



UNIVERSITÀ DI PARMA

ARCHIVIO DELLA RICERCA

University of Parma Research Repository

Le droit est-il un rempart face à la possibilité du mal?

This is a pre print version of the following article:

Original

Le droit est-il un rempart face à la possibilité du mal? / Zanichelli, Maria. - In: DROITS. - ISSN 0766-3838. - 63:2(2016), pp. 225-235.

Availability:

This version is available at: 11381/2836626 since: 2021-12-21T18:15:41Z

Publisher:

Presses universitaires de France

Published

DOI:

Terms of use:

openAccess

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available

Publisher copyright

note finali coverpage

(Article begins on next page)

Maria Zanichelli

Le droit est-il un rempart face à la possibilité du mal?

Résumé

Grâce à son attitude à prévenir le conflit, la violence, l'arbitraire, le droit peut être considéré en première instance comme un système de protection de certains biens et de lutte contre certains maux; et donc, en général, un instrument d'endiguement du mal. Le but de ces réflexions est de définir, dans le cadre d'une conception large du mal comme possibilité de l'action humaine, une acception et une phénoménologie du mal propre du droit («mal au sens juridique»), et d'envisager les moyens à travers lesquels le droit se propose d'endiguer de telles manifestations; sans négliger, cependant, le risque qui affleure parfois d'un véritable «mal juridique», lorsque le droit devient lui-même le véhicule de ce mal qu'il est supposé limiter.

Introduction: le droit et le mal

L'énigme insondable du mal défie sans arrêt la pensée et la provoque. Objet privilégié de réflexion depuis l'antiquité, c'est surtout par suite des totalitarismes du XX^e siècle que le problème du mal est devenu une véritable responsabilité pour la philosophie: la question fondamentale de la vie intellectuelle en Europe après la guerre, comme le disait Hannah Arendt¹. C'est justement avec Hannah Arendt, entre autres, que le mal devient un thème typique de la pensée politique contemporaine (même si sa thèse sur la «banalité du mal» est notoirement controversée)². Depuis lors, la «question du mal» est un paradigme théorique largement diffusé, bien que discuté et multiforme, utilisé pour qualifier des réalités bien différentes: les génocides, la torture, les formes multiples d'asservissement et d'anéantissement perpétré par l'homme sur ses semblables, jusqu'aux guerres de ces dernières décennies et aux récents attentats terroristes³. Traversant ainsi les frontières du domaine théologique et moral, la question du mal a acquis une citoyenneté même dans le vocabulaire sécularisé des sciences sociales⁴.

¹ Hannah Arendt, «Nightmare and Flight», *Partisan Review*, 12/2 1945, pp. 259-260 (recension à Denis de Rougemont, *La part du diable*).

² Hannah Arendt, *Eichmann à Jérusalem*, dir. de Pierre Bouretz, Gallimard, 2002. Cfr. Yves Charles Zarka, «Hannah Arendt et l'origine du mal», *Cités*, 3/2016, pp. 3-16 ; Isabelle Delpla, *Le mal en procès, Eichmann et les théodicées modernes*, Hermann (L'avocat du diable), 2011.

³ Cette hétérogénéité est remarquée par Michela Marzano, Jacques de Saint-Victor, «Présentation. Le vertige du mal: agressivité, violence et barbarie», *Cités*, 4/2008, p. 16.

⁴ L'absence du mal du discours sociologique traditionnel était soulignée entre autres par K.H. Wolff, «Pour une sociologie du mal», *L'homme et la société*, 4/1967, pp. 197-213. Par contre, la catégorie du mal est très

D'un autre côté, ce sont le langage et la pensée juridique qui gardent une certaine réticence vis-à-vis du mal. Bien sûr le droit et le mal appartiennent à deux ordres de discours distincts; leur superposition n'est pas seulement déconseillée par une exigence de classification analytique: l'autonomie de l'infraction, en tant que catégorie juridique, du mal, en tant que catégorie morale (ou du péché en tant que catégorie religieuse), est une pierre angulaire de l'Etat de droit et une conquête évidente de civilisation. La définition de l'acte illicite ne peut se fonder que sur la loi; dans le domaine pénal en particulier, la distinction entre le droit et les autres critères de qualification, c'est-à-dire *in primis* la distinction entre le crime et le mal moral, est essentielle afin de garantir le respect du principe de légalité, *nullum crimen, nulla poena sine lege*. A la lumière de ces éléments, une réflexion sur le rapport entre le droit et le mal peut-elle garder un sens, une légitimité? Existe-t-il une conception du mal à la fois pourvue de sens juridique et compatible avec la distinction acquise entre droit et morale?

