

Peine de mort : abolir quoi ?

Xavier Dijon

DANS **REVUE INTERDISCIPLINAIRE D'ÉTUDES JURIDIQUES** 2009/2 Volume 63 , PAGES 95 À 118
ÉDITIONS **PRESSES DE L'UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS**

ISSN 0770-2310

DOI 10.3917/riej.063.0095

Date de mise en ligne : 15/09/2012

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-interdisciplinaire-d-etudes-juridiques-2009-2-page-95?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Peine de mort : abolir quoi ?

Xavier DIJON

Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix - Namur

Les arguments qui militent en faveur de l'abolition de la peine de mort ne manquent pas¹. D'abord, sur le plan des principes, cette peine, dit-on, porte atteinte au droit à la vie garanti par les textes internationaux protecteurs des droits de l'homme ; elle constitue en outre un traitement cruel, inhumain et dégradant, interdit par ces mêmes textes. Ensuite, son efficacité préventive est très sujette à caution puisque sa présence (ou son rétablissement) ne diminue pas les taux de criminalité du pays qui l'applique tandis que son abolition ne les augmente pas non plus. On signale en outre l'irréparable irréversibilité de cette peine à l'égard du justiciable condamné par erreur. On dit encore que cette arme est dangereuse dans les mains des États qui s'en servent pour éliminer leurs opposants internes ou pour radicaliser leur politique discriminatoire à l'égard, soit de la classe des moins nantis, soit de telle ou telle minorité présente dans le pays. Finalement, la peine de mort apparaît comme une solution de facilité qui, par sa violence, encourage les réflexes sécuritaires -voire fascisants- d'une société devenue intolérante.

Ces arguments ont obtenu tant de crédit, en Europe du moins, que des protocoles ont complété en deux étapes sur ce sujet la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : en 1983, le Protocole n°6 abolit la peine de mort (« nul ne peut être condamné à une telle peine ni exécuté ») mais réserve tout de même à l'État la possibilité de prévoir dans sa législation la peine de mort « pour des actes commis en temps de guerre ou de danger imminent de guerre » ; en 2002, le protocole n°13

¹ La présente réflexion formalise un exposé donné à la Faculté de Droit de Namur au cours d'un débat organisé par *Amnesty International* à l'occasion de la Cinquième Journée mondiale pour l'abolition de la peine de mort (10 octobre 2007). Le présent article a bénéficié des judicieuses remarques des professeurs Mireille Delmas-Marty et Henri Bosly.

supprime cette dernière possibilité, assurant ainsi l'abolition de la peine de mort « en toutes circonstances »².

Malgré cette évolution des textes légaux, nous tenons ici la thèse philosophique que les arguments abolitionnistes valent assurément pour récuser l'*application* de la peine de mort, à savoir l'exécution du condamné, mais qu'ils ne suffisent pas encore à en contester le *principe*. En d'autres termes, la peine capitale appartient, dirons-nous, à l'ordre du droit : il faut la reconnaître comme légitime en principe même si, par ailleurs, il faut en contester vigoureusement la mise en œuvre³.

La thèse portant sur la légitimité de principe de la peine de mort, même atténuée par l'interdiction de son exécution, apparaît toutefois si étrange - voire scandaleuse - dans le contexte abolitionniste d'aujourd'hui qu'il vaut la peine de souligner l'enjeu éthique, et non pas directement opérationnel du propos tenu ici. Les juristes, confrontés par leur pratique à la résolution de problèmes concrets, en concluront peut-être à l'inutilité du débat : pourquoi reprendre, diront-ils, une question qui semble définitivement réglée alors que cette reprise n'aboutit à aucun changement concret et que, en outre, elle s'oriente dans un sens réactionnaire ? Nous pensons cependant que la pratique du droit, discipline essentiellement humaine, ne peut se passer d'une réflexion philosophique sur ses propres fondements, surtout lorsqu'il s'agit, comme ici, du rapport à poser entre le crime, le droit, la vie et la mort.

Par ailleurs, on pourra s'interroger non seulement sur l'utilité pratique mais encore sur l'opportunité politique de proposer

² La Belgique a signé le Protocole n° 6 le 9 février 1984 mais ne l'a ratifié que par la loi du 4 décembre 1998 (*M.B.* 21 oct. 1999), après avoir adopté la loi du 10 juillet 1996 portant abolition de la peine de mort et modifiant les peines criminelles (*M.B.* 1^{er} août 1996). Elle a signé le Protocole n° 13 le 3 mai 2002 et l'a ratifié par la loi du 2 mai 2003 (*M.B.* 3 nov. 2003). Enfin la Belgique a modifié sa Constitution le 2 février 2005 (*M. B.*, 17 févr. 2005) en y insérant l'art. 14bis : « La peine de mort est abolie ». Sur l'historique antérieur de la peine de mort en Belgique, voir Fr. TULKENS et M. van de KERCHOVE, *Introduction au droit pénal, aspects juridiques et criminologiques*, Bruxelles, Kluwer, (8^e éd.) 2007, p. 517.

³ Cette thèse rejoint une position semblable tenue, non sans provoquer d'ailleurs quelques remous, par le cardinal Godfried Danneels, primat de Belgique, au moment de l'arrestation du président irakien Saddam Hussein. Voir la réaction d'*Amnesty International* sur le site

<http://www.amnestyinternational.be/doc/spip.php?article3236>

aujourd'hui pareille réflexion, à l'heure où tant la lutte contre le terrorisme que la répression des crimes particulièrement pervers suscitent en divers endroits la volonté d'éliminer physiquement les auteurs de ces troubles graves. Est-il judicieux, en effet, demanderont les esprits prudents, de lever à nouveau ce lièvre en encourageant de tels mouvements sécuritaires ? En fait d'opportunité, nous pensons au contraire que l'abolition - tout à fait souhaitable - de la peine de mort gagnera paradoxalement en effectivité si le combat contre cette peine se concentre sur l'*illicéité* de son exécution plutôt que sur la contestation - elle-même contestable, pensons-nous - de sa *légitimité* de principe. Mais l'effort théorique ici consenti ne sera payant que s'il cherche à maîtriser tout le contexte philosophique de la question, à savoir la répression du crime, le pouvoir de la société sur ses membres, et le droit de chaque sujet à la vie.

Cernons donc le propos. La dissociation ici proposée entre la légitimité de principe de la peine de mort et l'illicéité de son exécution nous permet de concentrer la discussion théorique sur la portée du droit à la vie dans la répression du crime⁴. Puisque les deux arguments, invoqués plus haut, des traitements inhumains et dégradants d'une part, de l'irréversibilité de la peine en cas d'erreur judiciaire d'autre part, supposent une application effective que, par ailleurs, nous récusons, nous pouvons nous permettre, pensons-nous, de ne pas rencontrer ces deux raisons habituellement avancées par les auteurs qui réclament l'abolition de la peine capitale⁵.

⁴ Comme on sait, la signification des termes tels que *licite* ou *légitime* n'est pas tranchée : les deux qualifications en effet débordent l'une et l'autre la frontière qui sépare le droit de la morale. Voir par exemple D. ALLAND et St. RIALS (éds), *Dictionnaire de la culture juridique*, (Paris, Lamy-PUF, 2003) à propos de la notion de légitimité : « si son concept est confronté avec la structure de l'ordonnement des règles juridiques, il implique aussi un rapport avec la dimension extra-juridique de l'expérience humaine et avec l'horizon méta-juridique d'une exigence axiologique » (V° *légitimité*, par S. GOYARD-FABRE, p. 929). Sans vouloir dès lors forcer la distinction des termes, le présent article fait appel au registre de la *légitimité* pour exprimer cette exigence (axiologique) des valeurs fondatrices de la société, tandis que l'emploi du registre de la *licéité* porte sur l'évaluation éthique d'un geste particulier (ici, l'exécution du condamné) que nous jugeons, en l'occurrence, illicite.

