

bach, consiste en ce qu'elle pose la peine, non pas comme un moyen de sécurité contre un criminel donné *in concreto*, mais comme un moyen préventif agissant contre tous les criminels possibles et résultant, soit de la menace, soit de l'exécution de la peine. L'État, précisément parce qu'il est l'État et que son activité a pour objet la garantie des droits de tous, a le droit et le devoir de prononcer à l'aide de la loi la menace d'un mal sensible contre les actes illicites et de rendre par là psychologiquement impossible le désir d'actes semblables. » Le but de la menace de la peine est de détourner des crimes futurs par l'effroi du châtement. La contrainte morale qui résulte de cette intimidation est légitime, car elle a lieu, non pour la destruction, mais pour le maintien de la liberté de tous. Elle écarte les obstacles que les lésions de droit apportent à cette liberté, en contenant les désirs susceptibles de porter les individus à les commettre. Par elle, l'homme est arrêté au moment où il s'apprête à faire invasion dans la sphère d'action d'autrui ; elle est donc conservatrice du droit et du juste. Elle ne doit pas d'ailleurs excéder ce qui est nécessaire pour assurer l'exercice de la liberté, car la légitimité de la menace légale est subordonnée à son utilité : l'État n'a droit de punir (en d'autres termes, d'édicter et d'exécuter la menace de la peine) qu'autant que l'usage de ce droit a pour but de conserver le régime juridique, la liberté réciproque de chacun. Tels sont les termes où se résume

le système qui, depuis le commencement de ce siècle, et maintenant encore, régit presque exclusivement les législations de l'Allemagne.

Le système de Bentham a plus d'un rapport avec celui de Feuerbach. Son originalité consiste peut-être moins dans le fond de ses idées que dans la forme qu'il leur a donnée. Il énonce en ces termes le principe qui lui sert de point de départ : « Par rapport à l'origine du droit de punir, il n'y a rien de particulier à en dire : elle est la même que celle de tous les autres droits du gouvernement. Ce qui justifie la peine, c'est son utilité majeure ou pour mieux dire sa nécessité. Les délinquants sont des ennemis publics : où est le besoin que des ennemis consentent à être désarmés et contenus ? Ainsi, le droit de punir est légitime par cela seul que la répression des crimes est utile à la société ; les peines sont bonnes parce qu'elles sont utiles. » N'est-ce pas avec quelque raison que l'on a inféré de là qu'aux yeux de Bentham, toutes les règles du droit sont dominées par ce principe unique, l'utilité ; que, dès qu'une mesure est reconnue utile, elle doit être considérée comme juste ; qu'il n'y a pas lieu de discuter sa moralité, mais uniquement l'intérêt de la société à son application ? Peut-être toutefois, pour le réfuter plus aisément, a-t-on un peu forcé les conséquences de ce système : Bentham, et c'est en ce sens du moins que ses disciples ont expliqué sa doctrine, n'aurait eu en vue qu'une utilité bien entendue, c'est-à-dire fondée sur

la justice, car l'idée de l'utile ne peut être raisonnablement séparée de l'idée du juste. C'est ainsi que Livingston, dans le Préambule du Code pénal de la Louisiane, dit que « l'utilité générale est si intimement liée avec la justice qu'en jurisprudence criminelle, elles sont inséparables. » Le tort de Bentham a été de poser un principe général sans régler ni les conditions ni les limites de son application. On a pu en conclure, et c'est là ce qui l'accuse, que toutes les peines portées par le pouvoir social sont légitimes par cela seul qu'elles servent ce pouvoir, en d'autres termes, suivant la doctrine de Hobbes, que la force n'a pas besoin de s'appuyer sur le droit. Sa doctrine conduit en même temps à l'exagération des peines ; car, appliquant le même principe à la société et aux individus, elle suppose que ceux-ci n'ont qu'un but, la recherche de leur bien-être, c'est-à-dire leur intérêt personnel ; de là cette règle que nous venons de trouver sous une autre forme dans Feuerbach, que « le mal de la peine doit surpasser le profit du délit. » Le profit est la force qui pousse l'homme à commettre le délit ; la peine est la force employée pour l'en détourner. Plus la peine est élevée, plus la force qu'elle contient est agissante. N'est-ce pas là retomber dans le système de l'intimidation ? Ce reproche, au surplus, peut s'appliquer à la théorie de Feuerbach aussi bien qu'à celle de Bentham.

Ces différentes théories, loin de clore le champ scientifique, n'ont fait qu'en reculer les limites et en

activer les travaux. De nouveaux criminalistes ont surgi, les uns pour embrasser l'un ou l'autre de ces systèmes et s'en faire les défenseurs, les autres pour les débattre et en dévoiler les défauts, les autres enfin, pour proposer des amendements, des modifications, quelques vues nouvelles.

