

pratiques. Mais ce travail serait trop étendu et dépasserait le cadre dans lequel nous devons nous resserrer.

Nous avons voulu seulement constater dans l'histoire du droit pénal jusqu'au xviii^e siècle, l'existence de ces deux points : dans la législation l'application souvent erronée mais exclusive du principe qu'il faut appeler de l'utilité sociale, soit que dans ses excès il se nomme principe de la vindicte publique ou de l'intimidation, soit qu'il soit étendu à la protection d'intérêts qui ne sont pas toujours des intérêts sociaux ; hors de la législation, dans les écrits des philosophes, des jurisconsultes et des Pères de l'Église, une tendance continue à donner pour base ou pour appui à la justice pénale le principe de la justice morale, à remonter à ce principe comme à la source de la justice humaine ou du moins à le reconnaître comme un de ses éléments.

III

Nous sommes arrivés à une époque où l'esprit d'examen, en pénétrant dans l'humanité, va donner une impulsion plus vive aux sciences morales. Une révolution se prépare dans la législation pénale : fomentée, dès le xvi^e siècle, dans l'admirable livre d'Ayraut, nourrie au xvii^e par les écrits de Grotius, de Selden,

de Hobbes, elle éclate au xiii^e à l'apparition du livre de Beccaria, qui en avait puisé les éléments dans la philosophie de cette époque, elle est continuée par Kant, par Feuerbach, par Bentham, elle n'est point encore terminée ; et que de temps devra s'écouler avant que ses conquêtes soient définitivement assurées !

Beaumanoir, quoiqu'il répète avec les Assises de Jérusalem et toutes les coutumes de son siècle que « la vengeance doit estre prise de çascun meffet, » avait compris que la peine doit être surtout exemplaire : « Bonne coze, dit-il, est que on courre au-devant des malfeteurs et qu'ilz soient si rudement pusni et justicié selon lor meffet, que por le doute de la justice li autres en prengnent exemple, si que ilz se gardent de meffere. » Ayraut, le plus indépendant et le plus éclairé de nos anciens criminalistes, reprend le même principe et l'énonce en ces termes : « La justice, en toutes ses exécutions, tend plus à l'exemple que au chastement. Si le magistrat doit faire comme le bon médecin, qui tasche à guérir, non pas à perdre : est-ce correction ou amendement que d'exterminer ? C'est donc pour l'exemple que la justice punist : et pour cette raison les Latins appeloient mesmes celuy qui estoit chastié et exécuté *exemplum*. » L'exemplarité n'est qu'un effet de la peine, mais quand elle est le seul effet que cette peine poursuit, il faut en conclure qu'elle a pour base, non la réparation du mal consommé, mais la prévention du mal à venir, c'est-à-dire l'utilité sociale fondée

dans une mesure plus ou moins grande sur l'intimidation. Ayrault cherche à corriger le principe de la législation du XVIII^e siècle, mais au fond il ne le conteste pas.

Grotius prend un autre point de départ; il proscriit la vengeance, il proscriit également l'exemplarité comme fondement de la peine. Le droit de punir, suivant ce publiciste, prend sa source dans le mal même commis par l'agent; il aperçoit une sorte de contrat entre la société et le délinquant: celui-ci, par cela seul qu'il commet l'acte défendu, se soumet volontairement à la punition qui est attachée à cet acte; c'est le développement du texte de la loi romaine que nous avons cité: *Ipse te huic pœnæ subdidisti*. Il définit, en conséquence, la peine: *Malum passionis quod infligitur ob malum actionis*, et il lui donne pour fins le bien du coupable lui-même par la correction ou l'avertissement, l'utilité de la personne qui a intérêt à la punition, enfin l'avantage de tout le monde généralement. Cette théorie, que Grotius ne fait qu'indiquer en termes assez obscurs, remonte évidemment à un principe moral; car c'est le mal du délit qui est la source et la mesure de la peine. « La raison pourquoi on punit, dit ce publiciste, c'est que le coupable le mérite. Le but que l'on se propose en punissant, c'est l'utilité qui peut revenir de la punition. » Ces premières notions, qui semblent avoir été empruntées à Platon, ont été la base de tous les systèmes qui ont considéré la loi morale comme la source de la justice pénale.

Selden fut le premier à s'en emparer; mais il porta ses idées bien au delà des termes trop vagues de Grotius: il établit nettement et sans ambages que la peine n'est prononcée qu'à raison du crime, *quia peccatum est*, et que le seul motif de son institution est de réparer, d'effacer, de purger le mal accompli: *Ea ratione et essentia pœnæ proprie dicta est, ut pro peccato seu culpa aliqua impendatur, ideoque sive ea satisfactoria dicitur, sive expiatoria, sive purgatoria*. Ce n'est donc point en vue d'un mal futur qu'elle est établie, mais en vue d'un mal commis: c'est évidemment la doctrine de l'expiation: *Formalis pœnæ causa in hoc maxime consistit quod sit τιμωρία, seu vindicta, atque satisfactoria, seu purgatoria, seu expiatoria, aliterve scelus seu peccatum commissum respiciat unde et pœnæ recte dicuntur expiationes seu liberationes à lege præstitæ*. Le publiciste, qui se rattache à la théorie du Gorgias, et qui cite des textes des livres saints à l'appui de ses opinions, considère le châtimeut comme un remède amer propre à guérir l'âme malade, comme un mal qui compense et rachète le mal du délit. Le maintien de l'ordre public n'est que l'effet de cette expiation.