⁵ L'adoption du principe de la non-exécution de la peine de mort devrait, en particulier, conduire à la suppression des traitements indignes que connaissent aujourd'hui, dans les « couloirs de la mort » les condamnés à la peine capitale. Car

Pour établir notre thèse, nous partons en effet de l'idée que nous ne pouvons isoler la présence de la peine capitale dans l'arsenal répressif d'une société déterminée hors de la conception que se fait cette même société du lien qui relie chacun de ses membres. Au premier stade de notre parcours, nous voyons ce lien social se transformer radicalement à l'époque des Lumières, bouleversant du même coup la tradition reçue quant à la peine de mort. Poursuivant le fil de l'histoire, nous abordons successivement le courant de la Défense sociale puis la subjectivation bioéthique contemporaine pour mieux comprendre l'évolution de ce lien. Cette réflexion nous conduit à poser notre thèse quant à la légitimité de la peine de mort et l'illicéité de sa mise en œuvre. Nous cherchons enfin à justifier la plausibilité d'un tel paradoxe.

1. Le lien social avant et après les Lumières

C'est le siècle des Lumières qui remet en question, chez nous, l'opportunité de la peine de mort. L'élimination physique du criminel est jugée indigne d'une humanité parvenue à un âge éclairé. Dans son *Traité des délits et des peines* (1764), Cesare Beccaria ne la trouve « ni utile, ni nécessaire »⁶. Diderot et Voltaire abondent dans le même sens. Mais, derrière le reproche de barbarie adressé à la peine capitale (dont l'exécution était souvent précédée à l'époque d'horribles tortures), ne voit-on pas se dessiner une nouvelle conception du lien social ?

Les Lumières, en effet, se représentent largement ce lien sous la forme du contrat. Jusqu'alors, les sociétés se considéraient d'emblée comme 'naturelles' au sens où la socialité semblait appartenir à la nature même de cet être humain qu'Aristote définissait déjà comme *animal politique*. Mais l'émergence du sujet est apparue, à partir de la Renaissance, dans tous les domaines de la culture, depuis la philosophie (Descartes) jusqu'à la religion (Luther) ; elle a mûri au XVIII^e siècle en une théorie qui construit artificiellement la société à

ces tortures morales sont largement dues, précisément, au fait que cette exécution pourrait avoir lieu, hypothèse que nous récusons. Les condamnés à mort devraient donc *mutatis mutandis* bénéficier résolument des mêmes droits que les autres condamnés.

⁶ Cf. C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Intr. et notes par Fr. Venturi, Genève, Droz, 1965, p. 48.

partir de la volonté manifestée par les individus de passer de l'état de nature à l'état social. Dispersés en la solitude de leur état de nature (c'est l'état foncier qui les caractérise d'emblée), les humains décident par convention de passer à l'état social (qui ne leur était pas naturel, donc). La société ainsi construite se donne certes une certaine transcendance : une loi s'impose aux volontés individuelles, mais c'est, chez Grotius, Hobbes, Locke ou Rousseau - d'ailleurs avec, entre eux, des variantes plus ou moins autoritaires ou démocratiques -, à partir d'un ensemble de décisions personnelles.

Appliquée au droit pénal, la théorie du contrat social donne, soit la convention des futurs coupables, soit celle des futures victimes (ou un mixte des deux)⁷. Mais il convient de signaler dès à présent que cette double construction théorique conçue par les Lumières s'est avérée si fragile qu'elle n'a pas résisté à l'examen des Lumières elles-mêmes, comme nous le verrons plus loin.

Quoi qu'il en soit, en sa première version, le contrat fait dire aux associés qu'ils se soumettront aux règles qu'édicterait la société sous peine de voir diminuer « l'apport » qu'ils ont fait à ladite société en y amenant le droit qu'ils possèdent soit sur leur patrimoine (entamé par l'amende), soit sur leur liberté (entamée par la prison), soit encore sur leur vie (supprimée par la peine de mort). Dans la seconde version, les victimes éventuelles de faits préjudiciables consentent par avance à mettre en commun - et donc à ne pas mettre en œuvre elles-mêmes - les vengeances qu'elles pourraient exercer à l'égard des auteurs de l'infraction, de telle sorte que les poursuites pénales deviennent un monopole des pouvoirs publics.

Cette double construction rationnelle frappe par sa volonté de ramener la *chose publique* (république) sous l'empire de la décision de chacun des sujets qui l'ont constituée. Rien de *social* ne précède le Contrat du même nom. L'acte pénal n'est pas pensé comme l'intervention d'un tiers (puissance publique) qui, de l'extérieur, punirait le coupable ou qui prendrait fait et cause pour la victime, bref qui rétablirait l'ordre perturbé par le crime. Non, le lien social ne peut connaître d'autre transcendance que celle qui émane de la volonté de chacun des sujets qui ont décidé le rassemblement politique. D'où le contraste d'avec la société antérieure dans laquelle les humains se

⁷ Sur cette double forme du contrat social dans la justification du droit de punir, voir Ad. CHAUVÉAU et F. HELIE, *Théorie du Code pénal*, deuxième édition belge annotée par J.S.G. Nypels, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1863, n° 4, p. 9 (et les auteurs cités en note 1).

reconnaissaient, nous l'avons dit, précédés par leur propre nature déjà sociale, membres donc de cette société avant même de l'avoir (philosophiquement) décidé.

2. Le sort de la peine de mort

C'est sans doute de l'intérieur de ce contraste qu'il faut comprendre la distance que prennent les Lumières à l'égard de la peine de mort.

Dans la mesure, en effet, où un lien social liait déjà entre eux les membres de la société antique ou médiévale, on peut comprendre que la rupture grave de ce lien par le crime entraînait cette réaction forte qu'est la peine capitale. Certes la vie humaine était-elle considérée, d'une façon ou d'une autre, comme sacrée, et donc intouchable (d'où la gravité du crime qui y portait atteinte), mais, de son côté, le lien social était sinon sacré du moins indisponible, lui aussi. Ce lien pouvait donc s'imposer avec une force telle qu'il l'emportait sur la vie du criminel. Puisque le respect mutuel de la vie de chaque personne au sein de la société s'imposait naturellement à tous ses membres, le criminel (le meurtrier pour faire bref) qui enfreignait cette règle fondamentale méritait de ne plus faire partie de cette société-là. D'une certaine manière, en prononçant la peine de mort, la société d'alors confirmait une loi (naturelle) sur laquelle elle n'avait pas de prise elle-même puisque, pour elle, l'état de nature était d'emblée social.

Dans le contrat des Lumières, par contre, plus aucune puissance obscure ne précède la clarté rationnelle des rapports sociaux : la construction de la république se laisse ramener, nous l'avons dit, à la volonté de chacun de ses sujets. Mais dans cette clarté apparaît aussi la fragilité que nous avons dite, la faille qui affecte la justification théorique du droit pénal par le contrat social conclu en chacune de ses deux versions⁸.

Du côté des futurs coupables, en effet, comment comprendre qu'un homme dispose de sa vie au point d'apporter en société par le contrat social le droit qu'il a sur elle, et acquiescer par là d'avance à la peine capitale qui sanctionnerait son éventuel crime ? Première sous-question : si l'homme jouit de la vie (une vie dont il n'a d'ailleurs pas décidé), jouit-il pour autant du droit d'en disposer, ne serait-ce que

⁸ Voir sur cette critique, W. CASSIERS : « Droit pénal, état des questions » in X. Dijon, *Droit naturel*, t. 1 *Les questions du droit*, Paris, PUF, 1998, pp. 482-486.

pour en faire l'objet de son « apport en société »⁹ ? Seconde sous-question, prolongeant d'ailleurs la première : peut-on imaginer que le processus pénal se jouerait seulement à partir de soi seul, de telle sorte que le sujet - juge et partie finalement - se punirait lui-même (éventuellement de mort) pour le crime qu'il aurait commis¹⁰ ? L'artifice semble décidément trop gros et, plutôt que d'admettre une quelconque préséance de la société sur l'individu pour rendre compte de la peine capitale comme le faisait encore un passé jugé barbare et révolu, la logique libérale aboutit à abolir, comme le veulent les Lumières, cette peine radicale¹¹.