L'un des buts premiers du droit est garantir la coexistence pacifique et organisée des individus et des communautés au sein d'institutions légitimes, grâce à son attitude à prévenir, contenir ou résoudre le conflit, la violence, l'arbitraire du pouvoir: c'est en cela que consiste fondamentalement son rôle institutionnel. Il est donc possible d'identifier un «mal» contre lequel le droit se bat: il ne s'agit pas du mal moral mais plutôt de l'ensemble des actes qui sapent objectivement les bases de la coexistence entre les citoyens et entre les peuples (parmi lesquels le conflit, la violence, l'arbitraire, la domination, l'oppression, la prévarication, l'abus, le mensonge), réalités empiriques sur lesquelles le droit est appelé à exercer une action de résistance et de limitation au sens normatif. Par conséquent, celle-ci peut être considérée comme la dimension particulière du mal que le droit contribue à refréner au sein de la société et dans les rapports interpersonnels et institutionnels. Sous cet angle, affronter le mal ne peut être jugé comme une action étrangère au droit, mais au contraire se révèle une de ses missions fondamentales. Si l'on considère cette dimension du mal, questionner le rapport entre le droit et le mal ne signifie pas confondre de manière erronée la sphère juridique et la sphère morale; au contraire, cela signifie, dans un certain sens, aller au cœur de la légalité, jusqu'à sa raison d'être.

Bien entendu, la fonction de limitation que le droit exerce sur le mal ne peut se révéler qu'à un niveau spécifiquement juridique. Il serait inenvisageable, par exemple, de compter parmi les missions du droit la lutte contre le mal métaphysique ou l'éradication de la méchanceté humaine⁵. La contribution du droit dans la limitation du mal apparaît plus modeste et pourtant essentielle, étroitement liée aux fonctions qui lui sont propres: protéger certains biens, sanctionner les infractions, réparer les torts, proposer aux citoyens des moyens pour la réalisation de leurs objectifs sociaux. Pour prendre la mesure concrète et fondée de ce rôle du droit, il faut garder à l'esprit la structure relationnelle et sociale qu'il défend et préserve. C'est le «mal social» que le droit, en tant que moyen de régulation de la coexistence et des rapports, affronte: l'urgence de faire barrage à certains

présente aujourd'hui dans la théorie politique: Bruce Haddock, Peri Roberts, Peter Sutch (dir.), *Evil in Contemporary Political Theory*, Edinburgh, University of Edinburgh Press, 2011; Ari Hirvonen, Janne Porttikivi (dir.), *Law and Evil. Philosophy, Politics, Psycanalysis*, Abingdon, Routledge, 2010; Michael Ignatieff, *The Lesser Evil. Political Ethics in an Age of Terror*, Princeton - Oxford, Princeton University Press, 2004; Paul Valadier, «Le mal politique moderne», *Études*, 2/2001, pp. 197-20 ; Maurice Barbier, *Le mal politique. Les critiques du pouvoir et de l'état*, L'Harmattan, 2000.

⁵ Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, pp. 208, 484.

maux de la société, concrets et identifiables, justifie la récupération en ce sens de la catégorie du mal. Et ce rôle du droit devient d'autant plus important dans les sociétés pluralistes, qu'il manque dans celles-ci une morale positive uniforme qui édicte des critères univoques pour définir le bien. Le droit, donc, ne pourrait aspirer à lutter pour un *bien* absolu, tandis qu'il lutte d'habitude contre des *maux* sociaux clairement identifiables:

En médecine, on s'accorde sans peine sur ce qu'est le bien – c'est la santé – et c'est le mal qui pose problème: l'identification des maladies et de leurs causes. En droit, au contraire, on s'accorde sur les maux qu'il faut conjurer – la misère, le mensonge, l'oppression ou la violence – mais c'est la définition de ce qu'est un ordre idéal qui ne va pas de soi⁶.

Enfin, si une forme de «lutte contre le mal» est concevable dans le domaine juridique, elle n'est pas dans l'illusion d'un droit tout-puissant et infaillible mais, au contraire, dans la conscience que les institutions juridiques, à leur tour, sont toujours des solutions opaques et imparfaites. Le droit est en permanence exposé à l'échec et à la violation, son domaine d'action est limité, son efficacité partielle. Outre ces limites structurelles, on peut relever une pathologie du droit: le risque que même dans ses dynamiques intrinsèques émerge parfois la possibilité du mal. C'est aux juristes d'abord de conserver lucidement à l'esprit cette possibilité, et de ne pas alourdir indument le droit d'attentes disproportionnées. La conscience de ses propres limites est pour le droit la condition première pour assumer correctement son rôle dans la société.

