

LES THÉORIES DE LA JUSTICE : ÉLÉMENTS DU DÉBAT CONTEMPORAIN

par Jérôme Savary



Qu'est-ce qu'une société juste ? Voilà la question centrale de la philosophie politique. La question première vient du fait que nous constatons que le monde vécu est rempli d'injustices. À l'origine de l'ouverture du débat sur la justice, nous avons un sentiment que nous ressentons très fortement. C'est d'abord l'arbitraire que nous supportons avec beaucoup de peine. L'arbitraire nous repousse car il va à l'encontre du principe intuitif qui veut que la justice donne à chacun ce qui est sien, qu'il faut traiter de manière égale ce qui doit l'être. Ce projet implique un débat sur ce que nous souhaitons faire de la société : quelle doit être sa nature et quels critères doivent présider à nos décisions collectives.

I. Trois notions de justice

On distingue traditionnellement trois notions, qui forment autant de piliers sur lesquels repose la conception contemporaine de la justice en philosophie politique.

- **La Justice commutative.** Elle est fondée sur une théorie de l'échange réciproque entre les individus et l'État. La question générale est : qu'est-ce que les individus sont prêts à abandonner au profit d'une gestion collective par l'État ? Pour vivre en société, nous avons notamment renoncé à l'usage personnel de la violence envers autrui en échange de la sécurité, de la liberté religieuse, du droit de propriété garantis en principe par l'État. La justice doit s'occuper ici de fixer l'équivalence entre ce que l'individu donne et reçoit en retour de l'État (base du contrat social). Sous cet angle, la justice doit définir dans une société donnée les obligations et les charges réciproques des individus entre eux d'un côté, de l'État vis-à-vis des individus de l'autre.

- **La Justice punitive.** Afin de garantir la justice commutative, quand ses principes sont violés, la justice punitive entre alors en action pour sanctionner et réparer les torts commis. Aujourd'hui, il est communément admis, par exemple, qu'on ne se fait pas justice soi-même, mais en vertu de l'échange avec l'État du monopole de la contrainte contre la sécurité, on confie au législateur la tâche de fixer les modalités de la peine et à l'autorité judiciaire son exécution.

- **La Justice distributive.** Elle a pour mission de donner à chacun la part qui lui revient. Pour cela, elle doit se pencher sur les critères de distribution des biens produits. La

société juste sera donc celle qui réussit à bâtir une équité minimum entre les individus, afin d'éviter le pire si quelques-uns possédaient tout et ne laissaient rien aux autres. Il va s'agir de débattre selon quels critères ce principe doit être appliqué : selon les besoins de l'individu, selon ce qu'il produit, selon son origine ou selon ses droits ?

Si nous cherchons à définir des critères de justice, cela vient du fait essentiel que nous ne vivons pas dans des sociétés d'« abondance »¹. Ce terme ne signifie pas ici seulement un « niveau de vie élevé », mais une situation où il ne serait pas possible, quelle que soit la manière de répartir les ressources, de diminuer la condition d'un seul individu. Si les biens fournis par l'activité économique prennent dans ce cadre une place importante, l'abondance ne se limiterait pas à cette sphère et devrait toucher d'autres domaines comme la répartition du pouvoir (personne ne désirerait plus dominer) ou la pluralité des valeurs (tout le monde partagerait les mêmes). Autant dire que nous vivons encore longtemps dans une société de rareté nécessitant en son sein un débat sur la justice.

II. Les principes de justice

C'est à l'orée de la Révolution française, dans ce XVIII^e siècle occidental, que nous avons appelé siècle des Lumières, que des penseurs – dont Rousseau, Montesquieu, Voltaire, en France, Kant en Allemagne ou Bentham, en Grande-Bretagne –, forgeront les principes qui

1. P. Van Parijs, *Qu'est-ce qu'une société juste ?*, Paris : Le Seuil, 1991.

vont remettre en cause les fondements de l'Ancien Régime et permettre au régime républicain, après la Révolution, de trouver une assise théorique et pratique. Ce « séisme » hissera au sommet les deux principes de justice suivants :

- **le principe de l'égalité de traitement.** Contrairement au fonctionnement de l'Ancien Régime qui reconnaissait à une partie minoritaire des personnes issues de la Noblesse et du Clergé des avantages très largement supérieurs à d'autres, membres du Tiers-État, le principe d'égalité de traitement sera le premier pilier du régime républicain. Dès lors, ce principe veut que les intérêts de M. X ne puissent plus peser plus lourds dans la balance que les intérêts de Mme Y.

