

MORALE, POLITIQUE ET DROIT.
DES CLASSIQUES AUX MODERNES:
REMARQUES SUR L'INVERSION DES PRINCIPES
PHILOSOPHIQUES DU DROIT PÉNAL

Por GUILLAUME BERNARD (*)

*«Au-dessus de l'équilibre,
il y a l'harmonie.
Au-dessus de la balance,
il y a la lyre.»*

Victor HUGO (1)

Monsieur Stamatios Tzitzis, directeur de recherche au CNRS et de la section de philosophie pénale du *Centre de philosophie du droit* (Université Panthéon-Assas, Paris II), présente et analyse dans ses deux derniers ouvrages, *La philosophie pénale* et *Esthétique de la violence* (2), les différentes options philosophiques et leurs conséquences juridiques, plus particulièrement pénales. Le premier ouvrage expose les principales problématiques et les différentes écoles, tandis que l'autre se présente comme une étude, à travers une dimension esthétique,

(*) Universidad de Paris-II (Panthéon-Assas).

(1) Cité en exergue in G. Thibon, *L'équilibre et l'harmonie*, Paris, Fayard, 1976.

(2) S. Tzitzis, *La philosophie pénale*, Paris, PUF, 1996 («Que sais-je?», 3043), *Esthétique de la violence*, Paris, PUF, 1997 («Médecine et Société», 2). Du même auteur, notamment: en coll. avec L.-N. Dormont, *La criminologie de l'acte et la philosophie pénale. De l'ontologie criminelle des Anciens à la victimologie appliquée des Modernes*, Paris, Litec, 1994, ouvrage regroupant des études des deux auteurs. Sur les mêmes questions, cf. le «classique» de G. Tarde, *La philosophie pénale*, Lyon Storck, 5e éd., 1900, rééd. avec note introductive et bibliographie de J. Pinatel, Paris, Cujas, 1972 («Bibliothèque internationale de criminologie»); et par exemple, Ph. Robert, F. Soubiran-Paillet, M. van de Kerchove, *Normes, Normes juridiques, Normes pénales, Pour une sociologie des frontières*, Paris, L'Harmattan, 1997, 2 vol. («Logiques Sociales»).

des expressions de la violence (3). Loin de le répéter, le second prolonge et complète le premier en précisant un certain nombre de questions; bien que dissociables, ils forment pourtant une étape cohérente et approfondie dans l'œuvre de l'auteur, ce qui justifie de les étudier ensemble. Bien plus que des ouvrages de synthèse et de vulgarisation (comme le veulent *a priori* les collections dans lesquelles ils sont publiés), M. Tzitzis propose des textes d'une extrême richesse et ouvre un certain nombre de pistes de recherches, souvent originales, selon la méthode dialectique du *pro* et du *contra*: avoir *recours* —et non pas simplement faire *retour* (4)— aux *auctoritates* pour dépasser certaines apories, en l'occurrence modernes et contemporaines. Ce sont donc de véritables essais, mais assortis de l'appareil critique des travaux universitaires. Particulièrement denses quant aux sources anciennes, principalement grecques, les développements sur les principes de l'être dans la philosophie ancienne, le fondement synallagmatique de la punition, la mise à mort et notamment l'avortement, la violence volontairement subie et surtout l'*agapè* du Christ sont particulièrement intéressants. Qu'il soit permis, au cours de cette présentation, de s'arrêter plus précisément sur ces questions (5).

La démonstration de l'auteur repose sur deux points principaux: d'une part, sur la notion classique de solidarité entre l'être et l'étant —selon la formulation heideggerienne (6)— et sur celle de fondement synallagmatique de la peine, et d'autre part, sur la définition d'un droit prosopologique. Si avec le premier aspect, l'auteur rejoint l'école du droit naturel classique, avec le second, il en diverge, en refusant de voir le droit dans la nature des choses. La solution du droit prosopologique l'amène à admettre une part de relativité, qu'il condamne pourtant dans le rationalisme du positivisme. En définitive, il semble ne pas rejeter totalement la subjectivité, mais seulement le procédé rationaliste des Modernes, lui préférant la cosmologie des Anciens. Ainsi, le choix dans la méthode philosophique (I) influe sur les principes fondamentaux du droit (II), impliquant certaines conséquences et solutions pratiques (III).

(3) Tzitzis, *Esthétique de la violence*, p. 9: étude des différentes expressions esthétiques de la violence présentées comme nécessités ontologique, mystique, historique, symbolique et sociale.

(4) Tzitzis, *La philosophie pénale*, p. 105.

(5) L'ambition du présent texte n'est autre que de présenter la pensée et les arguments de l'auteur, en y adjoignant une esquisse de commentaire fondé sur des éléments bibliographiques, bien entendu, non exhaustifs.

(6) Cf. notamment M. Heidegger, «Qu'est-ce que la métaphysique?», in *Questions*, trad. de l'allemand par H. Corbin, R. Munier, A. De Waelhens, W. Biemel, G. Granel, A. Préau, Paris, Gallimard, 1968, 2 vol. («Classiques de la philosophie»), t. I, pp. 21-84 et «Contribution à la question de l'être», in *ibid.*, t. I, pp. 195-251, et principalement pp. 227-248.

I. LE DOMAINE ET LES MÉTHODES DE LA PHILOSOPHIE DU DROIT: L'ONTOLOGIE COMME APPROFONDISSEMENT DE LA PHÉNOMÉNOLOGIE.

«*Mais ce n'est pas un coupable qu'il nous faut ! C'est le coupable.*»
Marcel AYMÉ, *La tête des autres*, Acte III, scène IX (7).

Les façons d'appréhender l'être et ses phénomènes (A) entraîne des conceptions différentes quant à l'existence et à la connaissance (B), modifiant ainsi les relations de nécessité et d'obligation qu'entretient l'homme avec et dans le monde (C).

A. La philosophie et l'esthétique de l'être

1. L'être et ses phénomènes. En pénétrant les faits, il est possible d'aller jusqu'aux fondements de l'être; la philosophie pénale vise donc à dévoiler «ce qui fonde le pénal et renvoie à sa finalité» (8), «envisage la positivité des faits (le *sein*) et leur évolution comme devoir-être (le *sollen*), inhérent à leur nature» (9). Ainsi, les «relations entre forfait et sanction sont envisagées dans le contexte du *logos* (raison d'être) du crime et du *télos* (fin) du châtement» (10). Cette méthode philosophique ne se limite donc pas «à une herméneutique phénoménologique (l'explication subjective des choses telles qu'elles se présentent à travers les perceptions)», mais vise à les montrer, ce qui signifie faire apparaître, à travers les modes d'être, la chose manifestée dans le cadre qui lui convient d'après sa propre structure» (11). Cela implique donc une herméneutique ontologique.

La philosophie pénale sans rejeter la phénoménologie, la dépasse: elle «s'interroge sur l'être et son déploiement à partir de son essence» (12). Elle se propose «de fonder ce qui fait que le crime est crime ainsi que l'étiologie (le pourquoi) de la punition. L'ontologie pénale se rencontre donc là où il y a unité du fondement et de la finalité. L'*archè* (le principe fondateur) n'est pas en effet indépendant du *télos* (la finalité) de la punition» (13). D'où le refus de séparer la rétribution et l'utilité (dissuasion, prévention): la première est le fondement de

(7) M. Aymé, *La tête des autres*, Paris, Grasset, 1952, réimpr. Paris, LGF, 1993 («Le livre de Poche», 180), Acte III, scène IX, p. 141. Sur cette question, cf. R. Floriot, *Les erreurs judiciaires*, Paris, Flammarion, 1968.

(8) Tzitzis, *op. cit.*, p. 3.

(9) *Ibid.*, p. 4.

(10) *Ibid.*, p. 5.

(11) *Ibid.*, pp. 5-6.

(12) *Ibid.*, p. 8.

(13) *Ibid.*, pp. 8-9.

la punition, tandis que la seconde est l'effet de la première, le résultat des principes (14): la cause et la conséquence sont ainsi distinguées et hiérarchisées.

2. **L'objectivité et la subjectivité.** Cette problématique (relation entre l'ontologie et la phénoménologie) est tout aussi pertinente en esthétique que pour la connaissance. Le subjectivisme hégélien considère le beau comme un produit, créé grâce à l'esprit, dans le visible. En revanche, l'objectivisme platonicien, «détache le Beau du sensible et en fait une Forme qui respandit dans le visible». Ainsi, l'esthétique de Platon est d'un caractère mimétique, à savoir que l'homme procréé «le beau par imitation (*mimèsis*) de l'Archétype-Beau qui est intelligible» (15).

L'esthétique est «composée de deux volets, celui du beau et celui du sublime. Si le beau se rapporte à l'harmonie des choses, le sublime, lui, désigne le point extrême de l'émotion, la véhémence ou l'atrocité»; il peut donc y avoir «une esthétique de la cruauté —chez Sade (16) par exemple, ou dans le cas des crimes contre l'humanité—» (17): l'esthétique du sublime implique une «violence ontologique», c'est-à-dire «inhérente à la *physis* (à ce qui pousse et qui apparaît à la lumière de ce qui est) et qui fait de l'homme une partie de l'être» (18). Ainsi, la violence, par sa dimension esthétique, se présente comme une exigence de l'ordre du monde: légitime réponse à l'*hybris* (19), guerre de réparation, sacrifice rédempteur. De plus, éthique et esthétique peuvent ne faire qu'un: le beau, comme le juste, est harmonie (20); cette idée empruntée aux Grecs est, à l'épo-

(14) *Ibid.*, p. 9 et *Esthétique de la violence*, p. 116; cf. P. Poncela, «Par la peine, dissuader ou rétribuer», in *Archives de Philosophie du Droit*, 1981, t. 26, pp. 59-71.

(15) Tzitzis, *op. cit.*, p. 4.

(16) S. Tzitzis, «La douleur sadienne et sa justification par les lois naturelles», in *La douleur et le droit*, textes réunis par B. Durand, J. Poirier, J.-P. Royer, Paris, PUF, 1997, pp. 119-133: pour Sade, la «nature est de la matière pure, toujours en mouvement, dont les transformations assurent la pérennité» (p. 120); elle «ne se soucie que de sa perpétuité», et «le droit naturel sadien s'inscrit dans la dynamique de la matière» (p. 122). L'homme est donc «serviteur passif des intentions naturelles», «instrument par lequel la nature arrive à réaliser ses vues» (p. 125): nécessairement, «le particulier (dont l'homme) doit être sacrifié aux besoins de l'ensemble» (p. 121). L'idéologie sadienne met en scène «des individus en duel, des *prosôpeia*, masques phénoménaux de la nature issus de ses transformations perpétuelles». La jouissance «s'inscrit comme catégorie première dans l'ordre naturel, et tout ce qui en sort est légitimé au nom des intentions de la nature» (p. 126). Par conséquent, «le faible est à la merci du plus fort qui lui inflige la douleur, comme effet de ses plaisirs. L'utilité hédoniste se révèle alors comme la loi des lois naturelles» (p. 121). Ainsi, à «l'esthétique du beau (*kalon*) qui vise à l'harmonie, Sade substitue l'esthétique du sublime (*hyptos*)» (p. 127).

(17) *Esthétique de la violence*, p. 7.

(18) *Ibid.*, p. 8; sur la définition de la *physis*, cf. le commentaire d'Heidegger sur Aristote, *Physique*, B, I: Heidegger, «Ce qu'est et comment se détermine la Physis», in *loc. cit.*, t. II, pp. 178-276.