Tout cela suggère au juriste d'aborder ce problème avec «humilité». On ne pourrait que se méfier d'un juge ou d'un législateur qui se targueraient de lutter contre le mal. Le droit peut offrir tout au plus un rempart contre certaines manifestations du mal dans les rapports sociaux. Le but des réflexions suivantes est donc de définir, dans le cadre d'une conception large du mal comme possibilité de l'action, une acception et une phénoménologie du mal propre du droit («mal au sens juridique»), et d'envisager les moyens à travers lesquels le droit se propose d'endiguer de telles manifestations du mal, sans négliger cependant le risque qui affleure parfois d'un véritable «mal juridique», lorsque le droit devient lui-même le véhicule de ce mal qu'il est supposé limiter.

Le mal comme possibilité de l'action

Une étude sur le mal dans la perspective spécifique du droit ne peut que laisser de côté le problème ontologique et métaphysique et les questions posées depuis des siècles par les diverses théodicées sur l'origine du mal, la compatibilité entre l'existence du mal et l'omnipotence et la bonté de Dieu, la question de savoir si le mal est simple *privatio boni* ou jout, au contraire, d'une existence autonome.

Il existe également une vaste phénoménologie du mal sans lien direct avec le droit, à commencer par ce mal dont le visage ordinaire peut accompagner la vie de chacun. Il s'agit, par exemple, du «mal de vivre», ce malaise existentiel sans nécessaires causes

⁶ Alain Supiot, *L'idée de justice sociale*, in Laurence Burgogue-Larsen (dir.), *La justice sociale saisie par les juges en Europe*, Pedone, 2013, coll. Cahiers européens n° 4, p. 5 (Alain Supiot se réfère ici à une idée de Georges Canguilhem).

directes sinon la vulnérabilité humaine; ou encore les souffrances dues à des maladies du corps ou de la psyché, handicaps, deuils, séparations, déceptions, incompréhensions, défaites, échecs. Le mal habite aussi à l'extérieur du monde humain: l'implacable loi du plus fort, en vigueur entre les prédateurs et leurs proies dans le monde animal, reflète et garantit à la fois la perpétuation d'un ordre naturel objectif dans lequel il n'y a de place ni pour la responsabilité ni pour le jugement mais seulement pour des automatismes dictés par l'impératif de survie; cependant, cet ordre se fonde sur la force de certains êtres qui dominent et l'anéantissement d'autres qui succombent; on peut également inclure les catastrophes naturelles, qui peuvent être causées par l'homme (dans de tels cas, le droit trouve sa place) ou se produire en l'absence de toute responsabilité: elles apparaissent alors comme un mal objectif inhérent à la nature, qui amène la mort et la destruction en l'absence de toute responsabilité, voire des centaines ou des milliers de victimes sans aucun accusé. Ces dynamiques existentielles (mal de vivre) et naturelles (catastrophes) sont donc, dans un certain sens, à regrouper sous la catégorie du «mal» mais, échappant à toutes qualifications normatives, elles ne peuvent entrer dans le champ d'action de la responsabilité et de la légalité.

Au contraire, c'est une dimension plus spécifique du mal qui pourrait assumer un sens juridique: le mal comme possibilité de l'action, c'est-à-dire, le mal qui peut être accompli et subi par l'homme dans les relations avec ses semblables: «tout mal commis par l'un [...] est mal subi par un autre. Faire le mal, c'est faire souffrir autrui⁷». C'est cette dimension relationnelle du mal qui entre directement dans le champ d'action de la légalité et entraîne des réponses proprement juridiques. Le droit qui, par définition, concerne toujours des rapports, ne peut ignorer la capacité que les hommes ont de «se faire du mal» les uns les autres. En ce sens, on peut dire que le mal est *ad alterum*, exactement comme la justice. C'est surtout cette structure intersubjective qui met le mal au centre de l'attention du droit. Au-delà des distinctions classiques, d'Augustin à Leibniz, entre *malum culpae* e *malum poenae* et entre *malum physicum*, *morale* et *metaphysicum*, qui encore demeurent dans la sous-division analytique entre «mal actif et mal passif», «mal infligé et mal subi», ce qui compte pour le droit, ce sont plutôt les intersections entre le mal agi et le mal subi, et le véritable problème de justice qu'elles posent. Selon Olivier Abel,

la justice tente d'établir une équation ou de rétablir un impossible équilibre, non pas tant entre le délit et la punition, qu'entre criminalité et victimité, entre responsabilité et vulnérabilité. Ces deux faces du sujet, celle de la responsabilité imputable et celle de la fragilité à protéger, il faut bien les tenir toujours ensemble, aussi difficile que cela paraisse. Aucun d'eux ne doit occulter l'autre, et ce sont d'ailleurs les deux faces de la réflexion éthique⁸.

