

3°

Concours de volonté et concours d'action.

§ 465.

Concours au délit au moyen de la *volonté* et de l'*action*, celui qui non-seulement *veut* la violation du droit menacé par le délit, mais encore intervient *personnellement* à quel qu'un des actes qui en constituent la force physique subjective, autrement dit l'élément matériel.

Pour bien calculer le degré d'imputation que mérite cette forme de participation, il est nécessaire de distinguer dans l'élément matériel de l'action criminelle trois moments divers : la *préparation*, l'*exécution*, et la *consommation*. La confusion du premier de ces moments avec le second, et du second avec le troisième, a produit des équivoques. Déjà, dans la matière de la tentative (§§ 393 et 396), j'ai noté que la *préparation* se distingue de l'*exécution* par l'*univocité*, et l'*exécution* d'avec la *consommation* par la *présence coëfficiente* (et non pas seulement accidentelle) du sujet passif de la consommation. Sont préparatoires les actes qui se réfèrent *univoquement* au délit; ainsi par exemple le fait de se munir d'un ciseau. L'exécution commence quand les actes acquièrent l'*univocité* criminelle, par exemple quand le voleur a mis le ciseau dans la porte pour la forcer. Et s'il est certain que l'acte tendait à un *délit*, mais incertain si c'est à un délit *plus grave* ou à un délit *plus léger*, on fera prévaloir la probabilité que c'est au délit le plus léger que se référerait la tentative. Mais nous ne sommes pas encore à la *consommation*; car le sujet passif du vol, ce ne doit pas être cette porte. Nous arriverons à la *consommation* aussitôt que le voleur portera son action sur la chose qu'il veut voler. Si, dans la tentative, la définition des actes préparatoires conduit à les exempter de toute imputation, vu l'incertitude de leur

tendance criminelle, il est évident qu'en matière de complicité l'événement de la consommation effective révèle avec certitude la direction des actes, même purement *préparatoires*; de sorte que le résultat de cette définition ne peut jamais, dans la complicité, être identique à celui qu'elle produit dans la tentative. Cette observation nous paraît décisive en faveur de la formule que la qualité d'acte *préparatoire* ne peut pas se tirer d'un autre critérium que l'*univocité*. Si l'acte préparatoire n'était pas imputable uniquement *parce qu'il est préparatoire*, il ne serait pas imputable chez le complice qui s'est borné à des actes de cette espèce.

§ 466.

En matière de concours matériel au délit d'autrui, la distinction de ces trois moments fait naître diverses formes de participation. De la participation aux actes de consommation résulte la *corréité*; de la participation aux actes précédents (d'exécution ou de préparation¹) résulte l'*aide*, soit proche, soit éloignée. De la participation aux actes postérieurs à la consommation résulte l'*adhérence*, et la *protection du coupable contre la justice* (*favoreggiamento*).

1. Mittermaier, dans ses observations sur le code de Brême, a paru douter de l'imputabilité de l'aide quand elle ne consiste que dans la participation aux actes préparatoires; il objecte l'analogie avec la tentative. Mais ce doute et cette analogie n'ont pas de fondement; en effet dans le cas de la tentative on suppose qu'il manque les *actes d'exécution*, qui révéleraient le but des actes préparatoires; tandis que dans le cas de la complicité on suppose que ces actes d'exécution ont été faits, mais par d'autres.

§ 467.

Quand la participation a été *consommatante* aux actes de consommation, celui à qui elle est imputable est un *corréus*, encore qu'il n'ait participé à ces actes qu'au moyen de la *parole*, ou même par la simple *présence* et sans rien faire. La *parole instigatrice* qui produit seulement le *concourse moral*, si elle est *antérieure* à la consommation du

délit, prend le caractère de concours *matériel* quand elle est concomitante au moment de la consommation, et se confond avec celle-ci à raison de l'unité de temps.

§ 468.

La simple *parole* peut encore constituer un élément *physique* de participation au délit d'autrui, bien qu'elle précède la consommation, quand elle a *influé*, non pas *seulement sur la volonté* de l'agent, mais *directement sur le fait*, en tant que partie de l'*action*. Cela se voit, par exemple, chez celui qui, d'accord avec l'assassin, a par des paroles trompeuses engagé la victime à se rendre où le meurtrier l'attendait. Ici, la parole n'a pas eu seulement une influence *morale*, mais une *influence physique* sur le fait criminel, et elle rentre dans le concours, non de simple volonté, mais de volonté et d'action; toutefois, en pareille hypothèse, elle ne constituerait pas la *corréité*, mais l'*aide*.

§ 469.

La seule *présence*, bien qu'elle ne soit qu'un acte *négalif*, prend le caractère de *corréité*, quand elle réunit les deux conditions : d'avoir été *efficente*, et d'avoir eu *pour but* de faciliter l'exécution. Alors la *présence* inactive elle-même est un moment matériel qui se joint à la *force physique* du délit.

§ 470.

Le *correus* est imputable à l'*égal* de l'auteur physique du délit. C'est un accident si la main de l'un plutôt que la main de l'autre a exécuté l'acte final par lequel est violée la loi. On considère cet acte comme fait par chacun des criminels qui sciemment y ont assisté en personne. Cette assistance, bien qu'inactive, rendait plus audacieuse l'exécution du délit, et empêchait la victime de se défendre; cela suffit pour qu'on lui applique le rapport de cause à

effet relativement au délit auquel tendait actuellement la volonté de toutes les personnes présentes.

§ 471.

A parler exactement, le *correus* se distingue du *coauteur*. Est *coauteur* stricto sensu celui qui participe activement au dernier acte de consommation du délit. On connaît l'exemple romain des deux voleurs qui portent sur l'épaule chacun un bout de poutre volée : on peut appliquer la même idée à beaucoup d'autres espèces. *Correus* est un mot qui exprime la *coresponsabilité*. *Coauteur* désigne le *concours actif* à l'acte qui a véritablement consommé la violation de la loi. Tous deux, selon l'opinion commune, sont imputables également. Mais la distinction entre le *correus* et le *coauteur* peut présenter de l'intérêt dans la question relative à la communicabilité des circonstances aggravantes.

§ 472.

Quand la participation dolosive à l'action a été seulement *antérieure* aux actes de consommation, celui à qui elle est imputable est un *auxiliator*. La force physique du délit a reçu de lui une impulsion moindre que de ceux qui ont participé à la consommation. C'est le fait de ceux-ci qui a violé la loi, sans quoi le fait de l'*auxiliator* pouvait rester innocent. De plus la volonté criminelle a persévéré chez eux jusqu'à l'accomplissement du délit, tandis qu'on ne sait pas si l'*auxiliator* aurait également persévéré¹.

1. C'est là la raison fondamentale qui montre l'injustice absolue du système de l'assimilation des complices aux auteurs. Chez les premiers, il y a moins de force physique au point de vue de l'effet qu'ils produisent, et moins de force morale au point de vue de la persévérance. Beccaria, s'égarant encore ici à la recherche d'arguments empiriques, a dit qu'il serait bon de punir moins les complices parce qu'on trouverait plus difficilement des auteurs. Mais on a retourné l'argument contre lui en disant que si l'on punit moins les complices, il deviendra plus aisé de trouver des complices. La réplique détruit l'argument. Du reste la

réplique comme l'argument sont viciés, car ils portent à tort sur le terrain de l'utilité une question qui doit se décider selon les seuls principes de la justice. Le code français de 1810, sorte d'anachronisme, a adopté le principe de l'assimilation, et l'école française y est opiniâtrement attachée. M. Voisin a consacré une savante dissertation (*De la complicité*) à soutenir, au moyen de l'argument historique, le principe de l'assimilation. Selon lui, depuis les Grecs et les Romains jusqu'à nous, presque tous les monuments législatifs montrent la prépondérance de ce principe. Pour moi, je ne reconnais aucune valeur à l'argumentation historique dans une question qui doit être résolue par les principes du droit. D'ailleurs le travail de M. Voisin révèle à chaque page la partialité. En premier lieu, il a choisi les textes qui étaient en faveur de sa thèse (et néanmoins il a dû en citer quelques-uns qui la combattent). En second lieu, il a quelquefois dénaturé le sens des lois qu'il allègue. En troisième lieu, il présente des dispositions spéciales comme ayant une portée générale. C'est là une erreur capitale dans laquelle on est tombé en matière de droit romain, comme l'ont démontré sans réplique Geib et Nicolini. Nous aussi, nous avons aujourd'hui des lois spéciales contre le brigandage, qui assimilent les complices aux auteurs, et la tentative à la consommation. Ceux qui viendront après nous pourront-ils conclure de ces lois que les trois codes criminels qui régissent aujourd'hui l'Italie (le code sarde de 1859, le code sarde modifié pour les provinces napolitaines et la Sicile, et le code toscan de 1853) obéissaient au principe de l'assimilation? Ortolan fait dériver le mot complice du verbe *plectere* (punir): *complectere, complexus, complex, complice*. L'étymologie peut être très-exacte, mais la conséquence qui en ressort naturellement, c'est que *complectere* doit signifier punir *avec*, et non pas punir *également*. Et en effet Ortolan est du petit nombre des criminalistes français qui reconnaissent la justice d'une répartition d'imputation inégale selon la différente influence de la participation.

§ 473.

La justice veut donc qu'on applique à l'*auxiliator* une imputation *moindre* que celle qu'on applique à l'auteur principal¹.

1. Quoique l'ordonnance de Blois, dans son article 194, posât formellement la règle de l'assimilation dans la peine, on n'a pas manqué, même parmi les anciens jurisconsultes français, de trouver ce principe d'un peu sévère: Henry, *Œuvres*, liv. 4, chap. 123. Mais les modernes ont prétendu le justifier par un jeu de mots: « Qu'y a-t-il d'injuste, s'est-on écrié, à ce que la loi associe *dans la peine* ceux qui se sont associés *dans le délit*? » Et voilà les arguments qui souvent décident de la vie des hommes!

§ 474.

Cette imputation se gradue en prenant pour critérium l'influence plus ou moins grande que l'aide a exercée sur la consommation. De là la distinction entre l'aide *proche* et l'aide *éloignée*¹, distinction analogue à celle de la tentative. Le plus souvent, la participation aux actes d'exécution constituera l'aide *proche*, et la participation aux actes *préparatoires* l'aide *éloignée*. Je dis le plus souvent, parce que quelquefois l'aide, dans les actes même préparatoires, peut laisser un *résultat matériel* qui figurera plus tard parmi les moments de la consommation; c'est-à-dire que, rapproché de ces moments, l'acte du complice peut présenter une influence telle, qu'on doive le considérer comme une aide *proche*: ainsi, par exemple, la manipulation du poison est un acte préparatoire, mais celui qui sciemment a préparé le poison pour l'empoisonneur me paraît un *auxiliator* proche, parce que le *résultat* de son acte a figuré d'une manière efficace parmi les moments de la consommation. Ce rapport intime du résultat matériel du fait préparatoire avec la consommation en rapproche juridiquement la personne qui l'a dolosivement accompli à cet effet, quoique l'acte (la préparation dolosive du poison) soit de la nature des actes préparatoires, et séparé par une longue série de moments intermédiaires, par un intervalle de plusieurs mois peut-être, de la consommation de l'empoisonnement.

1. Wolthers, *De auctoribus et sociis delictorum*, p. 117.

§ 475.

Cette comparaison très-importante de la gravité sociale différente des actes préparatoires dans la tentative et dans la complicité est, je le répète, une preuve ultérieure de

l'exactitude de la formule que j'ai adoptée, quand j'ai affirmé que le vrai critérium qui dans la tentative innocente les actes préparatoires, ce n'est pas la simple possibilité du repentir (qui est commune à toute tentative), mais bien le défaut d'univocité. C'est toujours une question de *connaissance*. Dans la tentative, l'impossibilité pour les tiers de *connaître* la vraie direction de ces actes, quand ils n'ont pas été suivis d'actes ultérieurs, les rend innocents. Dans la complicité, la *connaissance* qu'avait le complice de leur destination ajoute au concours physique le concours moral. Et si les actes préparatoires ont été suivis d'actes ultérieurs, celui qui a participé aux premiers est indubitablement imputable, et il l'est quelquefois au plus haut degré où puisse monter l'imputation de l'aide. Ce degré le plus haut de l'imputation de l'aide, qui peut aller parfois, par exception à la règle générale, jusqu'à l'assimilation dans la peine, est celui qui se rencontre chez le complice *nécessaire*. On appelle complice nécessaire celui qui a concouru à l'action par un acte sans lequel le délit n'aurait pas pu se consommer. Cette formule, en pratique, trouvera assez difficilement son application, mais c'est la seule qui soit exacte. Il faut toutefois se garder de l'entendre dans le sens concret; en effet, quand un fait a eu lieu, toutes les circonstances qui y ont concouru dans l'espèce peuvent prendre le caractère de circonstance indispensable à cette forme donnée du fait; mais cela ne suffit pas pour dire qu'elles sont nécessaires à la forme générique du délit¹.

