

connaît les célèbres passages de Montaigne et de Pascal, sur les variations et les contradictions des législations : « Quelle vérité est-ce que ces montagnes bornent, mensonge au nom de ce qui se tient au delà ?... Quelle bonté est-ce que je voyais hier en crédit et demain ne l'être plus et que le trajet d'une rivière fait crime ? » « Plaisante justice, s'écrie à son tour Pascal reproduisant la pensée de Montaigne presque dans les mêmes termes, plaisante justice qu'une rivière ou une montagne borne ! Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au delà ! »

Les passages célèbres de Montaigne et de Pascal sur les contradictions des législations sont plus éloquents que justes. En effet, ce qui varie suivant qu'on est en deçà ou au delà des Pyrénées, ce n'est pas l'appréciation de la législation et de la conscience publique sur les crimes. Des deux côtés des Pyrénées, le meurtre, l'empoisonnement, le vol, l'escroquerie, l'abus de confiance, etc., sont également flétris et réprimés. Les variations législatives ne portent que sur les lois relatives à l'organisation politique et sociale. Les lois politiques, les lois sur la presse, le droit d'association, etc., changent nécessairement suivant la forme du gouvernement, la constitution de la société, le degré d'instruction et de liberté dans chaque pays. Dans cette partie spéciale de toute législation, le nombre des délits diminue à mesure que la liberté politique augmente (1). Les progrès de l'économie politique, les transformations économiques produites par la facilité des communications ont encore amené une grande diminution dans le nombre des délits (2). Les progrès des sciences naturelles ont aussi fait disparaître les délits de sorcellerie et de magie. De plus, même dans la législation civile, les règles qui concernent la constitution de la propriété et de la famille varient et doivent varier suivant l'organisation sociale des nations.

(1) L'ancienne législation prodiguait la peine de mort contre les crimes politiques, les écrits diffamatoires contre le roi étaient punis de mort ! Jousse (t. III, p. 690) rapporte plusieurs arrêts de condamnation à mort contre des écrivains qui avaient composé des libelles diffamatoires contre le roi.

(2) Quand on étudie les anciennes législations, on est profondément étonné des lois vraiment stupides et cruelles que l'ignorance des faits économiques a fait édicter. Ceux qui transportaient des blés, grains et légumes hors du royaume sans permission du roi étaient punis comme criminels de lèse-majesté. (Lettres patentes du 12 mars 1595, et déclaration du 22 décembre 1698 ; Jousse, t. III, p. 694.) Il était défendu aux sujets du roi de faire le commerce de la mer du Sud à peine de mort. (Déclaration du 29 janvier 1716 ; Jousse, t. III, p. 695.) « A l'égard de ceux qui transportent ou font transporter hors du royaume de l'or ou de l'argent, monnaie ou non monnaie, ils doivent être punis de mort. » (Jousse, t. III, p. 694.)

C'est sur cette partie des lois pénales et civiles, qui changent suivant la constitution politique, que portent principalement les variations observées dans les législations. Aristote en avait déjà fait la remarque. Répondant à cette objection tirée contre le droit naturel des grandes variations législatives, il disait très judicieusement : « Cela n'est vrai que jusqu'à un certain point... Il y a des choses qui sont naturellement sujettes aux changements, quoique toutes ne le soient pas ; il y a donc un droit naturel et il y en a un autre qui ne dérive pas de la nature (1). »

Mais les utilitaires n'ont que des railleries pour « la prétendue justice éternelle des métaphysiciens (2) », pour la raison éternelle, le droit naturel. Pour Bentham, la loi naturelle, le droit naturel ne sont que des fictions et des métaphores (3). Il raille Blackstone, Montesquieu et Turgot d'invoquer la loi de la nature. Opposer le droit naturel au droit légal, c'est, selon lui, ébranler la légalité (4) ; considérer les lois positives par leur rapport avec ce prétendu droit naturel, c'est substituer « au raisonnement de l'expérience toutes les chimères de l'imagination ».

