

H.L.A. Hart et J. Glover : un point de vue utilitariste contre la peine de mort

Nicolas Nayfeld

Volume 2, Number 1, 2019

Jonathan Glover: Questions de vie ou de mort

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1058151ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1058151ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Programmes de bioéthique, École de santé publique de l'Université de Montréal

ISSN

2561-4665 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Nayfeld, N. (2019). H.L.A. Hart et J. Glover : un point de vue utilitariste contre la peine de mort. *Canadian Journal of Bioethics / Revue canadienne de bioéthique*, 2(1), 47–56. <https://doi.org/10.7202/1058151ar>

Article abstract

In this article, I return to the origins of J. Glover's chapter on the death penalty in *Causing Death and Saving Lives*, that is, a 1957 article by Hart, "Murder and the Principles of Punishment: England and the United States." In this article, Hart defends, like Glover, the abolition of the death penalty by relying on a utilitarian strategy consisting in, inter alia, reversing the burden of proof: as long as we do not have the proof that the death sentence can save more lives than prison, we will not be allowed to use it, since it is prima facie a greater evil than prison. In fact, it causes greater harm, is more expensive and is not remissible. More than fifty years after the publication of this article, we still have no proof of a greater effectiveness of the death penalty. Some studies even suggest that the death penalty could be harmful and have a brutalizing effect. Throughout my article, I explore the strengths and weaknesses of the utilitarian approach to criminal sanctions, which I oppose, following Hart and Glover, with two other approaches: the pacifist approach and the retributive approach.

All Rights Reserved © Nicolas Nayfeld, 2019



Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/>

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/en/>

ARTICLE (ÉVALUÉ PAR LES PAIRS / PEER-REVIEWED)

H.L.A. Hart et J. Glover : un point de vue utilitariste contre la peine de mort

Nicolas Nayfeld¹

Résumé

Dans cet article, je reviens sur les origines du chapitre sur la peine de mort de *Questions de vie ou de mort* de J. Glover, à savoir un article de 1957 de Hart, *Murder and the Principles of Punishment : England and the United States*. Dans cet article, Hart défend, comme Glover, l'abolition de la peine de mort en s'appuyant sur une stratégie utilitariste consistant, notamment, à renverser le fardeau de la preuve : tant que nous n'aurons pas la preuve que la peine de mort permet de sauver davantage de vies que la prison, nous ne serons pas autorisés à y recourir, dans la mesure où elle est *prima facie* un mal plus grand que la prison. En effet, elle cause un préjudice plus important, elle est davantage coûteuse et elle n'est pas rémissible. Plus de cinquante ans après la publication de cet article, nous n'avons toujours pas la preuve d'une plus grande efficacité de la peine de mort. Certaines études suggèrent même que la peine de mort pourrait être nocive et avoir un effet de brutalisation. Tout au long de l'article, j'explore les forces et les faiblesses de l'approche utilitariste de la sanction pénale, que j'oppose, suivant Hart et Glover, à deux autres approches : l'approche pacifiste et l'approche rétributiviste.

Mots-clés

peine de mort, H.L.A. Hart, Jonathan Glover, dissuasion, utilitarisme

Abstract

In this article, I return to the origins of J. Glover's chapter on the death penalty in *Causing Death and Saving Lives*, that is, a 1957 article by Hart, "Murder and the Principles of Punishment: England and the United States." In this article, Hart defends, like Glover, the abolition of the death penalty by relying on a utilitarian strategy consisting in, *inter alia*, reversing the burden of proof: as long as we do not have the proof that the death sentence can save more lives than prison, we will not be allowed to use it, since it is *prima facie* a greater evil than prison. In fact, it causes greater harm, is more expensive and is not remissible. More than fifty years after the publication of this article, we still have no proof of a greater effectiveness of the death penalty. Some studies even suggest that the death penalty could be harmful and have a brutalizing effect. Throughout my article, I explore the strengths and weaknesses of the utilitarian approach to criminal sanctions, which I oppose, following Hart and Glover, with two other approaches: the pacifist approach and the retributive approach.

Keywords

death penalty, H.L.A. Hart, Jonathan Glover, deterrence, utilitarianism

Introduction

SUGARMAN : And yet you haven't done work on how law operates in practice?
HART : Well, I've thought a lot about capital punishment. [1, p. 292]

Dans le chapitre XVIII de *Questions de vie ou de mort* [2], Jonathan Glover aborde la question délicate de la peine de mort. Lorsque l'ouvrage est publié pour la première fois, en 1977, le processus d'abolition de la peine de mort a déjà commencé au Royaume-Uni depuis plusieurs années, mais beaucoup de pays européens, notamment la France, y recourent encore¹. On peut distinguer deux parties dans ce chapitre : une première, allant du début jusqu'à la quatrième section, dans laquelle Glover se demande si la peine de mort est justifiée en cas de meurtre ; une seconde, qui s'étend de la quatrième section jusqu'à la fin, dans laquelle il se demande si elle est justifiée en cas de crime politique. Selon nous, la première partie doit beaucoup à un article de H.L.A. Hart de 1957, *Murder and the Principles of Punishment : England and the United States*² [3], auquel Glover fait une fois référence. Les ressemblances, aussi bien dans la forme que dans le fond, sont très nombreuses. Comme Hart, Glover est abolitionniste. Comme Hart, il renvoie dos à dos les positions catégoriques selon lesquelles la peine de mort est *par principe* ou bien injustifiable ou bien un impératif de justice. Comme Hart, il rejette la théorie de la dénonciation. Comme Hart, il privilégie l'approche utilitariste consistant à se demander si la peine de mort prévient davantage le meurtre que d'autres peines moins sévères. Comme Hart, il oppose deux types d'argument au sujet de la dissuasion, les arguments statistiques et les arguments psychologiques, et, comme Hart, il attaque l'argument psychologique de J.F. Stephen. Comme Hart, il pense que l'utilitarisme doit être régulé par un principe d'autonomie.

Notre objectif est triple : nous voulons 1) revenir aux sources du chapitre XVIII de *Questions de vie ou de mort*, c'est-à-dire, revenir sur la critique hartienne de la peine de mort ; 2) évaluer sa pertinence et son actualité ; et enfin 3) mettre en lumière les nuances et l'apport de Glover. Nous verrons, entre autres, que Glover a identifié une vraie difficulté dans le raisonnement de Hart qui, d'ailleurs, n'est pas la seule. Nous procéderons en quatre temps : dans un premier temps, nous montrerons comment Hart et Glover renvoient dos à dos les positions catégoriques sur la peine de mort et écartent la théorie de la dénonciation ; dans un deuxième temps, nous examinerons leur façon de présenter le point de vue utilitariste sur la peine de mort et nous nous demanderons si ce point de vue est en lui-même acceptable et si Hart et Glover le défendent de manière cohérente ; dans un troisième temps, nous mettrons l'hypothèse de la dissuasion à l'épreuve des statistiques et de la psychologie ; dans un quatrième temps, enfin, nous présenterons quelques données susceptibles de corroborer l'hypothèse contraire, l'hypothèse de la brutalisation.

¹ Pour plus d'éléments de contexte, voir [5].

² Dans la préface de son livre consacré à la responsabilité, Glover écrit : « Comme on le verra, j'ai à l'évidence beaucoup appris des ouvrages du professeur H.L.A. Hart » [4, p.X, nous traduisons].