(19) A. Queyrel, Fr. Queyrel, *Lexique d'histoire et de civilisation grecques*, Paris, Ellipses, 1996, p. 96: l'*hybris* est «le sentiment de démesure éprouvé par les mortels qui croient pouvoir s'élever au-dessus de leur condition humaine».

(20) M. Calvesi, *Les trésors du Vatican*, introduction de D. R. De Campos, trad. par H. de

que contemporaine notamment, illustrée à sa manière, par l'œuvre (et la vie) de l'écrivain japonais Yukio Mishima (21).

B. La vérité et l'*alèthéia* de l'être

1. *L'archè*, le *télos* et le *logos*. *L'archè* désigne le commencement et donc aussi le principe fondamental qui fait que l'être, manifesté par ses étants, s'accomplit (22). Dans *l'archè* se trouve le *logos*. Certes, ce dernier en tant que parole, dit; mais il est plus qu'une simple parole, il déborde l'être. Ainsi, «au sens onto-existential, le *logos* crée, en nommant les étants. En les nommant, (...) il les attire vers l'éclaircie de l'être» (23): ce qui *est* se dit (24). La vérité, *alèthéia*, est ce qui arrive à la perception de l'homme par sa propre et pleine lumière, indépendamment des prédicats qu'il veut lui assigner, de même que la totalité de ce qui est ne saurait être épuisée dans les qualifications que l'homme lui attribue (25).

Ziegler, Genève, Skira, 1986, p. 139, analysant les fresques de Raphaël de la Chambre de la Signature (1508-1511), au Vatican, explique que pour ce peintre «le sensible ne s'oppose pas à l'intelligible; encore moins entend-il dénoncer un conflit entre l'esprit et la matière, entre l'âme et le corps. Il contemple le spectacle de la nature, avec toute la vivacité de ses sens, dans une attitude à l'opposé de celle de Michel-Ange, pour qui les sens constituent un obstacle à l'ascension supérieure, but final de son idéologie. L'empyrée des Idées ne l'intéresse que par le reflet qu'il en peut saisir dans le *substratum* sensible du monde; or, selon Platon, ce reflet transparait dans les figures de la géométrie et les rapports mathématiques. Le Bon et le Beau s'identifient à la symétrie et à la proportion. Tels apparaissent dès lors la fonction et le sens symbolique de la perspective; celle-ci ordonne et harmonise l'espace naturel et sensible sans le transcender ni le sublimer, mais en devenant partie intégrante, expression même de sa structure organique: elle est le canal accueillant où s'oriente et se répand le flux du sensible».

(21) Y. Mishima, *Le Japon moderne et l'éthique du samouraï, La voie du Hagakuré*, trad. de l'anglais par Émile Jean, Paris, Gallimard, 1985 («Arcades», 1).

(22) Tzitzis, *op. cit.*, p. 25. Cf. Tresmontant, «Justification de l'homme», [extrait de *Les idées maîtresses de la métaphysique chrétienne*, Paris, Seuil, 1962], in *La Justice, L'obligation impossible*, sous la dir. de W. Baranès et M.-A. Frison-Roche, Paris, Autrement, 1994 («Série Morales», 16), p. 91: «La doctrine de la connaissance naturelle de la loi morale est intimement liée à la doctrine de la connaissance naturelle de Dieu» (*Ép. Rom.*, 1, 18-22; 2, 14-15). «Selon la théologie catholique, la Création est enseignement de Dieu, non seulement enseignement de son existence et de sa divinité, de sa puissance éternelle (...), mais aussi enseignement de son vouloir. Dans la création sont inscrits les principes qui en commandent l'existence et l'achèvement. La loi naturelle est celle qui permet à la Création de s'achever, qui va dans le sens de cet achèvement de la Création. Le crime, ou le mal, c'est ce qui détruit la Création, qui tend à l'annihiler, qui la dégrade, l'invertit.»

(23) Tzitzis, *op. cit.*, pp. 25-26.

(24) *Ibid.*, p. 36.

(25) *Ibid.*, p. 14. Fr. Ducaud-Bourget, *Les précurseurs: Claudel, Mauriac et cie, Catholiques de Littérature*, postface par le R. P. Valentin-Breton, Vouillé, Chiré, 1978, pp. 86-87: la Vérité «est ou elle n'est pas. C'est vrai ou c'est faux. Il n'y a pas, là, d'à peu près. «Est, est, non, non.» Il y a peut-être des demi-vierges. Il n'y a pas des moitiés de vérité. Un mélange de vrai et de faux est une erreur, en mathématique comme en philosophie. Tout dans la Vérité se tient, fait corps. Une parcelle d'erreur fausse tout. Un milligramme de cuivre empêche l'or d'être pur. Il y a peut-être apparence d'or, apparence de vérité: il y a là erreur ou mensonge. La Vérité est ailleurs.»

Dans cette optique, la raison humaine est un moyen permettant de comprendre le réel, et non l'unique référence à partir de laquelle il peut être jaugé (26). Par conséquent, le réel n'est pas nécessairement rationnel (27) et ne se réduit pas à lui (28). Même s'il l'englobe, le réel est donc au-delà du rationalisable. La philosophie ontologique propose à l'homme de dépasser les phénomènes perçus par les sens pour atteindre la nature des choses analysée par l'intellect: l'empirisme relayé par la dialectique (29).

(26) Pie IX, *Catalogue des Erreurs Modernes, selon le Syllabus de Pie IX*, 8 décembre 1864, Paris, Téqui, s. d., pp. 8-9, III, condamnait la proposition suivante: «La raison humaine, considérée sans aucun rapport à Dieu, est l'unique arbitre du vrai et du faux, du bien et du mal: elle est à elle-même sa loi, elle suffit par ses forces naturelles à procurer le bien des hommes et des peuples». *Ibid.*, p. 9, proposition IV condamnée: «Toutes les vérités de la religion découlent de la force native de la raison humaine: d'où il suit que la raison est la règle souveraine d'après laquelle l'homme peut et doit acquérir la connaissance de toutes les vérités de toute espèce». Léon XIII, *Humanum Genus* (20 avril 1884), Paris, Téqui, s. d., p. 15 dénonçait «le premier principe des naturalistes»: «qu'en toutes choses la nature ou la raison humaine doit être maîtresse et souveraine. (...) en dehors de ce que peut comprendre la raison humaine, il n'y a ni dogme religieux, ni vérité».

(27) Pour la thèse de la réduction du réel au rationnel, cf. E. Kant, *Critique de la raison pure*, trad. fra. avec notes de A. Tremesaygues et B. Pacaud, nouvelle éd. avec une préface de Ch. Serrus, Paris, PUF, 1944 («Bibliothèque de philosophie contemporaine»): «*chronologiquement (der Zeit nach)*, aucune connaissance ne précède en nous l'expérience et c'est avec elle que toutes commencent. Mais si toute notre connaissance débute avec l'expérience, cela ne prouve pas qu'elle dérive de l'expérience» (p. 31); il s'agit donc de distinguer les connaissances *a priori*, indépendantes de toute expérience de celles *a posteriori*, empiriques, ayant leur source dans l'expérience (p. 32). Or, l'expérience ne pourrait jamais avoir une quelconque certitude «si toutes les règles, suivant lesquelles elle procède, n'étaient jamais qu'empiriques, et par là même contingentes» (p. 34); un concept «a son siège a priori» dans le «pouvoir de connaissance» de l'homme (p. 34). Ainsi, pour Kant, la vie intellectuelle n'est plus la connaissance de la réalité, mais le produit de l'intelligence fonctionnant selon ses propres lois; il ne s'agit pas encore d'un idéalisme intégral, car il admet l'existence d'une réalité en dehors de la pensée, mais bien d'un subjectivisme intégral. Kant distingue le jugement analytique ou *explicatif* («la liaison du prédicat au sujet y est pensée par identité») de celui synthétique ou *extensif* (cette même liaison «est pensée sans identité»): le premier n'ajoute rien «au concept du sujet par le moyen du prédicat» car il le décompose «par l'analyse en ses concepts partiels», tandis que le second ajoute «au concept du sujet un prédicat qui n'avait pas été pensé en lui» et qui n'aurait pu être tiré «par aucun démembrement» (p. 37). Ainsi, une connaissance est *pure* quand elle est *a priori*, quand rien ne vient de l'expérience ou de la sensation: «la raison est le pouvoir qui nous fournit les principes de la connaissance *a priori*. Aussi la raison pure est-elle celle qui contient les principes qui servent à connaître quelque chose absolument *a priori*» (p. 46). Il ne s'agit donc pas de rechercher la nature des choses, mais de traiter de l'entendement qui juge cette nature (p. 47): la réalité ne peut être connue telle qu'elle est, l'homme est maître absolu de sa pensée.

(28) Pour la thèse considérant que seul le rationnel est réel, cf. G. W. F. Hegel, *La raison dans l'histoire, Introduction à la philosophie de l'histoire*, trad., introduction et notes par K. Papaioannou, Paris, Plon, 1965, réimpr. 1988 («10/18», 235): «le premier reproche qu'on adresse à la philosophie, c'est d'aborder l'histoire avec des idées et de la considérer selon des idées. Mais la seule idée qu'apporte la philosophie est la simple idée de la Raison - l'idée que la Raison gouverne le monde et que, par conséquent, l'histoire universelle s'est elle aussi déroulée rationnellement» (p. 47). L'histoire «n'est que l'image et l'acte de la Raison» (p. 56) et le rationnel «est ce qui existe de soi et pour soi - ce dont provient tout ce qui a une valeur» (p. 48).

(29) A. Artaud, *Le théâtre et son double*, suivi de *Le Théâtre de Séraphin*, Paris, Gallimard, 1964, rééd. 1979 («Idées»), p. 13: «On juge un civilisé à la façon dont il se comporte et il pense

2. **Les apparences, l'opacité et le néant.** Ce qui n'est pas accessible au savoir de l'homme n'est donc pas le néant, mais seulement l'opacité ou le mystère de l'être (30). *L'alèthéia* est ce qui peut être dévoilé: c'est donc ce qui est, bien que l'homme n'en ait pas forcément la perception ou la connaissance (31). Prétendre à une certaine objectivité suppose donc de dépasser la méthode phénoménologique, et de s'attacher à la recherche de la nature de la chose observée: l'ontologie.

Ainsi, pour les anciens Hellènes, la décision des juges, rendue après les plaidoyers, consiste à *diacrinein*: «discerner ce qui est juste et ce qui est injuste dans un cas précis»; la *dikè*, au sens du procès, est tirer au clair ce qui se trouve «dans l'oubli et l'ignorance, autrement dit chercher l'*alèthéia*, l'authenticité de l'être et non pas le vraisemblable, au moyen des déductions hypothético-rationnelles» (32), comme le font les Modernes.

comme il se comporte; mais déjà sur le mot de civilisé il y a confusion; pour tout le monde un civilisé cultivé est un homme renseigné sur des systèmes, et qui pense en systèmes, en formes, en signes, en représentations. C'est un monstre chez qui s'est développée jusqu'à l'absurde cette faculté que nous avons de tirer des pensées de nos actes, au lieu d'identifier nos actes à nos pensées. Si notre vie manque de souffre, c'est-à-dire d'une constante magie, c'est qu'il nous plaît de regarder nos actes et de nous perdre en considérations sur les formes rêvées de nos actes, au lieu d'être poussés par eux.»