1. Quand Titius a tué son ennemi avec un couteau qui lui avait été dolosivement fourni par Caius, on pourrait prétendre que Caius est un complice *nécessaire*, parce que ce fait *particulier*, savoir le meurtre avec ce couteau, aurait été impossible si Caius n'avait pas donné le couteau. Avec ce raisonnement sophistique, toute personne qui aurait fourni l'instrument qui aurait servi à commettre ce meurtre serait complice *nécessaire*. Mais c'est là une erreur. Berner a développé cette idée avec son exactitude ordinaire (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, tit. III, De la complicité, § 107); il fait remarquer que la *nécessité* doit être

considérée non pas au point de vue concret et accidentel, mais au point de vue *abstrait*, ce qu'il exprime par la formule qu'elle doit dériver de la nature du délit. Ainsi dans la bigamie, l'inceste, l'adultère, le duel, la corruption, et la subornation, le délit ne peut pas se consommer sans le concours des deux participants; et ici la complicité est véritablement *nécessaire*. Mais dans les autres cas on n'en peut pas dire autant. Le brigandage, la conspiration, et autres crimes semblables, exigent sans doute un certain nombre de personnes, mais on ne peut pas dire que chacun des individus qui ont participé au vol ou au complot ait été *nécessaire* au délit, de telle sorte que sans son concours le délit n'aurait pas pu se consommer. En pareil cas le concours est (selon le langage de Berner) purement *facultatif*. Lorsque, dans la Partie générale du Cours, nous exposons la théorie de la complicité, nous ne nous occupons que du concours *facultatif*. Le concours *nécessaire* est examiné à propos de certains délits spéciaux. Malgré ces difficultés, on a jugé avec raison que la question de savoir si la complicité est nécessaire est une question de *fait*, et non pas une question de *droit*: Cour de cassation de Palerme, 2 mai 1865.

§ 476.

Quand la participation matérielle au délit d'autrui a été *postérieure* à l'acte de consommation, il faut distinguer: ou bien ce concours *avait été promis* à l'exécuteur du délit *antérieurement* à la consommation de ce délit, ou bien il *n'avait pas été promis*. Était-il convenu antérieurement, l'acte physique de participation, bien que matériellement postérieur à l'exécution, constitue une *aide* et en suit les règles¹. On aurait tort, en pareil cas, d'objecter qu'un acte postérieur ne peut pas être *cause* de l'acte antérieur; en effet, bien qu'elle n'ait eu d'existence *matérielle* qu'après le délit, l'aide a eu du moins, par la convention, une existence *intellectuelle* antérieure: celle-ci a influé ou pu influencer sur la détermination criminelle de l'auteur physique, qui a pu se résoudre, par exemple, à tuer, parce qu'il était assuré que l'autre l'aiderait à enterrer le cadavre de la victime. C'est donc avec raison que chez ces participants, qu'on a quelquefois appelés *fautores ex compacto*, pour les distinguer des *fautores accidentaliter*, on reconnaît les caractères de la vraie complicité. L'efficacité *phy-*

siège de leur action a été postérieure, et l'efficacité morale antérieure.

1. Que la promesse d'une *protection contre la justice* (*favoreggiamento*) *postérieure* au délit, quand elle a été faite *antérieurement*, constitue une vraie complicité, c'est ce qu'a exprimé Bartholé par la formule excellente *quia spes data ad evadendum est auxilium ad committendum*. Du reste, l'idée que la protection postérieure ne constitue pas, en règle générale, la complicité, était déjà admise par les anciens docteurs : Bartholé, *in leg. 3, Si quisque, Dig. ad S. C. Sil.*; — Angelus, *De maleficiis, in verbo et Andream*, num. 5; — Placa, *lib. 1, Delictorum*, cap. 16, n° 15; — Richter, *De homicidio*, p. 802.

§ 477.

Que si la participation n'a existé ni *intellectuellement* ni *matériellement* avant le délit, mais que l'idée comme l'action du tiers aient été postérieures, alors on doit de nouveau distinguer : ou bien l'acte conçu et exécuté postérieurement n'avait pour objet que de soustraire le délinquant aux poursuites de la justice, ou bien il était destiné encore à porter le délit à des conséquences ultérieures.

§ 478.

Dans le premier cas, il ne peut pas être question de *complicité*. On y trouve un nouveau titre de délit ayant une existence propre : c'est la *protection du coupable* (*favoreggiamento*), délit *sui generis*¹ dont l'objet est la justice publique. Le droit que l'auteur de ce fait entendait violer, et qu'il a violé en effet, n'était pas, par exemple, le droit que le sujet passif du délit avait à la vie ou à l'intégrité de son corps. Ce droit était violé dès lors par l'auteur du délit. Le droit que le *fauteur* a voulu violer, et qu'il a violé, est un droit *universel* : le droit qu'ont tous les citoyens à ce que la justice publique soit effectivement respectée, à ce que personne ne l'élude ni ne la foule aux pieds.

1. Bazar (*Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, tit. III, § 107) suit

aussi la doctrine commune *contemporaine* qui dans le *favoreggiamento* reconnaît une forme *criminelle* distincte du délit principal ; mais il observe que cela n'est vrai que *quant à la notion*. Pour la détermination de la *peine*, il fait remarquer qu'on ne peut pas se dispenser de tenir compte de la qualité particulière du délit principal auquel s'est appliqué le *favoreggiamento*, et il ajoute que cette méthode, proposée par Bauer dans son traité, vol. I, p. 464, a été adoptée par les codes de Saxe (1838, art. 38, et 1853, art. 61); de Wurtemberg, art. 90; de Darmstadt, art. 89; de Bade, § 143; de Hanovre, art. 75; de Thuringe, art. 36 et 37; de Prusse, art. 38; et d'Autriche, art. 6.

§ 479.

Mais si l'acte, quoique entièrement postérieur, s'est appliqué à un délit non pas *instantané*, mais du genre de ceux qu'on appelle *successifs* parce qu'ils admettent une *continuation* dans l'offense au droit principalement attaqué, s'il a eu pour objet de faciliter ce délit dans sa *continuation*, et s'il a *continué* en effet, je pense qu'on doit encore voir une vraie complicité même dans cet acte postérieurement conçu et exécuté¹.

1. Cette doctrine étant admise, la distinction entre les délits *instantanés* et les délits *successifs* devient considérable ; autrement elle offre peu d'intérêt.

§ 480.

Dans ce second cas, l'acte est postérieur à la *violation de la loi* et du droit, mais il n'est pas postérieur à l'épuisement de l'action. La loi et le droit étaient toujours *susceptibles de violation* dans le sujet passif du premier délit, et si l'acte postérieur à la première violation représente lui-même une *seconde violation* de la même loi et du même droit, l'offense doit se définir et se mesurer d'après l'offense faite à ce droit, et non pas d'après l'offense à la justice qui n'était pas dans l'intention de l'agent¹.

1. Voyez mon discours sur le *Recel frauduleux des choses volées* (il a été traduit en français par M. Lacointa, *Revue critique*, 1865, p. 409), *Opuscoli*, vol. III, opusc. 43; et le Code du Brésil, art. 176, § 1. Pacheco

(*Estudios del derecho penal, leccion 13*) a indiqué comme critérium de la notion du *favoreggiamento* l'irréparabilité du délit consommé. Mais il n'a pas déduit les conséquences de cette observation, et la distinction entre le délit irréparable et le délit réparable n'est pas un guide sûr pour discerner les fauteurs d'avec les continueurs du délit. Le seul critérium exact est celui de la *continuabilité* ou de la *non-continuabilité* de la violation du droit, car c'est là ce qui donne au délit le caractère *successif*, et aux actes *postérieurs* l'identité d'objet avec les actes antérieurs de consommation. Je trouve déjà chez Mommaerts (*De criminum fautoribus*, p. 22, Lovanii 1827) l'idée de cette distinction ; il l'admettait, mais sans la développer : *Non qui rem furtivam celat atque recipit non solum aliquatenus id efficere potest ut crimen impunitum maneat, sed etiam receptatores rerum furtivarum impediunt quominus res ablatæ domino restituantur. Ideoque damnus ejus atque delictum furis quasi continuant. Eo magis ii puniendi videntur si in lucro participant, quod plerumque fieri solet.*

§ 481.

Les anciennes écoles ont compris indistinctement dans la complicité tous les faits *postérieurs* au délit, même ceux qui ne pouvaient pas avoir d'autre *but* que de procurer l'impunité au coupable. C'était là une erreur. Celui qui enterre la victime d'un meurtre sans avoir, avant le meurtre, promis ce service au meurtrier, ne peut pas être appelé complice du meurtre. Il a été étranger tant moralement que matériellement à la première violation. Le droit de la victime à la vie ne pouvait plus être violé, et on ne le violait certainement pas en donnant la sépulture à son corps. Trouver l'objet de ce délit dans le droit à la vie chez la victime, c'était donner pour objet à un méfait un droit qui n'existait plus, qui n'était plus susceptible de violation, et qui en effet n'a pas été violé par l'acte postérieur.

§ 482.

Les écoles modernes ont corrigé cette erreur en distinguant le *fautor* d'avec l'*auxiliator*. Mais je crois qu'on a été trop loin dans la correction : sans distinguer entre les délits *instantanés* (j'emploie la formule d'Ortolan) et les délits qui *continuent la violation du droit* (Jousse les appelait déjà

délits *successifs*), sans distinguer entre un *but* et un autre *but*, on a fait rentrer dans la classe des *favoreggiamenti* (protection du coupable contre la justice) tous les actes qui pouvaient se produire *après* le délit sans une convention antérieure. Celui qui sciemment, *en vue d'un gain*, fait fondre l'argenterie qui m'a été volée, afin que le voleur puisse arriver au dernier terme de son délit (c'est-à-dire à l'enrichissement), n'aide pas le voleur à tromper la justice, mais à *consommer* la violation de ma propriété. Il viole mon *droit de propriété*, qui, malgré le vol, est toujours entier et persistant, et c'est de cette violation que doit se tirer la mesure de son imputation. Telle est du moins mon opinion, conforme à celle des criminalistes italiens jusqu'à nos jours, et des criminalistes français même les plus récents.

§ 483.

En un mot, l'essence matérielle de la *complicité* consiste en ceci : que l'acte auquel on veut en appliquer la notion ait été *cause de la violation du droit* dont l'action principale tire son nom. Si cet acte intervient quand le droit *n'était plus susceptible de violation*, il est contradictoire d'y voir un acte de complicité, et l'on ne peut le poursuivre que comme délit isolé selon ses *fins* et ses *effets*. Mais si le droit *était toujours susceptible de violation*, si l'acte survenu *après la première violation* l'a réellement *offensé de nouveau*, et si le *but* de l'agent était précisément d'attaquer ce droit (comme cela se présente avec évidence chez le recéleur de l'objet furtif, qui porte la main sur cette chose pour en tirer un gain), cet acte, qui ne peut pas être appelé *cause* de la première violation déjà consommée, peut bien être appelé *cause* (et il l'est *réellement*) d'une violation ultérieure du droit de propriété. C'est une *continuation* de la première offense (comme l'a ingénieusement remarqué Trébutien), et c'est un acte de complicité.

§ 484.

Ainsi en résumé, il faudrait, ce me semble, diviser en cinq catégories ceux qui participent au délit d'autrui : — 1° les *moteurs*, qui peuvent être *exclusifs* ou *concomitants*; — 2° les *auteurs*, auxquels on assimile les *coauteurs* ou *correi*; — 3° les *auxiliaires*, qui peuvent être *proches* ou *éloignés*, *nécessaires* ou *accidentels*; — 4° les *continueurs*; — 5° les *fauteurs*. Le *recol*, comme titre *spécial* constitué par l'*habitude* de cacher des choses ou des personnes, ne se rattache nullement au délit principal. Cela est si vrai que, selon quelques jurisprudences, pour qu'il y ait lieu à ce titre de délit, il n'est pas même toujours nécessaire qu'un délit ait été consommé.