Le rejet des positions catégoriques

Hart, comme Glover, écarte deux positions catégoriques, c'est-à-dire qui ne se fondent pas sur les effets de la peine de mort pour la justifier ou la dénoncer. D'après la première position (défendue par ceux qu'il appelle avec une légère condescendance les « sentimentalistes » [8]), la peine de mort est inconditionnellement exclue, comme l'est la torture, « peu importe le nombre de vies qu'elle pourrait sauver » [3, p.72]. On retrouve ici ce que Glover appelle la « doctrine de la vie sacrée », d'après laquelle « ôter la vie est *intrinsèquement* injuste » [2, p.52], c'est-à-dire un mal en soi. Il est difficile de savoir à qui Hart fait ici allusion, à supposer qu'il fasse allusion à qui que ce soit. On associe souvent cette position à Victor Hugo, qui déclarait le 15 septembre 1848 devant l'Assemblée constituante : « Vous venez de consacrer l'inviolabilité du domicile ; nous vous demandons de consacrer une inviolabilité plus haute et plus sainte encore ; l'inviolabilité de la vie humaine » [9, p.69]. Glover, pour sa part, renvoie aux pacifistes et à Georges Orwell.

D'après la seconde position, dite « rétributiviste³ », la peine de mort est un impératif catégorique, une exigence de justice en cas de meurtre ou de crime extrêmement grave, même si rien ne prouve qu'elle soit plus dissuasive que des peines moins sévères – même s'il est possible qu'elle ait des effets nocifs comme, on le verra, celui de brutalisation. Pour Hart, comme pour Glover, le meilleur représentant de cette position est Kant. Ce dernier considère en effet qu'exécuter celui qui a tué – sans recourir à des moyens brutaux, cruels ou dégradants – est un devoir moral. Il écrit que « si le criminel a commis un meurtre, il doit *mourir* » [10, p.216] et affirme un peu plus loin : « Tous ceux donc qui sont des meurtriers, qu'ils aient donné la mort ou qu'ils l'aient commandée ou qu'ils y aient coopéré, doivent être punis de mort ; ainsi le veut la justice comme Idée du pouvoir judiciaire selon des lois universelles fondées *a priori* » [10, p.217]. Il illustre cette idée à l'aide d'un apologue bien connu. Supposons que pour une raison donnée (par exemple, suite à l'éruption d'un volcan), les habitants d'une petite île décident d'un commun accord de se disperser et donc de dissoudre leur société. Pour Kant, ils doivent *au préalable* exécuter le meurtrier qu'ils gardent en prison, même si cela n'aura aucune conséquence sur la société, étant donné que celle-ci est sur le point de disparaître.

Le principal reproche que Hart adresse à ces deux positions est qu'elles sont indépendantes des *questions de fait*. Peu importe les effets (en droit mesurables) de la peine de mort, elle est ou bien moralement exclue (première position) ou bien moralement impérative (deuxième position). D'après ces deux positions, les effets ou l'absence d'effet de la peine de mort ne peuvent *au mieux* nous donner qu'une raison *supplémentaire* de la maintenir ou de l'abolir⁴. Hart suggère que, *puisque* elles sont indépendantes des questions de fait, *alors* ces positions ne sont pas défendables rationnellement ; que la seule manière de les défendre consiste ou bien à décrire l'atrocité d'une exécution ou bien la barbarie d'un assassinat [3]. Un rétributiviste pourrait lui rétorquer qu'il s'agit d'un *non sequitur* : ce n'est pas parce que les positions catégoriques sont indépendantes des questions de fait qu'elles ne peuvent être défendues qu'au moyen d'appels aux émotions. Cela reviendrait à faire de Kant un sophiste ! Avant d'écrire la postface de *Punishment and Responsibility*, consacrée au rétributivisme, Hart ne semble pas avoir pris au sérieux « la rétribution au niveau du but général » (l'idée selon laquelle le but général de la peine est de donner au criminel ce qu'il mérite), contrairement à « la rétribution au niveau de la distribution » [11, p.9] (l'idée selon laquelle seuls ceux qui ont volontairement enfreint la loi peuvent être punis), considérant sans doute que la « rétribution au niveau du but général » appartenait à la « préhistoire de la moralité » [12, p.83]. Notons que Glover n'est pas non plus très charitable avec le rétributivisme, qu'il discrédite assez rapidement en l'assimilant à des « spéculations métaphysiques » [2, p.267]. Pour lui, le principal problème du rétributivisme est qu'il justifie l'imposition de souffrances inutiles, c'est-à-dire, qui ne profitent à personne.

La critique de Glover du pacifisme est plus approfondie que celle de Hart. Bien souvent, la condamnation pacifiste de la peine de mort repose sur la doctrine des actes et omissions que Glover, précisément, rejette. Imaginons qu'on découvre que chaque exécution dissuade une douzaine de meurtriers de plus que la prison, toutes choses étant égales par ailleurs. Un pacifiste pourrait répondre qu'on ne peut pas comparer les morts qu'on inflige activement à celles qu'on laisse passivement advenir. Glover tente de montrer dans le chapitre VII de *Questions de vie ou de mort* qu'un tel point de vue est irrationnel : il est aussi important de sauver une victime potentielle que de ne pas faire mourir le meurtrier, et inversement [2].

Il existe une troisième position que Hart et Glover mentionnent en passant, et dont il est difficile de savoir si elle appartient à la famille des théories catégoriques de la peine ou à celle des théories conséquentialistes. Il s'agit de la théorie de la dénonciation défendue par J.F. Stephen, Durkheim ou Lord Denning. D'après celle-ci, « [l]a justification ultime de la peine n'est pas qu'elle est un moyen de dissuasion, mais qu'elle est la dénonciation catégorique par la communauté d'un crime : et, de ce point de vue, il y a des meurtres qui, en l'état actuel de l'opinion publique, exigent la dénonciation la plus catégorique de toutes, à savoir la peine de mort⁵ ». Dans d'autres publications, Hart propose une critique minutieuse de cette théorie. Il lui reproche notamment de ne pas expliquer pourquoi il serait nécessaire de faire délibérément du mal pour condamner le crime, dans la mesure où d'autres moyens de dénonciation moins douloureux, mais tout aussi efficaces existent.

³ Le rétributivisme est la théorie d'après laquelle la peine a pour fonction de *rétribuer* l'auteur d'un crime ou d'un délit dans la mesure où il le « mérite ». « Rétribution » vient du latin *retributio* qui signifie « récompense, renvoi » et « action de rendre la pareille », « rétorsion ».

⁴ Voir également le rapport du Comité sur la dissuasion et la peine de mort : « Not all supporters of capital punishment base their argument on deterrent effects, and not all opponents would be affected by persuasive evidence of such effects. The case for capital punishment is sometimes based on arguments that the death penalty is the only appropriate response to especially heinous crimes; the case against it is sometimes based on claims that the sanctity of human lives precludes state-sanctioned killings. » [7, p.1-2]

⁵ Il s'agit d'un extrait du témoignage de Lord Denning à la Commission Royale sur la Peine Capitale cité par Hart [13]. Le même passage est d'ailleurs cité par Glover [2].

L'approche utilitariste

Hart pense qu'il faut aborder la question de la peine de mort d'un point de vue utilitariste ; que le *cœur du problème* (*the root of the matter*) n'est pas de savoir si la peine de mort est inconditionnellement exclue, si elle est un impératif catégorique, si elle un moyen unique de dénonciation, mais 1) si la menace de la peine de mort dissuade davantage le potentiel meurtrier que la menace d'une peine de prison, et 2) si la peine de mort prévient davantage le meurtre, permet de sauver davantage de vies et protège davantage la société que la peine de prison.