(30) Tzitzis, *op. cit.*, 14. Ch. Delsol, *Le souci contemporain*, Bruxelles, Complexe, 1996 («Faire sens»), p. 211: «L'âme est ce qui en nous reconnaît les exigences de l'existence, sans pour autant les connaître. Reconnaît que ces énigmes portent sens, mais sans en connaître le sens. Elle est ce qui, en nous, accepte la présence ingrate des questions sans le dévoilement.»

(31) Tresmontant, *loc. cit.*, p. 93-94: «La Révélation nous enseigne d'une part des secrets que nous n'aurions jamais pu découvrir par la raison, parce qu'ils excèdent tout ce que l'homme pouvait espérer et concevoir (ainsi la promesse de la participation à la vie de Dieu), et elle nous enseigne d'autre part des vérités qui n'excèdent pas, en droit, le pouvoir de la raison. Elle nous dit ce que la raison aurait pu découvrir par ses propres forces, ce qui relève, en droit, du domaine de la raison, et de son ordre.» *Ibid.*, p. 96: selon la théologie catholique, l'homme demeure capable, par nature, «de connaître Dieu et de discerner les exigences éthiques inscrites dans la nature des choses, en vertu de la Création, enfin de pratiquer ce qui est exigé par la loi naturelle»; pourtant, elle ne méconnaît pas que le péché «intervient dans le processus de l'intelligence et le discernement des principes premiers. Ce que saint Paul, après tout l'Ancien Testament, enseigne, c'est que la liberté humaine peut se masquer elle-même des vérités qu'elle a aperçue, par un processus de «mauvaise foi». La liberté humaine peut dévier, troubler, détériorer, fausser l'intelligence. Mais ce n'est pas là la conséquence de la *nature humaine* détériorée par le «péché originel» et transmise ainsi corrompue depuis le premier homme; cela est l'œuvre de la *liberté* actuelle de l'homme. Cela est un processus qui se renouvelle tous les jours. Il s'agit d'un péché *actuel*. Un esprit faux est un esprit qui se fausse.»

(32) S. Tzitzis, «Le juge et la vérité», in *Crises*, 4, 1994, p. 105. M. Villey, «Questions sur l'ontologie d'Aristote et le langage du Droit Romain», in *Hommage à Robert Besnier*, Paris, SHD, 1980, p. 304: l'ontologie cartésienne est dualiste; il y a d'un côté la substance pensante (l'âme), et de l'autre la substance étendue (le corps). Ainsi, l'esprit et la matière sont deux sphères hétérogènes; la culture est séparée de la nature (supposée inerte), le monde des valeurs de celui des faits scientifiques. En revanche, l'ontologie aristotélicienne respecte l'unité de l'être. Toute substance est indissociablement composée de matière (le corps) et de forme (l'âme), non pas morte mais dynamique, tendue de la puissance à l'acte, se rapprochant plus ou moins d'une forme parfaite qui est sa fin et son bien, les valeurs étant incluses dans l'être.

C. Les principes de l'être et du dire

1. **La cosmologie et les déséquilibres.** Pour les Grecs anciens, les contraires s'équilibrent dans le *cosmos* et l'accord des discordants est réussi par le juste (33). Ainsi, le droit vient de l'être: il est ontologique (34). Le primordial dans la cosmologie hellénique, «est l'acte qui se répercute sur l'ordre du monde. L'accent est mis plus sur l'*hybris* que sur l'homme» (35). Pythagore de Samos, par exemple, fonde la proportionnalité de la justice sur la loi cosmique de l'*antipeponthos* (36): l'*hybris* est une démesure, un outrage qui provoque un chaos existentiel et social, d'où la rétribution comme finalité du châtement (37). Le juge doit donc s'efforcer de comprendre l'être du crime, et par là son auteur, conçu comme présence discordante dans la *polis* (38). Pour les Grecs anciens, le rôle de la justice consiste, avant tout, en un jugement sur ce qui fait l'harmonie de l'être: le juste est «envisagé sous ses rapports avec le beau et le bien» (39). En revanche, avec les Modernes, ce qui *est* n'a plus de sens: «Les significations viennent de la volonté [humaine] qui substitue à l'être entéléchique (à ce qui est et à la finalité qui lui est inhérente) un devoir-être. Le juste et l'injuste ne sauraient ainsi exister comme présence dans l'être, mais comme hypothèses confirmées par le pouvoir étatique qui produit le langage juridique» (40) ou, de façon plus générale, par la raison.

(33) Delsol, *op. cit.*, pp. 42-43: «L'homme d'autrefois trouvait le sens de son existence au sein même des antinomies. Il cherchait le bien en dépit de l'immémoriale imperfection (...). Il cherchait Dieu au milieu du doute. Il désignait une liberté possible au sein du conflit politique (...). L'homme de la modernité, hissant (...) ses prétentions d'un cran, a trouvé le sens de son existence dans l'espoir d'abolir pour toujours les antinomies où se débattaient ses ancêtres. (...) Et c'est bien pourquoi s'y rencontrent tous les fanatismes, et des sacrifices inouïs. Il s'agissait d'abolir la quête du sens comme poursuite de ce qui manque et comme malheur de l'insuffisance. Nous arrivons au moment historique où se dévoilent à nos yeux les conséquences de cette aventure sans précédent.»

(34) Tzitzis, *La philosophie pénale*, p. 105.

(35) *Ibid.*, p. 106.

(36) Diogène Laërce, *De la vie des philosophes*, trad. de G. Boileau, Paris, 1668, 2 vol., t. II, L. VIII, p. 610: pour Pythagore, «la première de toute chose, c'est l'unité, laquelle a produit la dualité indéfinie qui est sujette à l'unité, comme la matière a sa cause»; *ibid.*, pp. 625-626: «Il [Pythagore] assurait que la vertu, la santé et la divinité même étaient une harmonie, et que partant tout était composé d'harmonie.»

(37) Tzitzis, *op. cit.*, p. 106 et *ibid.*, n. 2. R. Barthes, *Mythologies*, Paris, Seuil, 1957, réimpr. 1970 («Points», 10), p. 85: «l'affirmation d'une loi selon laquelle rien ne s'accomplit sans une conséquence égale, où tout acte humain est rigoureusement contré, récupéré, bref toute une mathématique de l'équation rassure le petit-bourgeois, lui fait un monde à la mesure de son commerce. Cette rhétorique du talion a ses figures propres, qui sont toutes d'égalité. Non seulement toute offense doit être conjurée par une menace, mais même tout acte doit être prévenu.»

(38) Tzitzis, «Le juge et la vérité», p. 106.

(39) *Ibid.*, p. 105.

(40) *Ibid.*, p. 107. Delsol, *op. cit.*, p. 69: «Notre contemporain est habité par le refus impérieux de reconnaître (...) l'existence d'une disposition objective des choses, d'une hiérarchie des référents qui s'organiseraient et se situeraient en dehors de lui, qui obligerait sa conscience (...) de l'extérieur. Il s'est convaincu depuis, deux siècles, que tout ce qu'il ne façonne pas lui-même se trouve dépourvu de réalité.»

Chez les Grecs, il n'y a pas l'idée de subjectivité; le *logos* lie l'homme à l'être et mesure son statut dans la *polis*, reflet de l'être: «Il n'y a donc pas de construction artificielle de la cité, et par là de distinction entre droit individuel et droit objectif» (41). Le *logos* est le fait de dire, ou ce qui est dit: «*Légein* dénote l'activité pensante qui nomme les étants (les choses dans le devenir) inclinés vers leur accomplissement. Le *Légein* se révèle ainsi comme la dispensation de l'être. Or, lorsque le juge dit le droit, il dispense ce qui est juste en tant que propos qui reflète l'être du droit» (42). Aussi, «l'homme ne crée pas conventionnellement le langage, établissant arbitrairement les valeurs qui le déterminent, mais (...) répond à l'être qui se dit d'après les valeurs émanant des rapports entre les choses. Le *dikaion*, loin de désigner donc ce que la volonté humaine établit, exprime une dialectique des rapports entre hommes et choses, rapports évalués selon les *nomoi*», règles écrites ou non «traduisant l'être historique de la cité, auquel le temps a donné une validité certaine afin qu'elles servent de mesure à ce qui revient à chaque *polites*» (43).

2. L'harmonie et le dévoilement. Dans l'optique grecque, «le *légein* équivaut au *deikonymi* (montrer, faire apparaître ce qui est vraiment)», car l'*alèthés* signifie la venue de l'être à la connaissance de l'homme (44), «signale, d'une part, le rapport entre les hommes et les choses, et, d'autre part, l'être même où ce rapport se concrétise comme accord des discordants. De cette manière le juste côtoie l'*alèthés*» (45). Le dire qui nomme le *dikaion* entraîne «qu'un fait neutre acquiert une tonalité juridique» (46): il n'accorde pas un *sollen* à un *sein*, mais indique la part qui revient à chacun, et nomme la différence dans le partage juste (47).

Cette répartition ne dénote pas une séparation entre l'être et le devoir-être, comme le veut le positivisme juridique moderne. Elle est «le chemin parcouru par les choses de la nature (les étants de l'être) depuis leurs principes (*archai*) jusqu'à leur finalité (*télos*). (...) l'être et le devoir-être, ne sont pas, dans le *cosmos* juridique, séparés. (...) Le *dikaion* montre l'unité de l'être (*einai*) et du devoir-être (*déon*): celui-ci traduit notamment la finalité de celui-là qui implique avant tout ses principes fondateurs» (48).

Le droit conçu comme ordre normatif est étranger au monde hellénique (49);

(41) Tzitzis, *La philosophie pénale*, p. 25.

(42) *Ibid.*, p. 26.

(43) *Ibid.*

(44) *Ibid.*

(45) *Ibid.*

(46) *Ibid.*

(47) *Ibid.*, p. 27.

(48) *Ibid.*

(49) Villey, *loc. cit.*, p. 305: en admettant l'ontologie dualiste, l'école du droit naturel moderne, «faute de pouvoir situer le droit dans le monde des corps matériels», l'a «inséré dans le monde séparé de l'Esprit, du *Sollen* séparé du *Sein*». En revanche, pour l'ontologie aristotélicienne, le droit n'est pas «un système de normes; mais une chose dans la nature, une réalité, une *res*».

héritier de la philosophie grecque (50), le droit romain (de la période classique) reprit ces principes: *jus est ars boni et aequi* (D. 1, 1, 1, pr.); *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi* (D. 1, 1, 10, pr.). Quelles sont les implications pénales de ces principes?

II. LE CARACTÈRE POLÉMOGÈNE DU DROIT ET LE FONDEMENT SYNALLAGMATIQUE DE LA PEINE: LE RÉALISME COMME DÉPASSEMENT DU SUBJECTIVISME.

«On ne m'a pas rendu justice puisque je suis innocenté pour des raisons qui ne sont pas les vraies. A mes yeux, la justice qui n'est pas d'accord avec la vérité n'est pas la justice.»

Marcel AYMÉ, *La tête des autres*, Acte IV, scène 1 (51).

La définition du droit dépend de la finalité qui lui est reconnue (A), déterminant ainsi la méthode de résolution des litiges (B) et correspondant à la conception de l'articulation entre la nature et la volonté (C).