- **Le principe de liberté.** En associant ce dernier au principe d'égalité, on reconnaît à l'individu le droit fondamental à une autonomie morale, c'est-à-dire à sa capacité de se donner lui-même la règle qu'il entend suivre hors de toute intervention externe. Le volet politique de l'autonomie sera donc le principe de souveraineté du peuple qui est seul légitimé à se forger les lois qu'il entend suivre.

On peut dire que le moment de la Révolution française marque le début d'un nouveau contour à l'objet même des théories modernes de la justice. Cet enjeu nouveau conclut en quelque sorte le débat qui a occupé tout le siècle des Lumières. L'acquis primordial que l'on doit à la Révolution française a été de faire reconnaître la valeur ultime de l'égalité de traitement précitée.

C'est autour de ce qu'il faut entendre par « théorie de l'égalité » que le débat va désormais se structurer. L'idée de fond

qui sous-tend dès lors la théorie politique, c'est que les intérêts de chaque concitoyen doivent compter de manière égale. L'idée d'égalité implique donc de traiter tous les membres de la communauté comme des « êtres égaux »² Autrement dit, l'intérêt de n'importe quel individu, quelle que soit sa position ou son origine, ne peut pas valoir plus ou moins que l'intérêt de tout autre individu. Ce trait fonde la conception libérale de la justice.

Voilà une interprétation nouvelle qui donne sens aux débats les plus récents en philosophie politique. C'est aussi la condition *sine qua non* de toute théorie contemporaine de la justice. Il s'ensuit qu'un théoricien qui partirait, par exemple, du principe que tous les individus membres de père en fils d'un groupe déterminé ont le droit de vote, alors que tous les autres devraient se contenter de suivre les ordres des premiers serait sans tarder exclu du débat. Plus largement, il est évident que le cadre « autorisé » dans lequel se situe ce même débat a considérablement évolué depuis un peu plus de deux siècles et que le lieu de « l'État égalitariste » (au sens précité) dans lequel il prend place est un acquis essentiel. C'est un progrès théorique de première importance qui n'avait rien d'évident au départ.

Du coup, on pourrait se demander si la prise en compte de l'égalité de traitement comme valeur fondamentale partagée par les philosophes contemporains n'affaiblirait pas désormais l'intérêt des théories de la justice ? En effet, puisque le principe semble acquis, on pourrait s'attendre à

2. On doit à R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, Londres, 1977, cité par W. Kymlicka, in *Les théories de la justice, une introduction* [1992], Paris : La Découverte, 1999, p. 10, d'avoir formulé cette interprétation nouvelle.

ce que les questions débattues se confinent à des problèmes, soit d'ajustement des arguments, soit d'exégèse de certains détails. En réalité, c'est tout le contraire. Le fait de ne plus positionner le débat politique autour de la question de savoir si nous acceptons ou non la valeur de l'égalité de traitement ouvre un champ immense sur la manière d'interpréter cette idée d'égalité. Aussi, ce qui fonde l'unité de la philosophie politique est-il dans le même mouvement ce qui rend le mieux compte de sa diversité.

Nous pouvons maintenant aller plus loin. Dire que l'égalité de traitement est le fait premier de nos sociétés libérales nous amène à redéfinir sur quoi porte réellement les désaccords en matière de justice et comment articuler justice commutative, punitive et distributive.