Quant aux futures victimes, le contrat qui les lie évite sans doute le solipsisme de la première version du contrat puisque la mise en commun, ici, ne concerne plus l'hypothétique droit que l'associé posséderait sur lui-même mais le droit (de vengeance) qu'il détiendrait à l'égard d'autrui, en l'occurrence le coupable. Or cette nouvelle figure ne rejoint tout de même pas non plus la logique du droit pénal car elle réduit la figure publique de la peine à la vengeance présentée

⁹ On sait que c'est là une des deux objections opposées par Cesare Beccaria à la peine de mort. L'auteur du traité *Des délits et des peines*, quoique partisan d'une justification du droit de punir par la théorie du contrat social, n'admet tout de même pas la peine capitale, d'une part parce que chaque participant au Contrat n'abandonne « qu'une petite portion de liberté » en vue de constituer le corps social, que donc la vie, « le plus grand de tous les biens », ne peut y être comprise, d'autre part, quand bien même vaudrait cette explication contractualiste, elle contredirait le principe « qui refuse à l'homme le droit de se tuer lui-même ». L'homme, en effet, « n'ayant pas ce droit, comment pourrait-il l'accorder à un autre ou à la société ? » (C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, op. cit., p. 48)

¹⁰ C'est là, cette fois, la réserve qu'Emmanuel Kant oppose à la justification que l'on voudrait donner du droit pénal en général, de la peine de mort en particulier, par la théorie du contrat social : « Il est impossible que moi-même, comme législateur, qui dicte la loi *pénale*, je sois la même personne que celle qui comme sujet est punie d'après la loi. » (E. KANT, *Métaphysique des mœurs*, Première partie : *Doctrine du droit*, Paris, Vrin, 1979, p. 218). Kant, on le sait, justifie la peine, y compris de mort, par une rigoureuse théorie rétributive.

¹¹ Sur la controverse menée entre C. Beccaria et E. Kant à propos des relations entre le contrat social et la peine de mort, voir Alvaro P. PIRES, « Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne », in Chr. Debuyst, Fr. Digneffe et A. Pires, *Histoire des savoirs sur le crime & la peine ; 2. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Les Presses de l'université de Montréal, les Presses de l'université d'Ottawa, De Boeck, 1998, p. 188).

comme privée. Mais comment imaginer que la vengeance à l'égard d'autrui n'émane que de soi ? Pour l'homicide en tout cas, la chose est impossible puisque, par hypothèse, la victime est morte. La vengeance doit donc être assumée par d'autres personnes que cette victime-là. L'histoire enseigne que cette tâche - d'ailleurs vécue comme l'exercice d'un devoir davantage que d'un droit - était assumée par la famille, par le clan. C'est donc qu'un lien social - familial, clanique - existait déjà pour fonder d'emblée la légitimité de la peine. C'est pour avoir méconnu ce lien naturel que le rationalisme des Lumières a dû réduire le devoir de vengeance à un droit purement personnel. Or ce droit individuel de vengeance ne correspond pas à la logique publique du droit pénal. En tout cas, il tombe franchement dans l'absurde lorsqu'il s'agit de l'homicide. Cette nouvelle incohérence expliquerait-elle, ici encore, la préférence donnée, finalement, par ce courant rationaliste à l'abolition de la peine de mort ? Un droit qui ne se construit radicalement qu'à partir du consentement des sujets ne peut, en fin de compte, admettre la peine de mort.

Quoi qu'il en soit, à partir de cette rupture introduite au XVIII^e siècle par l'artifice du contrat dans la compréhension traditionnelle du lien social, il vaut la peine de lire la suite de l'histoire afin de voir ce que deviennent, quant à la peine de mort, les conceptions - traditionnelle puis rationaliste - que nous avons vues s'opposer ici. La tendance du XVIII^e siècle se corrige au siècle suivant par la Défense sociale ; elle s'approfondit par contre de nos jours dans la subjectivation bioéthique.

3. La réaction de la Défense sociale

Alors que le droit pénal élaboré sur le modèle du contrat social veille soigneusement à mesurer l'acte de liberté des justiciables accusés de crimes, la Défense sociale concentre son attention sur la dangerosité du coupable¹². C'est que, d'un siècle à l'autre, les deux

¹² Nous entendons la *Défense sociale* dans le sens que cette École prônait à la fin du XIX^e s (voir, en Belgique, A. PRINS, *La Défense sociale et les transformations du droit pénal*, Bruxelles, Misch et Thron, Travaux de l'Institut de sociologie Solvay, 1910) et non au sens de la *Défense sociale nouvelle* de Marc Ancel (M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle : un mouvement de politique criminelle humaniste*, Paris, Cujas, 1954). Voir là-dessus, J. TREPANIER et Fr. TULKENS : « Quel est le sens de la défense sociale ? Si la menace du prolétariat ouvrier et surtout du sous-prolétariat

représentations du lien social diffèrent largement : dans le premier modèle, la liberté, qui a décidé de nouer par contrat le lien social, est aussi *logiquement* l'instance que doit toucher la peine (prévue par la loi), d'où la soigneuse vérification de l'élément moral de l'infraction (conscience, dol, imputabilité, etc.) avant le prononcé de la condamnation. La défense sociale, par contre, ne se retourne guère vers le passé où elle aurait à mesurer les écarts dont le sujet se serait librement rendu coupable envers la norme pénalement sanctionnée ; elle regarde plutôt les menaces qui pèsent sur l'avenir. Il faut, comme son nom l'indique, 'défendre la société', par-delà la peine proprement dite, au moyen de 'mesures' qui sécuriseront le corps social. Selon cette nouvelle perspective, en effet, la société s'envisage comme un corps organique dont il faudrait préserver la santé au moyen des différents remèdes qu'offrent au législateur les ressources des sciences humaines, psychologie, sociologie, ou médecine.

Dans cette optique, la peine ne se justifie plus d'abord par son caractère rétributif, sanctionnant l'acte de la liberté coupable, mais par le bien qu'elle procurera - ou le mal qu'elle évitera - à la société. Ainsi, dans sa version 'médicale' extrême, la peine de mort s'explique, à l'instar de l'amputation du membre gangrené, par son caractère salutaire pour l'ensemble du corps social. Mort, le sujet ne mettra plus la société en danger. En outre, le corps social, effrayé par cette peine radicale, se gardera, pense-t-on, de sombrer dans les mêmes perversions. Prévention spéciale et prévention générale forment ainsi l'assise solide d'une société qui a compris d'une autre manière son lien social puisque, encore une fois, c'est la consistance de ce lien qui détermine, dans une société particulière, les formes qu'y prend le droit pénal. Or, d'un siècle à l'autre, que s'est-il passé ?

