par le chef de tribu, n'a pas d'autre mobile et d'autre criterium que l'utilité sociale, la nécessité de la conservation. Même alors la faute morale chez l'agresseur est un élément étranger à cette réaction défensive, un élément qu'elle ignore[1].

Le premier fait où nous voyons poindre l'idée de culpabilité morale comme condition de la pénalité, se trouve dans le double caractère, militaire et sacerdotal, du chef de tribu et plus tard des ministres délégués par lui. Les prêtres, quand ils eurent conquis cette prédominance qu'ils possèdent dans toutes les sociétés primitives, finirent par s'attribuer complètement la répression, d'abord des actions anti-religieuses, puis de toutes les actions anti-sociales

1. Voyez à ce propos Steinmetz, *Ethnologischen Studien zur ersten Entwickelung der Strafe*, Leipzig 1894, 2 vol. ; il y établit précisément le caractère « non intentionnel » de la peine.

Voyez aussi Holmes, *Le droit commun anglo-américain*, trad. Lambertenghi, Milan 1890 (chap. I : *Formes primitives de la responsabilité*) ; livre très intéressant, parce qu'il nous montre la différence profonde, essentielle, entre la « conscience juridique » des peuples latins et celle des peuples anglo-saxons. Tandis que nous, Latins, nous pensons que les principes généraux du droit ne peuvent être conçus que comme les formes dernières et dégénérées du droit romain, les Anglo-Saxons, quoiqu'ils aient aussi subi l'influence de ce dernier, ont une conscience juridique toute différente. On en trouve un exemple presque quotidien dans leur façon de penser très différente au sujet de la réparation des dommages, qui est rigoureusement exigée et garantie chez les Anglo-Saxons pour tout acte offensant, ce qui, chez nous, ferait sourire. C'est ainsi que nous voyons des procès de dommages et intérêts intentés par certaines demoiselles à la suite d'un baiser que leur a dérobé malgré elles quelque Don Juan plus ou moins mûr.

Il est intéressant de remarquer que les théories générales de l'école criminelle positive se rapprochent de la conscience juridique des Anglo-Saxons. Voyez par exemple la réparation plus rigoureuse des dommages causés par le méfait : nous la considérons comme une fonction sociale plutôt que comme un intérêt privé.

Il en est de même de la théorie de la responsabilité, qui découle de l'esprit naturel de vengeance, et que nous débarrassons de tout criterium qui n'aurait pas de réalité objective et qui ne répondrait pas aux nécessités de l'existence sociale.

On en doit dire autant de la théorie de la diffamation : l'école positive soutient qu'elle ne doit pas être punie quand elle est déterminée par des motifs d'intérêt social, au lieu de l'être par des motifs anti-sociaux d'intérêt personnel (haine, cupidité, vengeance, etc.). Or cette distinction du motif social est admise aussi dans le droit anglais (*for the public benefit*).

On peut dire aussi que la théorie du délit naturel est contenue en germe dans la distinction que fait le droit pénal anglo-saxon entre les « délits communs » (*mala in se*) et les « délits statutaires » (*mala prohibita*). V. Holmes, p. 76, 79, 98.

Cette distinction existait déjà dans le droit pénal romain, dont l'esprit positif était aussi éloigné des abstractions métaphysiques de l'école classique criminelle qu'il se rapproche au contraire des doctrines du droit anglo-saxon (nouvel argument pour dire que les Anglais d'aujourd'hui représentent vraiment les Romains d'autrefois), et en même temps des doctrines de l'école positive,

(délits). Et alors la réaction défensive ou répressive, qui, exercée par l'individu offensé, avait le caractère de « vengeance privée », par la famille de l'offensé celui de « vengeance du sang », et par la société ou le chef de tribu celui de « vengeance publique, prit, quand elle fut exercée par la caste sacerdotale, le caractère de « vengeance divine » : elle cessa d'être une fonction purement défensive pour devenir une mission religieuse et morale, avec l'accompagnement naturel à toute religion d'un formalisme rigoureux et surtout d'un esprit mystique de pénitence et de purification[1].

Or ce caractère rigide et religieux de la fonction pénale, alors même qu'il vint à céder d'abord dans les délits directement politiques, puis dans les délits communs, aux revendications de l'idée et de la puissance laïques et civiles, n'en laissa pas moins subsister après lui (car la dissolution est graduelle comme l'évolution), l'idée que le ministère répressif est une fonction morale émendative ou, dans les stades plus avancés, de justice rétributive ; parce que, comme le remarque aussi Krœpelin, la forme des préceptes primitifs eut beau devenir *morale*, de *religieuse* qu'elle était, le fond resta toujours le même[2].