Mais dans quel sens faire du mal et subir le mal est-il une «possibilité» pour l'homme? La pensée occidentale tend à associer le mal à la liberté d'action individuelle: c'est le libre arbitre qui permet à chacun de choisir entre le bien ou le mal, entre une

⁷ Paul Ricoeur, *Le Mal, un défi à la philosophie et à la théologie*, Genève, Labor et Fides, 1986, p. 58. Cfr. aussi Jérôme Porée, *Le mal. Homme coupable, homme souffrant*, Armand Colin, 2000, p. 108: «Mal faire, c'est faire mal: c'est faire souffrir» et *ivi*, p. 138: «la capacité générale de faire le mal implique en l'homme la capacité générale de le subir».

⁸ Olivier Abel, *Justice et mal*, in Antoine Garapon et Denis Salas (dir.), *La justice et le mal*, Odile Jacob, 1997, p. 117.

bonne ou une mauvaise action. Les différentes philosophies ont abordé la question avec des nuances distinctes. Pour Augustin et Thomas, par exemple, le mal est non-être, corruption ou privation contingente du bien, puisque tout ce qui existe est bon; faire le mal relèverait de l'erreur, du fourvoiement d'une volonté mal utilisée (Augustin), ou de la faute d'un agent qui ne jouit pas de la plénitude d'être (Thomas)⁹. La nature du problème moral du mal, en tant qu'option liée à la possibilité donnée par le libre arbitre, apparaît clairement en Kant: le «mal radical» est la tendance innée et irrépessible chez l'homme à agir en enfreignant la loi moral, cette loi qu'il peut connaître et observer de manière autonome grâce à la raison¹⁰.

Au-delà de ces variantes philosophiques, ce qui compte est le lien entre mal, liberté, volonté et responsabilité: c'est parce que nous sommes libres que nous pouvons être accusés et inculpés du mal que nous provoquons. En tant qu'individus libres, nous sommes également responsables. Et c'est justement par ce déplacement, du niveau ontologique au niveau pratique, que le droit peut entrer en action: la liberté, la volonté, l'imputabilité, la responsabilité sont les catégories à travers lesquelles le droit tente d'affronter le mal en tant que possibilité d'action, pour lui donner des réponses et l'endiguer. Si les bonnes actions allaient de soi, les règles seraient inutiles; et si les mauvaises actions ne dépendaient pas de notre responsabilité, elles ne pourraient nous être imputées. C'est pour cela que le mal a souvent été interprété comme une abdication de la pensée et de la réflexion; et l'on pourrait dire que le droit est un rempart face à la possibilité du mal tout d'abord parce qu'à travers les catégories de responsabilité et d'imputation il contribue à rendre plus difficile cette abdication, mobilisant et sollicitant la capacité de l'homme de réfléchir sur soi, de s'interroger et de considérer la portée de ses actes¹¹.

Phénoménologie du bien et du mal dans le domaine juridique et devoirs du droit face au mal

Par ses implications théologiques, métaphysiques et morales, la catégorie du mal semble difficile à situer dans la sphère juridique. On pourrait presque affirmer l'inutilité, voire l'absence de fondement, de l'utilisation de ce concept dans le champ juridique, puisqu'il existe déjà un lexique spécifique approprié pour exprimer les différentes formes de non-valeur au sens juridique : infraction, crime, délit, dommage, violation d'une règle, atteinte à un droit, etc.. En réalité, le mal ne peut être simplement considéré comme une réalité extra-juridique, tout d'abord au point de vue conceptuel, ne serait-ce que pour le rôle central que la catégorie du bien joue dans le discours juridique, en tant qu'objet spécifique de normes juridiques. De la même manière qu'il existe des formes juridiques pour le *bien* («bien juridique», «bien au sens juridique», «bien digne de protection juridique»), il existe des dimensions du *mal* requalifiées et récupérées par le droit. Celles-

⁹ Une thèse encore présente dans certains courants de la pensée contemporaine: John Milbank, *Darkness and Silence. Evil and the Western Legacy*, in Haddock, Roberts, Sutch (dir.), *Evil in Contemporary Political Theory* [...], pp. 10-41.

¹⁰ Immanuel Kant, *Sur le mal radical dans la nature humaine [Über das radicale Böse in der menschlichen Natur, 1792]*, trad. par Frédéric Gain, Éditions Rue d'Ulm, 2010.

¹¹ Sur le mal comme conséquence de l'abdication de la pensée réflexive cfr. Yves Charles Zarka, «Éditorial. Le mal et la pensée», *Cités*, 4/2008, pp. 3-6.

ci méritent notre attention non seulement parce qu'elles entrent dans le champs d'action du droit, mais aussi parce qu'elles se rapportent précisément à sa raison d'être.