4°

Anomalies de l'imputation dans la complicité.

§ 485.

Les principes fondamentaux du droit de punir sont absolus¹; et précisément parce qu'ils sont absolus, les *règles d'application* varient avec les faits: en effet la règle d'application doit toujours obéir au principe, et non pas le principe céder à cette règle.

1. La foi en cette vérité constitue la différence entre la doctrine pénale *scientifique* et la soi-disant doctrine pénale *empirique*. Ceux qui suivent cette fausse doctrine dégradent le droit pénal jusqu'au point de l'appeler une *thérapeutique*, et en font un art expérimental qui n'a rien de commun ni avec la philosophie juridique ni avec la logique.

§. 486.

C'est un principe absolu que la mesure de l'imputation est en raison composée de la force morale et de la force physique du délit. Entre autres déductions de ce principe, nous avons rencontré les règles suivant lesquelles l'impu-

tation du mandant, de l'associé, du conseiller, du *correu*, ou de l'auxiliaire, se gradue proportionnellement à celle de l'auteur principal, selon le plus ou le moins que la complicité présente dans ses forces physique et morale respectives. Mais ces règles de proportion supposent l'état ordinaire et normal du concours respectif des volontés et des actions.

§ 487.

Or cet état normal peut disparaître toutes les fois qu'il intervient une modification soit dans les rapports que les participants ont entre eux, soit dans leurs rapports avec la loi pénale. Cela peut se produire de trois manières différentes: — 1° s'il n'y a pas eu *conformité persévérante* entre les *volontés* des agents; — 2° s'il a manqué la *conformité de l'action* avec la *volonté* du participant; — 3° s'il n'y a pas eu *conformité dans la position juridique* des personnes. Pour compléter la théorie, il reste à expliquer ces trois cas où une modification peut se présenter. Nous rappellerons avec Tissot cet axiome en matière de droit pénal, que plus on distingue plus on est certain de rencontrer la justice.

§ 488.

PREMIER CAS. — Cessation de la conformité des *volontés*. La *conformité de la volonté* de l'auteur avec la volonté de son complice, et *vice versa*, doit avoir existé à un moment quelconque; autrement, il n'y aurait de complicité en aucune hypothèse (§ 432 et suiv.).

§. 489.

Mais l'*accord* qui s'est une fois formé entre plusieurs mal-fauteurs et qui les a liés en un rapport juridique aux yeux de la loi pénale peut être rompu par un *changement* de volonté survenu chez *un seul* des associés; et alors les règles

varient selon que cette résipiscence s'est produite chez le délinquant *principal* ou chez le délinquant *accessoire*.

§ 490.

Il est impossible de résoudre ce délicat problème sans procéder à la distinction des cas. Le principe fondamental est unique : si chacun de ceux qui sont appelés à répondre d'un délit peut être imputable, même à raison d'un fait matériel qui lui est étranger, il ne peut être imputable que selon l'état d'intention qui lui est propre. Le dol est éminemment individuel, mais une fois qu'il peut être regardé comme la cause impulsive du fait criminel, il n'est pas toujours nécessaire qu'il soit concomitant à la consommation de ce fait. On trouve une nouvelle et lumineuse application de ces vérités dans les différentes règles que nous allons maintenant exposer.

§ 491.

Si c'est celui qui devait être l'*exécuteur* du délit qui s'est repenti, on distingue. Ou bien il s'est repenti *avant* d'avoir rien fait; et alors son repentir profite à l'associé, à l'auxiliaire, au mandant, en ce sens qu'aucun acte extérieur d'exécution n'étant intervenu, il manque le *fait principal* pour fonder l'imputation, et l'on ne peut sans un défaut de logique parler de *complicité*, c'est-à-dire d'*accessoire* de ce qui *n'existe pas*. L'accord criminel peut tout au plus, dans certains cas, s'imputer à celui qui a persévéré dans sa volonté coupable, comme délit existant par lui-même.

§ 492.

Ou bien l'exécuteur s'est repenti *après* avoir déjà réalisé les actes extérieurs qui constituent le matériel d'une *tentative*; et alors cette tentative pourra ne pas être imputée à celui qui s'est repenti. En effet, par rapport à lui, il y aura

un délit resté imparfait par une cause volontaire (§ 391), mais cette tentative sera toujours imputable à l'autre, puisque, par rapport à ce dernier, le repentir de l'exécuteur est un cas fortuit qui est *indépendant de sa volonté*, qui y est même contraire.

§ 493.

Que si le repentir ne se produit pas chez l'exécuteur, mais chez le *mandant*, l'*associé*, le *conseiller*, ou l'*auxiliaire*, il faut encore distinguer.

§ 494.

Ou bien ce repentir est resté *ignoré* de l'exécuteur, qui a conduit le délit à sa fin conformément à l'accord primitif; alors le repentir ne sert nullement à excuser le participant, de même qu'il n'a nullement servi à empêcher l'exécution du délit à laquelle il avait donné une impulsion efficace.

§ 495.

Ou bien ce repentir a été *connu à temps* de l'exécuteur, mais, quoiqu'il connût le changement de volonté de son coparticipant, il a persévéré pour son propre compte, et il a conduit le délit à sa fin; alors il est de règle que l'exécuteur reste seul responsable.

§ 496.

Toutefois, comme cette règle se fonde sur l'idée que le délinquant accessoire, en communiquant *à temps*, quoique non utilement, son changement de dessein à l'exécuteur, a *détruit* pour sa part tous les *effets* de son premier dessein et de l'accord primitif, il s'ensuit que, quand cette condition manque, il est de nécessité logique de reconnaître la persévérance de l'imputabilité chez le participant, malgré

son repentir et la manifestation qu'il en a faite en temps utile.

§ 497.

C'est ce qui arrive quand le participant a *aidé aux premiers actes délictueux, donné des instructions, ou fourni des moyens* qui ont ensuite effectivement servi à consommer le délit. Dans ces cas-là, l'acte mauvais du participant, qui a eu influence sur le délit, ne peut pas être effacé par l'acte postérieur de résipiscence, qui n'a pas été suffisant pour l'empêcher. L'imputabilité reste malgré ce vain repentir, à moins que le participant n'ait poussé sa résipiscence jusqu'à agir de tout son pouvoir pour empêcher le délit.

§ 498.

SECOND CAS. — Défaut de conformité de l'action avec la volonté. Cela se présente quand l'exécuteur du délit produit un effet plus grave, viole un droit plus important que celui qu'envisageaient ses coparticipants. L'ordre du mandant, les instigations du conseiller, l'accord de l'associé, les préparatifs de l'auxiliaire tendaient par exemple à blesser seulement un ennemi; l'exécuteur l'a tué : les autres seront-ils responsables de l'homicide ¹ ?

1. La pleine responsabilité de l'excès est soutenue par beaucoup d'auteurs : Bohmer, *Elementa*, 2, 16, 215; — Matthæus, *De crim.*, 48, 5, 3; — Berger, *Œconomia juris*, 3, 5, 36, et 3, 11, 12; — Eisenhart, *Opusc.*, p. 67; — Carpzovius, *Practica*, pars 1, quæst. 4, n° 17. Pultman a combattu énergiquement cette opinion, *Opusc. crim.*, op. 1, de *excessu ejus cui aut verberatio aut vulneratio alicujus mandata est mandanti haud imputando*.

§ 499.

Deux principes sont en conflit. D'un côté on objecte que ces participants, ayant contribué par leur influence à mettre en mouvement le bras de l'auteur physique du délit, sont en quelque façon cause de ce délit. D'un autre

côté on oppose qu'il ne peut jamais y avoir de responsabilité pour cause de dol là où il n'y a pas de volonté.

§ 500.

Le conflit se résout en distinguant entre l'*excès* dans les *moyens*, et l'*excès* dans le *résultat*, distinction mise en lumière par Carmignani. Romagnosi en a fait l'éloge dans ses lettres au professeur Valeri, et c'est à tort que tel auteur contemporain voudrait la lui attribuer ¹.

1. On pourrait plutôt dire qu'il y en a trace dans quelques anciens praticiens, par exemple dans Grantius, *De defensione reorum*, pars 2, p. 120, n° 147.

§ 501.

Il y a *excès* dans les *moyens*, quand l'exécuteur a usé de *moyens différents* de ceux qui avaient été concertés avec les participants : le dessein commun était d'user d'un bâton, et l'exécuteur s'est servi d'un stylet. Dans ce cas, la responsabilité pèse tout entière sur l'auteur de l'*excès*, seule cause du résultat plus grave.

§ 502.

Il y a *excès* dans le *résultat* seulement, quand les *moyens* employés ont été à la vérité les *moyens voulus de tous*, mais ont produit un effet plus grave que celui qu'on attendait. En pareil cas, si l'effet plus grave est une conséquence naturelle du fait, ou résulte d'une simple *faute* de l'exécuteur, la responsabilité se communique; en effet, quoique les participants n'aient pas prévu ni voulu ce résultat, ils ont voulu *dolosivement* les moyens qui par leur nature ont produit le résultat plus atroce. Cela les rend responsables du *titre plus grave*, bien que pourtant cela ne suffise pas pour transporter du cas prévu et voulu au titre non prévu ni voulu la qualification résultant du *dol réfléchi*.

§ 503.

Mais si l'excès, même dans le simple résultat, est provenu d'un *dol spécial* de l'exécuteur, celui-ci en est seul responsable.

§ 504.

On ne doit pas non plus perdre de vue que les règles relatives à l'excès, qui trouvent leur application dans un même genre de méfaits, n'ont pas lieu s'il s'agit de *délits différents*. Dans ce cas bien distinct on applique invariablement les règles d'irresponsabilité établies ci-dessus (§ 435).

§ 505.

TROISIÈME CAS. — Défaut de conformité dans la position juridique des codélinquants. Les circonstances matérielles inhérentes au fait criminel se communiquent entre ceux qui ont participé au délit. Les circonstances inhérentes aux personnes ne se communiquent pas. La complicité n'est jamais accessoire à la personne, mais au fait : elle est réelle et non personnelle. Cette règle est absolue, mais elle présente des difficultés dans l'application.

§ 506.

Il y a des circonstances si évidemment personnelles, qu'elles ne peuvent donner lieu à aucun doute. Personne n'oserait soutenir que la *minorité*, l'*erreur*, l'*ivresse*, la *surdimutité*, la *démence*, la *passion véhémence*¹ d'un de ceux qui prennent part au délit, communiquent le bénéfice de l'excuse aux autres participants qui réunissent les conditions de la pleine imputabilité. De même, la *qualité d'étranger*, ou l'*état de récidive* où se trouve l'un des coupables, ne pourrait jamais être mis, comme raison d'aggravation, à la charge des codélinquants qui ne sont ni étrangers ni en état de récidive.

1. Le cas du mari qui, ayant surpris sa femme en adultère, commande à son fils ou à un serviteur de la tuer, a fait l'objet d'une discussion intéressante entre les praticiens. Farinaccius (*Quæst.* 121, n° 18) et d'autres auteurs font valoir, au profit de l'exécuteur, l'excuse qui protégeait le mari offensé, par la raison que l'exécuteur connaissait les conséquences juridiques du juste ressentiment sur l'acte qui lui était commandé. Harprecht, *Disp.* 1, n° 345, a mis en doute l'inexactitude de cette solution. Covarruvius, *In epitome, pars 2, cap. 7, § 7, n° 5*, l'a combattue : après avoir reconnu que c'est là la doctrine commune des auteurs, il en conteste la justesse. Nous aussi nous la croyons peu fondée. Seulement, en rapprochant cette hypothèse de celle du complice du fils parricide, il nous semble que les deux questions devraient se décider au moyen du même critérium.

§ 507.

