme est conçu relativement à la dignité des personnes, à N1 en second en tant qu'instrument de la préservation de cette dignité.

(b) L'infliction du mal naturel est conçue comme étant aussi une infraction relativement à la dignité des personnes.

Cette conception prétend ainsi faire l'économie de la présupposition d'un ordre moral antérieur, qu'il prenne la forme d'un analogue de la justice sociale (la *fairness* de Morris, dont il a été question plus haut), d'un cosmos, ou autre.

La violence, en tant qu'elle est diminution de la dignité de la personne, est un mal moral (Hampton, 2007). Cette conception suppose que la violence soit la visée d'une diminution de la dignité (ingrédient subjectif). C'est en tant qu'il a cette visée que le criminel justifie par son acte même la rétribution qui rétablira la dignité. Les crimes graves (*mala in se*) deviennent des crimes moraux par le fait même de cette visée, soit par le mépris de la victime qu'ils signifient. La rétribution est une manière de contredire le message lancé à la victime par l'auteur. Le point de vue de la victime sur cette diminution de la dignité est crucial précisément parce que c'est elle qui entend le « message » de dégradation qui lui est adressé (de la même façon que nul n'est mieux placé que le lecteur pour dire ce qu'il a compris du texte). Si on essaie d'éviter cette relativité à l'égard de la victime grâce à une approche plus objective de l'atteinte à la dignité, on sort du cadre proposé par Hampton, car l'on situera N2 ailleurs que dans la dignité de la victime, plutôt dans la norme qui la protège.

⁴ H. Sidgwick, *Methods of Ethics*, I, V, 4, 7^e édition (1907), Indianapolis, Hackett, 1981, p. 72 : « If the retributive view of punishment be strictly taken – abstracting completely from the preventive view – it brings our conception of justice into conflict with benevolence, as punishment presents itself as a purely useless evil ».

Dans ce cas, cette forme de JR ne se déporte-t-elle pas sur la victime, plutôt que de rester centrée sur la faute ? En effet, c'est bien la dignité de la victime elle-même qui constitue N2. On peut se demander s'il s'agit encore d'un rétributivisme, puisque la réponse n'est plus due au crime en tant que tel, mais à la victime.

Ce qui est remarquable est que l'ingrédient (a) n'est alors plus que verbalement distinct de l'ingrédient (b). L'ingrédient d'infraction devient en réalité une infliction d'un mal (et réciproquement), dans la mesure où c'est la dignité de la victime qui est atteinte par une agression qui est toujours aussi de nature morale. La jonction entre les deux ingrédients irait bien au-delà de leur coïncidence, comme dans le cas de la torture ou du viol, mais tiendrait à leur identité conceptuelle. Je crois, cependant, qu'il y a une différence conceptuelle entre les deux ingrédients et que cela suffit à rendre très douteuse une telle conception.

Une justification de type rétributiviste tend à n'admettre qu'une seule source de normativité (N2) qui rend la punition (ou une autre réponse adéquate, si l'on adopte la caractérisation disjonctive que j'ai proposée) intrinsèquement bonne, tandis qu'une justification de type conséquentialiste en admet deux : la loi criminalisante N1 et la valeur des conséquences de l'observance de N1, de telle sorte que la bonté de la punition (ou d'une autre réponse adéquate) ne lui est pas attachée intrinsèquement.

Selon une justification de type conséquentialiste, le jugement sur la valeur de N1 est constamment révisable. Selon une justification de type rétributiviste, un système de peines ne mérite d'être réformé que pour autant qu'il n'a pas été réglé correctement pour constituer une réponse adéquate, ou pour autant que la nature, la forme et le degré de la violence criminelle évoluent au gré des changements sociaux. Selon une justification de type conséquentialiste, il y a d'autres raisons de réformer un système de peines, distinctes de la considération des crimes, et qui tiennent à sa toxicité actuelle et potentielle pour la société et pour toutes les personnes qui la composent.

Bibliographie :

Jean Hampton, « Righting Wrongs : The Goal of Retribution » (1992), in *The Intrinsic Worth of Persons : Contractarianism in Moral and Political Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

Herbert L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1968.

Kathleen Dean, *Pardons : Justice, Mercy, and the Public Interest*, Oxford, Oxford University Press, 1989.

Herbert Morris, « Persons and Punishment » (1968), in *On Guilt and Innocence. Essays in Legal Philosophy and Moral Psychology*, Berkeley, University of California Press, 1976.