Cette doctrine n'a point l'adhésion de Puffendorf. « Il ne paraît pas, dit celui-ci, que la punition ait pour but de satisfaire à la justice ou d'expier le crime, c'est-à-dire de redresser l'obliquité que l'on conçoit dans une action qui s'écarte de la règle ou de la loi. Les passages de l'Écriture sainte que l'on allègue ou

ne regardent que le tribunal divin, ou se rapportent seulement aux lois particulières et aux cérémonies des juifs. » Il combat également la doctrine de Grotius : « Il est inexact de dire que la peine soit une espèce de dette dont le coupable soit tenu de s'acquitter ; car l'obligation ne regarde que les choses auxquelles on doit se porter de propre mouvement. Personne ne se soumet volontairement à une peine. Les lois ne sont point des conventions. » Suivant Puffendorf, qui adopte la maxime de Sénèque, la distribution des peines n'est que l'une des fonctions, et par conséquent l'un des droits du pouvoir social, qui doit l'exercer dans le but de prévenir les crimes et de contenir les malfaiteurs par l'exemple.

Vattel est le premier, nous le croyons du moins, qui ait donné pour fondement au droit pénal le droit de défense qui appartient à chaque individu contre les attaques injustes qui sont dirigées contre lui : « Le droit de punir, qui, dans l'état de nature, dit ce publiciste, appartient à chaque particulier, est fondé sur le droit de sûreté. Tout homme a le droit de se garantir d'injure et de pourvoir à sa sûreté par la force contre ceux qui l'attaquent injustement. Pour cet effet, il peut infliger une peine à celui qui lui fait injure, tant pour le mettre hors d'état de nuire dans la suite ou pour le corriger que pour contenir par son exemple ceux qui seraient tentés de l'imiter. Or, quand les hommes s'unissent en société, comme la société est désormais chargée de pourvoir à la sûreté

de ses membres, tous se dépouillent en sa faveur de leur droit de punir. C'est donc à elle de venger les injures particulières en protégeant les citoyens. » J.-J. Rousseau enseigne la même doctrine, et il ajoute : « Tout malfaiteur, attaquant le droit social, devient par ses forfaits rebelle et traître à la patrie ; il cesse d'en être membre en violant ses lois, et même il lui fait la guerre. Alors la conservation de l'État est incompatible avec la sienne ; il faut qu'un des deux périsse, et quand on fait mourir le coupable, c'est moins comme citoyen que comme ennemi. Les procédures et le jugement sont les preuves et la déclaration qu'il a rompu le traité social, et par conséquent qu'il n'est plus membre de l'État. Or, comme il s'est reconnu tel, tout au moins par son séjour, il en doit être retranché par l'exil comme infracteur du pacte ou par la mort comme ennemi public. »

Telle est aussi l'idée fondamentale de Beccaria. Si le livre *Dei delitti e delle pene*, publié en 1764, eut un immense retentissement, c'est qu'il répondait à un instinct de la conscience publique, c'est qu'il flétrissait les formes barbares de la justice et toutes les atrocités judiciaires qui formaient alors, dans toutes les contrées de l'Europe, une sorte de droit commun, c'est qu'il apportait le sentiment de l'humanité dans les lois criminelles. Mais on y chercherait vainement l'examen approfondi des problèmes du droit pénal. Il indique leur solution plutôt qu'il ne la démontre. Adoptant la fiction créée par l'école

philosophique du XVIII^e siècle et si complètement détruite par celle du XIX^e, et particulièrement par M. Rossi, il admet, comme Vattel et Rousseau, que la société a été formée par une convention, que les hommes ont sacrifié une portion de leur liberté pour jouir du reste avec plus de sûreté, et que la somme de ces portions de liberté qui forme la souveraineté de la nation est en même temps le fondement du droit de punir. Telle est également la doctrine de Filangieri.

Il faut, au surplus, le reconnaître : l'école philosophique du XVIII^e siècle qui suscita Beccaria, Filangieri, et tous les commentateurs qui ont enrichi les écrits de ces deux publicistes, a rendu à la science un éminent service : elle a ébranlé les vieilles lois pénales, elle a dévoilé leurs iniquités, elle a publié leurs barbaries ; elle a à la fois fait prédominer deux règles fondamentales : la modération dans les peines, et le droit de la défense égal au droit de l'accusation, c'est-à-dire, d'une part, la juste proportion du délit et de la peine, et de l'autre, les garanties légales de la procédure ; mais, plus puissante néanmoins pour détruire que pour fonder, elle n'a laissé après elle aucun système complet qui puisse servir de base à la législation.