On peut faire deux remarques. Premièrement, Hart a peut-être eu tort de mettre ces deux questions sur le même plan, car la dissuasion n'est pas le seul *mécanisme* par lequel la peine (de mort ou de prison) peut prévenir le meurtre et plus généralement les infractions. Les criminologues en citent en général deux ou trois autres : la neutralisation, la réhabilitation et l'influence éducative ou morale [14], mais il en existe sans doute bien plus [15]. Peut-être que (la menace de) la peine de mort ne dissuade pas plus que (la menace de) la peine de prison, mais peut-être qu'elle neutralise plus efficacement, qu'elle a une plus grande influence éducative ou morale et contribue ainsi davantage à réduire le nombre de meurtres. Ainsi, la première question (celle de la dissuasion), d'un point de vue utilitariste, est moins fondamentale que la seconde (celle de la prévention), qui la comprend.

Deuxièmement, d'un point de vue historique, il n'est pas évident que l'approche utilitariste de la peine de mort se caractérise par une attention centrale ou quasi exclusive à la question de son effet dissuasif. Pour Beccaria (qui est un précurseur de l'utilitarisme), il faut se demander, d'une part, si le *droit* d'exécuter un homme est compris dans le contrat social, d'autre part, si la peine de mort est utile ou nécessaire [16]. Pour Bentham, il faut mettre en balance « les propriétés avantageuses de la peine capitale » avec « celles qui paraissent avoir une tendance désavantageuse » [17, p.67]. Pour Mill, le problème central n'est pas celui de la dissuasion, mais celui de savoir si la peine de mort est réellement plus cruelle que la peine de prison ou les travaux forcés [18].

Quoi qu'il en soit, on peut légitimement être *troublé* par l'approche utilitariste de la peine de mort, comme Hart le reconnaît. Supposons, pour les besoins de l'argumentation, qu'en exécutant un homme, on puisse, par un gain dissuasif important, en sauver vingt de plus qu'en l'emprisonnant. Aurait-on, pour autant, le *droit* moralement de le tuer? La fin justifie-t-elle vraiment tous les moyens? Pourquoi, dans ce cas, ne pas tuer un individu sain choisi au hasard pour sauver cinq patients gravement malades en attente de greffe? [19] Hart, tout comme Glover, respecte le principe kantien d'autonomie (ou de dignité) et considère qu'il est immoral d'utiliser une personne comme un *simple* moyen. C'est la raison pour laquelle il exclurait (par principe, et non parce que cela troublerait l'ordre public) de tuer un individu sain choisi au hasard pour sauver cinq patients. Toutefois, si on punit les adultes responsables pour prévenir la criminalité, on ne les traite pas comme de *simples* moyens, *à partir du moment où on leur a laissé le choix, à partir du moment où ils étaient capables d'obéir à la loi et ont eu une chance raisonnable d'y obéir*⁶. Pour Hart, l'individu doit être protégé contre la société, en particulier contre ses demandes toujours croissantes de sécurité ; il ne doit pas être « sacrifié au bien-être de la société *sauf s'il a enfreint ses lois* » [3, p.81], ce qui ne revient pas à dire qu'on a le droit de le traiter comme un animal lorsqu'il a enfreint la loi.

Outre les deux difficultés mentionnées ci-dessus (l'affirmation selon laquelle le cœur du problème est de savoir si la peine de mort est plus dissuasive que la prison, et l'affirmation selon laquelle la peine de mort, si elle l'était, pourrait *éventuellement* être justifiée), un autre problème de l'approche de Hart, bien mis en évidence par Glover, est qu'elle paraît difficilement compatible avec son affirmation selon laquelle « certaines peines sont exclues, car trop barbares ou horribles, peu importe leur utilité sociale » [3, p.80]. On retrouve une affirmation similaire dans *Law, Liberty and Morality*, lorsque Hart aborde la question de la sévérité des peines. Il soutient que « l'exclusion de la torture ou des peines cruelles » [12, p.37] est une sorte de « *side-constraint* » [21], de contrainte morale modérant la poursuite de l'objectif utilitariste de prévention de la criminalité. En outre, dans un essai sur Beccaria et Bentham, il soutient que Beccaria, à la différence de Bentham, considérerait que « ce qui peut être fait au nom de l'utilité devrait être limité eu égard au respect de la dignité humaine » [22, p.51]. Pour appuyer cette thèse, il cite le passage suivant de *Des délits et des peines* : « Il n'y a pas de liberté toutes les fois que les lois permettent qu'en certaines circonstances l'homme cesse d'être *personne* et devienne *chose*. » [16, p.129] Bien évidemment, Hart projette ici sur Beccaria sa propre philosophie pénale⁷.

On peut faire trois remarques. Premièrement, il est surprenant que Hart écrive de façon aussi catégorique « peu importe l'utilité sociale ». Que justice soit faite, le monde dût-il en périr? Comme l'écrit Glover :

même en admettant qu'une exécution soit généralement pire que la plupart des meurtres, on ne peut en conclure que la peine de mort représente une trop grande barbarie, *quelle que soit son utilité sociale*. [...] L'idée selon laquelle certaines souffrances seraient trop grandes pour être infligées, en dépit de leur éventuelle utilité sociale, exclut d'emblée la possibilité de les justifier, quelle que soit la quantité de souffrance qu'elles permettraient d'éviter. [2, p.270-271]

⁶ Il s'agit du principe de *fair opportunity* de Hart : « [...] those whom we punish should have had, when they acted, the normal capacities, physical and mental, for doing what the law requires and abstaining from what it forbids, and a fair opportunity to exercise these capacities » [20, p.52].

⁷ Cf. sa célèbre affirmation : « Human society is a society of persons ; and persons do not view themselves or each other merely as so many bodies moving in ways which are sometimes harmful and have to be prevented or altered » [13, p.182].

Deuxièmement, supposons qu'on régule la poursuite de l'objectif de prévention de la criminalité par un principe de dignité humaine (comme on peut la réguler par un principe de justice exigeant l'égalité de traitement). Comment définir la dignité humaine? Pourquoi la peine de mort serait-elle contraire à celle-ci? W.J. Brennan, juge à la Cour suprême des États-Unis, a tenté de montrer que la peine de mort contredisait le VIII^e amendement (interdisant les peines cruelles ou inhabituelles) et qu'elle était, par conséquent, anticonstitutionnelle. Selon lui, la peine de mort est contraire à la dignité humaine pour trois raisons : son irrémissibilité, la douleur physique de l'exécution, l'angoisse éprouvée par ceux qui attendent l'exécution (le condamné comme ses proches) [23]. Comme l'écrit Glover : « Ce qui semble plus particulièrement cruel et horrible s'agissant de la peine de mort, c'est que le condamné connaît une période d'attente durant laquelle il sait quand et comment aura lieu sa mise à mort » [2, p.269]. Le problème principal de cet argument – outre le fait qu'il semble se fonder davantage sur l'émotion que sur la raison – est qu'on peut facilement l'étendre à la plupart des peines : les détenus sont comme des animaux en cage, les travaux d'intérêt général sont comme de l'esclavage, etc.

À ce stade, l'approche de Hart ne se distingue pas par son originalité. Elle le devient davantage lorsqu'il soutient que le fardeau de la preuve, dans le débat pour ou contre la peine de mort, ou plus précisément dans le débat de savoir si oui ou non la peine de mort est plus dissuasive que la peine de prison, incombe (en droit) à ceux qui la disent plus efficace⁸. Selon Hart, c'est à ceux qui sont pour la peine de mort de prouver qu'elle permet d'éviter un mal (considérablement⁹) plus grand que la peine de prison ; ce n'est pas à ceux qui sont contre la peine de mort de prouver qu'elle est en comparaison de la peine de prison au mieux inutile, au pire nocive. En effet, la peine de mort est *prima facie* un mal [3] pour au moins quatre raisons.