Nous pouvons donc conclure que la peine (et nous désignons par ce mot l'ensemble des moyens juridiques employés par la société dans sa lutte contre le délit) a traversé jusqu'à présent quatre phases d'évolution ; elle a passé de la phase *primitive* (de réaction défensive et vindicative, individuelle et sociale, immédiate et différée) à la phase *religieuse* (celle de la vengeance divine), à la phase *éthique* (celle de la pénitence médiévale), à la phase *juridique* (au sens du droit abstrait et aprioristique de l'école classique).

Il est facile de voir que nous en sommes aujourd'hui, dans la science, et plus encore dans l'opinion commune et dans les lois, qui progressent moins rapidement, à la phase juridique ou, pour mieux dire, éthico-juridique de la peine ; car toute évolution se produit non par sauts brusques, mais par degrés et en traversant une série de nuances.

1. Sur les origines religieuses de la peine, voyez Steinmetz, *Ethnologische Studien zur ersten Entwickelung der Strafe*, Leipzig 1894, passim. — Et Maus, *La religion et les origines du droit pénal*, dans la *Revue de l'histoire des religions*, 1897, fasc. 1 et 2.

2. Kraepelin, *La colpa e la pena*, dans la *Rivista di filos. scient.*, Turin 1883, II, p. 527.

Il s'agit maintenant d'inaugurer et de réaliser la phase *sociale*, où, grâce aux données nouvelles de l'anthropologie et de la statistique criminelles sur la genèse du délit, la peine ne sera plus la rétribution d'une faute morale par un châtiment proportionné (phase éthico-juridique), mais un ensemble de mesures sociales préventives et répressives, qui, répondant à la nature et à la genèse du délit d'une façon plus efficace et en même temps plus humaine, en préserveront la société [1].

49. — Le pas que nous voulons faire faire à la science et à la législation du droit pénal constitue donc un nouveau progrès qui, en procédant des degrés antérieurs, vient compléter le cycle évolutif, en rendant à ce ministère punitif ce caractère naturel et spontané de pure fonction sociale, qu'il avait à son point de départ, et qui seul, ne l'oublions pas, est vraiment compris par la conscience populaire.

A ce propos il est utile de remarquer que ce retour aux formes ou caractères primitifs peut être considéré également comme une loi sociologique constante dans les autres manifestations de la vie sociale, économique, politique, etc. En effet, comme le remarque Loria, l'humanité primitive doit aux premières impressions de la nature qui l'entoure les lignes fondamentales de son existence ; puis, avec les progrès de l'intelligence et la complication qui croît selon les lois de l'évolution, on voit se produire un développement analy-

1. On sait qu'un grand nombre des criminalistes les plus célèbres, par une tournure d'esprit plus positive, ont fondé le droit de punir sur une idée d'« utilité sociale », de « défense directe », de « défense indirecte », de « défense prolongée », de « conservation », de « nécessité politique », et ainsi de suite. Mais la différence essentielle entre ces théories et celle que soutient l'école positive consiste en ce que Beccaria, Bentham, Romagnosi, Comte, Martin, Schulze, Thiercelin, Carmignani, etc., conservaient toujours dans leurs systèmes, comme criterium et condition supérieurs à l'idée de nécessité sociale, l'idée de la responsabilité ou culpabilité *morale* de l'homme : tandis que nous l'excluons tout à fait du domaine *juridique et social*, ainsi que je vais tout à l'heure le démontrer.

C'est pourquoi Geyer (*Grundriss zu Vorlesunger über deutsches Strafrecht*, Munich 1884) p. 19) reconnaissait que la nouvelle école est plus logique que les écoles classiques utilitaires, en ce qu'elle partait de la négation de la faute morale, que celles-là au contraire admettaient.

V. aussi Morrison, *Crime and its causes*, Londres, 1891, ch. VIII (La punition du Crime) ; Idem, *Theory of criminality*, dans le *Journal of mental Science*, avril 1889.

Même chez les criminalistes classiques contemporains, si la part faite à l'idée d'utilité sociale devient de plus en plus large, cette idée reste pourtant toujours au second plan ou, en tout cas, elle est subordonnée au criterium éthique de la culpabilité humaine.

tique des éléments principaux contenus dans les premiers germes de toute institution ; et une fois accompli ce développement analytique, où souvent les éléments différents se combattent en passant d'un excès à l'autre, l'humanité même, parvenue à un degré élevé de son évolution, réunit de nouveau dans une synthèse finale ces éléments divers et revient ainsi à son point de départ primitif [1].

