

du darwinisme appliqué au droit pénal ; ce serait la législation criminelle la plus barbare, la plus arbitraire qu'on puisse rêver. Sauf quelques observations judicieuses, qui ne sont pas nouvelles, sur la prescription, l'amnistie et le droit de grâce, toutes les autres réformes proposées par l'école italienne d'anthropologie criminelle me paraissent condamnées par la raison et l'expérience judiciaire. Cette école prétend, il est vrai, que la législation qu'elle propose protégerait mieux la société que la législation actuelle, qu'elle rendrait la répression plus sévère en supprimant les circonstances atténuantes et l'appréciation de la responsabilité morale. En réalité, le jour où le crime serait considéré comme une fatalité physiologique, comme un fait d'atavisme, de folie morale ou d'épilepsie, il deviendrait impossible de le punir ; le manicomme remplacerait la prison.

CHAPITRE XIX

L'UTILITARISME ET LA PEINE

Les diverses théories déterministes que je viens d'examiner, en écartant l'idée de responsabilité morale, écartent par cela même l'idée de justice et cherchent uniquement dans l'utilité sociale le fondement de la pénalité. Cette doctrine de l'utilité n'est pas nouvelle ; elle a été, dans l'antiquité, formulée par Épicure, et soutenue, dans les temps modernes, plus particulièrement en Angleterre, par J. Bentham et J.-Stuart Mill, esprits puissants, ingénieux, chez qui la rectitude du jugement n'est malheureusement pas égale à la souplesse de la pensée.

Je n'ai pas à apprécier Bentham comme moraliste ; la critique de ses théories philosophiques a été faite et si bien faite que je ne puis songer à la recommencer. En morale, la doctrine de Bentham révolte si fort la conscience que je m'explique la juste sévérité de Jouffroy et de Macaulay, qui l'ont appréciée. Mais en législation, quelque incomplète qu'elle soit, elle est loin de présenter les mêmes dangers. La théorie de l'utilité générale, qui est fautive en morale, a une grande part de vérité en législation. Le législateur se préoccupe beaucoup et à bon droit de l'utilité des règles qu'il impose. La loi ne doit défendre et punir que des actes nuisibles à la société. La peine édictée par la loi n'est légitime que si elle est nécessaire. Si on peut la remplacer par une sanction civile, par la simple réparation du préjudice, elle n'a plus de raison d'être. Dans certains cas, la considération de l'utilité sociale arrête des poursuites, qui sont commandées par la loi morale. Ainsi, la prescription de l'action publique est évidemment dictée par cette considération. De même, celui qui a tenté de commettre un crime, qui a commencé à l'exécuter, et qui abandonne volontairement son projet, celui-là, au regard de la loi morale, est coupable et mérite une punition ; la loi pénale cependant lui pardonne, afin d'encourager le repentir, dans un intérêt social.

On voit par ces exemples, que je pourrais multiplier, que l'idée d'utilité joue un rôle considérable dans les législations pénales. Faudra-t-il dire alors, avec Mill, que la justice « reste le nom approprié à certaines utilités sociales, qui sont de beaucoup plus importantes, plus absolues, plus impératives que toutes les autres de même espèce » ? Est-il vrai que le législateur n'a pas à s'inspirer d'un droit naturel, mais seulement de l'intérêt de la société, qu'il crée le droit, en l'appuyant sur la peine, que, suivant Bentham, « il distribue parmi les membres de la société les droits et les obligations » ?

Pour les utilitaires, ce qui est juste, c'est ce qui est ordonné par le législateur ; l'injustice est la violation de la légalité. « Avant qu'il y eût de gouvernement dans le monde, dit Hobbes, il n'y avait ni juste ni injuste, parce que la nature des choses est relative au commandement qui les précède. La justice ou l'injustice viennent de celui qui gouverne, de sorte que les rois légitimes rendent une chose juste en la commandant et injuste lorsqu'ils en font défense (1). » C'est la théorie exposée par Glaucon dans la *République* de Platon : « On appelle juste et légitime ce qui fut ordonné par la loi (2). » J.-Stuart Mill fait aussi dériver l'idée de justice de la conformité à la loi. Mais n'est-ce pas plutôt le contraire qui est la vérité ? N'est-ce pas la loi positive qui résulte de la notion antérieure de la justice naturelle ? Lorsque les premiers législateurs ont édicté des lois, il fallait bien qu'ils eussent l'idée que tel acte était injuste et nuisible, qu'il devait être défendu, que tel autre pouvait être permis. Est-il possible de dire que le meurtre, le vol ne sont devenus des actes injustes que parce qu'ils ont été défendus ; qu'ils tirent leur criminalité des prohibitions légales ; qu'avant qu'ils fussent défendus par la loi positive, il n'était pas injuste de tuer, de voler ? Le législateur ne crée pas le juste et l'injuste, il ne fait que le proclamer, le sanctionner. Ce n'est pas parce que la loi positive punit le vol, le meurtre, que le vol et le meurtre sont des crimes, mais ces crimes sont punis parce qu'ils blessent les droits de la société et des citoyens. « S'il n'y avait à Rome, sous le règne de Tarquin, aucune loi écrite contre l'adultère, s'ensuit-il que Sextus Tarquin n'ait point fait violence à Lucrece, fille de Trecipitinus, au mépris de l'éternelle loi ? Non, il existait déjà une