Premièrement, la peine de mort consiste à tuer et tuer est *prima facie* un mal. Comme l'explique Glover, toutes choses étant égales par ailleurs, « il est injuste de supprimer une vie digne d'être vécue » [13, p.69]. On pourrait rétorquer que toute peine, peu importe sa nature, est *prima facie* un mal. Toutefois, la peine de mort est *prima facie* un mal plus grand que l'emprisonnement, un châtement plus sévère¹⁰, et c'est à celui qui préconise le pire de justifier son choix. En outre, note Glover, non seulement le condamné subit un mal plus grand, mais les proches du condamné et les exécuteurs de la peine subissent eux aussi un mal plus grand : les bourreaux risquent de se suicider et il est épouvantable pour la famille du condamné de vivre dans l'attente de son exécution [2].

Deuxièmement, la peine de mort n'est ni rémissible, ni réparable (ces deux choses sont distinctes, car un châtement corporel comme le fouet n'est pas rémissible, mais il est en revanche réparable ; autrement dit, on peut offrir un dédommagement en cas d'erreur judiciaire [17]). Le problème souligné ici n'est pas tellement le *risque* d'erreur, qui est inéliminable (peu importe la peine), mais plutôt le caractère irrémissible et irréparable des erreurs. *Prima facie*, la prison est préférable à la mort dans la mesure où elle est *en théorie* rémissible (même si *en pratique* elle laisse des marques psychologiques, voire physiques, indélébiles) et réparable.

Troisièmement, la peine de mort implique une interférence constante du pouvoir exécutif. Hart fait allusion au fait qu'au Royaume-Uni, l'exécutif accorde environ une fois sur deux la grâce aux condamnés à mort (pour la raison que, avant le *Homicide Act* de 1957, des homicides de gravité très différente étaient punis de la même façon, c'est-à-dire, par la mort). La Justice ne détermine pas qui *sera* exécuté mais seulement qui *peut* l'être : seul l'exécutif a le dernier mot [3]. Hart parle de « combinaison grotesque », de « compromis maladroît », car, en plus d'enfreindre le principe de séparation des pouvoirs, cet arrangement *discrédite* l'institution judiciaire. Dans le même ordre d'idée, Glover note, comme le notait Bentham deux siècles plus tôt [24], que la peine de mort risque d'être appliquée de façon irrégulière. En effet, il se peut que « certains meurtriers restent en liberté simplement parce que l'existence de la peine capitale rend les jurés moins disposés à les déclarer coupables » [2, p.273].

On pourrait ajouter que, quatrièmement, la peine de mort est, aussi paradoxal cela soit-il, davantage coûteuse que la peine de prison (même si les deux peines sont l'une et l'autre fort coûteuses). En Californie, la procédure *la moins coûteuse* pour une peine de mort coûte 1,1 million de dollars de plus que la procédure *la plus coûteuse* pour une peine de prison [27]. Comment l'expliquer? Par les suppléments d'enquête, par la durée d'attente entre la condamnation et l'exécution de la peine, par les procédures d'appel, longues et compliquées, etc. Cet argent pourrait être dépensé, par exemple, pour aider les hôpitaux et donc sauver des vies.

On retrouve cette stratégie (consistant à renverser le fardeau de la preuve) dans *Law, Liberty, and Morality*. Hart dit qu'il faut partir du principe critique selon lequel « l'utilisation de la coercition légale, quelle que soit la société, doit être justifiée, puisqu'il s'agit de quelque chose de *prima facie* critiquable, ne devant être toléré que si cela peut être compensé par quelque bien » [12, p.20]. Du reste, cette stratégie n'est pas étrangère à l'utilitarisme, puisque Mill l'utilise lui aussi au début de *L'asservissement des femmes*¹¹. Comme l'explique J. Gardner [29], on peut interpréter l'expression « *prima facie* » de deux

⁸ Pour une reprise de ce parti-pris méthodologique, voir M.H. Kramer [25].

⁹ Comme l'explique Glover, puisqu'en général une exécution, en raison de sa cruauté et en raison de l'angoisse qu'elle suscite pour le condamné et sa famille, cause davantage de malheur qu'un meurtre, il faudrait qu'elle prévienne un nombre considérable de meurtres pour être justifiée. Une exécution pour un meurtre n'est pas un « œil pour un œil » [2].

¹⁰ À ceux qui le contesteraient, la meilleure réponse est sans doute celle donnée par H.A. Bedau : « Rares sont les condamnés qui réclament l'abandon des appels interjetés pour éviter leur exécution. Rares sont les prisonniers à vie qui réclament la peine capitale. Rares – voire inexistantes – sont les condamnés à mort qui refusent les remises de peine qui leur sont offertes » [26, p.141].

¹¹ « [E]n matière de droit, on considère que la charge de la preuve incombe aux adversaires de la liberté, aux partisans de mesures restrictives ou prohibitives, qu'il s'agisse de limiter de façon générale la liberté des actions humaines ou de frapper d'une incapacité ou d'une disparité de privilège une personne ou un groupe de personnes par rapport à d'autres. La présomption a priori est en faveur de la liberté et de l'impartialité. Il ne devrait y avoir de contrainte que requise par le bien général et, de même, la loi ne devrait pas faire acception de quiconque mais devrait traiter tout le monde de la même façon, sauf là où des raisons positives – de justice ou de politique – exigent une diversité de traitement. » [28, p.29]

manières. Selon la première interprétation, la plus littérale, une chose est *prima facie* un mal si à *première vue* elle est un mal mais, tout bien considéré, « tout compte fait », elle n'en est peut-être pas un. Selon la seconde interprétation, une chose est *prima facie* un mal si elle est *résolument* un mal, mais la question de savoir si ce mal est justifié reste ouverte. Dans le premier cas, il y a *apparemment* un mal, mais *en réalité* c'est peut-être un bien. Dans le second cas, *il y a* un mal, mais ce mal est peut-être *justifié*. Il est fort probable que Hart emprunte l'expression *prima facie* au langage juridique de la common law et que la première interprétation soit ici la bonne. Dans le droit anglais, une preuve *prima facie* est une preuve suffisante à première vue, ou suffisante *jusqu'à preuve du contraire*. Elle est censée pouvoir établir la culpabilité d'un individu, sauf si elle est réfutée par le défendeur. *Mutatis mutandis*, un mal *prima facie* est un mal jusqu'à preuve du contraire, preuve incombant à celui qui est favorable à ce qui se présente comme un mal (en l'occurrence, au défenseur de la peine de mort).

Récapitulons. L'approche utilitariste de Hart, reprise par Glover, consiste à dire que la peine de mort est *prima facie* un mal et, de surcroît, un mal plus grand que la peine de prison ; qu'elle ne peut être justifiée que si elle permet de prévenir – beaucoup – plus de meurtres que la peine de prison ; et qu'il incombe au défenseur de la peine de mort de prouver qu'elle le permet effectivement.

L'hypothèse de la dissuasion

Supposons qu'un défenseur de la peine de mort soutienne qu'elle est plus dissuasive que la peine de prison et sauve, de ce fait, plus de vies. Il peut utiliser, selon Hart et Glover, deux types d'argument : des arguments statistiques et des arguments psychologiques. Sont-ils convaincants?