Seulement il faut remarquer, ajouterai-je, que ce retour n'est pas une répétition pure et simple : il est l'achèvement d'un cycle qui ne peut pas ne pas contenir les effets et les conquêtes de la longue évolution précédente, et qui par conséquent est bien supérieur, dans la réalité comme dans la conscience humaine, à cet embryon primitif. Comme le dit la fameuse comparaison de Gœthe, l'humanité progresse comme une spirale qui paraît revenir sur elle-même, mais en avançant et en s'élevant toujours [2]. C'est ainsi que dans le domaine économique s'accentue aujourd'hui un mouvement de la propriété dans le sens collectiviste (même en dehors du socialisme et des limites qu'il impose au droit absolu *utendi et abutendi*), mouvement qui rappelle précisément les formes primitives de la propriété collective. Veut-on un exemple plus particulier : les femmes, dans les sociétés primitives, sont forcées de travailler ; puis elles sont vouées uniquement aux soins domestiques ; aujourd'hui elles veulent, et avec raison, conquérir, à l'égal des hommes, le droit au travail, mais naturellement en restant soulagées des fatigues les plus brutales, auxquelles elles

1. Loria, *La teoria economica della costituzione politica*, Turin 1886, p. 141. Et de même Cognetti, *Le forme primitive nell' evoluzione economica*, Turin, 1881, à la fin de l'ouvrage. — Et Dramard, *Transformisme et socialisme*, dans la *Revue Socialiste*, février 1885 (§ V. — La loi de régression apparente).

Je me suis aussi occupé de cette loi dans *Divorzio e Sociologia* (*Scuola positiva*, 1893, n° 16), dans *Omicidio* (Turin 1895, p. 240) et plus spécialement dans *Socialismo e Scienza positiva*, Rome 1894, p. 97 et suiv., et 2e édit., Palerme, 1900. V. aussi ma réponse à Garofalo, *Discordie positiviste sul socialismo*, Palerme, 1896 et append. à la trad. franç. de mon *Socialismo e scienza positiva*, Paris, 1897, p. 212.

2. Cette idée a été soutenue à l'aide de plusieurs exemples par De la Grasserie, *De la forme graphique de l'évolution*, dans la *Rev. intern. de sociol.*, sept. 1895 ; par Kranz, *La loi de la rétrospection révolutionnaire* (dans les *Annates Inst. intern. de social.*, 1896, II, 315), et par Zerboglio, *Le retour au passé* (dans le *Devenir social*, sept. 1896). De Greef (dans *Le transformisme social*, Paris, E. Alcan, 1895, p. 473) fait quelques réserves ; mais c'est, il me semble, parce qu'il l'a prise dans le sens d'un retour pur et simple et non d'un retour apparent accompagné d'un progrès essentiel. V. encore Demoor, Massart et Vandervelde, *L'évolution régressive*, Paris, F. Alcan, 1897.

sont condamnées chez les sauvages. Ainsi encore les religions, suivant Hartmann, pensaient, aux époques primitives, que l'être humain pouvait arriver à la félicité dans sa vie individuelle ; puis on plaça ce bonheur dans la vie d'outre-tombe, et aujourd'hui on tend à le replacer dans la vie humaine elle-même, mais en le réservant aux générations à venir. De même dans la politique, suivant Spencer (*Sociologie*, III, chap. v), la volonté de tous, élément souverain dans l'humanité primitive, cède peu à peu le pas à la volonté d'un seul, puis à celle d'un petit nombre (ce sont les diverses aristocraties — militaires, ou de naissance, ou de profession, ou de richesse), et tend à redevenir souveraine par le triomphe de la démocratie. Ainsi donc, restant en pleine harmonie avec cette loi sociologique dont on pourrait donner bien d'autres illustrations, nous avons raison de demander pour la fonction défensive et pénale, après le développement qui a été donné, dans les siècles passés et dans le nôtre, aux divers éléments qui la composent et qui a fait prédominer le criterium éthique de culpabilité, qu'elle revienne à son point de départ, qu'elle redevienne une fonction sociale inspirée non pas de criteriums étrangers et inaccessibles, mais des besoins réels de la société humaine, et guidée par des notions positives sur la genèse de la délinquence.

Mais il reste un effet indestructible de la lente évolution ascensionnelle par laquelle cette fonction a déjà passé en progressant et en s'élevant sans cesse à mesure qu'elle s'éloignait de son point de départ primitif ; c'est qu'elle va se dépouillant de tout esprit de *vengeance* brutale pour prendre uniquement le caractère d'une *défense* pure et simple, imposée par les nécessités de la conservation sociale.