(1) *De Cive*, ch. XII, § 1.

(2) L. II.

raison, émanée de la nature des choses, qui pousse au bien, qui détourne du crime ; celle-là ne commence point à être loi du jour seulement qu'elle est écrite, mais du jour qu'elle est née ; or elle est contemporaine de l'intelligence divine. Aussi la loi véritable et primitive, ayant caractère pour ordonner et pour défendre, est la droite raison du Jupiter suprême (1). » Cette idée qu'au-dessus des commandements du législateur, il y a une justice supérieure qui émane de Dieu et dont la justice sociale doit s'inspirer, avait été aussi exprimée, on le sait, par Socrate et par Sophocle. « Connaissez-vous, Hippias, dit Socrate, des lois non écrites ? — Sans doute, celles qui règnent dans tous les pays. — Direz-vous que ce sont les hommes qui les ont portées ? — Et comment le dirai-je, puisqu'ils n'ont pu se rassembler tous dans un même lieu, et que d'ailleurs ils ne parlent pas la même langue ? — Qui croyez-vous donc qui ait porté ces lois ? — Ce sont les Dieux qui les ont prescrites aux hommes. » (Xénophon, *Mémoires de Socrate*, I. IV, ch. IV.) « Ces lois non écrites, mais impérissables, émanées des Dieux, sont éternelles. » (Sophocle, *Antigone*.)

Une action défendue par le législateur n'est pas injuste parce qu'elle est défendue, mais elle est défendue parce qu'elle est injuste et nuisible à la société. « Si les volontés des peuples, les décrets des chefs de l'État, les sentences des juges fondaient le droit, le vol serait de droit, l'adultère, les faux testaments seraient de droit, dès qu'on aurait l'appui des suffrages ou des votes de la multitude (2). » Est-ce que cela est possible ? Donc, il n'est pas vrai que c'est la loi qui crée le juste et l'injuste, puisque, avant les prohibitions de la loi positive, il était injuste de voler, de commettre l'adultère et de fabriquer de faux testaments. « Comme tous les hommes en conviennent par une sorte d'inspiration divine, il est des choses qui seraient naturellement justes, quand même les hommes ne se seraient pas réunis en sociétés (3). » Sans doute, les lois pénales fortifient le sentiment de la justice, et développent le sentiment de réprobation qui s'élève dans la conscience contre les actes injustes. Mais en punissant les actes qui portent atteinte à la vie, à la propriété, à l'honneur des citoyens, elles ne font que défendre des actes

(1) Cicéron, *les Lois*, I. II, § 4.

(2) *Id.*, *ibid.*, I. I, § 16.

(3) Aristote, *la Rhétorique*, I. I, ch. XIII

déjà prohibés par la loi naturelle. « Dire qu'il n'y a rien de juste ni d'injuste que ce qu'ordonnent ou défendent les lois positives, c'est dire qu'avant qu'on eût tracé de cercle, tous les rayons n'étaient pas égaux (1). »