Je ne crois pas que les railleries de Bentham exigent une longue réfutation. Sans doute, lorsqu'une loi positive est contraire à la raison et révolte la conscience, on en demande l'abrogation au nom de la raison et du droit naturel, et tôt ou tard la loi inique est emportée par les protestations de la conscience indignée. Faut-il regretter les lois iniques ? Est-ce que leur abrogation n'est pas un immense bienfait pour l'humanité ? Toute œuvre humaine a besoin d'idéal ; pourquoi se plaindre que l'œuvre législative ait aussi un idéal, dont elle s'efforce de se rapprocher ? Quoi qu'en dise Bentham, c'est en consultant cet idéal, en recherchant « ce qui est bien ou mal, *selon la nature des choses* » (5), que le législateur améliore son œuvre. Il y a, en effet, des règles de justice qui découlent de la nature des choses, et Montesquieu n'a pas eu tort de définir les lois les *rappports nécessaires qui résultent de la nature des choses*. « Ce qui est

(1) *Morale à Nicomaque*, V, 7.

(2) Lombroso, *L'Homme criminel*, p. 97.

(3) *Traité de législation*, I, p. 132 et suiv.

(4) Pascal l'avait dit aussi dans le même sens : « L'art de fronder et bouleverser les Etats et d'ébranler les coutumes établies, en sondant jusque dans leur source, pour marquer leur défaut de justice... c'est un jeu sûr pour tout perdre. »

(5) Platon, *les Lois*, I, I.

bien conforme à l'ordre est tel *par la nature des choses* et indépendant des conventions humaines (1). »

Bentham lui-même, après avoir nié le droit naturel, ne le reconnaissait-il pas quand il disait : « Les peines de la sanction morale sont antérieures à la formation des gouvernements. Avant d'avoir fait une association politique, avant de s'être donné des magistrats et des lois, les hommes vivant entre eux en tribus et en familles avaient déjà des notions de bien et de mal et des règles morales de conduite... C'est le fond sur lequel les premiers législateurs ont travaillé, le modèle qu'ils ont suivi (2). » Par une contradiction semblable, Mill paraît admettre aussi que la légalité ne constitue pas toute la justice, puisqu'il reconnaît lui-même que « la loi ne peut être le critérium de la justice, qu'elle peut accorder un bien à une personne et un mal à une autre, bien et mal que condamne la justice » (3). On voit par ces passages de Bentham et de Mill, qui sont en contradiction avec leur théorie, que lorsque l'auteur d'un système philosophique ou juridique qui heurte le sens commun ne surveille pas attentivement l'expression de sa pensée, son esprit faussé par le système tend à se redresser et à rentrer dans la vérité. L'esprit de système, même servi par une puissante intelligence, ne peut parvenir à éviter ces contradictions, qui sont une nouvelle preuve de la force du sens commun dans les matières qui touchent à la conduite de l'homme et des sociétés.

Mais l'esprit de système ne tarde pas à faire oublier à Bentham les données du sens commun et du sens moral, qui ne sont pour lui que des rêveries (4); il propose, lui aussi, de réformer la langue. Les termes *juste, injuste, moral, immoral, bon, mauvais* sont employés par lui comme des termes renfermant des idées de certaines peines et de certains plaisirs... « La vertu n'est un bien qu'à cause des plaisirs qui en dérivent; le vice n'est un mal qu'à cause des peines qui en sont la suite. Le bien moral

(1) J.-J. Rousseau, *le Contrat Social*, l. II, ch. vi.

(2) *Traité des peines*, t. I, p. 301.

(3) *L'Utilitarisme*, p. 89. Il importe aussi de rappeler que, si Montaigne et Pascal ont vivement raillé les imperfections des lois humaines, ils ont non moins énergiquement affirmé l'existence d'un droit naturel. « La justice en soy, dit Montaigne, naturelle et universelle, est autrement réglée et plus noblement, que n'est cette autre justice spéciale, nationale, contrainte, au besoin de nos polices. » (Liv. III, chap. 1^{er}.) « Il y a sans doute des lois naturelles, écrit aussi Pascal... Ces mots nous émeuvent; on ne pêche qu'en l'application. » (*Pensées*.)