L'intuition amène à considérer l'acte illicite comme la version juridique du mal: puisque l'ordre juridique édicte des règles, la violation de ces règles ne peut qu'être considérée un mal au point de vue juridique. Même Hans Kelsen, l'auteur de la doctrine «pure» du droit, admet indirectement le parallèle acte illicite – mal. Pour démontrer sa thèse que l'acte illicite est condition de réalisation et accomplissement du droit, il affirme que le délit ne pourrait pas être une négation du droit, ainsi que le mal ne pourrait pas être une négation de Dieu:

En renversant l'interprétation naïve et pré-scientifique qui voit dans le délit la négation du droit, un «non droit», en le concevant au contraire comme une condition du droit, la science du droit effectue une démarche analogue à celle qu'effectue la théologie à l'égard du problème de la théodicée, c'est-à-dire le problème du mal dans un monde créé par un Dieu parfaitement bon et tout-puissant. Etant donné que tout ce qui est doit pouvoir être conçu comme voulu par Dieu, surgit la question : comment peut-on concevoir que le mal soit voulu par le Dieu bon? La réponse d'une théologie conséquente dans le monothéisme est la suivante: on le peut si l'on interprète le mal comme une condition nécessaire de la réalisation du bien¹².

Le parallèle intuitif entre acte illicite et mal, cependant, ne pourrait pas réduire la question du mal à une simple tautologie: ce n'est pas seulement la violation des règles du droit qui est un mal pour le droit; il existe aussi un mal en tant que réalité indépendante de l'ordre juridique, dont le droit combat certaines manifestations. L'acte illicite ne peut être considéré comme mauvais au sens juridique tout simplement parce que violation d'une règle. En réalité, il porte atteinte, plus qu'aux règles en soi, aux choix axiologiques qu'elles présupposent, aux fins et aux valeurs pour lesquelles elles ont été posées. C'est pour cela, tout d'abord, que l'acte illicite est un mal. Le problème réside dans la distinction entre *mala in se* et *mala prohibita*: l'ordre juridique sanctionne-t-il une certaine action parce qu'il s'agit d'un *malum*, ou bien une certaine action est un *malum* puisque l'ordre juridique la sanctionne? Un normativiste comme Kelsen soutient notoirement la seconde thèse et rejette comme jusnaturaliste la première :

du point de vue d'une théorie du droit positif, il n'existe pas des faits qui soient actes illicites, délits en soi et pour soi, c'est-à-dire abstraction faite de la conséquence qu'y attache l'ordre juridique. Il n'existe pas de *mala in se*; il existe seulement des *mala prohibita*. [...] Distinguer entre des faits qui seraient actes illicites parce qu'ils seraient punissables d'après le droit positif et des faits qui seraient punissables parce qu'ils seraient délits, actes illicites, c'est partir de vues de droit naturel; c'est présupposer que la qualité d'acte illicite, la valeur négative, est immanente, inhérente à certains faits et exige que le droit positif les punisse. Cette distinction tombe en même temps que l'on rejette l'idée, qui est à la base de la doctrine du droit naturel, que valeur et non-valeur seraient inhérents à la réalité¹³.

Mais la qualification de certains actes comme illicites par l'ordre juridique est un choix législatif qui renvoie quand même à l'importance des biens qu'une société donnée

¹² Hans Kelsen, *Théorie pure du droit* [*Reine Rechtslehre*, 1960²], trad. par Charles Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 156.

¹³ Kelsen, *Théorie pure du droit* [...], pp. 154-155.

considère dignes de protection, en prévoyant des sanctions pour leur violation: le type de sanction prévu témoigne de la gravité de l'infraction et, en conséquence, de la valeur attribuée au bien lésé. Si chaque infraction est un mal au sens juridique, c'est le cas en particulier des infractions pénales, en tant que violations des biens fondamentaux auxquels est accordée une protection spéciale. Ce n'est pas par accident que la notion de «bien juridique» a acquis une pertinence à partir du XIX^e siècle dans la doctrine pénale allemande, avec la notion du *Rechtsgute*, indiquant à la fois l'intérêt protégé et l'objectifs de la règle. Cette notion souligne l'importance et la valeur de ce que la loi veut protéger à travers la sanction pénale (par exemple: la prévision d'une sanction pour l'homicide est justifiée par l'objectif de protéger un bien préexistant, la vie humaine), et en même temps justifie et limite le pouvoir répressif de l'État en donnant un fondement au droit pénal (seulement ce qui est considéré un bien juridique est digne d'une protection juridique forte telle que le droit pénal peut garantir)¹⁴.