Peut-être s'est-il passé, avec la révolution industrielle et la constitution des 'classes laborieuses' perçues comme autant de 'classes dangereuses', la prise de conscience des insuffisances du

constitue le *climat social* de la défense sociale, la menace de l'augmentation de la criminalité sous toutes ses formes - la folie criminelle, l'alcoolisme, la dégénérescence etc. - en constitue certainement le *climat pénal*. (...) Dans ce contexte, la défense sociale exprime fondamentalement une logique d'ordre, et un ordre devant se réaliser par l'adaptation à une fonction. Elle envisage la loi pénale comme un réflexe de défense que la société oppose tout naturellement au phénomène criminel. » (*Délinquance et protection de la jeunesse, Aux sources des lois belge et canadienne sur l'enfance*, Les Presses de l'université de Montréal, les Presses de l'université d'Ottawa, De Boeck, 1995, p. 66).

rationalisme de la période précédente. Certes, par la figure artificielle d'une convention première, le libéralisme a pu rendre compte de la constitution d'une république affichée comme démocratique et, dans la foulée, d'une société de la libre entreprise, mais c'était là l'œuvre des propriétaires qui, par le suffrage censitaire, détenaient pratiquement seuls le pouvoir dans les assemblées délibérantes. Or, une fois constituée grâce au cadre mythique du contrat social, cette société qui ne donne décidément pas la parole à l'ensemble des citoyens, doit, pour préserver sa consistance concrète, changer de paradigme : quittant l'artifice du contrat, elle adopte alors le réalisme organique du corps afin de rendre cette société inégalitaire aussi inattaquable qu'une donnée naturelle. D'où la recrudescence des exécutions capitales, tout au long du XIX^e siècle, malgré les protestations du siècle précédent.

Est-ce à dire que, revenant en deçà de l'artifice moderne, le lien social a retrouvé la naturalité dont il jouissait dans la société de l'Antiquité ou du Moyen Âge ? Pas nécessairement. D'abord de façon générale parce que, en histoire, un retour en arrière semble difficilement pensable ; ensuite, plus spécifiquement, parce que l'avènement libéral du sujet a radicalement transformé la perspective : n'étant plus précédée par son propre caractère social (puisque l'état de nature la livre à sa solitude), la liberté, après avoir cherché dans sa seule décision le fondement de son être social (c'est la thèse, nous l'avons vu, du contrat social), justifie à présent cet état par une donnée à laquelle elle reste finalement tout aussi étrangère. Pour être devenu « organique », le lien social, en effet, ne s'est pas rendu plus intime à la liberté que dans l'état dit *de nature*. Ici encore, la liberté n'est *pas* sociale. Dans la perspective de 'défense sociale' au sens large, la société se présente sans doute comme un corps qu'il faut précisément « défendre », mais c'est à distance du jeu des libertés, dirait-on, et dans une logique gestionnaire. Grâce aux sciences humaines, les techniques sociales se mettent en branle pour prévenir et corriger les maux de la société mais, à la limite, l'efficacité idéale de ce genre d'organisation ressemblerait à celle de la ruche ou de la fourmilière. La peine, ici, n'est plus appel à la liberté coupable ; elle est devenue « mesure » de maintien d'un ordre qui, par sa naturalité présentée comme organique, échappe à cette liberté même.

Abordée dans ce contexte d'efficacité gestionnaire, la peine de mort a pu rallier ses partisans. En effet, nous l'avons dit, quelle plus radicale impossibilité de récidive que cette élimination du criminel, quel exemple plus frappant que celui-là pour éviter, auprès des autres

R.I.E.J., 2009.63

citoyens, la contagion du crime ? Prévention spéciale et prévention générale trouvent ici, semble-t-il, leur effet le plus pertinent.

Or l'argument se révèle à double tranchant car, du même coup, si les statistiques démontrent le contraire de ses présupposés, il perd de sa force probante. Sans doute le criminel exécuté est-il, à l'évidence, mis hors d'état de recommencer son forfait, mais l'exemple de son exécution ne fait pas baisser pour autant - nous l'avons rappelé - le taux de criminalité dans les pays qui connaissent la peine capitale. Ce constat statistique est présenté comme un argument favorable à l'abolition : la peine de mort est, dit-on, inutile. Le propos est peut-être exact, mais nous noterons qu'il relève, par son insistance sur l'utilité, de la conception que nous avons appelée gestionnaire (les statistiques sont gestionnaires elles aussi) et, à ce titre, insuffisante pour rendre compte adéquatement de la consistance du lien social des humains. Mais poursuivons l'histoire pour mieux saisir, disions-nous, les enjeux en cours quant à l'abolition de la peine de mort : quittant la Défense sociale, nous abordons la Bioéthique dans le cas particulier de l'euthanasie.

4. La subjectivation euthanasique

Le rapprochement paraîtra sans doute surprenant dans la mesure où la description des contours de l'éthique bio-médicale semble n'avoir rien de commun avec la présence de telle ou telle peine dans l'arsenal répressif d'un pays¹³. À vrai dire, nous devons tout de même constater en nos sociétés la coïncidence, au moins chronologique, entre les mouvements qui réclament l'abolition de la peine de mort et ceux qui revendiquent la dépénalisation de l'euthanasie¹⁴. Tout se passe comme si les deux affirmations, de la maîtrise absolue du sujet

¹³ Voir tout de même à ce sujet J.-M. LONGNEAUX, « Le droit de tuer ; les cas de la peine de mort et de l'euthanasie », in *Cahiers Esphi*, n° 33, Namur, FUNDP, 1998. L'auteur y rappelle les étranges alliances de la médecine et de l'exécution capitale. Les corps des condamnés à mort ont servi aux premières dissections scientifiques en vue de faire progresser la science médicale ; en revanche, c'est un médecin, le Dr Guillotin, qui donna son nom à l'instrument de mort destiné à alléger le supplice du condamné.

¹⁴ En Belgique, à six ans d'intervalle seulement, la loi du 10 juillet 1996 (*Moniteur Belge*, 1^{er} août 1996) extirpe la peine de mort du Code pénal tandis que la loi du 28 mai 2002 (*Moniteur Belge*, 22 juin 2002) dépénalise partiellement l'euthanasie.

sur sa propre vie au point d'en déterminer lui-même la fin d'une part, de l'interdiction faite à l'État de mettre la main sur la vie des criminels d'autre part, se confirmeraient l'une par l'autre¹⁵.

On ne cherchera pas à savoir ici si, en psychologie, la pulsion de mort doit être tenue pour une constante, le recul juridique de la mort infligée au condamné se voyant, à la même période, compensé par le progrès légal de la mort administrée au grand malade. On voudra plutôt savoir si, en philosophie du droit, une même logique ne relie pas les deux phénomènes¹⁶. Les affirmations peuvent, en tout cas, se corrélérer car elles reviennent à rendre un sujet maître d'une vie propre, soumise à sa seule volonté, interdisant dès lors que cette vie lui soit prise, par la peine de mort, contre son gré. Dans un cas comme dans l'autre, nous assistons à la même 'subjectivation' du droit, au sens où

¹⁵ Nous nous trouvons donc actuellement dans un climat intellectuel pratiquement inversé par rapport à celui que connaissait C. BECCARIA (voir *supra*, note 9). Alors que, pour l'auteur du traité *Des délits et des peines*, le refus du droit de se tuer soi-même entraîne, dans la logique de 'l'apport en société' inhérente au contrat social, l'impossibilité de la peine capitale, à présent, dans la subjectivation euthanasique, le refus de la peine capitale pourrait se fonder sur le droit exclusif du sujet de disposer de sa vie, y compris par le consentement à l'euthanasie.