L'approche statistique

L'utilisation des statistiques, selon Hart, pose au moins trois problèmes :

1. Il est presque inutile de comparer les pays abolitionnistes et rétentionnistes. Dans un pays abolitionniste, le taux d'homicide est parfois plus bas, parfois plus élevé, parfois le même que dans un pays rétentionniste. Que le taux d'homicide soit plus bas ou plus élevé ou égal dans un pays abolitionniste ne prouve strictement rien : on pourra toujours attribuer la différence constatée à d'autres facteurs que la peine de mort [3].
2. La démarche la plus fiable, à première vue, consiste à comparer le taux d'homicide dans un même État avant et après l'abolition. Cette démarche, toutefois, pose au moins deux problèmes. Premièrement, l'abolition définitive de la peine de mort a souvent lieu après une longue période de désuétude. En Norvège, la dernière exécution date de 1876, mais l'abolition n'a eu lieu qu'en 1905. Si la peine de mort existe, mais n'est pas utilisée, elle cesse d'être une menace sérieuse, et on ne peut rien déduire de son abolition. Deuxièmement, on ne peut pas comparer le taux d'homicide *juste avant* et *juste après* l'abolition, car aucun meurtrier potentiel n'attend le jour où la peine de mort sera abolie pour commettre son crime. Il faut comparer de longues périodes, mais, dans ce cas, de nouvelles variables peuvent s'introduire.
3. Les meilleures données proviennent des États-Unis, car elles nous permettent de comparer des États abolitionnistes et rétentionnistes à peu près comparables sous tous rapports. D'après les chiffres de Hart, le Nebraska, le Dakota du nord et le Dakota du sud ont le même taux d'homicide sur la même période (1930-1948) alors que le Dakota du nord est abolitionniste, le Nebraska rétentionniste et le Dakota du sud passé de l'un à l'autre.

Si l'on tient compte de ces difficultés méthodologiques, quelle conclusion peut-on tirer des statistiques? Hart et Glover reprennent à peu de choses près la conclusion du rapport de la Commission Royale sur la Peine Capitale (1949-1953), à savoir que nous n'avons aucune preuve statistique que la peine de mort soit plus dissuasive que la peine de prison. Il faut impérativement distinguer *cette* affirmation de celle selon laquelle les statistiques prouvent que la peine de mort n'est pas plus dissuasive que la peine de prison. En effet, les statistiques ne prouvent pas positivement l'inutilité de la peine de mort.

Quel est l'état de la recherche depuis l'article de Hart et l'ouvrage de Glover [30]? Dans les années 1970, des économistes ont publié plusieurs études d'après lesquelles la peine de mort est plus dissuasive que la peine de prison. L'étude qui a fait couler le plus d'encre est celle de Ehrlich de 1975 : selon lui, chaque exécution sauve 8 vies [31]. De nombreux chercheurs ont critiqué sa méthodologie, selon eux défailante. Le même scénario s'est reproduit dans les années 2000. De nouvelles études concluant à une plus grande efficacité de la peine de mort ont à nouveau été vigoureusement critiquées pour leurs biais. Ces études, en effet, s'appuient sur les données américaines et il y a trop peu d'exécutions (sauf au Texas) pour pouvoir en tirer des conclusions solides. Comme l'écrit M. Cusson : « Malgré toute la sophistication de ces travaux, le problème n'est pas résolu : de telles recherches ne sont pas expérimentales et ne peuvent pas l'être ; il est pratiquement impossible de tenir compte de toutes les variables pouvant jouer sur les homicides et, d'une recherche à l'autre, les résultats divergent et se contredisent » [30, p.17].

La conclusion de Cusson est la même que celle de l'étude de 2012 du *National Research Council*, qui fait aujourd'hui autorité¹².

¹² « The committee concludes that research to date is not informative about whether capital punishment decreases, increases, or has no effect on homicide rates. Therefore, these studies should not be used to inform deliberations requiring judgments about the effect of the death penalty on homicide. Claims that research demonstrates that capital punishment decreases or increases the homicide rate or has no effect on it should not influence policy judgments about capital punishment. » [31]

L'approche psychologique

Puisque les statistiques ne prouvent rien, le défenseur de la peine de mort peut s'appuyer sur la psychologie. En effet, pour le sens commun, la plus grande peur de l'homme est la mort. Par conséquent, la peine de mort doit *nécessairement* être plus intimidante que la peine de prison, car l'homme tient plus à sa vie qu'à sa liberté. Hart et Glover citent l'un et l'autre Stephen, qui propose justement cet argument :

Outre la peine de mort, aucune autre peine ne dissuade les hommes de manière aussi efficace de commettre des crimes. Cette affirmation est difficile à prouver pour la simple et bonne raison qu'elle s'impose par son évidence. Aucune preuve ne peut en effet la rendre plus convaincante qu'elle n'est déjà. Tout ce que l'on fait pour argumenter contre des vérités aussi évidentes, ne relève que d'une sagacité fantaisiste, c'est tout. [2, p.275]

Cet argument, pour les deux auteurs, n'est pas convaincant même si l'on accepte la prémisse énonçant que la mort est (en général) la plus grande peur de l'homme. En effet, la peine de mort implique le *risque* de mourir, mais n'implique pas la *certitude* de mourir dès que le crime sera commis ; autrement dit, elle nous *menace* mais ne nous *promet* pas de mourir. Le potentiel meurtrier ne fait pas face à l'alternative : ou bien tuer et mourir, ou bien ne pas tuer et vivre. Il sait, à supposer que son meurtre soit prémédité, que s'il tue, il s'expose à la mort¹³. Or y a-t-il une différence entre s'exposer à la mort et s'exposer à la prison sachant qu'un meurtrier, d'après les chiffres de la Commission Royale, a environ une chance sur six d'être condamné et une chance sur douze d'être exécuté, sachant que la mort est envisagée uniquement comme une éventualité lointaine et incertaine, sachant que « la perspective du châtement capital est nécessairement amoindrie par l'espoir de la grâce » [32, p. 695]? Il semble peu plausible que la menace de la peine de mort soit *perçue* comme plus grande que celle de la peine de prison¹⁴. Bentham soulignait déjà ce point :

celui qui brave la mort juridique peut avoir des espérances d'impunité ; il n'ignore pas les chances qui le favorisent : la passion même les lui exagère : c'est d'ailleurs un événement éloigné, la distance en affaiblit l'impression, et, quand il envisagerait son état comme un métier périlleux, ne voit-on pas les métiers les plus périlleux embrassés par des hommes qui ont tous les motifs possibles d'attachement à la vie? Manque-t-on d'ouvriers dans les manufactures de poudre à canon, dont les explosions sont si fréquentes? Il y a donc bien de la différence entre s'exposer à la mort, ou se la donner volontairement. [17, p.69]

Ce n'est pas le seul problème.

1. Selon la Commission Royale, 20% des meurtres sont commis par des criminels professionnels. Or il est fort probable qu'ils envisagent la mort, en amont, comme un « risque professionnel » et, en aval, comme un « accident du travail ». À vrai dire, la criminalité elle-même les expose davantage à la mort que la peine de mort. Comme l'écrit M. Cusson :

Aux États-Unis, 7% des vendeurs de drogue connus de la police meurent chaque année, généralement de mort violente. C'est dire que, dans un État où la peine capitale est en vigueur, parmi les causes possibles de la mort de délinquants actifs, la peine de mort est l'une des moins probables : ils risquent beaucoup plus d'être assassinés que d'être exécutés. Et ils ne sont pas sans le savoir : ils acceptent l'idée d'une mort prochaine comme un fait inévitable. [30, p.17]
2. Selon Hart, un grand nombre de meurtres sont commis par des malades mentaux¹⁵. Ces personnes, du fait de leur maladie mentale, ne peuvent évidemment pas être dissuadées par la menace de la peine de mort.
3. Une part importante des meurtres sont commis sous l'empire de la passion ou de l'alcool, de façon impulsive. En cas de bagarre alcoolisée qui tourne mal, chacun est indifférent aux conséquences. En cas de crime passionnel, c'est la même chose : la raison n'a plus aucun contrôle sur l'individu.
4. Un certain nombre de meurtriers se suicident après avoir commis leur crime. En psychologie, on parle de « meurtre-suicide », à ne pas confondre avec le « suicide-meurtre » dont on parle plus bas. Au Canada, entre 2001 et 2011, les meurtres-suicides dans la famille représentaient 6% des homicides [34]. Il est vraisemblable qu'en cas de meurtre-suicide, le suicide était *déjà envisagé* avant le passage à l'acte et que, de ce fait, la menace de la peine de mort était nulle.