A. La dimension cosmologique et le caractère polémogène du droit de punir

1. La nécessité ontologique du droit de punir. Pour les Grecs, le *cosmos* «a ses propres lois devant lesquelles doivent s'incliner divinités et hommes» (52). Il y a donc une nécessité de punir conçue comme l'exigence objective de l'ordre du monde. «Tout dépassement de la mesure cause un trouble de l'harmonie du *cosmos* et entraîne un châtimement senti comme rétablissement de l'ordre troublé» (53), selon la loi rétributive de l'*antipeponthos* qui implique la nécessité de punir comme exigence de l'harmonie dérangée, tant celle du *cosmos* que celle de l'âme humaine (54). Ainsi, pour la cosmologie grecque, comme pour la morale chrétienne

(50) P. Veyne, «L'hellénisation de Rome et le problème des acculturations», in *Diogène*, 1979, 106, [pp. 3-29], p. 6, n. 10: selon Édouard Fraenkel, la première hellénisation remonte au VI^e siècle avant Jésus-Christ, mais seule la seconde, à partir du III^e siècle, mérite le nom d'acculturation. «S'helléniser n'était pas céder à un sentimentalisme ou à une mode (...); c'était choisir au contraire de faire carrière dans l'avant-garde. (...) Chose curieuse, il aura fallu la victoire pour que Rome commence à voir dans l'hellénisme une supériorité qui (noblesse oblige) ne devait plus lui rester étrangère» (p. 16). L'essentiel est sans doute que «la civilisation hellénistique (...) n'était pas sentie comme grecque, comme étrangère, mais comme étant la civilisation tout court, dont les Grecs n'étaient que les premiers possesseurs» (p. 10).

(51) Aymé, *op. cit.*, Acte IV, scène 1, p. 147. Pour la position inverse, cf. J. Vergès, *La justice est un jeu*, Paris, Albin Michel, 1992.

(52) Tzitzis, *op. cit.*, p. 33.

(53) *Ibid.*

(54) *Ibid.*

tienne, la peine a pour finalité et effet de compenser le désordre introduit par la faute (55).

Conçu par les Anciens comme présent dans la présence de l'être, l'homme moderne est, en revanche, une subjectivité pensante: la contemplation (*theoria*), visant le fondement de l'être à partir de l'apparition de ses étants (*phainomena*), cède la place à la représentation des choses (*res*) à partir d'un sujet (56). La nécessité de la punition est remplacée par une simple faculté que l'homme exerce en fonction de sa subjectivité ou de ses intérêts. Pour l'utilitarisme hobbesien, le droit punit les actes illégaux: *Léviathan* détient non seulement le droit (*right*) mais aussi l'obligation de punir selon les lois qu'il a créées (57). Beccaria et Bentham reprennent le principe du légalisme (58). Pour le premier, la finalité du châtement est de neutraliser le coupable et de dissuader les autres de commettre la même infraction (59), la mesure de la peine devant être «le *dommage causé à la société*» (60): «Si un châtement égal frappe deux délits qui portent à la société un préjudice inégal, rien n'empêchera les hommes de commettre le délit

(55) Jean Paul II, *Evangelium vitae*, lettre encyclique, 25 mars 1995, Paris, Téqui, 1995, § 56, p. 96.

(56) Tzitzis, *op. cit.*, pp. 36-37.

(57) Th. Hobbes, *Léviathan, traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, trad. de l'anglais, annoté et comparé avec le texte latin par Fr. Tricaud, Paris, Sirey, 1971 («Philosophie politique»), chap. XVIII, pp. 178-191: «est attaché à la souveraineté le droit de rendre justice, c'est-à-dire de connaître et de décider de tous les litiges qui peuvent s'élever à propos de la loi civile ou naturelle, ou sur une question de fait. Car si les litiges ne font pas l'objet d'une décision, chaque sujet n'est plus protégé contre les torts qu'il peut subir de la part des autres; les lois concernant le *meum* et le *tuum* sont promulguées en vain, et chacun aspirant de façon naturelle et nécessaire à sa conservation propre, garde le droit de se protéger par sa force personnelle, ce qui est l'état de guerre, et s'oppose au but en vue duquel toute République a été institué[e]» (p. 186); «est confié au souverain le pouvoir de récompenser par des richesses ou des honneurs, ou de châtier par un châtement corporel, pécuniaire ou infamant, tout sujet, selon la loi qu'il a préalablement promulguée; ou bien, s'il n'y a pas eu de loi promulguée, selon ce qu'il jugera le plus propre à encourager les gens à servir la République ou à les détourner de la desservir» (p. 187).

(58) C. B. Beccaria, *Des délits et des peines*, trad. par M. Chevalier, introduction de Fr. Venturi, Genève, Droz, 1965 («Les classiques de la pensée politique», 1), § III, p. 10: «les lois seules peuvent déterminer les peines des délits et (...) ce pouvoir ne peut résider qu'en la personne du législateur, qui représente toute la société unie par un contrat social»; *ibid.*, § VIII, p. 19: «L'idée que chaque citoyen doit pouvoir faire tout ce qui n'est pas contraire aux lois, sans redouter d'autre inconvénient que celui qui peut résulter de l'acte lui-même, voilà le dogme politique auquel les peuples devraient croire et que les magistrats suprêmes devraient proclamer et garder avec le même soin que les lois.». J. Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, éd. par Et. Dumont, Paris, 3e éd., 1830, 3 vol., t. II, 1e partie, chap. 1, p. 2: le délit est «tout ce que le législateur a prohibé».

(59) Beccaria, *op. cit.*, § XII, p. 24: «le but des peines n'est ni de tourmenter et affliger un être sensible, ni de faire qu'un crime déjà commis ne l'ait pas été», mais «ne peut être dès lors que d'empêcher le coupable de causer de nouveaux dommages à ses concitoyens et de dissuader les autres d'en commettre de semblables. Il faut donc choisir des peines et une manière de les infliger qui, toute proportion gardée, fassent l'impression la plus efficace et la plus durable possible sur l'esprit des hommes, et la moins cruelle sur le corps du coupable».

(60) *Ibid.*, § VIII, p. 18.

le plus grave des deux, s'il s'accompagne pour eux du plus grand avantage» (61). Ainsi, puisque la peine n'a plus de finalité rétributive mais vise le maintien de l'ordre social (contractuel), c'est moins la rigueur du châtement que son caractère infaillible qui peut rendre efficace le droit pénal (62). Dans la version benthamienne de l'utilitarisme, la peine n'est pas un bien, car elle inflige une douleur qui est un mal (63); elle ne se distingue donc pas par sa nature de l'infraction (le même mal commis «avec l'autorité de la loi ou en violation de la loi, constitue une peine ou un délit»), mais par l'effet: «le délit est l'ennemi de tous, la peine est la protectrice commune» (64). Bentham propose une classification des délits et des peines déduite du principe de la maximisation du plaisir: «*Peine* et *plaisir*, c'est ce que chacun sent comme tel, le paysan ainsi que le prince, l'ignorant ainsi que le philosophe. Pour le partisan du *principe de l'utilité*, la vertu n'est un bien qu'à cause des plaisirs qui en dérivent: le vice n'est un mal qu'à cause des peines qui en sont la suite» (65). La logique de l'utilité (66) exige une proportion quantitative entre la peine et l'infraction: le mal de la peine, connu à l'avance du potentiel délinquant, non seulement compense mais aussi surpasse le bien résultant de l'infraction, afin de la prévenir (67).

(61) *Ibid.*, § VI, p. 17.

(62) *Ibid.*, § XXVII, p. 46: «Un des moyens les plus sûrs de réprimer les délits, ce n'est pas la rigueur des châtement[s], mais leur caractère infaillible»; «La certitude d'une punition, même modérée, fera toujours plus d'impression que la crainte d'une peine terrible si à cette crainte se mêle l'espoir de l'impunité». Bentham, *op. cit.*, t. II, 3e partie, chap. 10, p. 209: «Moins les peines sont certaines, plus elles doivent être sévères: plus elles sont certaines, plus on peut diminuer leur sévérité.»

(63) *Ibid.*, t. I, *Principes de Législation*, chap. 1, pp. 3-4: «*Mal*, c'est peine, douleur ou cause de douleur. *Bien*, c'est plaisir ou cause de plaisir. Ce qui est conforme à l'utilité ou à l'intérêt d'un individu, c'est ce qui tend à augmenter la somme totale de son bien-être. Ce qui est conforme à l'utilité ou à l'intérêt d'une communauté, c'est ce qui tend à augmenter la somme totale du bien-être des individus qui la composent.»

(64) M. el Shakankiri, *La philosophie juridique de Jeremy Bentham*, préface de M. Villey, Paris, LGDJ, 1970 («Bibliothèque de philosophie du droit», XI), pp. 342-343.

(65) Bentham, *op. cit.*, t. I, *Principes de Législation*, chap. 1, p. 5.

(66) *Ibid.*, t. I, *Principes de Législation*, chap. 1, p. 3: «Le *principe de l'utilité* subordonne tout à ces deux mobiles»: chercher le plaisir, éviter la douleur; *ibid.*, chap. 7, p. 50: «La peine ou le plaisir qu'on attache à l'observation d'une loi forment ce qu'on appelle la *sanction* de cette loi.»; *ibid.*, chap. 8, p. 57: «Des plaisirs à répandre, des peines à écarter, voilà l'unique but du législateur: il faut donc que leur valeur lui soit bien connu. Des plaisirs et des peines, voilà les seuls instruments qu'il ait à employer: il faut donc qu'il ait bien étudié leur force.»

(67) Shakankiri, *op. cit.*, pp. 347-348. Bentham, *op. cit.*, t. II, 3e partie: chap. 2: «Première règle. *Faites que le mal de la peine surpasse l'avantage du délit.*» (p. 157); «Deuxième règle. *Plus il manque à la peine, du côté de la certitude, plus il faut y ajouter du côté de la grandeur.*» (p. 158); «il faut donner une plus grande valeur à la peine pour contrebalancer les chances de l'impunité» (p. 159); «Troisième règle. *Si deux délits viennent en concurrence, le plus nuisible doit être soumis à une peine plus forte, afin que le délinquant ait un motif pour s'arrêter au moindre.*» (p. 159); «Quatrième règle. *Plus un délit est grand, plus on peut hasarder une peine sévère pour la chance de le prévenir.*» (p. 160); «Cinquième règle. *La même peine ne doit pas être infligée pour le même délit à tous les délinquant[s] sans exception. Il faut avoir égard aux circonstances qui influent sur la sensibilité.*» (p. 160): il faut ainsi tenir compte de l'âge, du sexe, du rang et de la fortune du délinquant (p. 161).

Pour l'idéalisme kantien, la raison doit obéir à l'impératif catégorique (68), loi morale pratique énonçant une obligation de faire ou de ne pas faire (69) (règle valant pour elle-même, indépendamment de toute finalité): «Agis de telle sorte que la maxime de ta volonté puisse toujours valoir en même temps comme principe d'une législation universelle» (70). Selon Hegel, la sanction est la négation de l'infraction niant le droit (71). Pour ces deux auteurs, malgré leurs différences, le droit punir est appliqué au nom de la réalisation d'un ordre moral désacralisé, rationalisé (72).

(68) E. Kant, *Métaphysique des mœurs*, Première partie, *Doctrine du droit*, préface de M. Villety, introduction et traduction par A. Philonenko, Paris, Vrin, 1971 («Bibliothèque des textes philosophiques»), pp. 213-214: «Le droit de punir est le droit du souverain envers celui qui lui est soumis de lui infliger une peine douloureuse en raison de son crime. (...) La transgression de la loi publique (...) rend celui qui l'a commise indigne d'être citoyen (...). La peine juridique (...) ne peut jamais être "considérée" simplement comme un moyen de réaliser un autre bien, soit pour le criminel lui-même, soit pour la société civile, mais doit uniquement lui être infligée, pour la seule raison qu'il a commis un crime (...). La loi pénale est un impératif catégorique (...)».