(4) *Traité de législation*, p. 41.

n'est bien que par sa tendance à produire des biens physiques; le mal moral n'est mal que par sa tendance à produire des maux physiques (1). » C'est l'utilité d'un acte qui en fait la justice. C'est l'utilité d'un engagement qui en fait la force. Au lieu de dire: il est juste de tenir ses engagements, on devrait dire, suivant Bentham: il est utile de tenir ses engagements. Il convient toutefois que « en quelques circonstances le mot utile paraît trop faible pour exprimer la force obligatoire dont il est désirable qu'il donne l'idée. L'esprit ne se trouvera pas satisfait d'expressions telles que celle-ci: il est inutile d'assassiner... les principes de l'ascétisme et du sentimentalisme étant dans un état de rivalité avec le principe de l'utilité; l'emploi de ce terme pourrait servir de prétexte pour rejeter des propositions qui sans cela eussent été admises » et il propose (2) de remplacer le mot utile par celui de *convenable*. « On ne saurait, dit-il, rien objecter à ce mot sous le rapport de la force de l'expression. » On dira donc: Il n'est pas convenable d'assassiner son ami; il n'est pas convenable d'empoisonner sa femme; il n'est pas convenable d'incendier la maison de son voisin! Mill a compris que l'horreur qu'inspire le crime n'était pas suffisamment rendue par cette expression, que le meurtre, l'incendie, l'empoisonnement, etc., ne sont pas convenables; à la différence de Bentham, il reconnaît que l'expression d'utilité générale « ne semble pas exprimer avec assez de puissance la force de l'obligation, l'énergie particulière du sentiment (3) »; il pense que cela tient à ce qu'il entre dans la composition du sentiment de justice, « non seulement un élément rationnel, mais encore un élément animal, la soif des représailles ». Cet instinct animal est moralisé par la sympathie. Sans doute, le désir de se venger, de rendre le mal pour le mal est un sentiment naturel comme l'instinct de se conserver. Mais ce désir de vengeance n'est pas seulement un désir animal de rendre le mal pour le mal, il contient une notion de la justice, le principe du talion; à la colère ressentie par la victime d'une violence vient se joindre l'idée que l'offenseur commet un acte injuste, qu'il mérite une punition, un mal égal à celui qu'il a fait subir. L'offensé qui se venge pour se faire respecter, lui et les siens, sent qu'il a le droit d'agir ainsi parce qu'il est en état de

(1) *Traité de législation*, t. I, p. 5.

(2) *Ibid.*, p. 45.

(3) *L'Utilitarisme*, III.

légitime défense. Ce sentiment de justice blessé par la violence, cette conscience qu'on agit légitimement en repoussant une injuste agression et en infligeant à l'agresseur une punition méritée, tous ces sentiments sont autre chose qu'un désir animal de représailles. Lorsqu'une personne que nous n'aimons pas souffre une injustice, nous éprouvons de l'indignation contre l'auteur de l'injustice et le désir de le voir puni, parce que toute injustice nous indigne, même lorsqu'elle est commise à l'égard de ceux qui ne sont pas nos amis.

Est-il vrai que le désir de punir tire uniquement son intensité (1) aussi bien que sa justification morale du besoin de sécurité, ce besoin si vital, si bien apprécié par Bentham (2)? Que se passe-t-il en nous, lorsque nous apprenons que l'auteur d'un crime horrible est resté inconnu et par suite impuni? Si le coupable est au milieu de nous, un sentiment de crainte s'élève en nous : un ennemi public est parmi nous ; après avoir frappé notre voisin, il peut aussi nous frapper. Mais, à côté de ce sentiment de crainte, de ces préoccupations personnelles, n'y a-t-il pas aussi un sentiment désintéressé d'indignation qui nous fait désirer la punition du coupable, même lorsque nous n'avons rien à craindre de lui? Si le coupable habite loin de nous dans une autre contrée, bien que notre sécurité ne soit pas menacée par lui, notre indignation subsiste contre lui ; son impunité nous révolte, nous ne pouvons nous résigner à la pensée que l'homme criminel puisse échapper au châtement qu'il a mérité ; si la justice humaine ne peut le découvrir, nous en appelons alors à la justice de Dieu. De même, lorsque nous lisons dans l'histoire le récit d'un de ces innombrables forfaits qui en remplissent toutes les pages, est-ce le souci de notre intérêt personnel et de la sécurité publique qui fait bondir notre cœur d'indignation? Lorsque nous lisons le récit des souffrances injustes subies par les peuples vaincus, par les esclaves, par les faibles, par les enfants, par les femmes, si souvent victimes de l'égoïsme et de la brutalité des hommes, lorsque les historiens nous racontent les massacres, les pillages subis par des populations entières, cette lecture ne produit-elle pas en nous une indignation violente contre les bourreaux? N'est-ce pas ce besoin de justice qui nous fait croire à un autre monde?