Le droit pénal, donc, en qualifiant et en sanctionnant certains actes, protège les valeurs auxquels ces actes portent atteinte. En ce sens, le Code pénal développe à la fois une phénoménologie du mal au sens juridique (actions sanctionnées comme infractions) et une phénoménologie correspondante du bien au sens juridique (biens protégés par ces sanctions). C'est ici que le mal est pris en considération: en admettant que la *ratio* de la sanction pénale est la protection d'un bien auquel l'infraction porte atteinte, on en déduit que tout acte qui conduit à un comportement sanctionné est un mal.

Et le discours pourrait être répliqué dans le domaine du droit civil. La notion de *bien-biens* est au cœur du droit civil, est une pierre angulaire dans le Code civil, où elle apparaît des centaines de fois, désignant les choses qui sont objet de propriété ou d'autres droits. De nouveau, le bien au sens juridique est quelque chose que la loi considère digne de protection (parce que relevant d'un intérêt, d'une utilité, ou d'une valeur) au point d'en faire l'objet d'un droit subjectif. Si le Code pénal protège certains biens supérieures à travers la sanction de leur violation, le Code civile favorise et règle la gestion des biens qui appartiennent aux citoyens et qui font l'objet de transactions entre eux. C'est tout d'abord dans la protection de certains biens, à travers la réglementation de droit civil ou la sanction pénale, que le droit joue chaque jour son rôle de rempart contre le mal.

Le mal dont le droit s'occupe est attribuable à la liberté et à la responsabilité propre à chaque être humain, celui que l'homme peut accomplir ou, au contraire, éviter sur la base d'actes volontaires et conscients. Le droit établit un rapport entre le mal et la liberté dont, comme nous l'avons vu, les philosophes parlent depuis toujours. C'est pour cela que l'infraction, catégorie qui qualifie le mal au sens juridique, s'établit à partir du principe de volonté et de capacité. La responsabilité ne peut exister qu'en vertu du respect de ce postulat. Dans le cadre de la phénoménologie du mal, par conséquent, la loi prend en considération les comportements humains (individu capable et conscient, donc responsable et donc condamnable) qui portent atteinte à un bien. Le mal au sens juridique est ce qui porte atteinte aux biens protégés par le droit. Dans son domaine d'action et à

¹⁴ Sur la théorie allemande du bien juridique cfr. «Chronique de droit pénal allemand», *Revue internationale de droit pénal*, 3/2007, pp. 621-652 ; Marion Lacaze, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, coll. Fondation Varenne, n. 39, 2011. Cette théorie est aujourd'hui controversée; une partie de la doctrine identifie des critères de légitimité du droit pénal différents, par exemple les principes du dommage et du préjudice subi: cfr. Joel Feinberg, *Moral Limits of the Criminal Law*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1987-1990.

l'aide des outils institutionnels à sa disposition, le droit apparaît donc comme un dispositif de réplique au mal. C'est précisément parce qu'il reconnaît sa propre capacité à faire le mal que l'homme tente, y compris à travers le droit, de ne pas laisser au mal le dernier mot.

Mais le «combat» du droit contre le mal se déroule sur un autre front aussi. La pauvreté, la maladie, le handicap, et les multiples formes d'inégalité de chances entre les individus sont des formes du mal distinctes de l'acte illicite, mais elles peuvent quand même entrer dans le champ d'application du droit. En dehors des cas particuliers imputables à l'effet direct d'une infraction (dans ce cas, plus qu'ailleurs, le recours au droit trouve sa justification), ces maux sont le plus souvent le résultat de ce qu'on appelle la loterie de la nature ou la loterie sociale; mais le droit ne se soumet pas à cette apparente inéluctabilité. S'il est vrai que l'élimination des disparités sociales apparaît comme un objectif typiquement politique, les outils d'intervention sont souvent de nature juridique, et c'est le droit qui agit comme instrument égalisateur, à travers des «actions positives», visant à éliminer les obstacles à l'égalité substantielle. Que le droit prenne en charge la restauration d'une justice sociale donne à ces actions un poids très différent de celui qu'elles auraient si elles étaient laissées à la charité, à l'assistance privée ou au sens moral individuel. On peut dire que le droit lutte contre le mal aussi bien au sens commutatif, en sanctionnant les violations aux biens protégés, qu'au sens distributif, en intervenant sur le mal inhérent aux inégalités fondamentalement injustes.

Il existe donc une réponse proprement juridique à la possibilité du mal. Le droit ne peut pas résoudre l'énigme du mal, mais il peut neutraliser quelques déclinaisons du mal. Si l'aporie autour de l'ontologie du mal empêche la formulation de solutions théoriques définitives (on peut évoquer les notions du «tragique humain » et du «sentiment d'injustifiable»¹⁵), des formes de répliques au mal peuvent émerger sur le plan de l'action: il s'agit de «continuer le travail de la pensée dans le registre de l'agir¹⁶». Entre ces deux voies (spéculer sur l'origine du mal et lutter activement contre l'apparition du mal dans certaines de ses formes) le droit opte pour la seconde; il sélectionne certaines manifestations du mal et les affronte: « On sait qu'il reste de l'inexprimable, de l'inscrutable. La question devient alors celle de l'action possible contre le mal, par un retournement pratique, typique de la démarche juridique, qui coupe court à ce que la poursuite des causes aurait d'indéfini¹⁷».