(69) *Ibid.* p. 97: «Licite est une action (*licitum*) qui n'est pas opposée à l'obligation; et cette liberté, qui n'est limitée par aucun impératif opposé, s'appelle autorisation "*Befugnis*" (*facultas moralis*). Par là se comprend de soi-même, ce qui est *inautorisé* (*illicitum*). (...) L'impératif catégorique, tandis qu'il énonce relativement à certaines actions une obligation, est une loi morale pratique. Mais comme l'obligation ne contient pas seulement une nécessité pratique (qu'énonce une loi en général), mais aussi une contrainte "*Nötigung*", dès lors l'impératif, en tant qu'il est pensé, est soit une loi qui commande soit qui interdit, selon laquelle ce qu'il s'agit de faire ou de ne pas faire est représenté comme devoir. Une action qui n'est ni commandée, ni interdite est simplement permise, car en ce qui la concerne il n'y a aucune loi qui restreigne la liberté (en l'occurrence de ce qui est autorisé), et par conséquent il n'y a pas non plus de devoir.»

(70) E. Kant, *Critique de la raison pratique*, trad. fra de Fr. Picavet, introduction de F. Alquié, Paris, PUF, 3e éd., 1989 («Quadrige»), p. 30.

(71) G. W. F. Hegel, *Principes de la philosophie du droit ou droit naturel et science de l'État en abrégé*, texte présenté, traduit et annoté par R. Derathé, avec la coll. de J.-P. Frick, Paris, Vrin, 2e éd., 1989, p. 141, § 97 et p. 144, § 101: «le crime a une sphère qualitative et quantitative déterminée», par suite, «la négation du crime doit avoir, dans son existence empirique, la même étendue».

(72) Kant, *Métaphysique des mœurs*, Première partie, *Doctrine du droit*, pp. 101-102: «Une loi (moralement pratique) est une proposition qui contient un impératif catégorique (commandement). Celui qui commande (*imperans*) par une loi est le législateur (*legislator*). Il est l'auteur (*auctor*) de l'obligation par la loi; il n'est pas toujours l'auteur de la loi. Dans le cas où il le serait, la loi serait positive (contingente) et arbitraire. La loi qui nous oblige a priori et inconditionnellement par notre propre raison peut aussi être exprimée comme procédant de la volonté d'un législateur suprême, c'est-à-dire qui n'a aucun devoir, mais seulement des droits (par conséquent de la volonté divine). Mais c'est simplement chose qui signifie l'idée d'un être moral, dont la volonté fait loi pour tous, sans qu'on pense que cette volonté est cause de la loi.» E. Kant, *La religion dans les limites de la simple raison*, trad. par J. Gibelin, revue, introduite, annotée et indexée par N. Naar, Paris, Vrin, 1983 («Bibliothèque des textes philosophiques»), p. 53 (préface de la première édition, 1793): «La morale qui est fondée sur le concept de l'homme, en tant qu'être libre s'obligeant pour cela même, par sa raison, à des lois inconditionnées, n'a besoin ni de l'idée d'un Être différent, supérieur à lui pour qu'il connaisse son devoir, ni d'un autre mobile que la loi même pour qu'il l'observe. (...) la morale n'a aucunement besoin de la religion, mais se suffit à elle-même, grâce à la raison pure pratique». Hegel, *op. cit.*, pp. 146-148, § 103-104.

2. Le caractère polémogène (73) du droit de punir. Ainsi, pour les Anciens, l'exigence de punir opère au nom de la restauration d'une harmonie troublée dans l'univers et dans l'âme de l'individu (74). Elle revêt donc l'office d'une lutte pour le maintien de l'ordre, conçu comme une harmonie naturellement bénéfique, alors que les Modernes le définissent comme un commandement, nécessairement contraignant, et dont l'exécution dépend de l'efficacité, admise ou imposée, du pouvoir. Le caractère polémogène du droit de punir «révèle la guerre au nom de l'innocence de la victime contre les mauvais effets de l'acte coupable» (75). Héraclite d'Ephèse fait du *polemos* l'origine de toute chose (76): «Le *polemos* indique, certes, une riposte agressive mais légitime, à la violence, et certaines fois recommandée, car elle vise à rétablir l'ordre dans l'anarchie» (77). Il existe donc un rapport dialectique entre le *polemos* et l'*eirènè* (78): la sanction est le juste prix qui revient à l'atrocité (la punition) ou à l'acte méritant (la récompense).

Par conséquent, le droit pénal «punit l'infraction accomplie, sa tentative, ou bien son commencement d'exécution» (79), mais pas son intention restée au stade moral, car le droit vise le comportement et non la conscience. En effet, le droit ne peut prendre en compte que le fait, puisqu'il vise l'avoir et les conséquences de l'acte, tandis que la morale juge aussi et principalement l'intention (80) puisqu'elle s'attache à l'être (81).

(73) Tzitzis, *op. cit.*, p. 32, n. 1: de *polemos* (la guerre, le conflit) et de *gennân* (engendrer); cet adjectif dénote ce qui est enclin à engendrer la guerre, à lutter contre.

(74) *Ibid.*, pp. 44-45.

(75) *Ibid.*, p. 45.

(76) Tzitzis, *op. cit.*, p. 45. Diogène Laërce *op. cit.*, t. II, L. IX, p. 672: selon Héraclite, «tout ce qui est contraire, s'unit et s'assemble par le changement»; *ibid.*, p. 673: «tout se fait par contrariété». I. Mourral, L. Millet, *Petite encyclopédie philosophique*, Paris, Éditions Universitaires-Mame, 1993, p. 146: «La philosophie d'Héraclite est aussi une doctrine du Logos ou du Verbe. Pour elle, la réalité profonde n'est pas la succession des changements, mais la loi qui régit le flux des contraires d'une manière harmonieuse.»

(77) Tzitzis, *op. cit.*, p. 46.

(78) *Ibid.*, p. 47.

(79) *Ibid.*, p. 21.

(80) J.-B. Bossuet, «Sermon du mauvais riche» (dimanche 5 mars 1662), in *Sermon sur la mort et autres sermons*, chronologie, préface et bibliographie par J. Truchet, Paris, Flammarion, 1996 («GF»), [pp. 45-73], p. 52: «à quelque bien que le cœur s'attache, soit qu'il soit défendu, soit qu'il soit permis, s'il s'y donne tout entier, il n'est plus à Dieu»; ainsi, «il peut y avoir des attachements damnables à des choses qui de leur nature seraient innocentes» et des «crimes cachés (...) qui ne se distinguent point par les objets, qui ne dépendent que d'un secret mouvement du cœur».

(81) J.-M. Carbasse, «L'influence de la Bible sur l'ancien droit pénal français (XIIe-XVIIIe siècles)», in *L'année canonique*, 1992, 35, [p. 103-114], p. 105: le précepte «Ne jugez pas, et vous ne serez pas jugés» (*Mt.*, VII, 1) n'affecte en rien la licéité intrinsèque de la justice répressive (cf. Thomas D'Aquin, *Somme théologique*, IIa, IIae, qu. 60, art. 2).

B. Le fondement synallagmatique de la punition

1. L'esthétique pénale, le beau et le sublime. Dans l'idée de punition, il y a donc la logique de la compensation, du dédommagement de la victime (82). Le fondement de la peine est originairement synallagmatique, ce qui suppose un échange, d'où l'idée d'accord des parties dans un enjeu, ou de réconciliation en cas de conflit (83). Une mesure commune, une valeur d'évaluation ou d'estimation est alors nécessaire. Or, la *poinë* (peine) a, dans la littérature grecque, «aussi le sens de la compensation ou de la récompense»: elle a donc valeur de monnaie d'échange, trait à la transaction (84). Ainsi, la nature rétributive de la peine est «au-delà de tout caractère passionnel ou utilitaire»; le fondement synallagmatique du châtiement «traduit le souci d'un traitement égalitaire des parties en litige, ce qui constitue la juste mesure dans les rapports d'échange» (85) —cf. le cas d'Oreste dans la trilogie d'Eschyle (86)—. Aristote fonde la justice sur les *synallagmata*: certes, le *nomimon* (ce qui est conforme aux lois) est juste, mais le droit est aussi l'égalité dans les rapports (87). De cette manière, le Philosophe assoit la justice corrective ou commutative (notamment criminelle) sur la proportion arithmétique (la victime étant le créancier, et le coupable, le débiteur): le juge doit déterminer le dommage réel, le châtiement étant le prix de la dette qui est due à la victime (88). La rétribution est «à la base du principe des échanges des éléments, donc des transformations naturelles qui font que l'être du monde *est*» (89). Dans la tragédie

(82) Tzitzis, *op. cit.*, p. 55. G. Filizzola, G. López, *Victimes et victimologie*, Paris, PUF, 1995 («Que sais-je?», 3040), p. 105: la réparation de la victime «tendrait à mettre le sujet dans la situation dans laquelle il était avant sa victimation (...). Cela signifierait-il que l'on veut supprimer le dommage, faire comme s'il n'avait pas existé?»

(83) Tzitzis, *op. cit.*, p. 56.

(84) *Ibid.*, pp. 56-57.

(85) *Ibid.*, p. 58.

(86) *Ibid.*, p. 58, n. 5. J. de Romilly, *Problèmes de la démocratie grecque*, Paris, Hermann, 1975 («Savoir»), pp. 135-136: «Dans l'œuvre d'Eschyle, encore inspirée par l'expérience glorieuse des guerres médiques, la cité est toujours présentée comme un tout et les bons rois sont toujours soucieux du bien public, qu'ils poursuivent en accord avec le peuple. (...) Seule la dernière pièce de la trilogie, les *Euménides*, fait allusion à des querelles possibles au sein de la cité; mais c'est pour demander avec instance qu'un tel fléau ne sévisse pas dans Athènes. La réconciliation entre Athéna et les Erinyes se fait sur cette promesse. Elle fournit même un modèle de l'union à réaliser, puisqu'elle repose sur la persuasion et sur un commun respect pour l'ordre de l'État».

(87) Tzitzis, *op. cit.*, p. 59. cf. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, nouvelle trad., introduction, notes et index par J. Tricot, Paris, Vrin, 1983 («Bibliothèque des textes philosophiques»), V, 2, p. 216 (1129 a et b) et V, 9, pp. 246-247 (1134 a); sur l'équitable comme correctif de la loi, cf. *ibid.*, V, 14, pp. 267-268 (1137 b).

(88) Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, 5, p. 225-226 (1131 a) et V, 7, pp. 231-232 (1131 b et 1132 a); sur la justice distributive reposant sur la proportion géométrique, cf. *ibid.*, V, 5, pp. 224-225 (1130 b), V, 6, pp. 227-228 (1131 a) et V, 7, p. 230-231 (1131 b). Thucydide, *La guerre du Péloponnèse*, texte établi et traduit par J. de Romilly, Paris, Les Belles Lettres, 1953-1972 («Budé»), 5 t. en 6 vol., t. II, 1962, L. II, [XXXIV-XLVII], pp. 25-34: oraison funèbre de Périclès, XXXVII, 1, p. 27: sur la justice distributive et commutative.