(1) *L'Utilitarisme*, p. 111.

(2) *Traité de législation*, t. II, p. 29.

Dans le système des utilitaires, la justification de la pénalité ne se trouve que dans le profit qu'en retirent le coupable et la société. La peine, dit Mill, est un remède ; il n'y a pas plus d'injustice à appliquer une peine qu'à faire prendre un remède à un malade (1). « En vous punissant, dit M. Fouillée, développant la pensée de Mill, mon but n'est pas réellement de vous punir, mais de vous guérir s'il est possible... Quand vous êtes malade, n'est-ce pas à vous qu'on administre des remèdes souvent très douloureux (2)? » Tout d'abord, en se plaçant dans la théorie des utilitaires, le criminel peut contester son assimilation à un malade et celle de la peine à un remède. Je comprends que, pour Platon, l'âme du criminel soit une âme corrompue, malade, ayant besoin d'être corrigée par la peine. Dans la théorie du philosophe grec, la peine est « la médecine de l'âme », parce qu'elle la délivre de sa méchanceté et l'oblige à devenir plus juste. Aussi, d'après Platon, le criminel doit s'accuser lui-même de ses crimes, demander à les expier ; il doit souffrir la douleur pour recouvrer la santé. Le coupable, qui veut échapper au châtement, se conduit comme le malade, qui ne veut pas prendre un remède douloureux, craignant comme un enfant la douleur, sans se rendre compte de son utilité. Mais, dès l'instant qu'on nie la notion du bien absolu, qu'on n'admet pas un principe de justice dominant l'utilité, quel droit a-t-on de reprocher à un criminel, comme une maladie de l'âme, sa tendance à chercher son intérêt aux dépens des autres hommes?

En admettant que l'homme qui préfère son intérêt à l'intérêt général soit un malade, qui a donné au juge le pouvoir de lui faire prendre un remède? Le médecin n'a pas le droit de donner un remède à un malade contre son gré ; la charité, en effet, n'a pas le droit de s'imposer. Nous ne pouvons être charitables qu'à la condition de respecter la liberté de nos semblables. Le juge ne peut avoir le droit de guérir le coupable sans son consentement (3). Le coupable pourrait lui répondre qu'il est le seul juge de son intérêt, et qu'il ne croit pas que la crainte du châtement

(1) *Philosophie de Hamilton*, p. 563.

(2) *La Liberté et le déterminisme*, p. 39.

(3) Saint Jean Chrysostome, cependant, est d'un avis différent. D'après lui, si une personne blessée voyant un excellent chirurgien qui vient à son secours pour lui faire une opération nécessaire, lui demandait : « Qui vous a établi médecin? qui vous a dit d'appliquer le fer à mon corps? » le chirurgien aurait le droit de répondre : « C'est mon art et votre maladie qui m'ont donné ce pouvoir. » (Note de Barbeyrac sur Grotius, *Droit de la guerre et de la paix*, l. II, ch. xx, § 9, 3.)

ait le pouvoir de le guérir de ses mauvais penchants. « Je suis si paresseux, pourrait-il lui dire, et si amoureux des plaisirs que je me procure sans travail, que j'éprouve un penchant irrésistible pour le vol et que je n'ai aucune peur du châtement. Le métier de voleur, de pickpocket dévalisant de riches voyageurs, avec le risque à courir d'une condamnation, est moins pénible pour moi que le métier de mineur ou d'ouvrier dans une verrerie. J'aime mieux m'approprier une somme d'argent considérable, qui me permettra pendant plusieurs mois de satisfaire mon amour des plaisirs, que de gagner ma nourriture par un travail pénible. Que m'importe, si je suis découvert, de passer quelque temps dans une prison, mieux logé et mieux nourri que beaucoup d'ouvriers honnêtes? La crainte du châtement, vous le voyez, n'agit pas sur moi; il ne me plaît pas de prendre le remède que vous me proposez :

.....Votre compassion
Part d'un bon naturel, mais quittez ce souci;
Le vol m'est moins qu'à vous redoutable.