Pour les crimes et les délits les plus graves, il est bien évident que la loi ne punit pas seulement des actes nuisibles à la société, mais des actes contraires à la loi morale. Mais, objectent les utilitaires, il y a un grand nombre de faits qui sont punis, bien qu'ils n'aient pas été commis dans une intention criminelle, notamment l'homicide et les blessures involontaires, la mendicité, le vagabondage, les infractions aux lois sur l'exercice de la médecine et de la pharmacie, les contraventions de simple police, les contraventions aux lois fiscales, etc. En quoi, par exemple, l'auteur d'un homicide involontaire a-t-il violé la loi morale ? N'est-il pas puni uniquement, dans un intérêt social, à raison du préjudice qu'il a causé ? Dans un chapitre précédent, j'ai déjà montré qu'il n'est pas puni uniquement à cause du dommage qu'il a causé, mais à cause de la *faute* qu'il a commise. L'imprudence qui entraîne la mort d'un homme constitue une *faute* qui mérite d'être punie. « La raison en est que la société exige que nous nous conduisions avec tant de circonspection que notre commerce n'ait rien de dangereux pour les autres hommes (2). » Il ne faut pas confondre, qu'on le remarque bien, l'homicide involontaire avec l'homicide accidentel, casuel ; ce dernier n'est pas puni parce qu'il n'est accompagné d'aucune faute. La loi romaine faisait cette distinction : « Celui qui occasionne quelque perte par accident sans qu'il y ait faute ou dol de sa part est impuni (3). » Au contraire « est réputé avoir tué injustement celui par le dol ou la faute duquel le fait est arrivé (4) ». L'exposé des motifs de l'article 319 du code pénal dit de même : « Si l'homicide a été commis involontairement par l'effet de circonstances malheureuses ou fortuites, par une de ces causes impossibles à prévoir, qui ne tiennent à aucune négligence ou imprudence de la part de son auteur, cet homicide casuel est un accident et non un attentat ; il est aussi étranger à la volonté qu'à la possibilité de la prévoyance ; il ne présente ni crime ni délit. »

(1) Montesquieu, *l'Esprit des Lois*.

(2) Burlamaqui, p. 85.

(3) Gaius, III, § 211.

(4) Id.

Les utilitaires insistent et objectent « qu'on punit souvent et avec raison un homme qui a fait un acte nuisible, mauvais, illégal, ignorant qu'il fit mal ou croyant même bien faire. Les lois arbitraires, comme par exemple les lois sur les douanes, les règlements des administrations locales sont appliqués tous les jours contre des personnes qui ne les ont pas connus et qui par conséquent n'ont pas cru mal faire (1) ». Il est vrai qu'en matière de contravention, le contrevenant peut être puni uniquement à raison de la matérialité du fait ; la loi n'exige pas dans ces cas une intention dolosive, mais *elle présume la faute* et suppose que l'agent l'a volontairement commise. Si cette volonté présumée n'existait pas, si elle était exclue par la force majeure, la simple contravention de simple police elle-même cesserait d'être punissable. Il en serait de même si le délinquant, par suite d'un état de démence, n'était pas responsable. Ainsi, même en matière de contravention, dans les infractions aux lois sur les douanes et les contributions indirectes, l'élément moral n'est pas absent. Dès l'instant que pour protéger l'industrie nationale, ou pour se procurer des ressources nécessaires au fonctionnement des services publics, le législateur a mis des droits sur les marchandises étrangères introduites en France, le devoir des citoyens est de se conformer à ces prescriptions. Celui qui les enfreint méconnaît un devoir social. La société augmente le nombre des devoirs de l'homme ; ne pouvant vivre qu'en société, l'homme est tenu à des obligations particulières à l'égard du corps social. Les contraventions aux lois fiscales sont, à bon droit, frappées d'une peine, parce qu'elles contiennent la violation d'un devoir social.

Seulement, le législateur devra veiller à ce que la peine ne soit pas hors de proportion avec la faute commise. Souvent cette proportion n'a pas été observée. Ainsi une loi, en date du 3 mars 1822, allait jusqu'à punir de mort la violation de règlements sanitaires. Assurément, la faute commise exigeait une répression, mais ne justifiait pas l'application de la peine de mort qui d'ailleurs aurait pu être suppléée plus utilement par des mesures de police. Si en matière fiscale, notamment, on a trop souvent constaté une rigueur barbare dans la législation, c'est parce que le législateur, oubliant la justice, ne se préoccupait que de la raison d'État, de l'utilité sociale qu'il comprenait mal. Du temps

(1) Wiart, *Du Principe de la morale*.

d'Elisabeth d'Angleterre, l'exportation d'une brebis était punie par l'amputation de la main gauche. En France, l'ordonnance des gabelles du mois de mai 1680, titre XVII, art. 3, condamnait, en certain cas, les faux sauniers à la peine de mort. La même peine était portée contre ceux qui étaient convaincus d'avoir porté du tabac, des toiles peintes et autres marchandises prohibées en contrebande par attroupement au nombre de cinq au moins avec port d'armes (1). On sait aussi qu'en matière de chasse l'article 14 de l'ordonnance de 1601 autorisait le juge à prononcer la peine de mort pour la quatrième récidive. Ces peines étaient barbares et injustes. Est-il bien sûr que nos lois, en matière de douanes, n'aient pas conservé aujourd'hui encore des vestiges de cette sévérité draconienne ? Le 12 juillet 1888 la 4^e chambre de la cour d'Aix, dont je faisais partie, a été obligée de condamner à quatre jours d'emprisonnement et 100 francs d'amende, minimum de la peine, un cultivateur de Menton qui avait introduit sur une barque, d'Italie en France, neuf paquets d'asperges et quelques paniers de pommes ! En matière de vol, d'escroquerie, d'abus de confiance, le juge peut abaisser la peine jusqu'à une amende de simple police, et pour l'importation de quelques asperges, il ne peut user du même droit, il est obligé de prononcer l'emprisonnement ! Il serait à désirer qu'en semblable matière la loi permit l'application des circonstances atténuantes, comme elle vient de l'autoriser en matière de contributions indirectes (2).