¹⁶ Dans le domaine bioéthique, on pourra aussi constater que le même ministre français (Robert Badinter) a voulu à la fois mener le combat que l'on sait pour l'abolition de la peine de mort en France, et plaider pour le droit de la femme seule à recourir à la procréation médicalement assistée (cf. R. BADINTER, « Les droits de l'homme face aux progrès de la médecine, de la biologie et de la biochimie », in *Le Débat*, n° 36, sept. 1985). Le garde des Sceaux pose la question : « Les techniques de procréation artificielle ne doivent-elles pas être mises à la disposition de tout être humain, célibataire ou marié, vivant seul ou en couple, réputé libre de son corps et de ses choix ? » (p. 7). L'auteur donne à sa propre question une réponse positive, qu'il fonde sur une compréhension élargie de deux droits fondamentaux, à la vie et à l'intimité. « Le droit à la vie paraît bien impliquer le droit de tout être humain de donner la vie, la liberté de choisir les moyens par lesquels il pourra donner la vie. » (p. 8) ; « Le droit à l'intimité (...) ne garantit-il pas l'intérêt de chaque humain à prendre certaines décisions essentielles pour lui-même ? (...) tout être humain dispose d'une faculté de choix et d'action dans les domaines qui affectent fondamentalement sa personne et en particulier la procréation. » (p. 9). Donner la vie à partir de soi seul, décider de sa mort à partir de soi également : dans les deux cas, le sujet est enclos dans son droit subjectif, droit à l'enfant d'un côté, droit à la mort de l'autre. Serait-ce dans cette subjectivation excessive du droit que se cacherait aussi une certaine contestation du principe de la peine de mort ?

le droit à la vie vient désormais se placer sous le seul empire de la décision individuelle. La donnée de base, présentée comme évidente, s'énonce ainsi : « puisque la personne n'a pas demandé à naître, ne peut-elle revendiquer logiquement le droit de disparaître quand elle l'estime bon ? ». En revanche, du fait que, précisément, la vie appartient au sujet qui en jouit, il est impensable que quiconque, fût-il l'État, soit autorisé à la lui ravir. D'où la disqualification de principe de la peine de mort présentée comme grave violation du droit, « meurtre juridique » ou encore « assassinat légal ».

Selon cette perspective subjectiviste, aucune transcendance de la société ne peut surplomber l'individu en sa vie même. Or ne sommes-nous pas reconduits par là à l'état de nature que le rationalisme des Lumières avait imaginé, nous l'avons vu, pour expliquer par la rencontre des décisions strictement individuelles la genèse de l'état social ? La légalisation de l'euthanasie jette ainsi une lumière nouvelle sur l'abolition de la peine de mort. En effet, par delà les reproches adressés à la peine capitale, dans l'optique gestionnaire de défense sociale précédemment décrite, quant à l'inefficacité de la prévention générale que cette peine serait censée mettre en œuvre, par delà encore la critique des mauvais usages que pourraient faire de cette peine extrême des régimes autoritaires ou racistes, par delà enfin le spectre de l'irréversible erreur judiciaire, n'est-ce pas l'idée même du pouvoir de l'État sur la vie de l'individu qui apparaît comme illégitime ? Mais pourquoi une relégation aussi catégorique aujourd'hui de la peine de mort en dehors du droit ? Tout simplement parce que, semble-t-il, le droit du sujet sur sa vie ne relève à présent que du sujet lui-même. Quand il s'agit de sa vie, l'individu est devenu à lui seul, dirait-on, sa propre transcendance.

Or la question pourrait se poser dans l'autre sens : ce glissement de la (désormais) injustifiable peine de mort à la (désormais) très légitime euthanasie ne devrait-il pas être lu dans l'autre sens ? Car les critiques que mérite la légalisation de l'euthanasie obligent à réfléchir à nouveau à la consistance du lien social et, par là, aux fondements du droit pénal conçu comme protecteur d'un tel lien.

5. La mort du droit

À partir du moment où un ordre juridique dépénalise le geste euthanasique posé à la demande de la personne qui ne souhaite plus

vivre¹⁷, l'articulation philosophique qui relie entre eux le droit et la vie subit une profonde transformation.

Car en cette nouvelle situation, l'ordre juridique en question n'appuie plus le droit sur l'existence objective des sujets (objectivité reconnue à l'évidence de leur condition corporelle en tant qu'être vivants) mais sur la volonté subjective manifestée par chacun d'eux de persévérer dans l'existence. En d'autres termes, pour donner forme (la forme juridique) à la reconnaissance mutuelle des êtres, le droit ne part plus de la relation que ces êtres nouent entre eux à partir de leur contingence corporelle, il part de la volonté strictement individuelle manifestée par chaque sujet de rester (ou non) en vie, d'habiter (ou non) son corps et donc, notons-le, de continuer (ou non) à nouer la relation. Le droit dès lors ne se pense plus en surplomb des sujets qu'il relie ; il émane plutôt de la volonté subjective de chacun d'eux. Or nous tenons que ce 'droit à la mort' ainsi conçu est la mort du droit. Car le droit devient dès lors pure affaire de volonté.

Quoi de plus normal ? répondra-t-on : puisque la loi, qui fait le droit *objectif*, résulte de la seule volonté majoritaire du pouvoir législatif, ne peut-on admettre que, à son tour, le droit *subjectif* émane purement et simplement de la volonté strictement personnelle de son titulaire ? Si le droit de parler emporte le droit de se taire, le droit de s'associer, celui de ne pas s'associer, pourquoi le droit à la vie, garanti par tous les textes constitutionnels et internationaux, n'inclurait-il pas le droit de choisir le moment de sa mort ? En réalité, en faisant de la vie l'objet même dont disposerait le titulaire de cette prérogative fondamentale *tout comme* serait plausible le choix du silence ou de la non-association que permettent, respectivement, les libertés d'expression ou d'association, cette thèse raisonne comme si la

¹⁷ La loi belge prérappelée du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie dépenalise, aux conditions qu'elle édicte, l'homicide posé sur le patient qui, selon la formulation de l'art. 3 § 1^{er} de ladite loi, « se trouve dans une situation médicale sans issue et fait état d'une souffrance physique ou psychique constante et insupportable qui ne peut être apaisée et qui résulte d'une affection accidentelle ou pathologique grave et incurable. » On précisera ici, d'une part, que la souffrance évoquée n'est pas nécessairement celle d'un mourant (cf. le § 3 du même article 3 concernant le cas où « le médecin est d'avis que le décès n'interviendra manifestement pas à brève échéance »), d'autre part, que le passage par la médecine palliative n'est pas un préalable obligé à la licéité du geste euthanasique. Où l'on voit que la volonté du sujet constitue bel et bien le pivot de la légitimité invoquée en faveur du geste homicide.

volonté humaine précède la vie et la mort *de la même manière* qu'elle précède le choix inhérent à l'exercice des autres libertés publiques. Or la vie compte précisément cette spécificité unique de précéder, quoi qu'on veuille, l'exercice de la volonté. L'expérience s'énonce d'évidence, on l'a dit : « je n'ai pas demandé à naître ».

Qu'à cela ne tienne, dira-t-on en instance. Ne peut-on, en une sorte de revanche métaphysique, compenser par la liberté de choisir sa mort la liberté que l'on n'a pas eue de décider de sa naissance ? Certes, répondrons-nous, cette liberté reste toujours possible, mais il faut préciser qu'elle ne touche que l'ordre du fait, non celui du droit. Cette liberté, même légalement dépénalisée, reste *voie de fait* car elle contredit *a posteriori* la donnée irrécusable de l'existence à partir de laquelle, précisément, s'énonce le droit. Si le droit, en effet, n'est pas d'abord reconnaissance de ce qui *est*, il laisse s'introduire en lui une violence qu'il ne pourra jamais récupérer. En sautant au-dessus de son ombre, le sujet qui veut compenser par le choix de sa propre mort l'irrécusable fait de sa propre naissance, oblige le droit à sauter aussi au-dessus de la sienne. Car le droit qui, par toutes ses dispositions et en toutes ses branches, impose au sujet la reconnaissance d'autrui (comme voisin, conjoint, cocontractant, contribuable, justiciable, etc.), ne peut, sans se contredire, faire comme si l'existence même de la relation qui le fonde, lui, dépendait de la volonté d'un seul de ses membres. Ramené sous la coupe de la seule volonté subjective, le droit perd son objectivité ; il n'est plus droit lui-même.