De même il y a des circonstances qui sont si évidemment matérielles qu'elles ne peuvent pas donner lieu à un doute sur leur communicabilité à tous les participants. L'*effraction*, l'*escalade*, les *fausses clefs*, la *violence*, et autres circonstances matérielles qui ont servi à l'accomplissement du vol et qui en augmentent la quantité sociale, ne peuvent pas ne pas être communes à tous ceux qui sciemment¹ ont pris part au délit qu'elles qualifient, bien que ceux-ci n'aient peut-être pas opéré par eux-mêmes la violence ou l'effraction. Ces circonstances sont tellement unies au fait criminel, que celui qui a voulu le fait qui en est accompagné, et qui y a contribué, ne peut pas décliner la responsabilité des conséquences.

1. Pour fonder la coresponsabilité, la science suffit, car celui qui veut un fait ne peut pas ne pas vouloir les moyens par lesquels il sait que ce fait devra être exécuté. Mais cette science doit être précédente ou concomitante, il ne suffit pas qu'elle soit subséquente.

§ 508.

Toute la difficulté se produit relativement à certaines circonstances qui, loin d'être réelles, sont vraiment intrinsèques à la personne, mais qui pourtant influent sur le titre du délit. La qualité de *domestique*, chez le voleur,

qui donne lieu au titre du *vol domestique*, se communique-t-elle aux coparticipants non domestiques? La qualité d'*officier public* rend-elle pire la condition de ceux qui prennent part au faux commis par un notaire? De même la qualité de *fil*s, chez l'assassin, aggrave-t-elle la responsabilité de ceux qui participent au *parricide*?

§ 509.

Quand ces qualités purement *personnelles*, outre l'influence qu'elles ont sur le *titre* (influence qui peut n'être que *dans les mots*), constituent l'essence du nouveau délit, ou en ont été le *moyen*, on doit certainement les opposer même à ceux qui ne les avaient pas en leur personne, mais qui ont participé sciemment au fait de celui qui les avait, et en ont ainsi profité¹. Quand rien de cela ne se présente, les opinions sont divisées, mais il semble trop rigoureux de communiquer une aggravante à qui n'en avait pas la cause en soi, par le seul motif du respect de la nomenclature.

1. Carmignani a enseigné la doctrine de la *communication*. Rossi a défendu énergiquement la *non-communication* de l'aggravante. De Molènes (*De l'humanité dans les lois criminelles*, p. 549), Boitard, Legraverend, Chauveau et Faustin Hélie, etc., sont pour l'*incommunicabilité*. Bertaud (*dernière leçon*, p. 437) fait observer que la doctrine tient pour l'opinion la plus douce, et la jurisprudence pour l'opinion la plus sévère, mais il se décide pour celle-ci. Trébutien, après quelque hésitation, montre qu'il penche pour la *communication*, et puis il se tranquillise (*Cours élémentaire de droit criminel*, p. 200) en faisant remarquer que le jury admettra, pour le complice qui n'est pas le fils, les circonstances atténuantes. Ainsi le système des circonstances atténuantes, qui laisse sans forme arrêtée la justice pratique, conduit à l'indifférentisme quant aux principes scientifiques, et abandonne aux juges le soin de statuer en législateurs. Molinier (*Revue critique*, vol. 13, p. 86) soutient l'assimilation, quant à la peine, du complice au parricide ou au notaire qui a falsifié un acte public. Ortolan (*Éléments de droit pénal*, n° 1284, 2°) reconnaît que la doctrine courante chez les théoriciens est celle de la *non-communicabilité*, mais il se déclare en principe pour la *communicabilité* (n° 1285) toutes les fois que la qualité personnelle influe, comme nous disons, sur le *titre*, ou, comme le dit cet auteur, sur la *criminalité* du

fait, et non sur la seule *criminalité* de la *personne*. Du reste il en limite l'influence (n° 1286) de manière à rendre toujours inégale la condition des participants. Rauter a poussé la rigueur jusqu'à dire (*Traité de droit criminel*, n° 119) que le complice participe à la responsabilité des qualités personnelles de l'auteur, encore qu'il les ait ignorées. Propositions qu'il semblerait impossible qu'on pût rencontrer dans un livre publié de notre temps, si cela et tant d'autres choses n'étaient expliqué par les traditions de Jousse, et de Vouglans, le grand adversaire de Beccaria. Par là on bannit la condition de l'élément *intentionnel* dans la complicité, et l'on tombe dans la plus absurde contradiction. L'ignorance de ses rapports personnels avec celui qu'il a tué exclut le titre du parricide; même chez le fils meurtrier de son père, parce que, quant au parricide, c'est une erreur *essentielle*; et l'on ose soutenir que cette *ignorance* ne profite pas au complice! En substance cette grave divergence dépend de l'opposition de deux principes: le principe de l'*indivisibilité du titre*, qui paraît commander la communication, et le principe de l'*individualité du dol* qui prescrit la non-communication.

CHAPITRE X

DU DÉLIT CONTINUÉ

§ 510.

Jusqu'ici, nous avons considéré la position juridique d'un homme à qui l'on veut imputer, comme auteur ou comme complice, la violation consommée ou tentée d'un *seul droit*.

§ 511.

Nous avons aussi considéré la position juridique de celui à qui l'on reproche *plusieurs violations* dont l'une a servi de *moyen* à l'autre, et nous avons vu comment un délit se confond et s'unifie avec un autre (§ 52 et § 170).

§ 512.

Enfin nous avons considéré le cas de celui qui a commis

plusieurs violations à plusieurs fins distinctes, et nous avons noté en passant qu'autant il y a de fins, autant il y a de délits dont l'agent est responsable distinctement. Mais cette dernière règle a besoin d'un développement ultérieur.

§ 513.

Elle s'applique sans difficulté si les fins différentes représentent plusieurs violations de différentes lois pénales; ainsi, par exemple, quelqu'un a commis un vol et un viol, même dans un seul contexte d'action : point de doute sur la règle. Ce sont deux délits distincts.

§ 514.

Mais si l'agent, par ces violations répétées, n'a toujours offensé qu'une même loi pénale, alors la fin des diverses violations semble se réduire à une seule, du moins sous un point de vue générique, et l'unification de la fin semble devoir conduire à unifier aussi le délit. Voilà la théorie très-subtile de la continuation, qui doit son origine à l'indulgence des praticiens qui ont fait tous leurs efforts pour rendre plus rare la peine de mort infligée au troisième vol.

§ 515.

Nous avons noté la différence entre les délits dans lesquels la violation du droit s'épuise en un seul moment, et les délits dans lesquels la violation du droit persiste même après le moment où elle a été consommée. Ainsi dans le meurtre, dans les blessures, dans le viol, la violation du droit s'épuise avec l'action de tuer ou de blesser; elle ne continue ni ne se prolonge au delà, bien que le mal déjà produit par l'infraction continue. Dans d'autres délits au contraire, la violation se prolonge (ou peut se prolonger) indéfiniment; ainsi par exemple, dans l'association de

malfaiteurs, dans le complot, l'usurpation de la possession d'autrui, l'enlèvement, le dépôt d'armes, la séquestration, la bigamie, et même, à certains égards, dans le vol. Les premiers ont été appelés délits instantanés (§ 52); les anciens ont donné aux seconds le nom de délits successifs (renfermant pour ainsi dire une série de violations); d'autres les ont nommés continus, d'autres permanents; un auteur enfin, récemment, les a appelés délits chroniques : Ortolan, *Éléments de droit pénal*, n° 743.

§ 516.

En réalité, cette distinction n'est pas celle qui sert de base à la théorie du délit continué.

§ 517.

La notion du délit continué (du moins dans le sens où l'ont toujours prise les praticiens italiens) suppose la répétition de plusieurs actions, dont chacune représente la parfaite violation d'une loi. Quand le délinquant persévère dans les abouchements séditieux, dans la jouissance du bien usurpé, dans l'injuste séquestration d'un citoyen, dans l'abus dolosif de la chose d'autrui, cette continuation du délit, si elle montre la persistance du mauvais dessein, ne produit pas de violation ultérieure de la loi. Ici on ne peut pas se demander s'il s'agit de plus d'un délit : la persévérance consiste à entretenir les effets du premier délit, d'une façon pour ainsi dire négative, plutôt qu'au moyen d'un renouvellement d'action constituant véritablement une seconde infraction à la loi.

1. De là cette grave question : Peut-on objecter la continuation dans la tentative et dans le délit manqué ? La difficulté a été soumise dans une espèce à la Cour royale de Lucques, qui l'a plutôt étudiée que résolue. Ce problème, posé dans ses termes scientifiques, se réduit à la formule suivante : Pour qu'il y ait délit continué, suffit-il qu'il y ait répétition de la consommation subjective, ou faut-il la répétition de la consumma-

tion *objective* ? En admettant la première proposition, on serait conduit à l'absurde, car on rendrait *continues* tous les délits (et ils sont nombreux) qui, par leur nature, exigent pour se produire une série d'actes répétés. Combien faut-il au faussaire de coups de lime et de burin avant d'avoir achevé la fausse monnaie ? Donc on doit dire que la *continuation* demande la répétition de la consommation *objective*. Donc, puisque dans le délit tenté ou manqué il n'y a pas consommation *objective*, on ne peut pas soutenir qu'il rende *continué* le délit parfait que l'agent a consommé postérieurement. La chose est claire. Mais, comme la tentative aussi constitue par elle-même un délit punissable, un délit complet en quelque façon dans son genre, et qui a son objectivité dans le droit *attaqué* de même que le délit parfait a son objectivité dans le droit *violé*, quand plusieurs tentatives différentes du même délit se sont répétées, on peut très-bien, dans ces tentatives successives (si elles ne se confondent pas en une seule action), trouver la tentative continuée. Mais une fois la consommation *objective* du délit parfait arrivée, on ne peut, sans équivoque, en faire une répétition de la consommation *objective* bien différente qui est spécialement propre à la tentative. L'*agression* du droit s'est répétée, mais non la *violation*.

§ 518.

La continuation, dans ces délits, est une chose tellement inhérente à leur nature, qu'il n'est pas possible d'en faire une *spécialité* dans les cas particuliers, ni de prétendre reprocher à l'auteur de la première infraction le second acte comme une infraction nouvelle et indépendante.

§ 519.

Pour qu'on puisse reconnaître plusieurs délits, il faut qu'il y ait plusieurs actions dont chacune représente par elle-même une nouvelle offense à la loi. Or, étant donnée cette pluralité d'actions, la rigueur des principes aurait demandé qu'on les imputât toutes à leur auteur, comme autant de titres distincts de délit. Mais comme cela conduisait, par une nécessité logique, à une accumulation de peines qui pouvait être exorbitante, les praticiens ont introduit la doctrine indulgente de la *continuation*, dont le but est de faire considérer les différents délits comme un seul délit continué, afin d'y appliquer une imputation collective.

plus grave que celle qui convient au délit *unique*, mais jamais équivalente à la somme qui résulte de l'accumulation des imputations dues à chaque infraction.

§ 520.

Il est évident par là que la *continuation* n'est pas d'une façon absolue une circonstance *aggravante*, puisqu'elle emporte l'effet de diminuer l'imputation de tout ce dont celle qu'on donne à un délit seul, augmentée par la continuation, diffère de l'imputation de la première violation plus l'imputation de la seconde, de la troisième, etc. Quoi que puissent décider les jurisprudences, en conformité (réelle ou imaginaire) à certains droits constitués, il est clair en présence des principes rationnels que la *continuation* ne peut jamais avoir pour effet d'infliger aux faits répétés une peine supérieure à la somme des peines dues à chacun de ces faits. Cela est démontré par l'histoire de cette théorie et par la raison dont elle s'inspire, qui est qu'elle voit dans les faits qui se continuent, non pas plusieurs déterminations criminelles distinctes, mais *une seule*. Étant indubitable qu'on doit considérer celui qui s'est déterminé plusieurs fois au délit comme plus criminel que celui qui ne s'y est déterminé qu'une seule fois, il est contradictoire de punir celui-ci plus sévèrement que l'autre¹. C'est dans ces difficiles conflits d'application que la justice pratique semble souvent dévier des principes de la justice rationnelle, et prête le flanc aux critiques amères des socialistes.