Ce n'est pas seulement dans l'ancien droit que la préoccupation exclusive de l'utilité sociale a conduit le législateur à exagérer la répression. Les rédacteurs du code pénal de 1810, sous l'influence des idées de Bentham, voulant, dans une pensée d'utilité, exagérer l'intimidation, avaient édicté des peines barbares, le carcan, la marque, la mort civile, la confiscation des biens du condamné ; ils n'avaient pas permis l'admission des circonstances atténuantes en matière de crime. C'est en 1832 que, sous l'inspiration de pensées plus humaines, le législateur a fait disparaître les pénalités excessives et étendu aux crimes le principe des circonstances atténuantes.

Le maintien des peines infamantes a été encore décidé par des considérations d'utilité mal entendue. Regardant la peine

(1) Déclaration du 2 août 1729.

(2) Loi du budget de 1888.

comme un remède pharmaceutique (idée qui sera plus tard reprise par J.-Stuart Mill), Bentham estime que « l'infamie est un des ingrédients les plus salutaires de la pharmacie pénale ». Mais n'est-il pas contradictoire de vouloir amender les criminels et de les déclarer infâmes à perpétuité ? Est-il utile de rendre leur retour au bien plus difficile et de pousser les condamnés à la récidive ? Ne serait-il pas plus sage de supprimer la dégradation civique, comme conséquence de toute condamnation à une peine criminelle, et de laisser aux juges la faculté de prononcer, suivant les cas, l'interdiction de certains droits énumérés dans l'article 34 du code pénal (1) ?

La préoccupation excessive de l'utilité conduit encore Bentham à rechercher l'analogie de la peine avec le crime. C'est ainsi qu'il propose que le coupable de coups et blessures soit à son tour battu, que « dans le cas de faux actes, de faux écrits, la main du coupable soit transpercée par un instrument de fer en forme de plume », que le calomniateur ait la langue percée. Que de langues il faudrait percer, surtout en temps d'élections, s'il fallait percer la langue des calomniateurs ! Il demande aussi que sur le front ou la joue du faux monnayeur on applique un stigmaté représentant la pièce de monnaie contrefaite. La castration lui paraît la peine la plus convenable pour le viol. Lorsque le crime aura été commis sous un déguisement, il faudra donner au délinquant l'empreinte de ce déguisement par un tatouage.

L'idée de punir le coupable par où il a péché avait été appliquée dans les anciennes législations. Chez les anciens Hindous, et chez les anciens Égyptiens, le roi faisait mutiler ceux qui séduisaient les femmes des autres (2). Les anciens Égyptiens arrachaient la langue à l'espion qui avait dévoilé les secrets de l'État, coupaient les mains aux faussaires, aux faux monnayeurs. Charlemagne punissait le faux monnayeur de la perte de la main droite. Le blasphémateur avait la langue percée à la quatrième récidive, d'après une ordonnance de Charles VII, et à la septième récidive, d'après une déclaration de Louis XIV du 30 juillet 1666. Cette recherche de l'analogie de la peine avec le délit, qui est séduisante au premier abord, puisqu'elle a été recommandée par Aristote (3), Montesquieu et Beccaria, est une fausse

(1) Le nouveau code pénal des Pays-Bas a aboli les peines infamantes.

(2) *Lois de Manou*, VIII, 352 ; Diodore, I, I, § 78.

(3) *Morale à Nicomaque*, X, 9.

conception de la pénalité ; elle conduirait à une variété infinie de supplices. La raison tend à la simplification des peines. De plus, en voulant exagérer la rigueur des peines, dans l'intérêt social, on s'exposerait à agir contre cet intérêt. Les supplices trop rigoureux finissent par endurcir les cœurs ; ils perdent une partie de leur efficacité, s'ils ne sont pas acceptés par la conscience publique et par la conscience des délinquants.