6. L'affirmation pénale du lien de naissance

Dans ces conditions, qu'en est-il de la peine de mort ? À partir du moment où le sujet de droit se pense comme surgissement absolu, capable donc de se *déliar* (*ab-solutus*) de tout lien, la mort infligée de l'extérieur à titre de peine devient impensable. Puisque seule la volonté du sujet précède son existence, non pas effectivement sans doute – nous l'avons rappelé – mais symboliquement, dans le choix légalement reconnu de sa mort, on ne voit pas comment une instance tierce pourrait la transcender. Le sujet maître de sa vie est, par le fait même, maître de ses relations et de son existence politique elle-même. Par où la subjectivation bioéthique rejoint et même accentue à la fois la philosophie du contrat social et la double absurdité que nous avons reconnue dans la justification donnée par un tel contrat - des futurs coupables ou des futures victimes - à la peine de mort.

Or si nous voulons tenir une position philosophiquement plus réaliste, ne devons-nous pas reconnaître que le sujet est d'emblée social, né d'autrui et aussitôt livré à la reconnaissance de ses semblables ? L'état de nature imaginé par les auteurs du XVIII^e siècle ne correspond en rien à un état de naissance puisqu'il n'a vu naître que des adultes, séparés les uns des autres, retirés dans leur quant-à-soi, farouchement résolu à ne se soumettre qu'à la loi qu'ils auraient décidée eux-mêmes. Chez Thomas Hobbes, par exemple, le seul droit qui tienne à cet état d'origine est celui de tout faire pour se maintenir dans l'existence¹⁸. La relation comme telle n'est pas pensée ; le droit de l'*autre* à préserver lui aussi sa propre nature n'est pas pris en compte dans la réflexion sur les fondements du droit. De deux choses l'une, en effet : *ou* le droit est naturel, alors il ne concerne que la survie du sujet lui-même, sans aucune considération pour la survie d'autrui (puisque chacun a le droit de tuer l'autre, si besoin est) ; *ou* le droit est positif, alors il émane du Monarque mis en place par l'artifice du Contrat social pour tenir en respect chacune des solitudes ainsi associées. Peut-être d'ailleurs ce Monarque comminera-t-il la peine de mort pour assurer par la crainte, dans l'état de république, l'ordre que les sujets dispersés ne parvenaient pas à établir dans l'état de nature. Mais cette peine ne se justifie en aucun cas par l'estime en laquelle un sujet tiendrait la vie de son prochain. Sur ce point fondamental, en effet, l'état social n'a pas changé les données de l'état de nature : la vie d'autrui n'est pas plus respectable dans le second état que dans le premier, car l'homme n'est pas de soi (naturellement) lié à autrui.

Par contre, si nous acceptons de reconnaître que, dès sa naissance et *par* sa naissance même, le sujet est lié à autrui, nous pouvons poser que le droit précède la volonté d'un tel sujet en l'obligeant à reconnaître précisément cette relation qui le précède lui aussi. L'antécédence du droit sur la volonté ne fait qu'exprimer ici l'antécédence de la relation par rapport au sujet. En d'autres termes, le droit naît avec le sujet pour lui enjoindre de considérer comme vitale la relation dont il provient : autrui jouit du même droit que lui. Le droit ne s'est pas assujéti à la volonté d'un seul partenaire de la

¹⁸ Cf. Th. HOBBS, *Léviathan ; traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile* (1651), en particulier le ch. XIV : 'Des deux premières lois naturelles et des contrats'. Le droit de nature est, pour l'auteur, « la liberté qu'a chacun d'user comme il veut de son pouvoir propre, pour la préservation de sa propre nature et, en conséquence, de faire tout ce qui lui paraît tendre à cette fin. » (trad. Fr. Tricaud, Sirey, 1971, p. 275).

relation : il s'est logé au creux de la relation elle-même, de telle sorte que, aux yeux du sujet de droit, la vie d'autrui lui apparaît nécessairement comme aussi estimable que la sienne propre.

D'où, pensons-nous, la légitimité *de principe* de la peine de mort à l'égard du criminel qui a tué. Non pas pour exercer sur lui la démesure de la vengeance, mais pour lui rappeler (ainsi qu'aux autres membres de la société) la mesure du droit. Le criminel qui a anéanti une vie a, en effet, gravement enfreint l'ordre du droit conçu comme formulation de l'antécédence évoquée plus haut. Il a placé sa volonté propre au-dessus de la relation au point de supprimer l'objectivité même - la vie - de son *alter ego*. L'ordre juridique est donc en droit de lui signifier que, en *juste* retour, il mériterait, lui aussi, de ne plus rester en vie.

Une fois encore, la proposition paraîtra sans doute scandaleuse : comment peut-on à la fois défendre le droit à la vie de tout être humain (au point, par exemple, de récuser comme non conforme au droit la légalisation de l'euthanasie) et retirer, ne serait-ce que symboliquement, ce même droit à un criminel ? Mais pour apaiser l'émotion que suscite pareil propos, posons la question de savoir si nous pouvons esquiver ce moment de raison dans lequel la société trouve logique de rétablir l'égalité entre ses membres en faisant comprendre au criminel que la vie d'autrui était aussi importante que la sienne et que, en conséquence, s'il a négligé la vie d'autrui, il se trouve lui-même logiquement dans la situation juridique de devoir perdre la sienne ? Une société qui voudrait faire l'économie de ce moment-là a-t-elle assez compris à quel point ses membres sont liés les uns aux autres en leurs actes de liberté ?

Insistons-y. En prononçant le principe de la peine de mort, le droit n'exerce aucune violence ; il se contente plutôt de dire publiquement la vérité du criminel. Il rappelle à l'auteur du crime que, en deçà de sa propre volonté, se situait la relation, vitale pour lui comme pour tous les autres sujets de droit. Méconnaître cette relation comme il l'a fait, au point de tuer son semblable, c'est aussi se nier lui-même comme membre de ce corps social dont il a radicalement méconnu l'antécédence.

Car, encore une fois, nous ne tenons pas les uns aux autres seulement par les décisions que nous aurions prises dans un état de nature aussi artificiel que l'état social qui lui a succédé. Notre lien social ne se compare pas non plus à l'agencement organique des parties dont il faudrait maintenir le tout selon une logique seulement gestionnaire. Ce lien social se noue, en termes positifs, par la

reconnaissance que fait chaque sujet, au cœur de sa liberté, du caractère vital, et donc normatif, de la relation qui l'a fait naître : la vie d'autrui vaut la sienne. Exprimée en termes négatifs, cette même reconnaissance aboutit à l'équivalence réciproque où, de la mort de la victime, découle logiquement celle du criminel.

N'est-ce pas d'ailleurs, mais sur un tout autre plan (celui de la morale), l'auteur du crime lui-même qui, en son for intérieur, devrait dire : 'je ne mérite plus de rester en vie' ? Dans la mesure où il a supprimé une vie qui, *de droit*, égalait la sienne, n'est-ce pas *justice*, pour lui, d'avouer en son for intérieur que, à son tour, la sienne *devrait* disparaître ? Sans doute cette évaluation radicale ne peut-elle provenir que du fond de la conscience du criminel. À ce titre, relevant du champ intime de la morale, un tel aveu échappe de toute manière au champ public du droit. Mais si la vraie peine ne peut être qu'intérieure, dans le regret exprimé au point que l'auteur du crime veuille en mourir lui-même, le droit pénal ne peut-il, si pesant et rudimentaire qu'il soit, aider à ce travail intérieur de la conscience en objectivant la gravité du fait commis ? De l'extérieur sans doute mais comme pour dire une vérité intérieure, le droit prononcerait son jugement : le lien social a été à ce point rompu que l'auteur de l'acte criminel mériterait lui aussi, en toute justice, de ne pas rester en vie.

7. L'abolition de l'exécution

Or si nous reconnaissons, dans la mesure que nous avons dite, la légitimité de la peine de mort, nous ne l'avons énoncée qu'au conditionnel ('le criminel *mériterait* cette peine'), il nous faut soutenir aussitôt l'illicéité de son exécution, pour une double raison, qui tient à la responsabilité et à l'espoir.