Hart de conclure : « Ainsi, pour beaucoup, la différence entre la mort et la prison pourrait ne rien changer ; ni l'une ni l'autre ne les dissuaderaient » [8, p.89]. Les statistiques récentes vont dans le même sens. Au Québec, 67% des homicides entre 1986 et 1996 ont été commis par des individus déjà connus des services de police [30]. A Montréal, entre 1985 et 1989, les homicides querelleurs, les homicides associés aux vols (résistance de la personne cambriolée et meurtre dans un mouvement de panique), les règlements de compte et les homicides conjugaux représentaient 60% du total des homicides [30].

¹³ Glover reprend cette distinction : « La certitude d'une mort imminente est une chose ; accroître ses risques de mourir dans un avenir plus ou moins proche en est une autre » [2, p.276].

¹⁴ On pourrait cependant objecter que, devant la généralisation actuelle de la vidéosurveillance, au moins dans les grandes villes, le risque d'être arrêté, condamné à mort et exécuté est probablement plus grand qu'à l'époque de Hart. Je remercie les évaluateurs externes pour cette remarque.

¹⁵ Il exagère sans doute : en 2006, on considère que, dans les pays industrialisés, les malades mentaux ne sont responsables que de 0,16 homicides pour 100 000 habitants – donc responsables de moins de 1 homicide sur 20 [33].

Comme l'a bien noté Bayles [35], ces données sont extrêmement problématiques si, comme Hart et Glover, on considère que le but principal de la peine est la dissuasion, si on considère que le cœur du problème est de savoir si la peine de mort dissuade davantage que la peine de prison. À quoi bon punir l'homicide si la plupart des gens qui en sont coupables *ne peuvent pas* être dissuadés ou de fait ne le sont pas? N'est-ce pas un cas où, comme le dirait Bentham, « la punition ne peut être qu'inefficace » [24, p.196]? Il semble que le raisonnement de Hart soit mis à mal et que la question centrale ne soit pas « Pourquoi la peine de mort? » mais plutôt « Pourquoi la peine *tout court*? ». Comment résoudre cette difficulté?

1. Contrairement à ce qu'affirme parfois Hart, le but principal de la peine pour un utilitariste est la *prévention* de la criminalité et non la *dissuasion* qui est, comme on l'a rappelé, *un* des nombreux mécanismes par lesquels la peine prévient la criminalité. En effet, la peine peut prévenir en neutralisant, en réhabilitant, en créant ou en renforçant certaines inhibitions, etc. Ce n'est pas parce que la peine est presque inutile du point de vue de la dissuasion qu'elle est inutile *tout court*.
2. La peine vise surtout à prévenir les meurtres prémédités et à dissuader la minorité susceptible de l'être. On peut même déduire du fait qu'une majorité des meurtres sont commis par des gens qui *ne peuvent pas* être dissuadés le fait que la peine est relativement dissuasive : ceux qui calculent ne passent pas à l'acte, même lorsqu'ils sont tentés, et les seuls à passer à l'acte sont ceux qui n'ont pas réfléchi.
3. En ce qui concerne les homicides querelleurs ou passionnels, comme Hart l'explique dans un autre contexte, la menace de la peine ne « guide » (*guide*) pas nécessairement notre délibération ou notre calcul coût/bénéfice, elle n'est pas forcément « une raison d'obéir à la loi lorsqu'on hésite à l'enfreindre » [36, p.134] (conception étroite de la dissuasion), mais elle est parfois (voire fréquemment) un « aiguillon » (*goad*), c'est-à-dire, quelque chose qui nous incite à prendre garde à ce qu'on va faire, à y réfléchir à deux fois, à avoir une conduite responsable (conception large de la dissuasion). Un homme violent et impulsif qui a tendance à boire sait qu'il doit être prudent, car le moindre débordement pourrait avoir des conséquences pénibles sur sa vie. Comme l'écrivent H. Wechsler et J. Michael dans un article plusieurs fois cité par Hart : « il ne peut être nié qu'en général les hommes peuvent être conduits à contrôler leurs passions par la menace d'un traitement désagréable » [37, p.736].
4. On sait qu'en l'absence de réponse pénale au meurtre, il y aurait des vengeances sanglantes et un accroissement terrible du nombre d'homicides, comme peuvent en témoigner les grèves policières, dont la plus récente a eu lieu au Brésil en 2017 [38]. C'est la principale raison pour laquelle l'État punit le meurtre même si la plupart des coupables ne pouvaient pas être dissuadés ; et si on le punit sévèrement, c'est par respect du principe de proportionnalité.

Une question intéressante abordée par Glover, mais pas par Hart, est celle de savoir si la peine de mort pourrait être un moyen efficace de dissuader, non pas les meurtres « ordinaires », mais les crimes politiques commis *ou bien* par les groupes d'opposition, par exemple les assassinats terroristes, *ou bien* par les gouvernements, par exemple les atrocités nazies. Commençons par les crimes politiques commis par les groupes d'opposition. À première vue, ces crimes, à la différence des homicides querelleurs ou passionnels, pourraient être empêchés par la peine de mort, puisqu'ils sont prémédités au plus haut point et minutieusement préparés. Toutefois, Glover fait preuve de scepticisme :

Dans de nombreux pays, on a tenté en vain de faire cesser des campagnes terroristes en recourant à des exécutions capitales. [...] Ceux que l'on charge de tirer ou de larguer des bombes ne sont généralement pas les meneurs de ces mouvements, si bien qu'il est aisé de les remplacer par d'autres personnes tout aussi disposées à risquer leur vie. La menace de la mort n'empêche pas les hommes de faire la guerre et on peut penser qu'un terroriste est tout aussi dévoué à sa cause qu'un soldat. [2, p.279]

Qu'en est-il des crimes politiques commis par les gouvernements? Est-ce qu'en exécutant les gouvernants ou leurs agents pour les atrocités qu'ils ont commises, on diminue le risque que de telles atrocités se reproduisent? Selon Glover, étant donné que la probabilité pour un dirigeant d'être condamné est très faible, peut-être plus faible que celle pour un meurtrier « ordinaire » d'être exécuté, on peut légitimement en douter. Certains diront que ce n'est pas la question : Eichmann n'a pas été exécuté pour éviter que de tels actes se reproduisent, mais pour le *faire payer*, pour *exprimer* la haine des opprimés et leur désir de le voir disparaître de la surface de la terre ; toutefois, on l'a vu, Glover rejette le rétributivisme aussi bien que la théorie de la dénonciation. Ainsi, la conclusion de Glover est simple : « [Rien] ne permet de traiter le cas des criminels politiques autrement que celui des meurtriers ordinaires » [2, p.282].

L'hypothèse de la brutalisation

D'après la Commission Royale, il est possible que la peine de mort ait contribué à façonner notre aversion pour le meurtre et qu'elle soit nécessaire pour l'entretenir. Pour Hart comme pour Glover, il est tout aussi possible que l'inverse soit vrai. La peine de mort, alors qu'elle se donne pour objectif de prévenir le meurtre, pourrait au contraire le stimuler, consciemment ou inconsciemment¹⁶.

¹⁶ Cet argument remonte au moins à Beccaria : « La peine de mort n'est pas utile à cause de l'atrocité de l'exemple qu'elle donne aux hommes. Si les passions ou la nécessité de la guerre ont appris à faire couler le sang humain, les lois qui modèrent la conduite des hommes ne devraient pas augmenter ce farouche exemple, d'autant plus funeste que la mort légale est donnée avec application et formalité » [16, p.156-157].