Si on veut bien se rendre compte des erreurs déplorables où le législateur peut tomber quand il ne s'inspire que de l'utilité sociale, il faut encore jeter un coup d'œil sur l'ancien droit, les lois révolutionnaires et le code pénal de 1810. Que d'innocents déclarés coupables, parce qu'on les croyait nuisibles à la société ! Que de lois révoltantes ont foulé aux pieds la justice et le bon sens ! « Quand il s'agit du crime de lèse-majesté au premier chef, les enfants du coupable, quoique innocents, ne laissent pas d'être punis, afin d'imprimer une plus grande horreur de ce crime, et que les pères soient encore plus détournés par là de l'envie de le commettre (1). » La seule expression d'une pensée criminelle non suivie d'exécution avait suffi pour faire pendre un enfant de douze ans, qui avait dit en jouant qu'il pourrait recommencer un jour le crime de Jacques Clément. Il n'était pas nécessaire que les preuves du crime de lèse-majesté fussent aussi complètes que pour les autres crimes ! Enfin, dans ce cas, la folie n'excusait pas le crime !

C'est au nom du salut de l'État que le décret des 10-12 mars 1803 autorisait le tribunal criminel extraordinaire « de prononcer la peine de la déportation contre les auteurs de crimes et délits contre la sûreté de l'État, ou tendant à rétablir la royauté, qui ne sont pas prévus par le code pénal, ou contre ceux dont la résidence sur le territoire français serait un sujet de trouble et d'agitation ! » C'était aussi pour sauver la patrie que la monstrueuse loi du 22 prairial an II punissait de mort ceux qui avaient favorisé la retraite et l'impunité des conspirateurs et de l'aristocratie, ceux qui avaient cherché à égarer l'opinion, etc. !... Sous l'empire de la préoccupation exclusive de l'intérêt social, le code pénal de 1810 avait maintenu le crime de non-révélation de complot, en se contentant d'adoucir la peine (2). Dans l'ancienne législation française, le fils qui avait connaissance

(1) Jousse, t. III, p. 687.

(2) Articles 103 à 107.

d'un complot tramé par son père était tenu de le dénoncer, « à peine d'être puni comme complice » (1). C'était la reproduction d'une loi de Justinien. N'était-ce pas monstrueux ? La liste des lois iniques serait longue, si on voulait énumérer toutes celles qui ont été édictées au nom du salut public ; car, ainsi que l'a déjà fait observer Grotius, les politiques, en général, sont peu soucieux de la justice et se croient très habiles quand ils violent le droit dans l'intérêt de l'État : « peu leur importe le juste et l'honnête ; ils ne considèrent que l'utilité et n'ont autre chose dans la bouche. » Ils sont très portés à dire comme Caïphe : « Il faut qu'un individu périsse pour le peuple et que la nation soit sauvée ! » L'individu est sacrifié, on fait même périr des catégories de *suspects* ; mais la nation, loin d'être sauvée par ces lois de salut public, voit son honneur et ses intérêts compromis. En recherchant uniquement l'utilité générale, le législateur s'expose à la manquer, tandis que souvent, au contraire, en ne poursuivant que la justice, il trouve par surcroît l'utilité. Il faut que l'utilité sociale soit réglée par la loi morale, pour que la loi ne devienne pas un instrument d'oppression, et n'érige pas en crimes des faits innocents, qui seront par erreur considérés comme nuisibles.

Mais, objectent les utilitaires, « si la justice est complètement indépendante de l'utilité et peut être *per se* un principe régulateur, que l'esprit admet à la suite d'un simple examen intérieur, il est difficile de comprendre pourquoi cet oracle intérieur est si ambigu et pourquoi tant de choses paraissent successivement justes ou injustes, suivant le jour d'où l'on se place pour les regarder » (2). Bien avant John-Stuart Mill, Carnéade, Pascal, Montaigne et Voltaire avaient fait en termes plus saisissants le procès de la raison humaine et des lois positives. « S'il y avait une justice naturelle, tous les hommes reconnaîtraient les mêmes lois, et dans un même peuple les lois ne changeraient pas avec les temps... » Or « si je voulais parcourir les lois, les institutions, les mœurs et les coutumes, je ne dis pas des divers pays du monde, mais d'une seule ville et de Rome elle-même, je prouverais qu'elles ont mille fois changé » (3). On

(1) *Institutes*, Muyard de Vouglans, p. 327.

(2) Mill, *l'Utilitarisme*, p. 113.

(3) Cicéron, *De la République*, III, § 11, 10. Voy. aussi Montaigne, I, XI, ch. XII, et les *Pensées* de Pascal.