1. Ces idées s'éclaircissent au moyen d'exemples. Titius avait besoin de cent cinquante francs ; il les a volés en une seule fois : il a encouru (supposé le vol qualifié) la peine de la maison de force de trois à douze ans. Caius a résolu de voler aujourd'hui cinquante francs à moi, demain cinquante francs à Pierre, puis cinquante francs à Louis : il est responsable de trois vols, pour chacun desquels (supposé toujours le vol qualifié) il encourt la peine de la prison de un à cinq ans (Code tosean,

art. 386, lettre b), et ainsi il peut avoir en tout au plus (art. 74, lettre b) huit années de prison. Mævius vole aujourd'hui cinquante francs à moi, et demain cinquante francs à Pierre : coupable de deux vols qualifiés, il a encouru les deux peines, mais, comme ils sont l'un et l'autre de moins de cent francs, ils ne peuvent pas entraîner pour lui plus de huit années de prison. Vient la théorie de la continuation, qui observe que Mævius a procédé à deux vols, et Caius à trois, par suite d'une seule détermination criminelle : unifiant les deux vols commis par Mævius, elle fait (Code toscan, art. 386, lettre b) qu'on ne peut pas lui appliquer plus de cinq ans de prison, au lieu de huit ; donc elle lui profite et doit s'appliquer. Mais la même théorie appliquée aux trois vols de Caius en ferait un seul vol de plus de cent francs, et le conduirait (le vol étant qualifié) à la maison de force jusqu'à douze ans (art. 386, lettre a) ; donc la fiction juridique de la continuation changerait l'espèce de la peine et nuirait trop à Caius, on ne doit pas la lui appliquer. Il faut le considérer comme auteur de trois vols inférieurs à cent francs, et le condamner à la prison pour huit ans au plus ; en effet la continuation (qui aggrave la peine) ne peut jamais avoir pour effet d'augmenter l'imputation. Telle est la manière dont la jurisprudence toscane a procédé ordinairement dans ces difficiles combinaisons. Reste l'apparente absurdité de voir Titius puni de la maison de force pour avoir volé cent cinquante francs en une seule fois, tandis que Caius ne pourra avoir au plus que huit ans de prison, parce qu'il a volé cent cinquante francs en trois fois. L'absurdité n'est qu'apparente, en effet Titius a eu l'intention de commettre un vol de cent cinquante francs qu'il savait être puni de la maison de force : il est bon qu'il encoure cette peine. Caius au contraire, dans chacun de ses vols, n'a voulu voler que cinquante francs, et n'a jamais pensé qu'il serait puni de la maison de force. Si par une raison d'indulgence on suppose, quand cela doit profiter à l'accusé, que la somme totale des vols répétés est le résultat d'un seul vol, il est inhumain de retourner contre lui cette fiction juridique pour le pousser à la maison de force. Dans la première hypothèse, on suppose une détermination *générique* qui unifie les déterminations *spéciales* successives, et l'accusé ne repousse pas cette détermination générale, car elle lui est avantageuse. Mais dans la seconde hypothèse, l'accusé proteste contre la détermination *générique* : il soutient que les trois vols ont été le résultat de trois déterminations *spéciales* distinctes dont chacune tendait à commettre un vol de moins de cent francs, et le juge ne peut pas, au détriment de l'accusé, insister sur la détermination générale, qui est purement hypothétique. Dans le premier cas on juge selon la fiction juridique, dans le second selon la vérité des choses.

§ 521.

Pour bien définir le *délit continué*, il est nécessaire d'éta-

blir deux critères distincts : l'un pour discerner le cas du *délit continué* d'avec le cas de *plusieurs délits*, l'autre pour distinguer le *délit continué* du *délit unique*, considération qui n'a pas toujours été suffisamment éclaircie, et dont l'omission est devenue une source d'équivoques. Deux auteurs sembleront d'accord parce qu'ils disent tous les deux : ce n'est pas un cas de *délit continué* ; mais l'un nie la continuation parce qu'il soutient qu'il y a *plusieurs délits*, et l'autre la nie parce qu'il soutient qu'il n'y a qu'un *seul délit*. Au lieu d'être d'accord ils sont aux antipodes.

§ 522.

Il est aisé de distinguer le *délit continué* du *délit multiple*, dès qu'on remonte aux principes constitutifs du *délit*. Avant tout il est nécessaire, pour exclure la pluralité, qu'il s'agisse de plusieurs violations de la *même loi*. L'*identité*, l'*unité de la loi violée* est donc la première condition pour exclure la *pluralité* des délits. Si les différents actes violent *différentes lois*, il est clair (vu la multiplicité des *objets*) qu'on a plus d'un *délit* à imputer, hors le cas où ils s'unifient dans le rapport du moyen à la fin.

§ 523.

Mais l'*unité de loi* ne suffit pas. L'essence de tout *délit* consiste en un élément *moral* (l'intention) et un élément *physique* (l'acte extérieur). Quand on a trouvé la pluralité d'actes extérieurs violateurs de la *même loi*, on a la multiplicité dans l'élément *physique* ; mais pour avoir la pluralité de délits, il faut encore la pluralité dans l'élément *moral* : or celle-ci n'existe pas dans le *délit continué*, et la raison en est évidente. En imputant la première action, on a imputé l'élément physique A plus l'élément moral B constitué par la détermination criminelle. Quand on passe à l'imputation de la seconde action, on impute l'élément physique

C, distinct de l'élément physique A, et puis, de nouveau, l'élément moral B : en effet, la *détermination* étant *unique*, l'élément moral qui se joint aux éléments physiques A et C est toujours le même élément B. Donc, en donnant une imputation intégrale à chacune des deux actions, on tombe dans l'injustice, puisqu'on en vient à imputer *deux fois* le même élément moral.

§ 524.

Ainsi l'*unité de détermination* jointe à l'*unité de loi violée* emporte nécessairement l'exclusion de la pluralité des délits.

§ 525.

Qu'on ne dise pas que cet argument convient de même au cas où par une seule détermination on a résolu de violer plusieurs lois distinctes ; en effet la diversité d'*objet* (étant toujours bien entendu que l'*objet* du délit est la *loi*) rend impossible, par une nécessité idéologique, l'unification de la détermination. Sauf le cas où une violation est par rapport à l'autre dans le rapport du moyen à la fin, la résolution de violer une loi est idéologiquement distincte dans son origine et dans ses moments de la résolution de violer une autre loi distincte. La conception en peut être *contemporaine*, elle n'est jamais *unique*.

§ 526.

Quand donc il y aura pluralité d'actions, mais unité de loi violée et de résolution criminelle, on ne pourra pas admettre la pluralité de délits. On ne le fera que quand il y aura pluralité d'*actions* et pluralité de *résolutions* ; que plusieurs *lois* ou une seule aient été violées.

§ 527.

Mais toutes les fois que nous trouverons la *pluralité d'actes* extérieurs dirigés contre la même loi et provenant

d'une même résolution criminelle, aurons-nous *toujours* le délit continué ? Non. La règle, qui est absolue dans le premier sens, ne l'est pas en sens inverse : la pluralité d'actes matériels n'emporte pas toujours la conséquence qu'il y a *plusieurs violations* qui se confondent en un délit *continué*. Souvent, malgré la pluralité d'actes matériels, on a un délit *unique*. Pour éclairer cette idée il me semble qu'au point de vue scientifique on doit insister sur la distinction entre les *actes* et l'*action*.

§ 528.

Il serait absurde de poser en principe que la pluralité d'actes qui violent la même loi et qui procèdent d'une seule détermination conduit toujours au délit *continué*. Prenons pour exemple le vol. Celui qui entre dans ma maison et dérobe cent écus, s'il les trouve tous dans un sac et s'en empare par un seul acte, exécute évidemment une action unique. Mais si la *pluralité d'actes* emportait en règle absolue la continuation, il faudrait dire que ce voleur, trouvant les cent écus séparés, de façon qu'il ait dû en prendre d'abord dix, puis dix autres, et ainsi de suite, pour les mettre dans sa poche, aurait exécuté un vol continué. En effet le premier *acte* de prendre dix écus et de les mettre dans sa poche présente par lui-même un délit complet ; étendre de nouveau la main pour en prendre dix autres constitue un second *acte* distinct du premier, qui est aussi en soi un vol complet. Mais qui est-ce qui voudrait soutenir sérieusement cette théorie ? Tous les jours il se commet des vols de plusieurs objets, et personne n'a jamais tenté en justice d'objecter la continuation à un voleur parce qu'il a trouvé l'argent éparpillé au lieu de le trouver dans le sac.

§ 529.

Donc il doit y avoir un second critérium qui, malgré la

pluralité d'actes, fasse encore disparaître la *continuation* pour laisser place au délit unique.

§ 530.

Ce critérium, il faut le chercher dans des *unités* ultérieures qui, en sus de l'unité de loi et de résolution, effacent la pluralité matérielle des *actes* et en forment une *action* unique. Le délit étant alors unifié dans l'élément physique comme il s'unifie dans l'élément moral, il en résulte nécessairement l'unité d'imputation sur la base du délit unique : ce délit peut être *simple* ou *complexe* (§ 52) sans cesser d'être *unique*¹.

1. Je ne saurais me persuader qu'on puisse rapporter aux délits *continus* le cas où un coup de fusil a blessé plusieurs personnes. La loi violée est unique, la *résolution* est unique, l'*acte* est unique ; nous aurons, vu la pluralité des *résultats*, un délit *complexe*, mais trouver la *continuation* là où il y a un *seul moment moral* et un *seul moment physique*, c'est, à mon sens, une contradiction, au moins en théorie. Bien que le résultat comporte deux titres de délit différents (par exemple le meurtre de l'un, et les blessures quant à l'autre), ne sera-ce pas le cas de la distinction connue entre le concours *formel* et le concours *matériel*? Peut-être cette matière n'a-t-elle pas encore reçu de la science son dernier développement. Voyez Wafelaer, *De concursu delictorum, Lovanii 1822* ; — Van der Does, *De crimine repetito, Trajecti ad Rhenum 1826* ; et la dissertation de Kitka insérée en 1857 dans l'*Eco dei Tribunali*, nos 751, 752 et 753.

§ 531.

Maintenant quelles seront les *unités* ultérieures qui unifieront les *différents actes* constitutifs ? Quelques-uns ont fait consister ce critérium dans l'unité de conditions du *sujet passif* du délit. Ainsi si un voleur s'introduit chez moi et dérobe à la fois plusieurs objets qui tous m'appartiennent, on a dit que le vol est unique, bien qu'il porte sur plusieurs choses et qu'il résulte de plusieurs *actes*. Mais si quelqu'un de ces objets appartenait à un autre qui l'avait laissé là, on a prétendu que le vol est un vol continué.

Cette subtilité n'est pas démonstrative, car elle ne répond pas à la justice, et puis la raison dont on voudrait l'appuyer est fautive. Il n'est pas vrai, en effet, que dans le second cas il y ait violation de plus d'un droit, et dans le premier violation d'un seul droit, puisque même dans le premier cas si le droit subjectif est unique, le droit objectif est multiple ; aussi même là on pourrait dire qu'il y a plus d'un droit violé, à savoir mon droit sur la chose A, et mon droit sur la chose B, qui sont parfaitement distincts.

§ 532.

L'unité ou la pluralité des sujets passifs est donc un critérium trompeur pour unifier ou multiplier les délits qui résultent de plusieurs actes matériellement distincts.

§ 533.

On pourrait plutôt, à ce qu'il semble, accepter le critérium de l'unité de *lieu* et de *temps*, autant qu'il peut humainement y avoir *unité* dans ces rapports. Prenant en considération ces unités de temps et de lieu, la prudence du juge pourra ne pas tenir compte de la répétition matérielle des *actes*, et, les regardant tous comme les *moments* d'une *action* unique, voir un délit unique là où l'on pourrait trouver l'apparence de la continuation. Autrement, si l'on s'attachait avec une rigueur ontologique à séparer les différents actes dans une action délictueuse, cet excès de subtilité conduirait, dans certains genres de délits, à trouver dans la continuation le cas ordinaire et dans l'unicité une exception rare.

§ 534.

Chacun sent que certains délits renferment, pour ainsi dire nécessairement, la *répétition* d'actes positifs dont chacun à lui seul serait un délit parfait. Devra-t-on aller chercher si l'accusé d'outrage violent à la pudeur s'est borné à

un seul attouchement, ou s'il a avec réitération porté une main impudique sur la fille qui résistait? Ira-t-on chercher si celui qui est monté sur l'arbre d'autrui a cueilli un seul fruit dont il s'est contenté, ou s'il en a cueilli deux? si celui qui a dit des injures ou fait des menaces a proféré une seule parole offensante ou plusieurs? En réalité les actes ont été multiples, et chacun d'eux a tout ce qu'il faut pour présenter un délit complet. Mais on tomberait dans le ridicule avec cette rigoureuse exactitude si l'on faisait équivaloir la multiplicité des actes à la multiplicité des actions, simplement parce que chaque acte offre un délit complet.