La responsabilité touche la genèse sociale du crime. Car si l'ordre juridique ne peut assurément pas évacuer le présupposé de la liberté individuelle (le droit n'a-t-il d'ailleurs pas pour tâche d'organiser le pluriel de ces libertés ?), il ne peut pas non plus faire comme si l'acte criminel émanait de cette seule liberté isolée. En désignant un des siens comme coupable, la société doit retourner aussi contre elle le doigt accusateur, se désignant elle-même comme responsable (au moins) de n'avoir pas tout fait pour empêcher l'irréparable. La peine, nous l'avons rappelé, compte parmi ses objectifs la prévention générale, au sens où la sévérité de la sanction arrêtera, espère-t-on, la contagion de l'acte criminel à l'égard du reste

de la société. Or, pour faire bonne mesure, cette diffusion du mal à partir du criminel vers ses concitoyens peut se lire aussi dans l'autre sens, de la société vers le délinquant. Car si le milieu social (scolaire, urbain, professionnel, culturel) porte en lui les germes délictueux de l'irrespect, peut-on faire comme si le seul coupable était le condamné en qui ces germes ont trouvé un terrain malheureusement favorable ?

Or si cette solidarité dans le mal doit être rappelée à l'occasion du prononcé de n'importe quelle peine, ne mérite-t-elle pas un rappel plus vigoureux encore lors d'une condamnation à mort, au point d'empêcher la mise en œuvre de cette peine capitale ? Car si la condamnation à l'amende ou à la prison laisse coexister la peine infligée à l'auteur reconnu comme coupable et (peut-être) la mauvaise conscience du reste de la société qui pourrait se tenir comme responsable, elle aussi, de l'infraction, par contre l'élimination physique du condamné à mort supprime cette coexistence car elle donne à croire que la victime, ainsi absolument anéantie, purifie - absolument aussi - le reste de la société. Selon le mécanisme victimaire bien décrit dans les travaux du philosophe René Girard¹⁹, la société estimerait en effet qu'elle n'aurait plus à porter quelque responsabilité que ce soit dans la survenance du crime. Le bouc émissaire aurait ainsi payé en sa seule mort la violence de tous. En regard de ce transfert de culpabilité, le sadisme festif des exécutions publiques apparaît comme insupportable²⁰.

Paradoxalement, nous l'avons vu, le principe de la peine de mort renforce le lien social, puisque cette peine symbolise *a contrario* le caractère vital du lien social en lequel chacun des sujets a trouvé naissance. Mais l'exécution de cette peine affaiblit au contraire un tel lien car elle empêche la société de prendre davantage conscience de sa propre responsabilité dans la genèse du crime. Condamner à mort, c'est permettre au sujet de renouer, par sa propre mort symbolique,

¹⁹ Voir en particulier ses ouvrages *La violence et le sacré*, Grasset, 1972, et *Des choses cachées depuis la fondation du monde*, Grasset, 1978.

²⁰ Dans son ouvrage *Réflexions sur la peine capitale*, écrit en collaboration avec Arthur KOESTLER (1957), Albert CAMUS raconte un des rares souvenirs qu'il retient de son père, décédé très jeune : son dégoût, physiquement exprimé, au retour d'une exécution capitale. Notons cependant ici que l'émotion négative ressentie devant l'exécution ne suffit pas, à elle seule, à justifier l'abolition, car l'argument se renverse : l'émotion ressentie devant le crime lui-même pourrait, cette fois, justifier la peine. Émotion pour émotion, le droit doit prendre de la hauteur, faire œuvre de *raison*.

l'équivalence de sa vie avec celle de la victime à qui il l'a arrachée. Exécuter cette condamnation, par contre, c'est permettre au reste de la société de s'imaginer détachée à jamais de celui qui pourtant a été et reste un des siens.

L'autre raison qui milite résolument contre l'exécution de la peine de mort tient à l'espoir qu'elle tue. Car s'il est vrai que le coupable *mériterait* la mort, il reste que, par hypothèse, ce coupable est toujours en vie. Vie qui apparaît dès lors comme un surcroît en quelque sorte moralement *immérité* par rapport au geste criminel. Or la société peut profiter précisément de ce décalage entre le mérite et l'immérité pour réfléchir, dans un deuxième temps, sur la peine que, dans un premier temps, elle se devait d'infliger²¹. Car il apparaît ici que, si la vie du criminel ne s'arrête pas à la survenance de son crime, c'est que cette vie-là ne s'identifie pas avec ce crime-ci. Un 'détachement' est possible de l'un par rapport à l'autre. On ne peut enfermer un être humain dans le geste qu'il a commis, si grave fût-il, car le temps qu'il vit ouvre la possibilité du changement.

Cette considération du surcroît vaut, on le sait, pour toute peine mais, dans le cas de la peine capitale, l'enfermement du criminel en son acte serait irrémédiable puisque, par définition, la mort qui lui serait infligée en expiation de son geste arrêterait toute possibilité d'évolution ultérieure de sa part, sans compter - on l'a déjà dit - l'hypothèse redoutable de l'erreur judiciaire.

Bref, tout se passe comme si le lien social portait toujours en lui à la fois l'exigence rigoureuse de son respect par tous en même temps que l'indulgence à l'égard de la personne qui l'a méconnu. Condamnant à mort le criminel qui a gravement compromis ce lien, l'ordre juridique reste toutefois en suspens devant l'exécution de cette sentence. C'est que le lien social se montre assez fort (peut-être aussi assez humble, vu sa propre responsabilité dans la genèse du crime) pour manifester à l'égard de son auteur le respect que ce criminel n'a pas gardé lui-même vis-à-vis d'autrui, sa victime. Cette grâce, imméritée comme son nom l'indique, manifeste mieux que toute exécution de la sentence la supériorité du lien social qui laisse en vie celui qui aurait mérité la mort. Cette grâce déborde-t-elle le droit ? Oui, mais, paradoxalement, elle fait encore partie du droit lui-même. Comme l'écrit H.-A. Schwarz-Liebermann von Wahlendorf à la fin de

²¹ Le décalage ici évoqué rejoint un peu le changement de registre que nous avons voulu adopter en distinguant les termes de *légitimité* et d'*(il)licéité* (v. *supra*, note 4).

ses *Éléments d'une introduction à la philosophie du droit* : « Enfin, le droit et l'exercice du 'droit de grâce' ne sont pas antinomiques l'un par rapport à l'autre, car, loin de détruire le droit, la grâce ainsi comprise représente une dimension dont la destruction détruirait le droit lui-même. »²²

8. Le symbolisme de la peine

La double thèse ici avancée quant à la légitimité de principe de la peine de mort et l'illicéité de son exécution fait certes question. Le droit, œuvre de raison comme on vient de le rappeler, peut-il sombrer dans une telle incohérence, voire, dira-t-on, une telle hypocrisie ou une telle perversion ? Quel sens trouver à cette peine de mort qui, finalement, n'en est pas une ? Ne valait-il pas mieux *soit* avouer franchement ses options réactionnaires en réclamant la mise en œuvre de la peine capitale dont on souhaite ainsi le rétablissement, *soit* rejoindre résolument le camp progressiste pour réclamer avec lui non seulement l'arrêt des exécutions mais encore l'abolition de la peine capitale elle-même ? En réalité, en choisissant la situation aussi paradoxale qu'inconfortable de la position moyenne d'une peine légitime mais non appliquée, nous pensons rejoindre de façon plus pertinente les deux objets que nous avons voulu relier au long de la présente réflexion : la signification de la peine et la consistance du lien social.

D'une manière générale, la *peine* ne se trouve-t-elle pas toujours nécessairement en porte à faux tant par rapport à sa finalité que par rapport à sa mise en œuvre ?