L'hypothèse d'après laquelle le spectacle de la violence accroît la violence s'appelle « l'hypothèse de la brutalisation ». Voici comment Glover la formule : « [Le] maintien ou la réintroduction de la peine de mort peut avoir pour inconvénient de contribuer à renforcer l'habitude des punitions cruelles et terrifiantes, alors que l'on pouvait espérer leur disparition » [2, p.273]. Le terme « brutalisation » vient de G.L. Mosse, un historien américain de la Première Guerre mondiale. Selon lui, la Première Guerre mondiale aurait brutalisé ses acteurs, c'est-à-dire, les aurait rendus indifférents à l'égard de la vie humaine, à l'égard de la cruauté, et serait donc à l'origine du durcissement politique d'après-guerre. Il écrit :

Inévitablement, la terrible confrontation avec la mort avait modifié l'appréciation de l'existence humaine. Parfois, la mort était banalisée ; on en plaisantait pour supporter son omniprésence. Parfois, elle devenait aussi irréaliste que la guerre elle-même, hantant l'imaginaire des hommes des tranchées [...]. Au front, s'il subsistait bien une place pour la sacralisation et le culte des morts, celui-ci n'opéra vraiment qu'à la fin des hostilités, ou pour les gens de l'arrière. Pendant le conflit lui-même, la majorité des soldats des tranchées semble avoir été gagnée par une sorte de stoïcisme, par l'indifférence envers la mort et l'acceptation progressive de l'inévitable. [39, p.185-186]

L'hypothèse de la brutalisation a été mise à l'épreuve des statistiques. D'après J.M. Shepherd, la peine de mort accroît l'homicide dans 13 États américains [40]. Selon elle, pour que la peine de mort soit dissuasive, elle doit être utilisée massivement, autrement dit, c'est uniquement passé un certain seuil qu'elle devient utile. Si on ne veut pas y recourir massivement, alors il vaut mieux dans ce cas y renoncer, car elle devient contre-productive : c'est l'effet de brutalisation¹⁷. Cette étude, toutefois, n'est pas moins critiquable que les études des économistes des années 1970 mentionnées plus haut : elle souffre des mêmes biais.

Un partisan de la peine de mort pourrait répondre à l'objection de la brutalisation en disant qu'il suffit de camoufler les exécutions et de les rendre les plus humaines possibles [3]. Toutefois, à cela, on pourrait répondre qu'une exécution, peu importe les moyens qu'elle emploie, ne pourra jamais être *humaine* ; que le fait de camoufler les exécutions s'oppose à l'objectif de dissuasion générale censé justifier la peine de mort ; mais aussi, à l'inverse, que la mort risque de paraître préférable à la prison si elle est extrêmement douce.

Hart écrit : « Un très grand nombre de meurtriers sont des déséquilibrés mentaux et, pour eux, la simple pensée de l'exécution, le drame et la notoriété du procès, le meurtrier apparaissant comme un gladiateur combattant pour sa vie, peut constituer une force d'attraction et non pas une force de répulsion. Il existe des cas de meurtres commis pour ces raisons » [3, p.88]. Plus haut, nous avons expliqué ce qu'était un meurtre-suicide : le fait de se suicider après avoir commis un meurtre. Le suicide-meurtre est différent : certaines personnes *tuent* pour être condamnées à mort. Le suicide, dans ce cas, n'est plus la *conséquence* du meurtre mais la *cause* du meurtre [41]. Ce qui motive le suicide-meurtre peut être l'incapacité à se tuer soi-même, la fascination pour les exécutions publiques, le refus de la peine de prison, etc. D'après une étude de 1999, il y aurait eu aux États-Unis au moins 22 cas incontestables de suicide-meurtre [41].

L'hypothèse de la brutalisation est également plausible, selon Glover, lorsqu'il est question de crimes politiques commis par les groupes d'opposition. En effet, « les exécutions engendrent des martyrs, ce qui renforce la cause terroriste. Elles risquent même d'accroître encore le niveau de violence en provoquant des représailles » [2, p.279-280].

Conclusion

La démonstration de Hart, qui a beaucoup inspiré Glover, si on la condense au maximum, est la suivante : *prima facie*, la peine de mort est un mal bien plus grand et critiquable que la peine de prison ; dès lors, elle ne peut être justifiée que s'il est prouvé qu'en réalité elle prévient le meurtre bien plus efficacement que la peine de prison ; or cette preuve n'est pas disponible, et la psychologie suggère en fait le contraire ; *ergo*, il faut l'abolir, et le rétablissement ne sera *envisageable* que si l'on dispose d'une telle preuve. En reconstruisant cette démonstration, nous avons identifié, nous semble-t-il, trois difficultés : la première concernait la justification utilitariste elle-même de la peine de mort, c'est-à-dire le fait de tuer pour sauver des vies ; la deuxième concernait l'affirmation de Hart selon laquelle certaines peines sont exclues, parce qu'elles sont trop barbares ou horribles, indépendamment de leur éventuelle utilité sociale ; la troisième concernait la tension entre le fait de soutenir que le but principal de la peine est la dissuasion et le fait que la plupart des homicides sont commis par des personnes insusceptibles d'être dissuadées.

Le raisonnement de Hart ainsi que son prolongement chez Glover ne sont pas spécialement originaux et n'ont jamais prétendu l'être. Il s'agit d'une actualisation de l'approche utilitariste classique, renforcée par une recherche de données fiables et une prudence méthodologique. On ne trouve pas dans *Murder and the Principles of Punishment : England and the United States* d'illustration de la théorie dite « mixte » de Hart, puisque la peine de mort n'y est pas rejetée sur la base des principes de Justice venant réguler la poursuite de l'objectif utilitariste de prévention de la criminalité. Cette approche a encore un intérêt réel, puisque la peine de mort est encore en vigueur dans de nombreux États, y compris en Occident. Cependant, aux yeux des abolitionnistes convaincus, elle sera sans doute jugée trop faible, puisque rien ne prouve catégoriquement l'inutilité de la

¹⁷ « Peut-être que chaque exécution contribue à brutaliser la société et à accroître le meurtre. Cependant, si un État exécute beaucoup d'individus, alors les criminels deviennent convaincus du fait que l'État ne plaisante pas, et les criminels réduisent leur activité. » [40, p.247]

peine de mort, et parce que la possibilité du rétablissement de celle-ci est laissée ouverte. Toutefois, même si Hart et Glover rejettent le pacifisme, rien n'empêche un pacifiste de *compléter* son argumentaire en s'appuyant *également* sur l'approche utilitariste contre la peine de mort. Beccaria, par exemple, considérait que la peine de mort n'était pas un *droit* : il jugeait qu'il s'agissait de l'argument le plus important contre elle. Toutefois, juste après avoir exposé cet argument, il ajoutait : « Mais si je démontre que la mort n'est ni utile ni nécessaire, j'aurai gagné la cause de l'humanité » [16, p.149].

Remerciements

Je remercie les évaluateurs externes pour leurs remarques très pertinentes. Je tiens à remercier également Benoît Basse, à l'origine de ce numéro sur Glover, mais aussi Guillaume Lambey et Alice Jaffro, pour leur relecture.

Conflit d'intérêts

Aucun à déclarer

Responsabilités des évaluateurs externes

Les évaluations des examinateurs externes sont prises en considération de façon sérieuse par les éditeurs et les auteurs dans la préparation des manuscrits pour publication. Toutefois, être nommé comme examinateur n'indique pas nécessairement l'approbation de ce manuscrit. Les éditeurs de *Revue canadienne de bioéthique* assument la responsabilité entière de l'acceptation finale et la publication d'un article.