§ 535.

Du reste l'unité de temps n'est pas, comme unité absolue, possible humainement, de sorte que le critérium de la continuation devra, avec une apparente équivoque, se tirer de la discontinuation, c'est-à-dire qu'on examinera s'il y a eu interruption dans les actes. Si les actes sont continués matériellement, on dira avec plus de facilité qu'ils n'ont pas été continués juridiquement, qu'ils constituent divers moments d'une seule action criminelle, et que nous avons le délit unique. S'ils sont discontinués matériellement de telle sorte qu'on ait un intervalle représentant une interruption de l'action criminelle, on pourra plus facilement accepter l'idée non-seulement de plusieurs actes, mais encore de plusieurs actions distinctes, et par là exclure absolument le délit unique pour voir plusieurs délits, quand il y a eu diverses résolutions, ou bien le délit continué, s'il y a eu unité de détermination.

§ 536.

Mais l'unité de résolution elle-même ne doit pas s'entendre avec une rigueur idéologique. On doit se contenter d'une unicité générique. Ainsi, par exemple, un domestique s'est procuré une fausse clef du secrétaire de son maître pour

voler de temps en temps de l'argent. Il y revient deux fois, trois fois, et plus. C'est là, dans l'opinion générale des praticiens, un vol continué; mais, à parler rigoureusement, autant de fois à un moment donné il s'est déterminé à y revenir, autant il y a de résolutions. Après la première et la seconde fois, il pouvait encore se désister; il a donc fallu un nouvel acte de volonté pour qu'il y retournât la troisième fois. Cependant on considère encore le troisième fait comme le résultat d'une résolution criminelle unique, à cause de l'unicité de la résolution générique de prendre dans ce secrétaire toutes les fois qu'il en éprouverait le désir ou que l'occasion s'en présenterait. Les déterminations spéciales qui viennent ensuite ne sont toujours que des réalisations, des développements de la première¹. Peut-être serait-il plus conforme à l'exactitude du langage d'exprimer l'élément subjectif de la continuation au moyen de la formule unicité de dessein, au lieu de la formule unicité de détermination qui ne peut jamais être complètement vraie dans les applications pratiques. En effet, tout acte quelconque de l'homme est nécessairement le produit d'une détermination spéciale qui, bien qu'elle ne soit autre chose que la réalisation d'une détermination générique primitive, se distingue pourtant idéologiquement de la détermination spéciale ou prochaine d'où est sorti l'acte précédent.

1. Nous avons vu, en pratique, reconnaître le cas de continuation dans des vols répétés commis dans le cours de plusieurs mois, en différents lieux, et au préjudice de plusieurs propriétaires différents.

§ 537.

Ainsi donc, en résumant ma pensée sur ce sujet difficile et controversé, je dirai en théorie abstraite : — 1° que la pluralité d'actions et de déterminations emporte la multiplicité des délits, même en présence de la violation d'une seule loi; — 2° que la diversité des lois violées emporte aussi la multiplicité des délits, encore qu'il parût y avoir unité de détermi-

nation et d'action; excepté le cas d'un délit absorbé par un autre à cause du rapport de moyen à fin; — 3° que l'unicité de *détermination* générique (autrement dit de *dessein*) et de *loi violée* emporte le délit continué quand il y a eu pluralité d'actions; — 4° que l'unicité de *détermination*, de *loi violée*, et d'action emporte le délit *unique* quoiqu'il y ait pluralité d'actes; — 5° que l'unicité d'acte emporte le délit *unique*, mais *complexe*, bien qu'il y ait pluralité de *droits* violés.

§ 538.

Il n'est pas besoin de faire remarquer que la *continuation* ne se conçoit pas dans les délits *collectifs* (§ 52), qui ont pour caractère l'*habitude*. Mais il faut noter que la théorie de la *continuation* a de l'importance non-seulement pour la *mesure* de l'imputation, mais même dans le cas de *prescription*, quant à la persévérance de l'*imputabilité*. En effet, si le délit est *continué*, la prescription ne court que du *dernier acte*; s'il y a *plusieurs délits*, chacun d'eux a sa prescription propre. D'où il suit que l'accusé (qui d'ordinaire a intérêt à unifier ses délits le plus qu'il peut), s'il est dans le cas d'invoquer la prescription, s'efforcera de soutenir qu'il s'agit de *plusieurs délits*, afin de n'avoir que la peine de la dernière action non augmentée par la continuation, prétendant que les autres sont prescrites.

CHAPITRE XI

DES EFFETS JURIDIQUES DU DÉLIT

§ 539.

Après avoir développé sous un point de vue général la notion du délit, et ses éléments; ses effets *naturels* (dom-

mage *immédiat*, § 403), et ses effets sociaux (dommage *médiat*, § 404), il reste à voir ses effets *juridiques*, et cela nous servira de transition à la *Seconde Section* où l'on parlera de la *peine*.

§ 540.

Aux effets *naturels* du délit qui consistent, comme nous l'avons vu, dans le dommage *immédiat* résultant de sa force *physique*, et à ses effets *sociaux* qui consistent, comme nous le savons, dans le dommage *médiat* résultant de sa force *morale*, correspondent deux effets *juridiques* différents, compris sous l'idée générique de l'obligation à la *réparation*. Jusqu'ici nous avons considéré le délit comme *cause* d'un *mal*; maintenant nous devons le considérer comme *cause de droits*: c'est justement pour cela que ces effets ultérieurs sont appelés *juridiques*.

§ 541.

Du dommage *immédiat* naît l'obligation à la réparation *civile*; du dommage *médiat*, l'obligation à la réparation *sociale*.

§ 542.

L'obligation à la réparation *civile* s'accomplit en fournissant une *indemnité* à la partie lésée; l'obligation à la réparation *sociale*, en subissant la *peine*, qui est l'indemnité due à la société offensée à raison du trouble causé par le délit.

§ 543.

A chacune de ces obligations correspond une *action*¹, car chacune fait naître un *droit exigible*: droit pour la personne lésée à l'*indemnité matérielle*, droit pour la société à l'*indemnité morale*.

1. Le mot *action*, dans un sens générique, exprime la *réalisation* d'une activité quelconque, à tout moment où elle produit ses forces au

dehors. Ainsi l'on dit l'action du soleil, l'action de la pensée, de la volonté, du corps, etc. Ici, le mot *action* est pris dans le même sens, mais plus restreint ; il exprime la *réalisation de l'activité* du droit dans le moment où il produit ainsi ses forces au dehors pour se faire respecter.

§ 544.

L'action qui répond à la première obligation s'appelle *action civile* ; celle qui répond à la seconde reçoit le nom d'*action pénale*.

§ 545.

Pour faire aboutir ces *actions* à leurs fins respectives, il faut nécessairement un fait ultérieur. Ce fait est le jugement : jugement civil, pour obtenir la réparation du dommage immédiat, dont s'occupe le civiliste ; jugement criminel, pour obtenir la réparation du dommage médiat, ce qui fait le sujet de la *Troisième Section* de notre cours, et du cours spécial de procédure pénale.

§ 546.

L'action civile¹ n'appartient jamais qu'à l'offensé, qui a la faculté de l'exercer ou de l'abandonner à son gré.

1. Ferlet, *Étude sur l'action civile résultant d'un fait punissable* ; Paris, 1865.

§ 547.

L'action criminelle appartient en principe à la société, et aux représentants de la société qui en sont investis ; c'est pour cela qu'on l'appelle *action publique*¹.

1. Voyez l'ouvrage du conseiller Borsari, intitulé : *Dell' azione penale*.

§ 548.

Mais quelquefois, par égard pour l'amour de la paix ou pour la réputation ou l'intérêt de l'offensé, la loi trouve convenable de faire dépendre de la volonté de la personne

lésée la poursuite pénale elle-même du délit qui lui préjudicie. Ces délits prennent alors le nom de délits donnant lieu à une *action privée*.

§ 549.

Même en pareil cas la répression est établie dans l'intérêt de la société, et non pour satisfaire la vengeance privée. Mais l'intérêt moindre qu'a la société à la répression de ces délits, et l'intérêt plus grand que peut avoir la personne lésée à ne pas leur donner une publicité dangereuse, arrêtent le *mouvement de l'action*, sans cependant en changer la *nature* ni le *but*¹.

1. Il s'ensuit que la formule *action pénale privée* n'est acceptable que dans un sens *impropre* et figuré, pour indiquer que l'action publique est subordonnée dans son exercice à la volonté de la personne offensée : Graun, *De supervacua delictorum divisione in publica et privata moribus nostris* ; Iena, 1756.

§ 550.

La réparation civile s'obtient de diverses manières, selon les cas. Par la réparation *naturelle*, la réintégration du droit violé : ainsi par la restitution de l'objet volé, le rétablissement de la borne enlevée, etc. ; par la réparation *pécuniaire*, quand la réparation naturelle ne peut pas avoir lieu, soit par accident, soit parce que le droit n'est pas, de sa nature, susceptible de réintégration : dans ce cas on fait usage de l'argent, représentant commun de toutes les valeurs ; enfin, par la réparation d'*honneur*, quand le délit a offensé l'honneur du citoyen, et qu'il faut lui donner une satisfaction spéciale.

§ 551.

La réparation d'*honneur* se faisait anciennement par la palinodie qui se distinguait, selon les cas, en *recantatio solemnis*, *deprecatio*, et *declaratio*. L'usage moderne y a substitué l'insertion dans les journaux ou la publication imprimée de la sentence de condamnation.

§ 552.

On ne saurait admettre la réparation dite *vindicative*, consistant dans la satisfaction accordée à l'offensé de voir souffrir l'auteur de l'offense pour le seul plaisir de sa passion et indépendamment de toute réparation d'un dommage souffert dans sa personne, dans son honneur, ou dans ses biens¹. Il est aisé de comprendre que ni la loi naturelle ni la loi civile ne peuvent reconnaître un droit tendant à la satisfaction d'une passion vicieuse. Le grand avantage de la justice civile est précisément qu'ayant sous-trait la mesure des pénalités au jugement des passions privées pour la remettre au jugement de la raison, elle est vraiment la justice et non plus la vengeance.

1. Carmignani (*Elementa*, § 409) paraît avoir hésité sur ce point : reconnaissant comme un fait indubitable que les délits, outre le dommage dans la personne, dans la propriété, dans l'honneur, causent à l'offensé une *douleur morale* qui inspire le désir et, pour ainsi dire, le besoin de voir souffrir l'auteur de l'offense, il semble avoir admis (au moins comme proposition soutenable) que, même à cette douleur morale et à ce désir de vengeance les lois doivent accorder une satisfaction. Pour moi, je nie formellement qu'une passion vicieuse puisse être approuvée par la loi et convertie en une source de droits. Et peu importe la considération empirique que si la colère de l'offensé n'est pas apaisée, il y a à craindre de sa part la vengeance privée, et des désordres dans l'État. Une fois pour toutes, je proteste contre cette manière d'argumenter qui me semble non-seulement injuste, mais encore immorale. On l'a répétée jusqu'à satiété en matière d'injures, de dommages, d'adultère, de duel, etc ; mais j'ai toujours protesté et je protesterai toujours au nom de la raison contre une semblable illusion. L'injure, a-t-on dit, mériterait par elle-même une peine de dix, mais il faut lui appliquer une peine de cinquante, pour que l'offensé, mécontent de la peine de dix, ne se venge pas, de son autorité privée. Argumentation anti-juridique, car elle convertit la peine en une protection du coupable ; argumentation injuste, car elle mesure la peine du délinquant, non sur sa culpabilité, mais sur la méchanceté présumée de l'offensé ; argumentation immorale, car elle veut que l'autorité civile baisse la tête devant la plus féroce et la plus antichrétienne des passions, je veux dire la vengeance : c'est à cette puissance infernale qu'elle met en main la balance enlevée à la justice, qui redevient la servante des ressentiments privés comme au temps de la barbarie primitive. Et pourtant j'ai vu souvent

es magistrats eux-mêmes subir à leur insu l'influence de cette idée ; j'ai vu considérer comme diminuant l'imputation d'un offensé qui, non content de la condamnation obtenue contre l'auteur de l'offense, s'était procuré une vengeance plus cruelle, cette observation qu'en fin de compte il avait eu une bonne raison, parce que l'auteur de l'offense avait été trop faiblement puni. Cette décision serait très-juste si l'on voyait là une simple dégradante, car on doit compter comme des dégradantes toutes les passions, même les plus déraisonnables, si, devenues maîtresses de l'âme de l'agent, elles ont diminué sa liberté de détermination ; mais quand on la fonde sur la reconnaissance d'un *droit* qu'aurait l'offensé de supplier par lui-même à l'insuffisance prétendue du châtiment social, je ne saurais l'accepter.