Peut-être verra-t-on subsister quelque temps le sentiment de la haine contre le délinquant, qui a tant de prix aux yeux de Tarde [1]

1. Tarde, *La philosophie pénale*, Lyon, 1890, p. 497. L'auteur a cru, à propos du congrès d'anthropologie criminelle à Genève, interpréter ma pensée en disant que je prévoyais l'extinction du sentiment de haine contre les délinquants, comme cela avait eu lieu pour les fours, par le seul effet du temps et de l'évolution (*Revue pénit.*, déc. 1896, p. 1242). Déjà, comme le remarque Gauckler, *De la peine et de la fonction du droit pénal au point de vue sociologique* (dans les *Arch. anthr. crim.*, sept. 1893, p. 46), il y a une tendance constante à l'accroissement du sentiment de pitié et par suite à l'atténuation des réactions sociales contre le délinquant — de sorte que, disait Orchanski (*Les criminels russes*, dans l'*Arch. psich.*, 1878, XIX p. 1, « la haine instinctive contre le délinquant est un sentiment propre à l'homme inférieur ». Mais de plus il est évident que la raison de ma pensée se trouve dans les constatations scientifiques d'après lesquelles nous devons considérer le délit (surtout sous ses formes ataviques) comme une des formes de la pathologie humaine, et non comme l'effet d'une volonté malfaisante ; et c'est précisément ce qui est advenu pour la folie. De sorte que s'il est vrai, comme le dit Tarde, que l'humanité haïsse ou ne haïsse pas les actions, selon qu'elles dépendent ou ne dépendent pas d'une volonté mauvaise, il est certain également que le délit étant une fois reconnu comme effet non plus de la méchanceté mais de la maladie, la raison de cette haine cesse d'exister.

Voyez en ce sens : Jelsgerma, *Les caractères du criminel né sont d'origine pathologique*, dans les *Actes du Congrès Anthr. crim.*, Bruxelles, 1893, p. 34 ; Cabadé, *De la responsabilité criminelle*. Paris 1893, p. 37 ; Vargha, *Die Abschaffung der Strafknechtschafft*, Graz. 1896-1897, 2 vol. passim.

comme force morale répulsive et préventive ; et certainement il a sa valeur dans la phase actuelle de morale transitoire, bien qu'il ne soit qu'un des innombrables facteurs psychologiques qui interviennent dans la genèse du délit et que par conséquent cet auteur en exagère l'efficacité ; mais il continuera à s'affaiblir jusqu'à s'éteindre, ainsi que cela est arrivé pour un sentiment analogue à l'égard des fous. Ceux-ci, il n'y a pas plus d'un siècle, étaient haïs et punis parce qu'on attribuait leur folie à leur volonté. De même aujourd'hui l'on hait les délinquants, par ce qu'on attribue à une faute morale de leur part et à leur libre choix la tendance au délit ; tandis qu'évidemment, si l'on peut conserver à leur égard un sentiment de répugnance, comme pour d'autres malades, du moins la haine n'a plus de raison d'être.

Disons, pour nous résumer, que l'étude de cette évolution naturelle par laquelle, du fait embryonnaire d'une réaction de l'irritabilité et de la sensibilité animales, on arrive à cet ensemble élevé et très compliqué de coutumes, d'institutions, de lois, qui constitue le ministère punitif moderne, nous amène à une conclusion qui se compose de deux parties du même principe fondamental :

La première — déjà plus ou moins complètement reconnue par quelques criminalistes, et qui seule est plus pratiquement admise par la conscience commune d'après l'observation sincère des faits de chaque jour — consiste à reconnaître au ministère punitif *le caractère d'une pure fonction défensive ou préservative de la société* [1].

1. Certainement cette fonction de défense ou de préservation contre le délit, soit dans la société soit dans l'individu, ne peut être indépendante de toute condition ou de toute règle ; et c'est précisément ce que je montrerai bientôt, en donnant ainsi une réponse péremptoire aux criminalistes qui nous reprochent sans cesse, par une accusation aussi commode que mal fondée, de sacrifier à l'autorité tyrannique d'un « intérêt social mesquin » toutes les garanties de l'individu délinquant ou supposé tel.