III. Théories contemporaines de la justice

3.1 L'utilitarisme

Pour donner un critère et une règle d'action à l'idée d'égalité, le courant utilitariste, aussi fort que le *Gulf Stream*, va émerger à partir du XVIII^e siècle, s'étendre des pays anglosaxons jusqu'en Europe continentale et occuper une place prépondérante dans le débat sur la justice jusqu'à nos jours. Ce courant part de l'idée simple que si nous voulons respecter l'idée d'égalité et répondre à la question de la nature de notre société juste, il faut reconnaître que la préférence d'un tel ne peut valoir ni plus ni moins que la préférence d'un autre. Il est en effet inacceptable qu'un seul homme ou un petit groupe d'individus impose leurs propres aspirations à l'ensemble, c'est pourquoi il convient de faire appel à une analyse objective et neutre.

Or, si aucune utilité ne vaut par essence plus qu'une autre, la méthode pour distinguer un acte bon d'un acte mauvais sera l'évaluation par les conséquences de cet acte sur la diminution de souffrances et respectivement l'accroissement du bien-être général. La tradition utilitariste³ prétend que la seule théorie morale valable est celle qui pose que le seul bien à réaliser – et même à maximiser – est l'utilité, c'est-à-dire le bien-être du point de vue des désirs et des préférences des individus. Du point de vue des pouvoirs publics, une décision est moralement bonne si elle permet une augmentation générale de l'utilité. Et pour mesurer si l'utilité augmente ou non, on calcule, par agrégation, la somme des utilités individuelles.

- L'échec utilitariste

L'utilitarisme pose de graves problèmes à l'égard de la justice. Premièrement, il n'est sans doute pas si facile de pouvoir établir l'intensité exacte des préférences individuelles, de sorte qu'elles soient comparables d'un individu à l'autre afin de pouvoir additionner ces utilités. Deuxièmement, l'utilitarisme ne se préoccupe que de l'agrégation des utilités, pour aboutir à leur somme sans se soucier de la manière dont le bien-être atteint est distribué au sein de la population. Il entre ici en conflit avec l'idée qu'une société juste doit aussi tenir compte des aspects relatifs à la justice distributive. Enfin, l'utilitarisme accorde une importance exclusive au bien-être. Il en découle donc que tout peut lui être sacrifié, y compris les droits de l'individu et, bien que

3. Pour un développement des thèses utilitaristes, se référer à *l'Anthologie historique et critique de l'utilitarisme*, textes choisis et présentés par C. Audard, Paris : PUF, 1999.

les utilitaristes leur réserve évidemment de l'importance, la sphère d'autonomie au sein de laquelle chaque individu est souverain – ce qui participe intuitivement des droits de l'homme –, peut à tout moment être transgressée si le bien-être collectif l'exigeait.

Schématiquement, on peut avancer que le défaut majeur de l'utilitarisme concerne l'évaluation du niveau de vie à travers l'utilité. L'argument est le suivant⁴ : cette prise en compte unilatérale de l'intensité des désirs indépendamment de leur qualité ou de leur objectif peut conduire à des situations moralement injustifiables. S'il se trouve dans nos pays respectifs une majorité de gens pour approuver le retour à certaines pratiques cruelles, par exemple des jeux du cirque (télévisés) où, comme à la « belle époque », des malheureux étaient jetés dans l'arène pour servir de repas aux fauves, si cette idée devait parvenir à conquérir l'assentiment d'une majorité du public, l'utilitarisme ne fournirait aucun argument pour s'y opposer. Mais on peut penser encore à d'autres exemples : si je détenais un dangereux terroriste dont je sais (il n'y a aucun doute à cela) qu'il connaît l'heure et le lieu du prochain attentat que vont commettre ses complices, serais-je autorisé à utiliser tous les moyens pour le faire avouer, afin d'intervenir pour sauver la vie d'une multitude de gens ? Certes, la réponse qu'il s'agirait de donner concernant ce dernier cas de figure est peu aisée. Mais là réside encore un défaut de la pensée utilitariste : afin de renforcer son assise, elle est obligée de mobiliser des situations aussi extrêmes que peu probables. Elle ne fournit donc guère d'arguments convaincants permettant d'éviter certains actes

4. Rawls (1971, voire infra) cité dans A. Sen, *Éthique et économie et autres essais*, Paris : Presses Universitaires de France, 1993, p. 202.

intolérables, du moins dans des cas probables. On peut lui reprocher potentiellement de « sacrifier » certaines libertés fondamentales sur l'autel de la maximisation des préférences collectives. Ce qui est par-dessus tout important de retenir de cet argument, c'est qu'il soutient que l'utilité n'est en rien suffisante pour porter un jugement moral sur la manière de promouvoir le « bien-être collectif » du point de vue de la justice distributive. Parce qu'il ne mesure pas toute l'importance du respect strict des droits des individus, l'utilitarisme soulève de gros problèmes en regard des exigences de la justice commutative.