(89) Tzitzis, *op. cit.*, p. 61.

grecque, le châtement exigé de l'*hybris* «revêt la forme d'une *tisis* [paiement] ou d'une *dikè*, justice punitive qui s'impose au nom du rétablissement de l'ordre dérangé. La sanction fait preuve d'échange pour le forfait; c'est le *synallagma* mérité, d'où la définition générale du droit grec de *dikaion dianemètikon*: le droit qui distribue à chacun selon son mérite» (90).

Par conséquent, «dire que la rétribution est une fin barbare de la punition équivaut à rejeter l'idée même d'échange et nier par là l'être et son devenir» (91): c'est abaisser la victime au-dessous du coupable, l'utilité de la punition passant avant la rétribution de l'acte, la conséquence (effet) précédant le principe (cause)! M. Tzitzis pose ainsi en termes philosophiques une question juridique soulevée à la Révolution de 1789: l'ancien droit français, à la période moderne, ne prévoit pas de peines fixes (à l'exception des coutumes), mais laisse le choix de la peine à l'arbitraire du juge qui doit déterminer la juste rétribution de l'acte. La Révolution inverse cette articulation en défendant le principe de la légalité non seulement des incriminations, mais aussi des peines, contre l'isonimie (92). De plus, les droits de l'homme, comme droits subjectifs positifs, relèvent du sublime et poussent l'homme à l'*hybris* (93). En effet, que le droit de l'homme soit un droit *à* ou un droit *de*, sa source est censée être l'homme (94) et non l'ordre cosmologique. Par nature, les droits de l'homme s'opposent au droit objectif rétributif: «Il s'ensuit qu'exercer un droit subjectif risque d'entraîner la violation du droit objectif et inversement, vouloir appliquer le droit objectif risque d'entraîner la

(90) *Ibid.*, pp. 61-62.

(91) *Ibid.*, p. 63.

(92) J.-M. Carbasse, «Le droit pénal dans la Déclaration des droits», in *Droits*, 1988, 8, [pp. 123-134], p. 131: «il y avait dans l'ancien droit une liaison étroite entre le régime des preuves, marqué par le principe de «légalité», et celui des peines, dominé par l'arbitraire. Étroitement soumis à la «loi de la preuve», les juges retrouvaient leur liberté dans le choix des peines. Mais au XVIII^e siècle cette relation se renverse: en même temps que l'intime conviction progresse, l'arbitraire des peines perd du terrain et le principe de légalité, abandonnant le domaine des preuves, triomphe dans celui des peines et des incriminations». Or, tant en logique qu'en justice, la première question à régler est pourtant celle de la preuve, celle de l'établissement du lien de causalité entre l'acte et son auteur. Une condamnation reposant sur l'intime conviction (cf. J.-D. Bredin, «Le doute et l'intime conviction», in *Droits*, 1996, 23, pp. 21-29) dépend en définitive de la subjectivité. De plus, la légalité des peines peut aboutir à des injustices; M. Villey, «La responsabilité chez Saint Thomas», in *La responsabilité pénale, Travaux du colloque de philosophie pénale (12-21 janvier 1959)*, présentés par J. Leaute, Paris, Dalloz, 1961 («Annales de la Faculté de Droit et des Sciences politiques et économiques de Strasbourg», t. VIII), p. 125: le «souci de graduer les peines en fonction soit des origines sociales des coupables, soit des circonstances du délit» distingue la conception de l'ancien droit de celle contemporaine, celle-là se caractérisant par la «liberté laissée au juge de tenir compte des faits de la cause, de rendre un verdict adapté à chaque cas concret, non le verdict automatique frappant également chaque délit, comme si du même vol l'ouvrier et le riche bourgeois étaient également responsables». Cf. Thomas D'Aquin, *Somme théologique*, IIa, IIae, qu. 66, art. 7: sur le vol en cas d'extrême nécessité.

(93) Tzitzis, *Esthétique de la violence*, p. 78.

(94) Tzitzis, *La philosophie pénale*, p. 91.

violation d'un droit de l'homme». L'unilatéralité dans les droits de l'homme «inclinent à violer la réciprocité de traitement» (95).

2. **Le juste, le légal et la désobéissance au droit.** Se pose alors la question de la légitimité de la désobéissance au droit que deux figures antiques illustrent: Antigone et Socrate. A première vue, ces deux cas semblent antithétiques: Antigone est punie car elle enfreint les lois du roi de sa cité, alors que Socrate accepte sa punition, pour demeurer fidèle aux lois d'Athènes (96). Pourtant, ils présentent des affinités. La désobéissance d'Antigone (97) n'a pas lieu au nom du droit naturel mais d'une loi (*nomos*) fondamentale de la cité en conflit avec un décret (*pséphysma*) de Créon (98) qui n'exige pas seulement l'obéissance aux lois, mais aussi la soumission à ses commandements (99): la conduite d'Antigone «constitue plus une désobéissance à une «loi» nouvelle, qui devrait être subordonnée à une loi ancienne et supérieure (100), qu'une affaire de conflit entre droit naturel» et droit positif (101). Plus qu'une opposition, son attitude indique un dépassement: elle «assume sa punition pour défendre le droit du mort» (102). Comme Antigone, le Sage «subit le châtement, demeurant fidèle aux lois les plus importantes (...), à savoir au droit ancestral» (103), aux lois de la *patria* (104). Toutefois, la différence consiste en ce que dans le cas de Socrate, il n'y a pas de «conflit entre décrets royaux et loi fondamentale, mais un procès dont l'issue ne s'est pas révélée conforme aux règles de la justice», puisqu'il a été condamné à cause des machinations de ses adversaires (105). Ce qui importe pour Socrate «ce n'est pas la légalité, mais la rectitude du procès, le jugement juste. Justice et vérité vont ensemble» (106). Cependant, il ne fuit pas

(95) *Ibid.*, p. 94.

(96) *Ibid.*, p. 69.

(97) *Esthétique de la violence*, p. 82: les Grecs «avaient fait de l'interdiction d'enterrer, dans leur ville natale, les traîtres (*prodotai*) et les profanateurs (*hiérosyloi*), une sanction infamante»; *La philosophie pénale*, p. 71.

(98) Cf. Sophocle, *Antigone*, in *Œuvres*, t. I, texte établi par A. Dain, traduit par P. Mazon, Paris, Les Belles Lettres, 1955 («Budé»), [p. 61-122], p. 79, v. 177 et p. 86, v. 380.

(99) Tzitzis, *op. cit.*, pp. 69-70; cf. Sophocle, *Antigone*, p. 73, v. 44 et p. 80, v. 215.

(100) Cf. Sophocle, *Antigone*, p. 89, v. 450-470. Thucydide, *La guerre du Péloponnèse*, t. II, L. II, XXXVII, 3, p. 28: sur le nécessaire respect des lois et surtout de celles non écrites.

(101) Tzitzis, *op. cit.*, p. 71.

(102) *Ibid.* Queyrel, *op. cit.*, p. 110: «Sophocle introduit une distinction entre lois écrites et lois non écrites qui marque une étape importante dans la réflexion sur les lois. Le décret de Créon, qui a force de loi, interdit à Antigone d'ensevelir son frère; Antigone lui oppose les traditions d'ordre rituel qu'elle respecte en bravant Créon. Ces lois non écrites qu'elle invoque ont une portée universelle et ont les dieux pour fondement».

(103) Tzitzis, *op. cit.*, p. 72; cf. Platon, *Criton*, in *Œuvres complètes*, I, texte établi et traduit par M. Croiset, Paris, Les Belles Lettres, 1920, 8e réimpr. 1963 («Budé»), 53 c et e, p. 231 et 54 b, p. 232.

(104) Platon, *Criton*, 51 a, p. 227-228.

(105) Tzitzis, *Ibid.* Cf. Platon, *Criton*, 54 c, p. 232 et *Apologie de Socrate*, in *ibid.*, 41 d, p. 173 et cf. 41 b, p. 172.

(106) Tzitzis, «Le juge et la vérité», p. 104.

pour éviter sa peine, parce qu'il ne met pas en cause la justesse des lois et demeure fidèle à la vérité bafouée: si la décision est légale et rendue selon les lois, le jugement a été manipulé; la faillibilité de la sentence ne justifie pas de se rebeller contre les lois (107).

Avec la modernité, la question change de nature, le normativisme assimilant le droit à la loi formelle (108), définie comme une règle de conduite élaborée rationnellement. Or, il peut y avoir conflit entre le légal (subjectif) et le juste (objectif), et donc devoir de désobéissance (109). La légalité ne peut être assimilée à la justice (110): la première relève de la phénoménologie, la seconde de l'ontologie (111). Un geste «tire sa signification authentique de son contexte ontologique, alors que le droit qui ignore les finalités de l'être perd sa dimension du juste» (112): la justice (classique) est donc au-delà du droit positif (moderne) (113). Encore faut-il préciser la matière de l'une et de l'autre.

(107) Tzitzis, *La philosophie pénale*, p. 72 et «Le juge et la vérité», *ibid.* Cf. Platon, *Criton*, 49 b, pp. 225 et 50 b-52 b, pp. 226-229 et par exemple: C. Mossé, «Le procès de Socrate», in *La Grèce ancienne*, présentation par C. Mossé, Paris, Seuil, 1986 («Points», H 87), pp. 77-92.

(108) Tzitzis, *La philosophie pénale*, p. 76.

(109) *Ibid.*, p. 77. Il s'agit ici de la relation entre une règle juridique juste et une autre injuste, et non de la question de l'articulation et de la hiérarchie de la morale et du droit; sur ce dernier sujet, cf. Pie IX, *op. cit.*, p. 18, proposition LVI condamnée: «Les lois de la morale n'ont pas besoin de la sanction divine, et il n'est pas du tout nécessaire que les lois humaines se conforment au droit naturel ou reçoivent de Dieu leur force obligatoire». Du point de vue de la morale (cf. *La Sainte Bible*, version établie par les moines de Maredsous, nouvelle édition revue avec la collaboration des moines d'Hautecombe, Paris-Turnhout, 1983, pp. 1637-1638), rendre à chacun son dû (*Ex.*, XXIII, 6-9; *Ps.*, LVII, 2) n'est qu'une partie de la vertu de justice selon la vision biblique: est vraiment juste celui qui est juste devant Dieu (*Ps.*, VII, 12; *IL*, 6; *LXXIV*, 8). La justice de la seule loi —légalisme qui caractérise le pharisaïsme (*Lc.*, XI, 37-52; *Rm.*, II, 17-20) — est dénoncée par le Christ (*Mt.*, V, 17-48).

(110) Cf. également S. Tzitzis, «Nomos-Logismos: la loi propédeutique chez Platon, Le Nomos et la loi normative moderne», in *L'amour des lois, La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Paris, L'Harmattan, 1996, pp. 415-431. Pie IX, *op. cit.*, p. 19, proposition LIX condamnée: «Le droit consiste dans le fait matériel: tous les devoirs des hommes sont un mot vide de sens, et tous les faits humains ont force de droit»; *Ibid.*, p. 19, proposition LXI condamnée: «Une injustice de fait couronnée de succès ne porte nullement préjudice à la sainteté du droit». J. Guilton, *Le travail intellectuel*, Paris, Aubier, 1951, rééd. 1986, p. 23: «Pour les serviteurs de l'État, la difficulté du travail de l'esprit vient de l'existence d'un Droit écrit. Entre leur esprit et le concret s'interpose un tel écran de notions, de textes et de précédents qu'il leur faut, encore plus que le savoir, l'ingéniosité. Ils doivent juger d'une situation, non pas en la voyant telle qu'elle est en elle-même, mais en lui appliquant un texte antérieur qui n'avait pas été fait pour être ajusté à ce cas-là».