La seconde — qui est nouvelle comme affirmation explicite, qui pour cette raison a été d'abord plus vivement combattue, et qui est maintenant acceptée comme prémisse par les éclectiques, mais sans qu'ils aient le courage de tirer logiquement les conséquences radicales qu'elle comporte — consiste dans l'*indépendance de cette fonction vis-à-vis de toute condition de liberté morale ou de culpabilité morale chez le délinquant.*

Et c'est par cette seconde partie qu'on entre véritablement, avec la sociologie criminelle, dans le vif du problème fondamental de la responsabilité humaine.

III

50. — Cependant il sera bon, au préalable, d'écarter quelques objections que les criminalistes classiques, même les plus récents, et quelques éclectiques, ne cessent d'adresser au principe de défense et de préservation sociale considéré comme raison absolue de la fonction pénale, sans aucun mélange d'autres principes par lesquels on prétendrait compléter et régler cette fonction. C'est à tort en effet que ces principes sont appelés « principes supérieurs » (de justice réparatrice ou distributive), car il est clair que, humainement parlant, il n'y a rien de « supérieur » aux nécessités de la vie humaine, soit individuelle soit sociale ; et il est temps désormais d'abandonner les distinctions surannées entre l'*utile* « arbitraire, dit-on, vulgaire et variable » et le *juste* « absolu, noble, éternel » ; car tous deux ne sont au fond qu'une même chose. Le « juste » n'est que l'utile répondant définitivement aux conditions naturelles de l'existence humaine dans un lieu et dans un temps donnés, distinct par conséquent de l'utile immédiat et transitoire, qui n'est pas conforme à ces mêmes conditions, qui seul mérite ces basses qualifications, et que nous, positivistes, n'admettons jamais comme règle de la vie [1].

Voici ces objections.

I. Le droit de punir ne peut être assimilé au droit de défense, parce que la défense a en vue un fait à venir, la peine a en vue un fait accompli.

1. Un éclectique, parmi les plus récents, Saleilles, *Individualisation de la peine*, Paris 1898, page 7, répétait ceci : « Politique de défense sociale, le droit pénal est là tout entier : tel est son objectif direct. Mais politique de défense sociale adaptée aux nécessités *innées* de l'*idée de justice ;* voilà ce qu'il faut ajouter à la formule de l'école italienne. »

II. Cette raison de *défense ou de préservation sociale*, considérée comme principe unique du droit de punir, constitue un pas en arrière, si on la compare à la raison de *tutelle ou défense juridique* mise en avant par l'école italienne classique contemporaine, surtout si l'on considère que la défense sociale peut légitimer tout excès de pouvoir de la part de l'État au détriment des droits individuels, tandis que la défense du droit n'admet pas cette possibilité [1].

III. En tout cas ce n'est pas la défense sociale qui est le fondement et l'âme de la justice pénale, mais seulement la défense de la classe dominante.

51. — Quand la société, en qualité de personne, de corps collectif vivant, repousse l'attaque d'un envahisseur ennemi, alors nous sommes dans le cas de la défense *personnelle* directement exercée, comme quand l'individu repousse un voleur de grand chemin ; et il ne s'agit pas, à proprement parler, de droit punitif, mais dans ce cas de guerre défensive. C'est ce qui arrive aussi dans le cas où l'agent de la force publique repousse, au nom de la société, une agression directe contre un ou plusieurs individus : là encore c'est la société qui exerce par délégation la défense personnelle en se défendant elle-même dans l'individu attaqué. Lorsque ensuite la société réprime, ou, pour employer le langage d'autrefois, punit le délinquant pour un méfait déjà commis, on n'a plus la *défense* au sens strict du mot, mais la *préservation*, bien que « le droit de *défense* (comme le remarquait déjà Romagnosi) ne soit qu'une transformation du droit de *conservation* », et qu'il en soit par conséquent un équivalent, parce que se défendre signifie précisément obéir et pourvoir à la nécessité de sa propre conservation [2].

L'évolution naturelle de la peine, que j'ai indiquée un peu plus haut, nous prouve par les faits que la justice pénale ne doit pas contenir d'autre fonction que celle de la défense ou préservation des conditions de l'existence sociale (individuelle ou collective). C'est à tort en effet que presque tous les criminalistes ont comparé la vraie défense proprement dite à la répression sociale ; car celle-ci doit en réalité se comparer à la réaction vindicative de l'indi-

1. Carrara, *Programma* § 611, 815, etc. *Parte speciale*, Introduction au vol. I, p. 27, *Opuscoli*, I, 261, II, 12, etc. Et de même, en substance des criminalistes de l'école classique.

2. Romagnosi, *Genesi del diritto penale*, § 49.