Il y a donc une série d'intuitions morales que nous possédons tous qui s'opposent au critère de la maximisation du bonheur du plus grand nombre. Nous avons un certain nombre de droits qui paraissent ne jamais pouvoir être abolis, même si leur suppression procurerait des avantages collectifs indéniables, bref même si ne pas en tenir compte nous faciliterait la vie.

3.2 La théorie de la Justice de John Rawls

John Rawls reproche aux utilitaristes de proposer une conception impropre de la justice et s'attelle à renouer les liens que l'utilitarisme avait alors défaits entre justice commutative et justice distributive. S'opposant aux utilitaristes, Rawls pose que « chaque membre de la société possède une inviolabilité fondée sur la justice [...], qui a priorité sur tout, même sur le bien-être de tous les autres. La justice nie que la perte de liberté des uns puisse être justifiée par un plus grand bien que les autres se partageraient. »⁵

5. J. Rawls, op. cit. [1971], trad. fr. 1997, p. 53.

Comment fonder les principes de justice selon Rawls ? Il faut opérer un raisonnement qui nous ramènerait tous à un point de départ hypothétique, c'est-à-dire dans une situation où nous ne connaîtrions pas notre position dans la société, ni ne saurions pas si nous sommes riches ou pauvres, quel métier nous exercerions, etc. Placé sous un « voile d'ignorance » nous aurions tout avantage à concevoir la justice selon les deux principes suivants :

- le principe d'égalité de liberté : toute personne a un droit égal à l'ensemble le plus étendu de libertés fondamentales qui soit compatible avec l'attribution de ces mêmes libertés aux autres ;

- les inégalités socio-économiques ne sont justifiées qu'à deux conditions : a) pour autant qu'elles contribuent à améliorer le sort des membres les moins avantagés de la société (principe de différence) et b) si ces inégalités sont relatives à des positions que tous ont des chances équitables d'occuper (principe d'égalité des chances).

Pour la méthode, ce qu'il faut égaliser selon Rawls, ce n'est pas l'utilité des individus, mais l'ensemble des biens sociaux premiers, c'est-à-dire les conditions et les moyens généraux dont nous avons besoin pour réaliser les buts que nous poursuivons dans notre vie, quels qu'ils soient. Ces biens premiers sont les libertés telles la liberté d'expression, la liberté de réunion, la liberté de culte, etc., dont traite le premier principe, et des avantages socio-économiques comme le revenu, le respect et des chances de parvenir à ces avantages, qui sont compris dans le second principe. Ces biens doivent être distribués de façon égalitaire, sauf si une inégale distribution bénéficie aux plus défavorisés. Au

fond, Rawls plaide pour une conception égalitariste de la justice, mais au motif que cette conception ne doit pas forcément aplanir toutes les inégalités, mais seulement éliminer celles qui défavorisent certaines personnes. Autrement dit, il y a des inégalités qui peuvent être bénéfiques, ce sont celles qui permettent un avantage pour tout le monde. Si le fait, par exemple, que quelqu'un bénéficie d'un revenu supérieur au mien favorise, en revanche, mes propres intérêts, le principe d'égalité est alors respecté et suggère que nous autorisions cette inégalité plutôt que de la proscrire.