La théorie de Kant, appelée théorie absolue, parce qu'elle a pour base unique la loi morale, a compté de nombreux sectateurs. Quelques-uns ont tenté de suppléer à la partie faible de cette théorie, en fixant l'idée de la valeur des actions. On a essayé, d'abord, de poser une limite à l'incrimination vague et générale des faits immoraux qu'elle semble établir. Les études de Haensel, de Fries, de Richter ont tendu à placer à côté de la loi morale, qui semble exiger la punition de tout acte illicite, le principe que l'État, comme protecteur des droits de ses membres, n'est autorisé à porter des peines que lorsque le droit de l'un d'entre eux a été violé. L'action, d'après ces publicistes, ne serait punissable que lorsqu'à son immoralité intrinsèque elle réunirait la condition d'un droit protégé par la société. Là se trouve le germe de la théorie que M. Rossi a développée ; mais ce n'était là qu'une limite du droit d'incrimination, ce n'était pas une mesure de la punition. Zachariæ proposa un système qui peut se résumer en ces termes : Tout délit est une atteinte à la liberté des autres ; d'après le principe de la justice, le criminel doit être gêné dans sa liberté exactement autant qu'il a gêné

celle des autres ; toute peine est donc un emprisonnement dont la durée se mesure, soit à la durée de l'effet du délit, soit à la valeur du dommage qu'il a causé : cette valeur doit être convertie en autant de jours d'emprisonnement qu'il faut de journées de travail pour la produire. Henké, se plaçant à un autre point de vue, considère l'agent comme suffisamment puni et suivant la valeur de son action, lorsque son amendement moral est constaté. Partant de cette idée que la société doit réaliser l'idée de la justice gravée dans le cœur de l'homme et que de cette nécessité morale découle le droit de punir, il arrive à établir que celui qui commet une action immorale se dégrade comme homme et comme citoyen ; que tant que cette action n'est pas expiée, il doit être considéré comme malade ; que la société dans le sein de laquelle il se trouve souffre de la même dégradation et est atteinte de la même maladie ; que, pour guérir, elle a le droit d'exiger du coupable son amendement moral ; que cet amendement est donc le but et la mesure de la punition. Enfin, Hegel a essayé de résoudre le même problème. Son système assez obscur a été récemment résumé par M. Berner dans les termes suivants : « Le crime, la violation du droit comme droit est en soi néant. Il est manifesté dans ce néant intime par la peine. Le crime est néant en ce qu'il prétend détruire le droit indestructible. Le néant est manifesté comme ce qu'il est, c'est-à-dire il est anéanti. La peine est donc la négation de la négation, par conséquent

l'affirmation du droit. De même que dans le système de Kant, la peine apparaît comme compensation et non comme simple talion : la compensation de Kant s'éloigne déjà du talion, du droit mosaïque ; Hegel cherche à effacer jusqu'à la dernière trace de cette formule, en faisant entrer dans l'idée de la compensation celle de la valeur. Ainsi, de même que, dans l'histoire du Droit, la substitution de la vente à l'échange est un fait général, de même et par l'application de la même idée, l'agent doit recevoir la peine que *vaut* son crime. La peine est une juste compensation, lorsqu'elle paye au coupable la valeur de sa faute. Le mot même de *vergeltung* (compensation) renferme l'idée de l'argent (*geld*), de la valeur. La peine est donc le salaire de la faute, ce qu'elle a mérité.»

Telle a été la marche des théories absolues. Mais, à côté de ces théories, qui soumettent la justice pénale à l'empire du principe moral, les théories qui, comme celle de Feuerbach, ont été appelées relatives, n'ont cessé de vivre et de se développer. On les appelle relatives parce qu'elles fondent le droit de punir et la mesure de la peine sur autre chose que la criminalité intrinsèque de l'action et la mission expiatoire de la peine. Elles cherchent ce droit et cette mesure en dehors de l'action elle-même et dans un fait futur qui, tel que l'intimidation, l'exemple, la menace, l'amendement même, a plutôt pour effet de préserver la société de nouvelles atteintes que de punir l'atteinte passée à raison de sa valeur intrin-

sèque. Martin prend pour base du droit pénal le droit de la légitime défense, en le transportant des mains de l'individu aux mains de la société, et donne par là même au pouvoir social la mission, non pas de punir le mal accompli, mais de prévenir par le châtement le mal futur. Grollmann assigne à la peine le but unique de mettre la société en sûreté contre les nouveaux délits que l'agent pourrait commettre : suivant ce criminaliste, rival et contradicteur de Feuerbach, si l'on met les voleurs en prison, ce n'est pas parce qu'ils ont volé, mais parce qu'ils ont manifesté, par leur larcin, un penchant pour le vol et que, dès lors, l'État a le droit de les détourner de vols futurs par la crainte de l'emprisonnement, assurant ainsi, du même coup, la sécurité des citoyens : la peine est la conséquence légale, non du méfait commis, mais du penchant manifesté. Klein, dans le système qu'il a développé, ne se propose, par l'infliction de la peine, que d'effrayer les autres citoyens et de prévenir ainsi, de leur part, la perpétration des délits vers lesquels l'impunité du coupable pourrait les porter. Enfin Romagnosi, Renazzi, Carmignani, en faisant dériver le droit de punir d'un droit de défense indirecte ou préventive, qui appartient au corps social, soit parce qu'il ressent lui-même les offenses faites à ses membres, soit parce qu'il a la mission de les protéger, cherchent également dans le châtement un moyen de sécurité pour l'avenir, un moyen de prévention. Toutes ces théories, dont nous ne pou-