(111) Tzitzis, *Esthétique de la violence*, p. 117.

(112) *Ibid.*, p. 120.

(113) G. Courteline, «L'article 330» [pièce créée au Théâtre Antoine, le 12 décembre 1900], in *Théâtre complet*, Paris, Flammarion, 1961, pp. 407 et 410: La Brige: «La Justice n'a rien à voir avec la Loi, qui n'en est que la déformation, la charge et la parodie. Ce sont là deux demi-sœurs, qui, sorties de deux pères, se crachent à la figure en se traitant de bâtardes et vivent à couteaux tirés, tandis que les honnêtes gens, menacés de gendarmes, se tournent les pouces et le sang en attendant qu'elles se mettent d'accord. (...) Gare, si un jour les gens nerveux s'en mêlent ! lassés de n'avoir pour les défendre contre les hommes sans justice qu'une Justice sans équité, éter-

C. Le droit prosopologique comme dépassement du droit ontologique?

1. L'école classique et l'école moderne du droit naturel. Michel Villey a mis en évidence le renversement de la perspective philosophique de l'école du droit naturel classique à celle moderne (114): passage de la nature cosmologique et vivante (*physis*) à la nature humaine et fixe, évolution de l'humble méthode dialectique à la confiance aveugle en la raison humaine (*ego cogito*), substitution du droit attribut au droit attribué (distribution des peines et des récompenses en fonction des mérites), et donc d'un droit subjectif (établi *a priori*) à un droit objectif (déterminé *a posteriori*). L'une des conséquences de cette évolution (l'étape suivante étant le positivisme) est l'élaboration du concept des droits de l'homme; en effet, dans l'expression *droits de l'homme*, «le génitif ne les désigne pas comme l'objet extérieur au sujet (droits qui reviennent à l'homme), mais comme le fruit de la subjectivité (droits qui viennent de l'homme)» (115).

Les droits de l'homme sont donc des postulats hypothético-déductifs de la raison (116); ils sont censés représenter une doctrine de métaphysique naturelle qui se projette dans l'expérience politique, mais celle-ci n'est cependant qu'une apparence cachant une phénoménologie (117). La Déclaration de 1789 pose ces droits «dans le champs des idées ontologiques comme la vérité, l'Être

nellement préoccupée de ménager les vauriens, et toujours prête à immoler le bon droit en holocauste au droit légal dont elle est la servante à gages!».

(114) M. Villey, «Abrégé du droit naturel classique», in *APD*, 1961, t. 6, pp. 25-72; «Les fondateurs de l'école du droit naturel moderne, Notes de lectures», in *ibid.*, pp. 73-105; *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, Montchrestien, 2e éd., 1975. Pour une autre critique du positivisme juridique, cf. L. Strauss, *Droit naturel et Histoire*, trad. de l'anglais par M. Nathan et É. de Dampierre, Paris, Plon, 1954, réimpr. Paris, Flammarion, 1986 («Champs», 158).

(115) S. Tzitzis, «Droits de l'homme et droit humanitaire: mythe et réalité», in *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, textes recueillis et présentés par Henri Pallard et Stamatios Tzitzis, Paris, L'Harmattan, 1997 («Horizons du Droit»), p. 49. Du même auteur, «Les droits de l'homme entre le *mythos* et le *logos*», in *Les droits fondamentaux, Universalité et diversité, Droit au développement, Démocratie et état de droit, Commerces illicites*, Actes des 1ères journées scientifiques du Réseau Droits fondamentaux de l'AUFPELF-UREF, Tunis, 9-12 octobre 1996, sous la dir. de J.-Y. Morin, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 204-206: «par l'introduction du mythe des droits de l'homme, un événement significatif se réalise: la sacralisation de l'homme et la sécularisation de Dieu. Le renversement de la réalité opère le renversement des attributs: l'homme prend la place de Dieu et vice versa: les droits de l'homme «tendent à élever l'homme à un niveau trop grand pour son statut naturel, ce qui porte à la démesure»; ainsi, la Déclaration «commet une *hybris*, en ce sens qu'elle vise à élever l'homme à la hauteur de Dieu»: les droits de l'homme visent à remplacer «le droit qui vient du ciel, étant extérieur à l'homme, par des droits qui viennent de l'homme et qui manifestent son pouvoir: des droits subjectifs». A l'inverse, dans l'ancien droit, la valeur d'une norme juridique diminuait à mesure que s'accroissait la part de la volonté humaine dans son élaboration. Sur la critique des droits de l'homme: M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, 1983 («Questions»); B. Binoche, *Critiques des droits de l'homme*, Paris, PUF, 1989 («Philosophies», 20): l'auteur fait l'inventaire des différents courants de pensée s'opposant aux droits de l'homme: la critique empiriste, providentialiste et historiciste (rationaliste, organiciste, matérialiste).

(116) Tzitzis, «Droits de l'homme et droit humanitaire: mythe et réalité», p. 46.

(117) *Ibid.*

suprême, la loi naturelle, sans être capable d'approfondir les rapports entre les étants (les manifestations de l'être) et l'être lui-même conçu comme présence de ce qui est» (118). Ainsi, l'erreur des révolutionnaires est d'avoir pris l'étant pour l'être même (119). Du fait de leur origine rationnelle subjective, les droits de l'homme «sont des figures de la conscience que la raison rend, par les expériences, comme choses existantes mais non pas susceptibles d'être déterminées avec rigueur. C'est pourquoi il y a plusieurs générations des droits de l'homme» (120). La question de l'universalité et de l'effectivité des droits fondamentaux découle du choix entre les deux courants: le droit vient-il de l'homme ou revient-il à l'homme (121)? Si le droit est attribué (de la personne), les droits de l'homme dépendent directement du régime politique (État de droit réalisé ou non, et maintenu): c'est toute l'ambiguïté et même l'aporie historiciste. Ainsi, les droits de la Déclaration de 1789 peuvent être analysés comme des *sollen*, ensuite démentis, car celle-ci donne le pouvoir à la loi, au nom de l'utilité générale, de les restreindre. Pour paraître conséquents, les révolutionnaires affirment le mythe de la loi, expression de la volonté générale: de cette manière, les citoyens ont la conviction que leurs droits naturels sont contrôlés par leur volonté (122). En revanche, seul le droit attribué permet au droit d'être juste (isonimie arithmétique en matière d'échanges ou géométrique en matière de distributions) et réel (règlement d'un litige) (123).

2. **Critique non positiviste du droit naturel classique.** Arrivé à ce stade de l'analyse, reste encore à déterminer l'origine du droit (attribué). Or, si M. Tzitzis se sépare du normativisme, il le fait aussi du droit naturel tiré de la nature des choses. L'auteur analyse ainsi la position de Michel Villey (124): ce dernier «met à la place du *sollen* [kelsénien], le *déon*, la convenance, ce qui fait la part des choses. Chacun doit obtenir ce qui lui revient selon son mérite, dans une situation donnée» (125). Le droit, «au lieu de traduire un *fiat*, une obligation à remplir, indique une réalité»; Michel Villey «trouve dans le droit l'indicatif, tra-

(118) *Ibid.*, p. 47.

(119) *Ibid.*

(120) *Ibid.*, p. 50.

(121) *Ibid.*, p. 52.

(122) *Ibid.*, p. 44. Pour une étude des origines historiques et philosophiques de la déclaration du 26 août 1789: S. Riols, présentée par, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, 1988 («Pluriel», 8527).

(123) M. Villey, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1978-1979, 2 vol. («Précis»), t. I, pp. 77-81.

(124) Pour une critique de la position de Michel Villey: S. Tzitzis, «Controverse autour de l'idée de nature des choses et de droit naturel», in *Rechtstheorie*, 1993, 24, pp. 469-483, repris in *Michel Villey et le droit naturel en question*, ouvrage collectif coordonné par J.-F. Niort et G. Vannier, Paris, L'Harmattan, 1994, pp. 29-45. Pour une défense de Michel Villey: F. Vallançon, «In memoriam», in *ibid.*, pp. 13-17 et «Mémoire ampliatif en défense de M. Villey», in *ibid.*, pp. 47-51.

(125) Tzitzis, *La philosophie pénale*, p. 24.

duisant un mode de dire la part juste de chacun» (126). Ainsi, le droit «se dit et il appartient au juge de le rendre; il ne saurait s'identifier aux normes. Le *dikaion* vient des rapports entre les personnes et les choses distribuées selon la juste proportion» (127). Tel était d'ailleurs le système philosophique sous-jacent de l'ancien droit français (128). Michel Villey aborde donc le *dikaion* dans une perspective ontologique et d'une manière analogue à celle du *légein*: «comprendre l'être dans le dire» (129). Le discours du juriste vise à dire ce qui est à chacun: il s'agit donc d'un discours à l'indicatif. Certaines règles écrites peuvent constituer une des sources de la solution juridique, mais ne peuvent pas être assimilées au droit (dont l'objet est la justice particulière). Le gouvernement des actes (prescription) ressortit à d'autres qu'aux juristes, et se dit à l'impératif (130). Or, tout en se plaçant dans la sphère du droit attribué contre la théorie du droit attribut, M. Tzitzis critique l'analyse de Michel Villey en la qualifiant de «naturalisme théologique imaginant un reflet de la raison divine» dans l'ordre naturel (131). Qu'il soit permis de s'interroger sur la pertinence dirimante de cette critique. En effet, l'homme est soumis à l'ordre naturel, que ce dernier soit l'œuvre d'un Créateur ou le fruit du hasard. Si Dieu existe, la loi naturelle s'impose aussi du fait de son autorité, mais les hommes sont, dans les deux configurations, capables, en raisonnant en leur cœur (*Rm.*, II, 14-15), de la découvrir. L'auteur n'assimile-t-il pas implicitement l'école classique du droit naturel à la seconde scolastique espagnole (charnière entre l'école classique et l'école moderne) pour qui droit et loi sont équivalents (132)?

Comme alternative, l'auteur propose le droit prosopologique (133). «L'être est unitaire dans sa totalité, avant que la conscience ne le divise en mondes subjectif et objectif. Au premier, elle attache les sentiments, et au deuxième ses de-

(126) *Ibid.*

(127) *Ibid.*, p. 25.

(128) Y. Bongert, «Le juste et l'utile dans la doctrine pénale de l'Ancien Régime», in *APD*, 1982, t. 27, pp. 291-347.

(129) Tzitzis, *op. cit.*, p. 27.

(130) M. Villey, «De l'indicatif dans le droit», in *APD*, 1974, t. 19, pp. 33-61.

(131) Tzitzis, *Esthétique de la violence*, p. 70-71.

(132) M. Villey, «Remarque sur la notion de droit chez Suárez», in *Archives de Philosophie*, 42, 1979, pp. 219-227: pour la seconde scolastique, droit signifie loi, c'est-à-dire règle de conduite, commandement d'une autorité faite pour obliger des êtres rationnels. Cette conception s'accorde avec un système personnel: le droit subjectif est un pouvoir attribué à la personne de jouir d'une chose, une permission dérivant de la loi (en l'occurrence morale). En revanche, pour Aristote et saint Thomas, le juriste a pour mission de dire ce qui revient à chacun, et n'a pas pour but (comme la loi morale) de diriger la conduite. Le système établi par la seconde scolastique fut par la suite repris par les rationalistes; le législateur ne fut plus Dieu mais l'homme. Ainsi, à la loi divine se substitua la Raison humaine (école moderne du droit naturel) puis la loi de l'État (positivisme).