Mais à ce stade, certains biens premiers distribués peuvent encore entrer en conflit. Par exemple, nous pourrions augmenter le revenu de certaines personnes en les privant de certaines libertés fondamentales. Ainsi, ce qui est équitable sous un aspect peut représenter une inégalité grave de l'autre ; on retomberait du coup dans une incohérence entre principes de justice distributive et commutative. Pour éviter de tels écueils, Rawls propose donc de hiérarchiser les différents éléments de la théorie, en plaçant au sommet le principe de l'égalité des libertés fondamentales, qui a la priorité sur le principe de l'égalité des chances qui, lui-même, a préséance sur le principe de l'égalisation des ressources. Ainsi même si on devait renoncer à un avantage social généralisé, aucun acte ne serait justifié du point de la justice s'il venait à transgresser les libertés fondamentales qui n'appartiennent qu'à la seule sphère individuelle.

3.3 Le courant libertarien

Mais la théorie rawlsienne a aussi dû faire face à des détracteurs. À partir des années 50, puis dans les années 70, émerge une école de pensée dont les tenants se réclament d'être les

gardiens des principes de justice commutative. C'est le courant libertarien. Inspiré des travaux de Friedrich Hayek, ce courant influencera énormément les États-Unis d'Amérique et la Grande-Bretagne puisqu'un de ses théoriciens d'ailleurs, Nozick, deviendra le conseiller personnel du président américain Ronald Reagan et influencera également la politique de Margaret Thatcher, en Grande-Bretagne.

Pour les libertariens, il faut aller jusqu'au bout de l'idée selon laquelle la liberté individuelle est une notion fondamentale. La théorie libertarienne « définit une société juste comme une société qui ne permet à personne d'extorquer à un individu ce qui lui revient en un sens prédéfini »⁶. Elle implique un capitalisme sans bornes et des redistributions minimales. F. A. Hayek⁷ désigne comme un « mirage » la pertinence du débat concernant la justice distributive. En effet, l'optique libertarienne identifie la justice à la défense de la liberté individuelle conçue comme un droit strict à la propriété. Cette vue pose que les biens que j'ai acquis légalement m'appartiennent en droit. Dans ce cas, pourquoi devrais-je accepter de céder à l'État une part de mes droits pour qu'il le redistribue à sa guise ? Aussi, si la justice consiste à sauvegarder la liberté individuelle, faut-il absolument rejeter toute redistribution à l'ensemble de biens possédés par l'individu ? C'est à cette condition expresse que, pour les libertariens, la liberté, « la situation dans laquelle chacun peut utiliser ce qu'il connaît en vue de ce qu'il veut faire »⁸, comble l'acceptation correcte de la justice.

6. P. Van Parijs, op. cit., 1991, p.248.

7. *Droit, Législation et liberté* [1973], vol. 1, Paris : Presses Universitaires de France, 1995.

8. F. A. Hayek, op. cit., p. 66.

Ce radicalisme implique que la justice n'a pas de lien avec les inégalités sociales. Si, par exemple, la société laisse mourir ses membres les plus démunis, il se peut que le libertarien s'en émeuve sincèrement et même se mobilise à titre privé contre cela, sans pour autant que celui-ci ne puisse en aucun cas trouver cette situation *injuste*. La redistribution des ressources n'est donc ni bonne, ni mauvaise, mais illégitime.

On peut montrer que la conception libertarienne de la liberté comme droit de propriété est incapable de rendre compte et de réaliser la visée de la justice comme équité entre les individus. L'argument principal qu'il convient d'objecter aux libertariens consiste à montrer qu'il convient d'accorder une place centrale à la liberté dans la théorie de la justice, mais que cette perspective n'implique pas le rejet de la redistribution d'une partie des biens à certaines catégories de la population. La thèse libertarienne suppose que le droit à la liberté implique un droit inaliénable de propriété. Or, l'identification entre liberté et droit de propriété est inappropriée. En effet, la liberté de faire ce que l'on désire implique plus qu'un simple droit. Que peut bien signifier, par exemple, le droit de se nourrir si je suis dans l'incapacité de me procurer suffisamment de nourriture ? Pour que la liberté d'agir ait un sens, il faut quelque chose de plus à la reconnaissance d'un droit, soit le pouvoir de réaliser effectivement ses visées. Autrement dit, « la liberté à laquelle il est important de faire une place est la liberté réelle de mener sa vie à sa guise, pas seulement la liberté *formelle* de le faire »⁹. En prolongement, promouvoir la

9. P. Van Parijs, op. cit., p.187.

liberté réelle la plus grande possible pour chacun ne peut se concevoir que dans une perspective des inégalités les plus profondes.