S'il ne plaît pas au malade de prendre le remède, je ne vois pas comment la société aura le droit de le lui administrer contre son gré. D'ailleurs, si la peine est rigoureuse, si c'est une détention à perpétuité, en quoi peut-elle être un remède utile pour le condamné? Si c'est la peine de mort, qu'est-ce que c'est qu'un remède qui tue le malade?

La peine ne peut donc se justifier par l'utilité qu'en retire le coupable. Voyons si elle trouvera sa justification dans l'utilité qu'elle procure à la société. Il est, sans doute, utile d'intimider les malfaiteurs et de prévenir ainsi les crimes par la crainte du châtement. Mais on ne peut dire à un homme que l'on jette en prison ou que l'on conduit à l'échafaud : « Nous vous enlevons la liberté, la vie et l'honneur pour effrayer par l'exemple de votre châtement ceux qui voudraient vous imiter; nous vous imposons la détention, la mort et la honte pour enseigner la vertu à vos concitoyens; la société retirera une grande utilité de votre supplice. » Le condamné ne pourrait-il pas répondre au juge : « Vous dites que mon châtement sera utile à la société; mais pourquoi dois-je servir dans son intérêt d'instrument de terreur? Pourquoi m'imposez-vous la prison ou la mort pour l'édification de mes concitoyens (1)? »

(1) V. Guyau, *la Morale anglaise contemporaine*.

On ne peut en effet punir un homme qu'en lui disant : « Nous vous punissons parce que vous l'avez mérité. » « La punition comme telle, dit Kant, c'est-à-dire comme simple mal, doit d'abord être justifiée par elle-même, de sorte que celui qui est puni devrait avouer lui-même qu'il n'a que ce qu'il mérite et que son sort est tout à fait proportionnel à sa conduite (1). »

Dans son admirable ouvrage, Grotius a parfaitement distingué la *cause* et le *but* de la punition : « Dans toute punition, dit-il, on a égard à deux choses, à la *raison pourquoi* on punit, et au *but* qu'on se propose en punissant. La raison pourquoi on punit, 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 (2). » Les utilitaires ont parfaitement raison de dire que le *but* de la peine, c'est l'utilité générale; mais ce but ne peut être recherché que si la justice autorise l'application de la peine. Ce n'est qu'après avoir constaté la justice de la punition que la société a le droit d'en retirer un profit. « La punition, dit Kant, ne peut jamais être décrétée simplement comme un moyen d'arriver à un bien, soit au profit du criminel lui-même, soit au profit de la société civile; on ne doit jamais la lui appliquer que parce qu'il s'est rendu coupable. C'est que l'homme ne doit jamais être traité comme un pur moyen au service des fins d'autrui et confondu avec les objets du droit réel; sa personnalité naturelle l'en garantit. Il faut d'abord le trouver digne de punition, avant de songer à tirer en outre de cette punition quelque utilité pour lui-même ou pour ses concitoyens (3). » Quel admirable langage! Quelle noblesse, quelle justesse de pensée!

Malheureusement, Kant exagère son principe, en disant que la peine est légitime par cela seul qu'elle est appliquée à un cou-

(1) *Critique de la raison pratique*, trad. Picavet, p. 64. La loi athénienne permettait à l'accusé, dans certains cas, de choisir la peine qu'il avait méritée. Lorsque la peine n'était pas déterminée, on votait séparément sur la culpabilité et sur la peine. Une fois la culpabilité déclarée, « les juges, avant de prononcer la seconde sentence, demandaient à l'accusé de prononcer lui-même ». (Cicéron, *De l'Orateur*, I, I, § 54. L'accusé pouvait choisir l'une de ces trois peines : la prison perpétuelle, l'amende ou l'exil. On sait que lorsque Socrate fut déclaré coupable, interrogé sur le choix de la peine qu'il méritait, il répondit qu'il méritait d'être nourri au Prytane, rejetant les trois peines comme injustes. Cependant, après avoir protesté de son innocence, pour obéir à la loi, il se condamna à l'amende. (Platon, *Apologie de Socrate*.)