Vers la fin du XVIII^e siècle, trois publicistes, célèbres à différents titres, Kant, Feuerbach et Bentham, ont presque à la fois proposé trois théories qui reposent, non sur des principes nouveaux, mais sur une combinaison nouvelle et une vue plus nette des prin-

cipes qui avaient déjà été soulevés ou appliqués par la philosophie ou par la législation. Nous passons immédiatement à l'exposition de ces théories qui ont donné une vive impulsion à la science, sans nous arrêter à quelques travaux, d'ailleurs estimables, qui les ont précédées, mais qui, comme, par exemple, les *Tentamina jurisprudentie rationalis* de Goodricke, n'ont fait que reproduire les éléments de la question tels qu'ils étaient connus à cette époque.

Kant ne s'est occupé du droit de punir que pour lui donner une base : cette base est le principe de la justice absolue. La peine est intrinsèquement légitime parce qu'elle est juste, parce que l'auteur du délit l'a méritée. « La peine juridique (*pœna forensis*), qui diffère de la peine naturelle (*pœna naturalis*), en ce que le vice est à lui-même son propre châtement, ne peut jamais être décernée comme un simple moyen de procurer un autre bien, même au profit du coupable ou de la société dont il fait partie ; mais elle doit toujours être décernée contre le coupable *par la seule raison qu'il a délinqué*. Car jamais un homme ne peut être pris pour instrument des desseins d'un autre homme, ni être compté au nombre des choses objet du droit réel. Le malfaiteur doit être jugé punissable avant qu'on ait pensé à retirer de sa peine quelque utilité pour lui ou pour ses concitoyens. » Dans ce système, dont la source se trouve dans le *Gorgias* et qui se relie, sous quelques rapports, à Grotius et à Selden, les châtements ne sont que des moyens et des

manifestations de l'expiation morale : c'est la stricte application aux choses de la justice humaine des règles de la justice absolue. Toutefois Kant, tout en maintenant ce principe comme une abstraction immuable, en subordonne le développement matériel aux choses positives ; il tempère les commandements de la justice absolue par l'élément qu'il déduit des institutions et des mœurs, et qu'il appelle la justice *contingente*. Mais le principe lui suffit : c'est le mal en lui-même qu'il frappe ; il ne cherche, ni à en réparer, ni à en prévenir le retour ; il punit pour punir. Dans son système, quelle est la mesure de la peine ? C'est uniquement la gravité intrinsèque du délit. Il faut l'écouter encore : « Quelle espèce et quel degré du châtement la justice publique doit-elle se poser pour principe ? Pas d'autre que le principe de l'égalité apprécié à la balance de la justice, sans pencher plus d'un côté que de l'autre. Par conséquent, le mal non mérité que tu fais à un autre, tu te le fais à toi-même. Si tu le déshonores, tu te déshonores toi-même. Si tu le voles, tu te voles toi-même. Si tu le frappes, si tu le fais mourir, tu te frappes, tu te fais mourir toi-même. Il n'y a que la peine du talion qui puisse donner déterminément la qualité et la quantité de la peine. Tous les autres droits sont chancelants et ne peuvent, à cause des autres considérations qui s'y mêlent, s'accorder avec la sentence d'une justice pure et stricte. » Le talion est sans doute pris par Kant, non comme un type vrai de la pénalité, mais

comme un symbole ; cette indication pose néanmoins en relief son idée principale ; ce qu'il cherche dans le châtement, ce n'est ni l'amendement du coupable, ni l'exemple, ni la réparation, c'est uniquement l'expiation du mal par le mal. Cette théorie, dont nous signalerons plus loin les côtés défectueux, a provoqué dans la science du droit une sorte de révolution : elle a imprimé aux études une direction nouvelle et a créé une école de criminalistes qui a le droit de revendiquer, à un certain degré, M. Rossi lui-même.

Si Kant a exercé une puissance influente sur la philosophie du droit, Feuerbach a régné avec une égale autorité sur la législation positive de l'Allemagne. La base de sa théorie est le principe d'une prévention générale résultant de la contrainte psychologique produite par la menace de la peine. Le but de la société civile est de faire vivre les citoyens sous le règne du droit. La mission de l'État est donc d'empêcher toute lésion de droit. Comment doit-il remplir cette mission ? En plaçant à côté de chaque lésion possible la menace d'un mal supérieur à l'avantage que l'agent peut en retirer : le mal, dont l'État écrit la menace dans la loi et qui doit être subi, en vertu de cette loi, constitue la peine légale. Le principe général qui justifie l'existence de cette peine est la nécessité de conserver la liberté réciproque de tous, par la suppression du penchant qui pousse l'homme à commettre des lésions de droit. « Le propre de ma théorie du droit de punir, a dit Feuer-