La possibilité du mal dans le droit et ses antidotes

Bien que la théorie n'ait jamais expressément établi un paradigme pour le «mal juridique» comparable à celui très répandu du «mal politique», on ne peut pas ignorer qu'il existe des cas où dans les dynamiques internes même de la légalité, des manifestations du mal, en tous points semblables à celles que le droit est supposé combattre et endiguer, apparaissent: des situations où le droit risque de se faire contigu au mal, voire de devenir son instrument.

Tout d'abord, le droit peut impliquer une forme de «mal» quand la loi est assumée

¹⁵ Jean Nabert, *Essai sur le mal*, Puf, 1955.

¹⁶ Ricoeur, *Le mal* [...], p. 39.

¹⁷ Abel, *Justice et mal* [...], p. 125.

comme critère unique d'action et de décision, jusqu'à dégénérer en légalisme, *hybris* de la legalité (*Gesetz ist Gesetz, dura lex sed lex*), devenant alors une fin en soi et perdant ainsi de vue les objectifs réels de l'ordre juridique. Cette perversion s'aggrave quand ce sont les lois elles-mêmes qui violent les biens fondamentaux dont la protection devrait compter au rang de priorité du droit, et au nom de la loi sont lésés la dignité et les droits de l'homme. Il suffit de penser aux lois raciales et aux plusieurs crimes des régimes totalitaires du XX^e siècle, perpétrés non pas contre la loi, mais à travers la loi, dans un cadre parfaitement légal. Le thème de la «loi injuste» traverse l'histoire de la pensée juridique; les théories jusnaturalistes, en particulier ont dénoncé la contradiction inacceptable qui émerge dès lors que le droit ne respecte plus les conditions minimales de justice: du principe classique *lex iniusta non est lex* jusqu' aux réflexions de Gustav Radbruch sur les lois nazies, selon lequel le droit positif, quand il est contraire aux exigences essentielles d'égalité et de justice, perd la dignité du droit, est en réalité un non-droit, un tort légalisé¹⁸.

On peut identifier la racine de ce type de «mal juridique» dans le légicentrisme, caractéristique historique des systèmes juridique de l'Europe continentale; l'antidote développé dans la seconde moitié du XX^e siècle pour prévenir ce risque a été de soustraire au législateur le monopole juridique, en instaurant un niveau de légitimité supra légale, avec les Constitutions nationales et les conventions internationales. Les Cours constitutionnelles veillent ainsi sur la légitimité des lois à la lumière de principes et valeurs supérieurs; les Cours internationales soumettent les normes étatiques à d'ultérieurs paramètres de légitimation fondés sur les droits de l'homme. La loi, donc, ne peut plus être un horizon ultime implacable (et donc un véhicule potentiel du mal): les droits de l'homme reconnus au niveau mondial ouvrent une brèche dans les souverainetés nationales, et les principes dont les systèmes juridiques se reconnaissent imprégnés permettent aux juges de formuler des réponses raisonnables respectant les exigences des cas particuliers.

Un autre cas dans lequel le droit devient potentiellement le véhicule du mal est lorsqu'il se limite à n'être qu'un instrument et une expression directe du pouvoir politique, ce qui porte à l'annulation de la dialectique entre droit et pouvoir, garantie essentielle de justice et de légitimité. Si le droit est toujours, en quelque forme, une émanation du pouvoir, dont il reflète les buts, il doit toutefois assurer aussi un rôle de paramètre critique, en ce qui concerne non seulement les actes du pouvoir mais aussi les normes juridiques à travers lesquelles le pouvoir s'exprime indirectement. Cette dualité est une ressource précieuse, propre à la légalité: les dispositifs juridiques de résistance au pouvoir il ne faut pas les chercher nécessairement en dehors du droit positif (dans la morale ou dans l'idéale de la loi naturelle); la limitation du pouvoir et la construction d'un équilibre entre le côté du droit qui reflète la logique du pouvoir et le côté de droit inaccessible au pouvoir sont des dynamiques inhérentes à l'ordre juridique même. Dans ce cas, le «mal juridique» se définirait comme la «colonisation» d'un des deux côtés par l'autre, et la réduction du droit au monopole d'une seule de ces deux dimensions. L'antidote à cette possibilité est proprement juridique, et il est garanti par le principe du *Rule of Law*, dans le respect de la distinction entre *gubernaculum* et *iurisdictio* élaborée

¹⁸ Gustav Radbruch, *Injustice légale et droit supralégal* [*Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, 1946], in Christophe Béal (dir.), *Philosophie du droit. Norme, validité et interprétation*, Vrin, 2015, pp. 175-192.

par la théorie médiévale: le droit doit maintenir un équilibre entre sa dimension fonctionnelle au pouvoir et sa dimension indépendante du pouvoir¹⁹.