§ 553.

On admet la réparation *par substitution* quand on peut *avec justice* tenir un tiers pour *civilement* responsable d'un délit commis par une autre personne, ainsi le père pour le fils. Mais si cela peut être accepté, dans les termes convenables, pour les *indemnités civiles*, on ne doit jamais l'admettre pour la *peine*.

§ 554.

C'est une chose utile, et en quelque sorte un devoir, que la réparation *subsidiare* introduite par quelques législations. Elle consiste à établir une caisse publique qui est alimentée par les amendes infligées aux délinquants, et à laquelle on recourt pour indemniser ceux qui ont été lésés par un délit commis par une personne insolvable. Il n'est pas moral que le gouvernement s'enrichisse par suite des délits qu'il n'a pas su prévenir. Il est moral au contraire que la société, dont les bons citoyens étaient en droit d'exiger protection, répare les effets de son défaut de vigilance. Cette vérité (développée chez les modernes par Kruseman, *De fidejussione universali civium*) a été proclamée dans le code de Léopold de l'an 1786, à l'art. 46¹.

1. Art. 46 : *E siccome abbiamo considerato che quanto è dovere essenziale del Governo il prevenire i delitti, il perseguirli, e castigarli, altrettanto lo è di pensare ad indennizzare non solo i dannificati dai delitti dei rei, quanto ancora quelli individui i quali per le circostanze dei casi,*

o certe combinazioni fatali si saranno trovati senza dolo o colpa di alcuno sottoposti ad essere processati criminalmente, e molte volte ritenuti in carcere con pregiudizio del loro decoro ed interesse, e di quello della loro famiglia, e saranno poi stati riconosciuti innocenti, e come tali assoluti: così avendo noi già provveduto col patrimonio pubblico per supplire alle spese di giustizia, che prima pagavansi dal fisco in parte col prodotto della confiscazione dei beni e pene pecuniarie, vogliamo che venga formata una cassa a parte sotto la direzione del presidente del Buon Governo nel dominio fiorentino, e nel senese dell' auditor fiscale di Siena; nella quale debbano colare tutte le multe, e pene pecuniarie di tutti i rispettivi tribunali dello Stato, e della quale ne renderanno conto a Noi di anno in anno. Da questa cassa, per quanto si estenderanno i suoi assegnamenti, dovranno indemnizzarsi tutti quelli, che danneggiati per delitti altrui, dal delinquente da cui il danno è loro derivato non possono ottenere il risarcimento per mancanza di patrimonio, o per fuga; e tutti quelli i quali senza dolo, o colpa di alcuno (giacchè in questo caso chi avrà commesso il dolo, o la colpa sarà tenuto esso ad indemnizzarli) ma solo per certe combinazioni fatali, o disgraziate saranno stati processati, carcerati, e poi trovati innocenti, e come tali assoluti: purchè nell' uno, e nell' altro di questi casi abbia il giudice dichiarata doversi questa indemnizzazione, e in quella somma che avrà liquidata, e tassata, e purchè in oltre dove vi è reo, o debitore dichiarato della detta indemnizzazione, il danneggiato faccia costare di avere usate tutte le diligenze per essere dal di lui patrimonio soddisfatto.

§ 555.

Mais cette réparation ne devrait jamais être accordée quand la personne lésée a été cause elle-même, par sa propre faute, du délit dont elle a souffert. Cette idée se rattache à la doctrine selon laquelle on ne doit pas de réparation civile à la personne lésée, si on peut lui reprocher d'avoir été la cause du dommage qu'elle éprouve: ainsi par exemple quand le blessé, par une grave provocation, a poussé l'agresseur à le frapper. De là naît la théorie de la *compensation* du dol avec la faute¹.

1. L. 10, Dig., de compensat; — L. 36, Dig., de dolo malo; — L. 154, § 1, Dig., de reg. jur.; — L. 39, Dig., soluto matrimonio.

§ 556.

A défaut de cette institution de la réparation *subsidaire*,

on doit du moins poser le principe que la personne lésée trouvera sur les biens du coupable une satisfaction privilégiée et préférée aux droits qu'a le fisc pour les amendes et les dépenses.

§ 557.

L'action civile passe aux héritiers et contre eux. L'obligation à la réparation civile admet des *fidéjusseurs*.

§ 558.

Cette obligation, ayant une cause tout à fait distincte de la réparation pénale, doit naître de la loi, sans qu'il soit besoin que la personne lésée fasse une demande à cet égard au juge criminel, ni que celui-ci la prononce. Le délit est un fait civilement obligatoire en vertu de la loi.

§ 559.

On a dit qu'à l'action pénale ne correspond pas une obligation chez le coupable, parce que la nature ayant inspiré à l'homme une invincible aversion pour la souffrance, on ne peut pas logiquement concevoir un engagement à souffrir un mal. De là on est allé jusqu'à assimiler aux droits *imparfaits* le droit qu'a la société de punir les coupables, et nombre de systèmes ont été imaginés pour résoudre ce problème.

§ 560.

Il ne me semble pas qu'on puisse trouver aucune ressemblance entre un droit *imparfait* et un droit *exigible*; or le droit de punir est pour la société indubitablement *exigible*.

§ 561.

S'il est vrai qu'il répugne à l'homme de se soumettre à un mal, cela emporte la conséquence qu'on niera chez le coupable l'obligation d'*agir* pour être puni de son méfait,

mais cela ne conduit pas à nier l'obligation de *souffrir*. Ce n'est pas une obligation *positive*, qui contraigne à faire, mais une obligation du genre de celles que les publicistes appellent *négatives* : telles sont toutes les obligations qui assujettissent tous les hommes envers l'homme relativement à ses droits *originaires*. Personne n'est obligé, en vertu du simple rapport d'homme à homme, à faire en sorte que les autres jouissent de ces droits et les exercent, mais tous sont obligés à ne pas s'opposer aux autres, et à ne pas les empêcher d'exercer ces droits et d'en jouir¹. Or le droit de punir doit précisément être considéré comme un droit *originnaire* pour la société civile. Il en est tellement *contemporain* et inséparable que sans lui on ne pourrait pas concevoir une société civile, puisque la raison d'être de celle-ci et sa fin première consistent dans la *protection du droit* (§ 607), et par conséquent dans la punition du coupable, seul moyen d'exercer complètement cette protection.

1. Haus, *Doctrina juris naturalis*, § 68.

§ 562.

La première proposition conduit à cette conséquence qu'on ne peut pas compter comme un nouveau délit ce que le coupable fait, pour se soustraire à la peine, d'une manière purement *négative* (et l'on peut considérer comme tel même le fait de se cacher, et la fuite sans violence, § 2821) ; pourvu qu'en se déroband ainsi par un sentiment naturel, au mal qui le menace, il ne réalise aucune *action directe* contre la société. C'est pourquoi je trouve trop rigoureuse la disposition de quelques codes modernes qui ont qualifié de circonstance aggravante la *dénégation* de l'accusé.

§ 563.

La seconde proposition emporte la conséquence qu'on peut et qu'on doit imputer au coupable comme un nou-

veau délit (et précisément comme un délit contre la justice publique) tout ce qui dépasse la simple résistance *passive*. Ainsi le coupable viole le droit qu'a la société de le punir s'il corrompt le juge, s'il lutte contre les agents, si par de faux documents ou de faux témoins il trompe ou tente de tromper les magistrats.

§ 564.

Donc, à l'action pénale qui appartient à la société, correspond non pas une obligation *positive*, mais une obligation *négative* qui représente un *devoir* véritable et proprement dit, non-seulement *moral*, mais encore *civil*.

§ 565.

Les deux actions qui naissent du délit sont dans leur exercice *indépendantes*¹ l'une de l'autre. En effet, bien qu'elles aient de commun la *cause* occasionnelle, c'est-à-dire le fait coupable, elles ont une cause *juridique* distincte, car elles naissent de la lésion de *droits différents*, et elles ont une *fin* distincte.

1. L'indépendance des deux actions est telle qu'on doit admettre même qu'un coupable *absous* quant à l'accusation criminelle peut, selon les cas, être condamné aux réparations civiles. (Morin, *Journal du droit criminel*, n° 1821.

§ 566.

La première conséquence de cette proposition est que les deux actions peuvent s'intenter simultanément : celle de la personne lésée, devant les tribunaux civils, pour ses indemnités ; celle de la société devant les tribunaux criminels, en vue de la répression.

§ 567.

Toutefois, quand ce double mouvement se produit, une

règle rationnelle veut qu'on donne suite à l'action pénale *préalablement* à l'action civile.

§ 568.

Cette règle souffre une restriction quand l'action *pénale* renferme une question *préjudicielle* de la compétence exclusive des tribunaux civils. En pareil cas l'action criminelle est suspendue tant que les tribunaux civils n'ont pas résolu la question civile.

§ 569.

Une seconde conséquence de cette proposition est que, de même que la sentence d'absolution prononcée par le juge civil sur l'action intentée par la partie lésée contre le délinquant ne peut préjudicier à l'action pénale qui appartient à la société, de même la sentence d'absolution prononcée sur l'action pénale, entre le ministère public et le délinquant, ne préjudicie pas à l'action civile qui appartient à la personne lésée, quand celle-ci n'a pas été *partie* au procès criminel, et encore qu'elle ait porté plainte ou fait une dénonciation. Bien que, dans les deux jugements, il y ait en fait *identité de cause*, il n'y a pas *identité d'objet ni de personne*¹.

1. Roberti, *Diritto penale*, 1, p. 310. Sur l'influence respective du jugement criminel et du jugement civil, voyez Bidart: *De l'autorité de la chose jugée au criminel*, et la dissertation de Bendant insérée dans la *Revue critique*, vol. 25, p. 492.

§ 570.

On ne peut pas dire que la chose jugée change en vérité même ce qui est faux, car une sentence d'absolution au criminel ne proclame pas comme vérité l'innocence de l'accusé, mais l'insuffisance des preuves recueillies pour le soumettre à une punition.

§ 571.

On ne peut pas dire non plus que la sentence criminelle d'absolution ait l'autorité de la chose jugée par rapport à l'action, car l'action par rapport à laquelle elle a cette autorité est l'action pénale, et non l'action civile qui n'avait pas été proposée.

§ 572.

Enfin on ne peut pas dire que la sentence lie les *parties*, et prétendre que le ministère public, en représentant la société, ait représenté dans le procès criminel, avec tous les citoyens, la personne lésée; en effet, cette fiction subtile imaginée par Merlin n'a pas de solidité, si l'on réfléchit que le ministère public représente les citoyens quant à la *peine*, mais non pas quant à leurs intérêts privés *patrimoniaux*.

§ 573.

Une troisième conséquence de la règle ci-dessus énoncée est que, de même que la *réparation* faite au profit de la personne lésée, ou la *rémission* par elle accordée, tout en éteignant l'action civile, ne préjudicient en rien à l'action pénale dans les délits qui donnent lieu à une action publique, de même l'*expiation* de la peine ou la *rémission* qui en est faite par la grâce ne préjudicient en rien à l'action civile.

§ 574.

Une quatrième conséquence de cette indépendance est que la *prescription* de l'action pénale ne préjudicie pas à l'action civile qu'on voudrait intenter devant les tribunaux civils¹, et réciproquement.