Quelle finalité lui assigner ? Tirillée entre ses fonctions de prévention générale à l'égard de la société qui réclame une peine exemplaire d'une part, de prévention spéciale à l'égard du délinquant qui appelle une peine spécifique d'autre part, elle l'est plus encore entre cette double fonction-là, de *prévention*, tournée vers l'avenir, et

²² H.-A. SCHWARZ-LIEBERMANN von WAHLENDORF, *Éléments d'une introduction à la philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1976, Bibliothèque de philosophie du droit, vol. XXI, p. 100. L'auteur poursuit : « Le droit et la grâce aspirent à la justice et sont œuvre de raison, la grâce cependant sous une forme que le droit de tous les jours ne peut incorporer pleinement, et cela à cause de la condition même du droit. L'amour est 'l'accomplissement de la loi'. Il est aussi la perfection du droit, l'accomplissement de la justice » (p. 101).

la fonction de *rétribution* qu'elle exerce à l'égard du délinquant pour lui faire expier son acte du passé. Or voici qu'en outre on lui assigne, envers le passé encore, une tâche de *réparation* dans l'optique de la *restorative justice* et, envers l'avenir, une mission de *resocialisation* ou de réinsertion sociale. Puisque le droit pénal poursuit, à propos de toutes les peines présentes en son arsenal, des objectifs parfois si opposés, faut-il s'étonner si, à propos de la plus grave d'entre elles, l'oscillation entre ces divers objectifs connaît son amplitude maximale ?

L'hésitation reconnue à propos des objectifs de la loi pénale se vérifie encore à propos de la mise en œuvre des peines. Pourquoi tant d'entorses à la rigueur apparemment implacable du droit ? Comment comprendre les classements sans suite, les suspensions du prononcé, les déclarations de culpabilité sans peine, les sursis, les libérations conditionnelles, sinon parce que le sujet humain ne laisse pas enfermer sa temporalité dans les catégories abstraites de la loi ? Le temps, cette étoffe de l'existence, ne peut être saisi en vérité en dehors de son propre déroulement qui porte l'existence du sujet vivant. Réparer et expier le passé ? S'amender et s'intégrer à l'avenir ? Que fera le sujet ? Lui seul, finalement, peut le dire, en prenant le temps de relire son passé. La peine voudrait saisir, mais nécessairement de l'extérieur, un processus qui, finalement, ne peut provenir que de l'intérieur. Au bout du compte, la peine est-elle autre chose qu'une tentative impossible ?

Faut-il pour autant renoncer à la sévérité abstraite de la loi ? Évidemment non, mais c'est en gardant par devers soi la question que pose Michel van de Kerchove : *Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées*²³ ? Car toute loi pénale, finalement, se trouve confrontée à l'hiatus que connaît chaque délinquant entre la commission de son geste incriminé par la loi et la suite de sa propre existence. Comment y intègre-t-il, lui, cet acte-là ? Or, encore une fois, si cette tension entre la rigidité de la loi pénale, d'une part, et la souplesse de la liberté humaine en ses relectures, d'autre part, se rencontre dans l'application (ou la suspension) de quelque peine que ce soit, combien plus s'exercera-t-elle au moment où se pose la

²³ Michel van de KERCHOVE, « Les lois pénales sont-elles faites pour être appliquées ? Réflexions sur les phénomènes de dissociation entre la validité formelle et l'effectivité des normes juridiques », in *Journal des tribunaux*, 1985, pp. 329-334 et in Centre interuniversitaire de philosophie du droit, *Droit et pouvoir*, t. I, *La validité*, Bruxelles, 1987, pp. 327-346.

question de savoir s'il faut exécuter la peine capitale. Dès lors, la thèse paradoxale que nous tenons quant à la légitimité d'une peine pourtant non appliquée pourrait bien rejoindre de la façon la plus vive la tension propre à l'ensemble du droit pénal.

Tension qui s'explique d'ailleurs, nous l'avons dit, par la consistance du *lien social* lui-même. Car ce lien se noue selon une dialectique qui ne peut s'arrêter ni à l'un ni à l'autre de ses deux pôles : la société n'est pas, en effet, le résultat de la pure convention de ses membres adultes ; elle n'est pas non plus le corps organique qui appellerait une gestion scientifique. Tout en précédant les sujets dans un état de nature qui est déjà, quoi qu'en dise le rationalisme des Lumières, un état de droit, le lien social se fonde tout de même, quoi qu'en disent cette fois les courants qui relèvent de la Défense sociale, sur l'acte des libertés qu'il rassemble.

Comment les sujets font-ils corps, alors qu'ils sont plusieurs ? Si on répond que le corps social les précède, est-ce à dire que ces sujets en sont seulement les *membres* dépourvus de liberté ? Par ailleurs, si la liberté est leur lot, comment dire que le corps social les précède alors qu'ils ne l'ont pas explicitement voulu ? Tel est le mystère de la société : le fait d'être ensemble n'empêche pas (au contraire) les sujets d'être eux-mêmes ; le fait d'être eux-mêmes ne les empêche pas non plus (au contraire encore) d'être ensemble. Mystère qui rejoint d'ailleurs celui de la naissance elle-même car la vie de l'homme ne porte-t-elle pas déjà en elle semblable paradoxe ? Etre libre en son existence, être précédé en sa naissance, voilà deux réalités qui, loin de s'opposer, s'appuient l'une sur l'autre.

Comment gérer en droit un tel lien ? Non pas par l'artifice du contrat qui fait comme si les sujets n'étaient pas déjà liés en leur naissance, ni par la technique gestionnaire des sciences qui les traite comme s'ils n'étaient pas libres, mais par la force de la parole qui les tient ensemble sous le signe du symbole. Condamner à mort le criminel qui a porté gravement atteinte au lien social, c'est lui rappeler l'antécédence de ce lien où il a trouvé naissance ; refuser d'exécuter cette sentence, c'est renforcer encore ce lien par le double éveil, de la société à sa propre responsabilité dans la genèse du crime, du condamné à l'espoir de son propre amendement. Le même lien social, noué à la profondeur que nous avons dite, veut à la fois la légitimité de la peine capitale *et* l'illicéité de son exécution.

Conclusion

Dans le débat relatif à la peine de mort, la thèse médiane que nous avons tenue ne contentera probablement personne puisqu'elle n'épouse franchement aucune des deux positions en présence. Nous pensons pourtant qu'elle les renforce l'une et l'autre.

Nous risquons, en effet, d'affaiblir le combat abolitionniste en contestant, par exemple comme 'meurtre' ou 'assassinat', le principe même de la peine capitale. Car cette peine indique en creux l'antécédence du lien qui tient les citoyens ensemble au sein du corps social. Récuser la légitimité de cette peine pourrait donc passer pour une caution donnée à la reprise seulement subjective de ce lien sous l'empire de l'appropriation individuelle de soi, comme le montrent les courants actuels de la subjectivation bioéthique, en particulier dans la légalisation de l'euthanasie. Nous donnerons dès lors plus de force au combat mené pour l'abolition de la peine de mort en ne réclamant que l'interdiction de son exécution proprement dite. Telle serait la solution d'un moratoire perpétuel qui exprimerait, par delà la condamnation prononcée, l'importance vitale de la grâce dans les rapports sociaux.

Quant aux partisans de la peine de mort, leur vœu serait rejoint également, non sans doute dans la matérialité de l'exécution (que nous récusons pour les raisons que nous avons dites) mais dans l'affirmation du caractère littéralement *vital* du respect du droit au cœur de ces mêmes rapports sociaux.

La paradoxale peine, légitime mais inappliquée, nous maintiendrait ainsi, partisans et opposants, sur la difficile ligne de crête où nous éviterions de tomber soit dans la logique gestionnaire de l'ingénierie sociale soit dans le solipsisme du sujet. Car c'est au fond de ces deux précipices-là que se tapit la mort.