vons dire que quelques mots et qui révèlent de profondes et consciencieuses études, se rattachent par des liens plus ou moins étroits aux principes posés par Feuerbach et Bentham, et sont, les unes aux autres, si l'on peut parler ainsi, comme les membres d'une même famille.

Ainsi se trouvent réunies en deux grandes catégories les théories du droit pénal : celles qui sont absolues et celles qui sont relatives : celles qui, prenant leur fondement dans la loi morale, considèrent la loi positive comme une émanation et une application partielle de cette loi divine ; celles qui, renfermant la mission de la loi positive dans un cercle exclusivement humain, ne lui assignent pour fondement et pour but que la conservation des intérêts sociaux et la prévention des délits. Ainsi, les deux principes que nous avons vus traverser les siècles, l'un en dehors des lois, dans les premiers instincts des peuples et dans les préceptes de la religion et de l'équité ; l'autre, dans toutes les législations qu'il a constamment inspirées et qu'il n'a jamais quittées, se retrouvent, au commencement de ce siècle, en présence l'un de l'autre dans les débats de la philosophie et du droit.

Peut-être, à la vue de ces systèmes qui se succèdent, à la pensée des querelles qui les ont divisés et dont nous n'avons pas dû parler, aura-t-on été frappé à la fois et de l'aspiration continuelle de l'esprit humain vers la solution des grands problèmes du droit, et de son impuissance à les résoudre. On a prétendu que

chaque système nouveau doit être considéré comme un progrès vis-à-vis de ses devanciers, parce qu'il a la tâche d'en démontrer les vices, de sorte que la succession historique des théories pénales serait le développement le plus naturel et le plus utile de la matière. Cela peut être vrai, pourvu que de temps en temps un esprit vigoureux déblaye le sol scientifique de tous les travaux qui l'encombrent en même temps qu'ils le fécondent, et démêle, au milieu de tant d'élucubrations savantes mais quelquefois oiseuses, la trace des idées vraies, le germe des principes utiles. C'est là ce qu'a fait M. Rossi, et maintenant que nous avons entrevu les matériaux qui ont pu lui servir, nous allons pouvoir apprécier la portée et le mérite de son œuvre.

## IV

Ce n'est que dans ces derniers temps que la France a commencé de prendre part à cette grande querelle du droit positif et de la philosophie. Nos criminalistes du XVIII<sup>e</sup> siècle, Antoine Bruneau, Rousseaud de Lacombe, Muyard de Vouglans, Soulatges, Prévot, Serpillon, Jousse n'étaient que des praticiens, comme l'ont été au XIX<sup>e</sup> Legraverend, Carnot, Bourguignon et Mangin. Si quelques publicistes avaient entrevu le problème, ils n'en avaient pas même cherché la solution : tels ont été Montesquieu, Morellet, Brissot de Warville, Pastoret, Philpin de Piépape, Bexon et Servan.

L'esprit philosophique se réveilla sous la Restauration : M. Cousin, M. Guizot, M. Charles Lucas et M. de Broglie ont, à cette époque, avant M. Rossi, posé la question sur son véritable terrain et l'on résolument examinée.

M. Cousin est le premier, parmi les publicistes de notre temps, dont les études se soient portées sur le principe du droit pénal. L'illustre traducteur de Platon fut naturellement amené sur ce sujet par ses méditations sur le *Protagoras* et sur le *Gorgias*. Voici comment il s'exprime dans l'argument philosophique de ce dernier dialogue : « La première loi de l'ordre est d'être fidèle à la vertu, à cette partie de la vertu qui se rapporte à la société, savoir la justice. Mais si l'on y manque, la seconde loi de l'ordre est d'expier sa faute, et on ne l'expie que par la punition. Les publicistes cherchent encore le fondement de la pénalité. Ceux-ci, qui se croient de grands politiques, le trouvent dans l'utilité de la peine pour ceux qui en sont les témoins, et qu'elle détourne du crime par la terreur de sa menace et sa vertu préventive. Et c'est bien là, il est vrai, un des effets de la pénalité ; mais ce n'est pas là son fondement ; car la peine, en frappant l'innocent, produirait autant et plus de terreur encore et serait tout aussi préventive. Ceux-là, dans leurs prétentions à l'humanité, ne veulent voir la légitimité de la peine que dans son utilité pour celui qui la subit, dans sa vertu corrective ; et c'est encore là, il est vrai, un des effets possibles de la peine ;