(133) Tzitzis, *La philosophie pénale*, p. 80 et *Esthétique de la violence*, p. 98: de *prosôpon*, visage, ce qui est vu, mais aussi personne. Sur cette question, cf. également S. Tzitzis, «La personne fondement du juste du droit prosopologique», in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1996, 1, pp. 157-176.

mandes. Or les modes d'être de l'être acquièrent des nuances des significations qui viennent de la personne de l'homme. Ainsi, ni la nature objective, ni la nature subjective ne sauraient exprimer un droit, sans la collaboration de la personnalité» (134). Ainsi, le *prosôpon* «témoigne de cette capacité qui permet à l'homme de dépasser les inclinations primaires de sa nature et de faire corriger les folies de la raison par sa conscience et ses jugements, car seule la conscience humaine peut démarquer les limites du bien et du mal et nous élever de la matérialité de l'existence à la créativité spirituelle» (135). Le droit prosopologique transcende les règles naturelles ou écrites (136), car le *prosôpon* «a trait à la vérité conçue comme *aléthéia*. Il rend visible la densité ontologique de l'invisible» (137); il n'est pas sujet ou objet du droit, il est le «lieu» où se concrétise le juste en droit (138). Toutefois, cette solution n'ouvre-t-elle pas la porte à la subjectivité (139), ramenant au conflit entre droit attribut et droit attribué? Pour sa part, M. Tzitzis considère qu'avec le droit prosopologique, contrairement au positivisme juridique, «l'homme n'impose pas les valeurs (les normes juridiques, le droit positif) aux choses, et [que] contrairement au naturalisme théologique, sa raison ne saisit pas un droit préétabli, selon les exigences d'une loi naturelle»: le rapport articulant l'être et l'étant peut être appelé *dikaion physikon* (juste physique). Aussi, le droit naturel ne vient pas de l'homme, mais revient à l'homme, transcende la volonté et la nature tout en existant dans l'une et l'autre (140). Cette solution, dernière étape du raisonnement, unissant en les distinguant, mais en ne hiérarchisant pas explicitement et en n'attribuant pas précisément un domaine respectif à la nature et la volonté, peut ne pas convaincre totalement. En effet, l'auteur, défendant la densité ontologique du juste irréductible à un droit phénoménologique (141), refuse pourtant de tirer le droit de la nature des choses et plus précisément du litige. Dans cette dernière optique, il ne s'agit pas d'appliquer la règle morale comme solution du droit, même si le droit naturel —pouvant être complété et précisé par le droit positif (142)— est une reconnaissance (plus qu'une transpo-

(134) Tzitzis, *La philosophie pénale*, p. 79.

(135) Tzitzis, «Droits de l'homme et droit humanitaire: mythe et réalité», p. 53.

(136) Tzitzis, *La philosophie pénale*, p. 79.

(137) *Ibid.*, p. 80.

(138) *Ibid.*, p. 81.

(139) Tzitzis, «Les droits de l'homme entre le *mythos* et le *logos*», p. 219: «le *prosôpon*, énonciateur du discours juridique, s'avère l'évaluateur des rapports entre ce qui est et ce qui doit se faire».

(140) Tzitzis, «Droits de l'homme et droit humanitaire: mythe et réalité», p. 61.

(141) Tzitzis, *La philosophie pénale*, p. 79, n. 2.

(142) M. Villey, «La responsabilité chez Saint Thomas», in *La responsabilité pénale, Travaux du colloque de philosophie pénale (12-21 janvier 1959)*, présentés par J. Leaute, Paris, Dalloz, 1961 («Annales de la Faculté de Droit et des Sciences politiques et économiques de Strasbourg», VIII), p. 131, n. 1: pour saint Thomas d'Aquin, le droit positif n'équivaut pas à la loi positive; celle-ci remplit une double fonction: être l'instrument d'expression du droit naturel et créer le droit positif. Par conséquent, la loi positive a un domaine plus large que le droit positif qui complète (de manière subsidiaire et donc sans pouvoir le contredire) le droit naturel.

sition) dans un domaine particulier de l'ordre cosmologique. Que la loi naturelle soit le fruit de l'amour de Dieu n'entraîne pas la confusion du droit et de la morale, puisqu'ils sont hiérarchisés (143). Surtout, que les parties soient ou non croyantes, le litige demeure ontologiquement le même (144): cela ne change rien à l'injustice ou à l'héroïsme commis et à leur nécessaire rétribution (peine ou récompense). Du fait de l'existence d'une loi naturelle voulue par Dieu, la motivation de l'acte peut être modifiée, orientée et interprétée. Or, l'intention relevant de la morale et non du droit, elle ne peut donc avoir d'incidence sur la sanction juridique de l'acte, rien n'empêchant qu'un jugement moral soit également prononcé par d'autres personnes ou institutions, dans ce monde ou dans un autre. Ainsi, pour Saint Thomas d'Aquin, la responsabilité pénale doit, en principe, coïncider avec la responsabilité morale, car elles ont même fondement et même nature: pour être pénalement responsable, la personne doit d'abord l'être selon la morale. Toutefois, le droit et la morale ne sont pas assimilés, mais strictement situés, chacun à son propre niveau; ils sont hiérarchisés. Saint Thomas ne confond pas le spirituel et le temporel, car la justice séculière, tout en étant la servante de la justice divine, a une fonction plus limitée que cette dernière: elle n'a pas pour mission de punir tous les péchés, mais seulement ceux qui nuisent à l'ordre commun temporel, et la dureté des peines vient moins de la responsabilité (morale) que de l'espèce de l'infraction qu'elle a spécialement la charge de réprimer ou de prévenir (atteinte à l'ordre public et à son harmonie) (145).

Les Modernes, assimilant la morale et le droit au profit du second, sont donc amenés à punir, au nom du droit, la responsabilité morale, tout en ayant supprimé la référence à cette dernière (146). En revanche, les Anciens pussent

(143) M. Villey, «La distinction des compétences sacrées et profanes dans la doctrine sociale de l'Église», in *L'Église face aux problèmes du temps*, colloque de l'Association pour la Liberté Économique et le Progrès Social (ALEPS), 1970, Paris, NEL, 1971, pp. 59-60: si le droit est distinct de la morale, il y a «des points de rencontre, des zones limitrophes», où ces disciplines se touchent, car la Vérité est une, et que par conséquent, «il ne doit pas se manifester de discordance entre les conclusions» du droit et de la morale, ce qui ne veut pas dire qu'elles doivent être identiques. *Vis-à-vis* du droit, la morale joue un rôle de «contrôle négatif», mais n'apporte pas de «doctrine positive» pour toutes les questions.

(144) Tresmontant, *loc. cit.*, pp. 92-93: la loi naturelle est unique pour tous (Thomas D'Aquin, *Somme théologique*, Ia, IIae, qu. 94, art. 4); n'importe qui peut donc «discerner parfaitement les principes éthiques relevant de la loi naturelle». Ainsi, «à l'intérieur même de l'économie chrétienne, ce n'est pas seulement en vertu d'une Loi tout extrinsèque, tombée sur la tête de l'homme du haut du mont Sinaï, que l'homme doit respecter l'homme, en lui-même et en autrui, mais en vertu d'une exigence immanente à sa propre conscience et à la nature même des choses, en vertu de la Création. En contrevenant à la Loi morale, l'homme ne s'oppose donc pas seulement à une Loi surnaturellement donnée à l'homme par «Moïse», il se met en contradiction avec son propre vouloir, son vouloir le plus intime, avec son être même, avec l'être même de la Création».

(145) Villey, *loc. cit.*, pp. 126-130. Pour une synthèse de l'aristotélo-thomisme dans le domaine pénal, cf. M. Villey, «Des délits et des peines dans la philosophie du droit naturel classique», in *APD*, 1983, t. 28, pp. 181-203.

(146) Beccaria, *op. cit.*, § I, p. 9 considère que «la multitude n'adopte pas d'elle-même des règles de conduite»; Bentham, *op. cit.*, t. II, 3e partie: chap. 2, p. 157 pose les «règles de cette arithmétique morale».

la responsabilité juridique, existant subsidiairement à celle morale: le droit (classique) distribue des récompenses et des peines à chacun selon son dû.

III. LA MORT, LA MISE À MORT ET LE SACRIFICE RÉDEMPTEUR: DISTINCTION ET ARTICULATION DE L'ÊTRE, DU TEMPS ET DE L'ÉTANT

«*Mais la justice n'est pas un mot! C'est une exigence qui vient du fond de notre cœur!*»

Marcel AYMÉ, *La tête des autres*, Acte IV, scène III (147).

«La vie, comme partie privilégiée du devenir, est sacrée, dans le sens qu'elle appartient à un domaine distinct de celui des contingences et des consensus. Elle réclame donc son inviolabilité. Dans cette optique, la mise à mort de l'homme constitue une atteinte au sacré, à l'être même, car ce dernier est affecté dans son déploiement» (148). Cela invalide-t-il la mise à mort quelle qu'elle soit: celle du coupable (A), de l'innocent (B) ou du sacrifié consentant (C)?

A. De la *physis* et du *thanatos*

1. *L'hybris* et la mise à mort. Le meurtre «représente l'*hybris*, la faute objective, étant une atteinte aux lois de l'être, donc un mépris de l'humanité, la négation même de la vie qui est négation de l'être de l'homme» (149), il est «l'assignation de l'homme *Dasein* au néant, un néant saisi comme rupture avec l'histoire, comme expulsion de la culture» (150). Dans une démarche sadienne (151), le meurtre est commandé par «la jouissance de l'appropriation»: il s'agit d'un «jeu

(147) Aymé, *op. cit.*, Acte IV, scène III, p. 152. Sur l'histoire de la «répression», cf. J. Imbert, G. Levasseur, *Le pouvoir, les juges et les bourreaux*, Paris, Hachette, 1972 («Littérature»).

(148) Tzitzis, *op. cit.*, p. 103.

(149) Tzitzis, *Esthétique de la violence*, p. 102.

(150) *Ibid.*, p. 103.

(151) *Ibid.*, pp. 106-107: Sade installe «le sublime au cœur de la nature»: celle-ci est toujours en état de démesure: comme tout étant animé, l'homme est serviteur de la matière qui «impose ses intentions capricieuses». La seule solution est donc, en s'y soumettant, d'en tirer plaisir. Ainsi, le meurtre est un acte de volupté. «La douleur sadienne et sa justification par les lois naturelles», p. 128: le naturalisme sadien s'avère «anti-eschylien et anti-chrétien. Pour lui, la souffrance n'est pas un mal salutaire, le rachat d'une humanité coupable. La souffrance est la douleur faite à l'autre, au nom de l'intensité des plaisirs, ce qui peut aller jusqu'à la mortification du sujet, qui dans une extase de volupté, peut tirer de l'émotion sensuelle de sa propre douleur. Le masochisme devient alors la conséquence du sadisme». Cf. également: A. Verjat, «L'imaginaire de Sade et la Révolution», in *Mythe et Révolution*, textes réunis par Y. Chalais, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 1990, pp. 185-197.