3.4 L'égalité marxiste

La liberté est aussi un concept central dans la philosophie marxiste. Prenant le système productif comme objet d'analyse, la critique marxienne de l'économie s'attache en effet à dénoncer un système qui réduit les travailleurs à n'être justement que des travailleurs et rien d'autre. Or, Marx a insisté sur la diversité première des facultés qui caractérise le genre humain. En amont, la critique marxienne s'attache à montrer le fossé qui existe entre le fait de choisir librement sa vie et l'activité forcée du travailleur, qui représente la négation de ce choix. La liberté des ouvriers est méprisée, ceux-ci sont aliénés à n'être que des moyens de production. Il convient donc de poser « les conditions du libre développement et de l'activité des individus sous leur propre contrôle » et de permettre, dans la future société libérée, « de faire aujourd'hui telle chose, demain telle autre, de chasser le matin, de pêcher l'après-midi, de m'occuper d'élevage le soir et de m'adonner à la critique après le repas, selon que j'en ai envie, sans jamais devenir chasseur, pêcheur, berger ou critique »¹⁰.

Le système de production est encore injuste parce qu'il ne respecte pas le principe qui veut que la production appartienne en droit à celui qui l'a créée. Les bénéfices (la plus-value) réalisés ainsi sur le dos des travailleurs sont illégitimes.

10. K. Marx, F. Engels, *L'idéologie allemande*, [1845-1846], Paris : Nathan, 1994.

times. Mais on se méprendrait à croire que Marx aurait plaidé pour une distribution égalitaire des revenus. Celle-ci constitue une erreur du fait qu'elle occulte la différence des besoins entre individus. D'où la formule célèbre, qui résonne comme une étonnante défense de la liberté individuelle : « De chacun selon ses capacités, à chacun selon ses besoins. » Ainsi le marxisme part de l'inégalité de base entre les individus, constate que le travail productif est échangé inégalement en termes de valeurs-travail du fait des inégalités individuelles de base et puisque la création du producteur lui appartient en droit, propose pour sortir de cette aliénation le *principe du mérite* (distribution des revenus selon les efforts de chacun).

3.5 Autres courants

Pour que le tableau soit plus complet, il faudrait ajouter les critiques générales du féminisme, développées sous diverses formes, à l'égard du libéralisme qui ne voit pas que la neutralité qu'il promet vis-à-vis des genres est déjà biaisée du fait que les règles sont souvent sexistes parce qu'elles sont en réalité basées sur les intérêts et les valeurs des hommes. Le libéralisme reste aveugle aussi par rapport au fait qu'en plaçant l'égalité uniquement sur le plan juridique, il omet toute une série d'injustices ayant lieu dans la sphère infra-domestique.

Il faudrait également parler du courant communautarien. Celui-ci reproche au libéralisme de négliger à tort ce qui est important avant toute chose, c'est-à-dire l'enracinement des individus dans un environnement social déterminé, qui justifierait la conception d'une « politique du bien commun », de valeurs collectives reflétant ce que représente la

vie bonne, plutôt que de vouloir garantir illusoirement les conditions formelles d'une société juste.

IV. La Justice pénale

De manière générale, la conception de la punition, des motifs qui la justifie et de son objet dépendent des principes et des critères développés dans les théories générales de la justice. Ainsi, chez Rawls, la justice pénale serait conçue afin de limiter l'intérêt personnel pour stabiliser le système social. La punition trouve sa justification pour maintenir les institutions justes que nous avons préalablement définies. Ainsi, la liberté étant placée au sommet, elle ne pourra être restreinte qu'au nom de la liberté égale pour tous elle-même, ce qui exclut que la liberté des uns puisse être restreinte au nom d'un quelconque avantage que nous pourrions retirer collectivement. L'exigence de justice nous impose de prendre au sérieux les droits inviolables des individus pour être équitable. C'est la liberté qui fournit le but et le cadre infranchissable de l'action d'une personne sur une autre. En matière pénale, la restriction d'une liberté ne pourra se faire qu'au motif du maintien des institutions de la justice qu'implique la préservation de la liberté.