Enfin, une potentialité élevée de «mal juridique» est inhérente à l'institution de la peine, catégorie dans laquelle les concepts de «mal commis et mal subi» convergent. S'il est évident que toute sanction implique objectivement une forme de mal pour celui qui la subit, il n'en est pas moins vrai que cet effet est expressément recherché dans la contrainte institutionnelle comme caractéristique fondamentale et distinctive du droit lui-même. En ce sens, on pourrait dire, à la manière de Saint Thomas, que *puniri non est malum*. En revanche, on peut parler d'un véritable «mal juridique» lorsque la peine ajoute un surcroît injustifié de souffrance, outrepassant les fins pour lesquels l'ordre juridique l'a instituée. C'est le cas en particulier des peines d'incarcération qui peuvent représenter un «mal» lorsqu'elles violent les droits humains des détenus, bien au-delà de la restriction de leur liberté personnelle pour laquelle elles sont originellement prévues: la prison est au quotidien un lieu de violences, d'abus, de suicides. Pour cette raison, la fonction sociale de la détention et sa légitimité sont fortement critiquées (tout comme la peine de mort, dans les systèmes où elle est encore en vigueur)²⁰. Plus généralement, c'est le paradigme de la rétribution qui est mis en question aujourd'hui:

L'idée de rétribution correspond à une certaine conception de la justice qui veut que l'on prenne en considération le mal inhérent à l'infraction commise et qu'on lui fasse correspondre un mal équivalent (la peine) [...]. Si l'idée de rétribution suppose ainsi le respect d'une certaine forme d'équivalence entre deux maux (l'infraction et la peine), il faut évidemment admettre que, sauf exception, cette équivalence se situe à un niveau essentiellement symbolique, et non matériel²¹.

Le droit, donc, n'est pas exempt du risque du mal comme possibilité de l'action: c'est le cas en particulier lorsque il s'identifie totalement avec la loi, lorsqu'il confond ses instruments avec ses fins, lorsqu'il ne préserve pas une certaine autonomie du pouvoir, lorsqu'il se détache nettement de la justice. Alors qu'une hyper-juridicisation croissante se fait jour dans tous les domaines sociaux, que la complexité des cas sur lesquels le droit est appelé à statuer augmente, ainsi que les attentes dont il est chargé, il devient indispensable que le droit même sache reconnaître ses propres limites, qu'il ajuste ses dispositifs et ses dynamiques aux biens et aux droits fondamentaux qu'il est appelé à défendre, et qu'il garde un côté d'indisponibilité vis-à-vis du politique.

Si vraiment *ius est ars boni et aequi*, selon la célèbre définition de Celse, citée par Ulpien au début de ses *Institutes (Digeste, 1.1.1)*, si une quelque forme de *bien* et de justice est toujours strictement inhérent au droit, en tant que système de protection de certains *biens* et de lutte contre certains *maux*, alors le droit peut être considéré en général, dans les limites de son champ d'action, un rempart face à la possibilité du *mal*, tout en restant toujours conscient de l'«épineuse question de l'"excès" du mal: excès par

¹⁹ Gianluigi Palombella, *The Rule of Law and Its Core*, in Gianluigi Palombella, Neil Walker (dir.), *Relocating the Rule of Law*, Oxford, Hart Publishing, 2009, pp. 17-42.

²⁰ Guy Casadamont, Pierrette Poncela, *Il n'y a pas de peine juste*, Odile Jacob, 2004; Pierrette Poncela, Robert Roth, «Quelles sanctions pour quelle Europe?», *Archives de politique criminelle*, 1/2005, pp. 105-124; Jean-Marie Carbasse, *La peine de mort*, Puf, 2016³.

²¹ Michel van de Kerchove, «Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie», *Informations sociales*, 7/2005, pp. 22-31.

rapport à ce que l'on peut en dire, excès par rapport à l'action qui voudrait le réduire²²».

Maria Zanichelli est chargée de recherche en Philosophie du droit à l'Université de Parme (Italie), où elle enseigne la Philosophie du droit et l'Informatique juridique.

maria.zanichelli@unipr.it

<http://www.unipr.it/ugov/person/16807>

<https://unipr.academia.edu/MariaZanichelli>

²² Abel, *Justice et mal* [...], p. 118.