(2) *Le Droit de la guerre et de la paix*, I, II, ch. xx, § 28. M. Haus, dans son excellent traité de droit pénal, me paraît s'être inspiré de Grotius en distinguant, lui aussi, la *cause* et le *but* de la peine (t. I, p. 44).

(3) *Métaphysique du droit*, trad. Barni, p. 198.

pable. « Si la société civile, dit-il, se dissolvait du consentement de tous ses membres (si par exemple un peuple habitant une île se décidait à se séparer et à se disperser dans un autre monde), le dernier meurtrier qui se trouverait en prison devrait d'abord être exécuté, afin que chacun portât la peine de sa conduite et que le sang versé ne retombât pas sur le peuple qui n'aurait pas réclamé cette punition, car il pourrait être considéré alors comme le complice de cette violation publique de la justice. » Sans doute, toute peine infligée à un coupable est juste, en morale. Mais la société n'a le droit de punir un coupable que si cette peine est utile. Elle perd le droit de le punir, dès qu'il ne doit résulter aucune utilité de la peine. La peine même cesse d'être légitime, si elle n'est pas nécessaire, si elle peut être remplacée par une sanction civile. C'est une erreur de croire que la société a le droit de punir, sans se préoccuper de l'utilité qu'elle retirera du châtement, et qu'elle se rendrait complice du crime qui resterait impuni. En matière de prescription de l'action publique, de tentative criminelle abandonnée volontairement, les crimes ne sont pas poursuivis, parce que l'utilité sociale exige l'abandon des poursuites. Il faut limiter le principe de Kant par le principe de Bentham et de Mill. La peine doit être juste et utile. C'est dans la réunion de ces deux conditions que se trouve la justification de la pénalité.

CHAPITRE XX

LA RÉPARATION ET LA PEINE

(EXAMEN DE LA THÉORIE DE H. SPENCER)

La négation du libre arbitre et la considération exclusive de l'utilité ont conduit le célèbre philosophe anglais, H. Spencer, à proposer le remplacement de la pénalité par la réparation. Cette idée n'est pas nouvelle. Elle avait déjà été proposée au XVIII^e siècle par un philosophe allemand, Schulz. « Puisqu'il n'y a pas de liberté, disait-il, toutes les peines qui ont le châtement pour objet sont injustes, surtout la peine capitale; elles devraient être remplacées par la réparation et l'amélioration (1). »

M. Littré, tout en prétendant que l'idée de peine était issue de l'idée de dédommagement, reconnaît que la pénalité avait constitué un progrès considérable dans l'histoire de la civilisation. Le but de sa théorie était d'enlever à la notion de justice toute signification morale et d'en faire une notion purement intellectuelle. Mais le philosophe français ne méconnaissait pas que les progrès de la société avaient fait perdre à la peine le caractère de dédommagement, pour lui donner celui de châtement. « Les populations barbares, disait-il, commencent la justice par le dédommagement et les peuples civilisés la couronnent par la pénalité (2). » M. Herbert Spencer estime, au contraire, que le progrès social doit ramener la pénalité à la réparation.

M. Fouillée, s'inspirant à son tour de H. Spencer, pense aussi que le réel fondement de la pénalité « est uniquement et exclusivement le droit de réparation qui consiste à remettre les choses en l'état et à rétablir la justice entre les hommes... Je vous ai fait un tort, vous ne pouvez demander qu'une réparation, une compensation (3), c'est-à-dire une restitution, c'est-à-dire encore

(1) Kant a fait une analyse de la théorie de Schulz dans les *Principes métaphysiques de la morale*, trad. Tissot, p. 434.

(2) *Origine de l'idée de justice*, p. 339.

(3) *Science sociale*, p. 299.