Pour les utilitaristes, la peine doit être conçue en fonction du principe du calcul de la maximisation du bonheur et de son pendant la minimisation de la douleur. Une peine très sévère devrait en ce sens faire réfléchir celui qui s'apprête à commettre un méfait puisqu'un simple calcul entre les avantages et les inconvénients de son acte devrait le retenir.

- Montesquieu

Au final, nous pouvons revenir à Montesquieu dont la philosophie pénale bâtie il y a 300 ans n'a pas pris une ride et synthétise avant l'heure les grands débats du XX^e et de ce début de XXI^e siècles sur la justice. Il y a deux manières d'envisager la philosophie pénale : premièrement, d'un point de vue utilitariste, on fixe la peine selon les conséquences du point de vue de la société ; secondement, d'un point de vue de la justice rétributive, on fixe la peine selon ce que chacun mérite, du point de vue de l'accusé. Comme le résume D. W. Carrithers¹¹, « les rétributivistes ne font pas dépendre la justification des peines des estimations conséquentialistes des utilitaristes, mais de considérations de mérite, de ce qui revient à chacun. Le rétributivisme est une attitude orientée par la justice, et qui affirme que les criminels doivent être punis pour ce qu'ils ont fait, même si cela n'a aucune conséquence dissuasive pour les autres ».

La philosophie pénale de Montesquieu relève tantôt de l'un tantôt de l'autre. Mais surtout, son fondement est libéral : le système de punitions doit avant tout permettre la plus grande liberté possible. Il doit garantir la liberté des citoyens. Or, les libertés sont indissociables de la sûreté, comme Rousseau et, avant lui, Hobbes, l'avaient montré. Les peines doivent viser à garantir la sûreté dans l'État, parce que la sûreté permet aux individus d'exercer leurs libertés.

Montesquieu c'est donc tout à la fois Rawls et les penseurs utilitaristes avant la lettre. Partons de « l'échelle des

11. D.W. Carrithers, « La philosophie pénale de Montesquieu », in *Revue Montesquieu* n°1, Grenoble, 1997.

peines » comme point de départ. Plus le crime est grave, plus la peine devrait l'être aussi. Ce qui justifie ici l'échelle des peines, c'est la plus ou moins grande menace d'un crime pour la société. Cette idée est fondée sur un raisonnement utilitariste. Pour défendre cette position, Montesquieu sous-entend que le criminel agit en être rationnel, qu'il fait des choix conscients et est capable de juger du risque qu'il prend. Pour Montesquieu, il n'y a donc pas de criminel par nature ou de « gène de la criminalité » comme on dirait aujourd'hui. Mais il ne suffit pas de dissuader les crimes par une approche utilitariste, il faut aussi que l'idée de justice soit effective. Continuons sur l'échelle des peines : Montesquieu pense que l'on doit absolument séparer ce qui appartient aux coutumes et aux mœurs de ce qui appartient à la législation. Il est donc illégitime de punir ceux qui tiennent des mœurs qui déplaisent au pouvoir. Aussi, Montesquieu propose-t-il une classification des peines très différente de celle pratiquée à son époque, excluant de la catégorie des crimes le péché religieux, les vérités religieuses ne devant pas s'imposer par la coercition, mais par la conviction¹². Au sommet de la hiérarchie des peines de Montesquieu, on trouve les crimes contre la sûreté. En effet, rappelons que la sûreté est pour lui la première garantie de la liberté. Comme la liberté est placée au sommet de l'échelle des valeurs, les crimes dirigés contre elle doivent être punis proportionnellement à leur gravité (trahison, meurtres, vols importants).