Édition/Editors: Bertrand Alexandre Stoffel, Aliya Afddal, Hazar Haidar

Évaluation/Peer-Review: Nicolas Aumonier & Anonyme

Affiliations

¹ Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Paris, France

Correspondance / Correspondence: Nicolas Nayfeld, nicolas.nayfeld@univ-paris1.fr

Reçu/Received: 22 May 2018 **Publié/Published:** 15 Feb 2019

Les éditeurs suivront les recommandations et les procédures décrites dans le [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#) de COPE. Plus précisément, ils travaillent pour s'assurer des plus hautes normes éthiques de la publication, y compris l'identification et la gestion des conflits d'intérêts (pour les éditeurs et pour les auteurs), la juste évaluation des manuscrits et la publication de manuscrits qui répondent aux normes d'excellence de la revue.

Acknowledgements

I thank the external evaluators for their very pertinent comments. I would also like to thank Benoît Basse, the organizer of this issue on Glover, as well as Guillaume Lambey and Alice Jaffro, for their proofreading.

Conflicts of Interest

None to declare

Peer-reviewer responsibilities

Reviewer evaluations are given serious consideration by the editors and authors in the preparation of manuscripts for publication. Nonetheless, being named as a reviewer does not necessarily denote approval of a manuscript; the editors of *Canadian Journal of Bioethics* take full responsibility for final acceptance and publication of an article.

The editors follow the recommendations and procedures outlined in the COPE [Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors](#). Specifically, the editors will work to ensure the highest ethical standards of publication, including: the identification and management of conflicts of interest (for editors and for authors), the fair evaluation of manuscripts, and the publication of manuscripts that meet the journal's standards of excellence.

Références

1. Sugarman D, Hart HLA. [Hart interviewed: H.L.A. Hart in conversation with David Sugarman](#). *Journal of Law and Society*. 2005;32(2):267-293.
2. Glover J. Questions de vie ou de mort [1977], trad. fr. B Basse. Genève: Labor et fides; 2017.
3. Hart HLA. [Murder and the principles of punishment: England and the United States](#). Dans: *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 2^e éd. Oxford: Oxford University Press; 2008:54-89.
4. Glover J. *Responsibility*. Londres: Routledge & Kegan Paul; 1970.
5. Passaglia P. L'abolition de la peine de mort. Une étude comparée. *Mnemosyne*; 2012.
6. Lacey N. A Life of H.L.A. Hart. *The Nightmare and the Noble Dream*, Oxford: Oxford University Press; 2004.
7. Committee on Deterrence and the Death Penalty. [Deterrence and the Death Penalty](#). Report Brief. Washington: National Research Council; 2012.
8. Hart HLA. Should the death penalty be abolished? *The Listener*. 1956;55:87-89.
9. Hugo V. *Écrits sur la peine de mort*. Paris: Actes Sud; 1992.
10. Kant E. *Métaphysique des mœurs. Doctrine du droit*. 5^e édition. Trad. A Philonenko. Paris: Vrin; 1993.
11. Hart HLA. Prolegomenon to the principles of punishment. Dans: *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 2^e éd. Oxford: Oxford University Press; 2008:1-27.
12. Hart HLA. *Law, Liberty, and Morality*. Oxford: Oxford University Press; 1963.
13. Hart HLA. Punishment and the elimination of responsibility. Dans: *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, 2^e éd. Oxford: Oxford University Press; 2008:158-185.
14. Andenaes J. The moral or educative influence of criminal law. *Journal of Social Issues*. 1971;27(2):17-31.
15. Scheid DE. [Constructing a theory of punishment, desert, and the distribution of punishments](#). *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*. 1997;10(2):441-506.
16. Beccaria C. *Des délits et des peines*. Trad. A Fontana, X Tabet. Paris: Gallimard; 2015.
17. Bentham J. [Théorie des peines et des récompenses](#). Dans: *Œuvres de Jérémie Bentham*, édition Dumont, tome second, 3^e éd. Bruxelles: Société Belge de Librairie; 1840.
18. Mill JS. [Plaidoyer en faveur de la peine capitale](#). Trad. B Basse. *Revue d'études benthamiennes*. 2013;12.
19. Thomson JJ. [The trolley problem](#). *The Yale Law Journal*. 1985;94(6):1395-1415.

20. Hart HLA. Negligence, mens rea, and criminal responsibility. Dans: Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law, 2^e éd. Oxford: Oxford University Press; 2008:136-157.
21. Nozick R. Anarchie, État et Utopie, 2^e édition. Trad. E d'Auzac de Lamartine, révisée par P-E Dauzat. Paris: PUF; 2008.
22. Hart HLA. Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory. Oxford: Oxford University Press; 1982.
23. Steiker C. The death penalty and deontology. Dans: J Deigh, D Dolinko, eds. The Oxford Handbook of Philosophy of Criminal Law. Oxford: Oxford University Press; 2011: 441-466.
24. Bentham J. Introduction aux principes de la morale et de la législation. Trad. du Centre Bentham coordonnée par JP Cléro, E de Champs. Paris: Vrin; 2011.
25. Kramer MH. The Ethics of Capital Punishment. A Philosophical Investigation of Evil and its Consequences. Oxford: Oxford University Press; 2011.
26. Bedau HA. [L'argument d'interférence minimale contre la peine capitale](#). Trad. A Autenne. Revue Philosophique de Louvain. 2003;101(1):138-150.
27. Chetrit J. [Etats-Unis. Le coût de la peine de mort en procès](#). L'Obs. 22 juin, 2011.
28. Mill JS. L'asservissement des femmes. Trad. Cachin. Paris: Éditions Payot & Rivages; 2005.
29. Gardner J. In Defence of defences. Dans: Offences and Defences. Selected Essays in the Philosophy of Criminal Law. Oxford: Oxford University Press; 2007:77-90.
30. Cusson M. [Dissuasion, justice et communication pénale](#). Études & Analyses. 2010;9:1-37.
31. Ehrlich I. [The deterrent effect of capital punishment: A question of life and death](#). The American Economic Review. 1975;65(3):397-417.
32. Merle R, Vitu A. Traité de droit criminel, 2^e édition. Tome I. Paris: Éditions Cujas; 1973.
33. Senon J-L, Manzanera C, Humeau M, Gotzamanis L. [Les malades mentaux sont-ils plus violents que les citoyens ordinaires?](#) L'information psychiatrique. 2006;82:645-52.
34. Sinha M. [La violence familiale au Canada : un profil statistique, 2011](#). Juristat, Centre canadien de la statistique juridique. Ottawa; 25 juin 2013.
35. Bayles MD. Hart's Legal Philosophy: An Examination. Dordrecht: Springer; 1992.
36. Hart HLA. Intention and punishment. Dans: Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law, 2^e édition. Oxford: Oxford University Press; 2008:113-135.
37. Wechsler H, Michael J. [A rationale of the law of homicide: I](#). Columbia Law Review. 1937;37(5):701-61.
38. Gomez F-X. [Au Brésil, une grève de policiers déclenche une flambée de meurtres](#). Libération. 10 février 2017.
39. Mosse G L. De la Grande Guerre au totalitarisme. La brutalisation des sociétés européennes. Trad. E Magyar. Paris: Hachette Littératures; 1999.
40. Shepherd JM. [Deterrence versus brutalization: capital punishment's differing impacts among states](#). Michigan Law Review. 2005;104(2):203-56.
41. Wormer KV, Odiah C. [The psychology of suicide-murder and the death penalty](#). Journal of Criminal Justice. 1999;27(4): 361-370.