Montesquieu montre également l'inefficacité des peines cruelles. Par exemple, bien qu'on ait réservé aux bandits de

12. Montesquieu, *L'Esprit des Lois*, Livre XII, chap. 4, Paris : GF, 1979.

grands chemins le supplice immodéré de la roue, les vols n'ont cessé de continuer. Ce n'est donc pas la modération des peines qui empêche le rétablissement de la sécurité, mais plutôt l'impunité des crimes. Surtout les peines sévères, si elles semblent donner des résultats à court terme, sont catastrophiques à long terme, car elles provoquent une accoutumance à la dureté et corrompent l'État lui-même, qui devient alors despotique¹³. Il y a donc une contradiction interne à user de peines trop sévères. A vouloir soigner la violence, par la violence elle-même, on inocule le mal au moyen du remède lui-même. On entre alors dans une logique immanente de destruction.

Montesquieu développe une philosophie pénale à la fois utilitariste et rétributiviste. Utilitariste dans sa construction de l'échelle des peines, rétributiviste dans sa conception de l'accomplissement de la justice. Défenseur de libertés individuelles, Montesquieu ne voit pas de crimes là où les actes n'empiètent pas sur l'ordre public, comme la magie ou le blasphème par exemple. En définitive, sa conception de la philosophie pénale, basée sur la modération des peines construite sur une hiérarchie des châtiments, donne de solides bases à ce qui reste plus que jamais pour nous le pire des maux, la tyrannie.

Pour conclure

Nous constatons au terme de cet article que les contours animant les débats entre théoriciens contemporains de la justice sont complexes et nombreux. Nous avons explicité

13. Montesquieu, *ibid.*, livre VI, chap. 12.

comment les reproches que s'adressent les uns les autres visent le plus souvent à montrer que le courant opposé néglige un ou plusieurs des pôles constituant les fondements d'une théorie de la justice. Certains portent la critique sous l'angle de la justice commutative (par exemple, la critique adressée aux utilitaristes), d'autres sous l'angle de la justice distributive (par exemple, la critique adressée aux libertariens), d'autres encore sous les deux angles (par exemple, les critiques faites à ces deux approches par J. Rawls), d'autres enfin sous l'angle de la justice pénale vis-à-vis de laquelle on omettrait certaines justifications (par exemple, la critique faite par les rétributivistes). Puisqu'ils font directement appel à nos intuitions et sentiments les plus profonds, les débats quant à la manière de confronter ces différents aspects de la justice et de les rendre cohérents entre eux ne tariront sans doute pas à l'avenir.

D'autant que l'évolution récentes de nos sociétés prises dans le courant de la mondialisation ne cessent de nous amener de nouveaux tourments et de nous confronter à de nouvelles interpellations. Parmi les multiples enjeux de notre temps, citons par exemple celui d'assurer les bases de la solidarité, à l'intérieur des nations et entre celles-ci, alors que la concurrence s'étend férocement à l'échelle de la planète ; celui de la recherche de valeurs et de conceptions communes permettant la création ou le maintien de structures politiques partagées, alors que les signes de replis identitaires sont de plus en plus visibles ; ou encore sur ce qui n'est pas le moindre des défis, celui de la préservation d'un environnement vivable, au moment où tout se passe comme si nous avions choisi de le sacrifier à la seule logique productiviste. Autant de questions parmi d'autres qui commandent un examen en terme de principes et de critères de justice.

Plus que jamais peut-être, la philosophie politique doit à cet égard conserver une place dans le débat. Car que l'on mette en avant le principe de l'égalité basée sur le critère du calcul des préférences à la manière des utilitaristes, le principe du droit absolu à la liberté formelle selon la vision libertarienne ou rawlsienne, ou encore l'objectif de pouvoir mener une vie digne tel qu'on le trouve dans la réflexion marxienne, malgré leurs différences de taille, ces théories partagent néanmoins une ambition commune, celle de donner une assise plus raisonnée aux objectifs, aux critères et à la nature de nos choix collectifs qui déterminent la façon dont nous souhaitons vivre ensemble.

Détenteur d'une licence en philosophie et d'une maîtrise en administration publique, Jérôme Savary prépare un doctorat sur la gestion de la mobilité urbaine dans le cadre de l'analyse des politiques publiques.

Courriel : jsavary@infomaniak.ch