1. Le contraire a été soutenu par Merlin, et l'on trouve des doutes sur ce point dans Berger, *Electa juris criminalis*, obs. 71; — Jousse, *Justicia*

criminelle, 1, 600; — Carnot, *Code pénal*, 1, 52; — Mangin, *Action publique*, 355, 367; — Vazeille, *De la prescription*, 595; — Hoorebecke, *de la prescription*, p. 211; — Cousturier, *de la prescription*, n° 57; — Rauter, *Droit criminel*, n° 853; — Labrogère, dans la *Revue critique*, vol. 19, p. 163, 171; — Trébutien, n, 161; — Marcadé, art. 2280, n° 5. La persistance de l'action civile malgré la prescription de l'action pénale est soutenue par Nicolini, *Procedura penale*, partie 1, n° 871 et 883.

§ 575.

La *prescription* est régie, quant à l'action civile et quant à l'action pénale, par des principes essentiellement différents : en effet la prescription pénale émane de principes d'ordre public principal; et celle de l'action civile, de principes d'ordre public secondaires. Ces deux actions sont deux êtres juridiques parfaitement distincts. On ne peut donc pas reconnaître une parité de raison d'effet à effet, ni admettre que la persistance de l'une de ces actions soit absolument incompatible avec l'extinction de l'autre.

§ 576.

La prescription, en matière civile, est une *exception*; en matière criminelle, c'est un *moyen politique* d'extinction des actions. La partie peut *renoncer* à la prescription civile; elle ne peut pas renoncer à la prescription pénale, et le juge doit y suppléer. La prescription civile part d'une présomption d'incurie, et de l'idée qu'il faut punir les négligents et ceux qui, par malice, diffèrent à dessein d'intenter l'action pour rendre plus difficiles les preuves qui pourraient la faire échouer. La présomption d'incurie est étrangère à la prescription pénale, aussi est-ce une véritable équivoque que d'appliquer aux prescriptions pénales la règle *contra non valentem agere*. Si le temps, en matière pénale, éteint l'action, c'est qu'il rend plus difficile la justification de l'innocent, c'est en outre qu'il fait *cesser le dommage social*, grâce à l'oubli présumé du délit : oubli dont le résultat est d'effacer l'impression morale que le délit a produite soit sur les bons citoyens,

dont la crainte a cessé, soit sur les méchants à l'égard de qui le mauvais exemple n'a plus de force. Le dommage social ayant cessé, la réparation pénale devient inutile; mais le dommage privé peut subsister, et l'on doit y appliquer les règles spéciales aux droits purement privés.

§ 577.

Les effets *juridiques* du délit ont, comme toute chose en ce monde, leur mode particulier d'*extinction*. L'action civile s'éteint de toutes les manières dont s'éteignent les obligations civiles : modes *naturels*, modes *juridiques*; ce qui regarde le civiliste. L'action pénale aussi s'éteint par des modes *naturels*, et par des modes *politiques*. En ce qui concerne les modes *naturels*, il y a une grande différence entre les deux actions quant à la *mort* de l'auteur de l'offense : elle n'éteint pas l'action *civile*, mais elle éteint l'action *pénale*, la peine ne pouvant pas être aberrante (§ 647).

§ 578.

Les modes *politiques* sont ceux par lesquels la loi éteint l'action pénale, bien qu'elle n'ait pas atteint son but et qu'il lui fût encore possible de l'atteindre. Ce sont la *sentence absolutoire*, l'*indult* souverain, la *rémission* dans les délits qui ne donnent lieu qu'à une action privée, et la *prescription*. Si la *sentence absolutoire* éteint l'action criminelle, c'est uniquement par respect pour le principe politique de l'autorité de la chose jugée; et l'*indult* (bien différent de la *grâce*) a pour seule raison l'utilité générale de la cité qui, dans certains cas, trouve plus d'avantage à laisser le coupable impuni.

1. Tant qu'on se borne à énoncer certaines règles générales (par

exemple le *règle non bis in idem*, la chose semble aller de soi ; mais quand on passe aux applications, il se produit des divergences. Qu'un citoyen absous une fois quant à un certain délit ne puisse plus être inquiété pour le même délit, personne n'y contredit ouvertement ; mais on veut, tout en acceptant le principe, l'étudier ou le détruire en distinguant le fait et le titre, et en face de tentatives de cette nature la jurisprudence n'a pas toujours été assez ferme. On a soutenu qu'une fille renvoyée de l'accusation d'*infanticide* devait être de nouveau mise en jugement sous l'accusation d'*homicide par imprudence*, à raison du même fait ; mais la Cour de cassation de France (24 septembre 1863) a repoussé cette prétention. Après une accusation de *tentative d'assassinat* suivie d'*acquiescement*, on a voulu former contre la même personne une accusation de *blessures* ; et la Cour de cassation française (29 août 1863) a repoussé cela. Mais un accusé d'*attentat à la pudeur*, qu'on avait acquitté, ayant ensuite été poursuivi pour le même fait sous le titre d'*excitation à la débauche*, la Cour de Paris (30 septembre 1863) a décidé que la chose jugée n'y faisait pas obstacle. Cet arrêt a été critiqué par M. Morin dans son *Journal du droit criminel*, n° 6045. En outre on a distingué entre le fait qui est resté le même et le fait auquel s'est postérieurement ajoutée quelque autre circonstance, et se fondant sur cet adjuvante on a voulu étudier la chose jugée : Cassation, 5 février 1863 (Morin, n° 7705, page 318) ; ce qui, si on l'admettait comme règle générale, serait, en dernière analyse, accorder le plus alors qu'on refuse le moins. Toute autre est la question de savoir si le jugement criminel qui, pour renvoyer de la poursuite, a décidé un point de fait ou de droit, a sur ce point force de chose jugée par rapport à d'autres faits semblables commis postérieurement (Morin, n° 7861) : ici on pourra bien invoquer la sentence absolutoire comme cause de la *bonne foi* du justiciable dans le fait postérieur, mais non pas comme chose jugée lui donnant perpétuelle licence de répéter à l'avenir les mêmes faits (Morin, n° 7547). Que s'il ne s'agit pas de faits postérieurs, mais de fait même sur lequel a porté la sentence absolutoire, je ne saurais jamais admettre qu'on puisse réitérer l'accusation, ni sous le prétexte de circonstances nouvellement découvertes, ni sous celui d'une qualification juridique erronée de la première accusation (voyez Morin, n° 7856), encore que la nouvelle circonstance ou le nouveau titre qu'on veut objecter dût amener un changement de compétence. Avec de pareilles subtilités on inquiéterait un citoyen dix fois peut-être pour une seule action, bien que deux ou trois tribunaux eussent déclaré qu'il n'en est pas l'auteur ou que le fait était innocent.

§ 579.

La prescription de l'action criminelle (dont le délai varie selon la gravité des délits) est admise par tous les auteurs

et par toutes les législations¹. Ceux même qui refusent de prendre en considération la cessation du dommage social (comme Bentham) admettent la prescription à cause du grand embarras où se trouverait l'innocent : en effet la tardiveté de l'accusation rendrait difficile, quelquefois même impossible, sa justification. La prescription de l'action pénale commence à courir, selon quelques-uns, du jour du délit² ; selon d'autres, du jour du dernier acte de poursuite fait par l'officier public contre le coupable³. Dans le second système, elle peut être interrompue par des actes de procédure : elle n'admet pas de causes de suspension⁴, par la raison naturelle que le plus exclut le moins. Mais le système de l'interruption répugne à la justice et n'est pas acceptable.

1. Voyez Bertauld, leçon 25. Ortolan a dit très-justement (*Revue critique*, vol. 24, p. 204) que la prescription de l'action pénale ne relève pas du législateur : « C'est la marche inévitable du temps qui modifie ou fait disparaître les souvenirs humains, les éléments de preuve, et qui fait tomber des ruines de la société le droit de punir. » Mais la raison tirée du danger que court l'innocent est celle qui frappe le plus, et qu'on trouve mise en avant par les plus savants publicistes : Thomasio, *Dissert. de prescriptione bigamis*, § 4.

2. Récemment M. Ortolan a traité à fond (*Revue critique*, tome 24, p. 206) la question de savoir si le jour du délit doit se compter dans le temps de la prescription ; ainsi par exemple la prescription est d'un an, et le délit a été commis le 10 mai ; la prescription s'accomplira-t-elle le 10 mai de l'année suivante, ou bien dès l'expiration du 9^e Minguin (*Action publique*, n° 319) était d'avis de comprendre dans le délai le jour du délit. La Cour de cassation au contraire, en matière de délit de chasse, (10 janvier 1846) avait décidé qu'on doit l'en exclure. Ortolan soutient cette opinion comme la mieux fondée, au moyen des arguments suivants : 1^o Le jour du délit fait naître l'action, et l'accomplissement du délai précède ; si donc ce jour se comptait dans le délai, on additionnerait des contraires. 2^o Quand on mesure une distance à partir d'un certain objet, l'étendue de cet objet n'est pas comprise dans la mesure : ainsi par exemple, quand on dit : à vingt pas de la maison, les vingt pas se mesurent à partir du mur extérieur de la maison, et l'on n'y comprend pas le corps de celle-ci. Ces deux arguments me semblent très-solides. Il ajoute : 3^o Que si la loi comptait par heures ou par minutes, l'heure ou la minute du délit ne devrait certainement pas être comprise dans le délai de la prescription. Mais ce troisième argument fait douter de la bonté

des deux autres. En présence d'une loi qui compte par heures et par minutes, il n'est jamais à craindre que le délai se prolonge, au préjudice de l'accusé, au-delà du terme fixé ; mais quand la loi compte par jours, le délai s'allonge ou s'abrège inévitablement. Supposons le délit commis le 10 mai à midi. Si l'on fait entrer le jour du délit dans le temps de la prescription (qui par exemple est d'un mois), le coupable prescrit en 29 jours et 12 heures. Que si on l'exclut du calcul, le coupable ne prescrit plus en 30 jours, il lui en faut 30 et 12 heures. Il n'y a donc pas la parité de raison sur laquelle repose ce troisième argument de l'illustre professeur. Mais, à part cette observation, je crois que l'opinion d'Ortolan est rigoureusement parlant la plus exacte, car en face d'une loi qui demande trente jours pour la prescription, on va contre la volonté de cette loi quand on fait prescrire en 29 jours et 12 heures. Si au contraire on fait prescrire en 30 jours et 12 heures, on ne contrarie pas la loi qui a demandé 30 jours, par la raison bien simple que 29 jours et 12 heures ne sont pas 30 jours.

3. Je ne tiens pas compte d'une troisième opinion qui est désormais décriée. Quelques personnes ont pensé que la prescription de l'action pénale doit commencer à courir du jour de la découverte du délit ; ce qui rendrait l'action pénale éventuellement perpétuelle. Cette idée tient à l'introduction erronée de la règle civile *contra non valentem agere*, qui dans les matières pénales est absolument dénuée de signification juridique. En présence des principes fondamentaux, il n'est pas douteux que la maxime *contra non valentem agere* ou *contra ignorantem non currit prescriptio* manque de toute raison d'être en matière de délits où la prescription n'a pas pour cause juridique l'idée de punir les négligents, mais un principe d'ordre supérieur, et le devoir de protéger l'innocent qui par suite du retard verrait sa justification impossible, quelle que soit la raison pour laquelle celui qui devait agir n'a pas agi à temps. Cependant on a voulu, récemment, opposer à cette vérité une subtile restriction : on a prétendu distinguer entre l'empêchement d'agir qui provient d'un *cas fortuit*, et l'empêchement d'agir qui provient d'une *disposition de la loi*. Il est de règle, a-t-on dit, que les accidents, même indépendamment de toute négligence, soient pour la personne sur laquelle ils tombent ; mais quand c'est la loi qui pour un temps a refusé l'action, elle se contredirait si, pendant ce temps, elle soumettait à la prescription l'action à l'exercice de laquelle elle s'est opposée, et par conséquent l'obstacle de la loi qui défend d'agir doit empêcher aussi de prescrire. On a fait récemment usage de cette subtile distinction (d'abord proposée pour le cas d'un accusé tombé en démente) pour nier que la prescription eût couru dans une accusation contre un député au Parlement italien, restée suspendue en attendant l'autorisation de la Chambre de le poursuivre. Cette limitation, je l'accepte comme cause de *suspension*, et la suspension est suffisante : en faire une cause d'*interruption*, ce serait aller plus loin qu'il n'est nécessaire, ce serait exorbitant et injuste.

4. Labroguère, *Questions sur la prescription*, question 6.

§ 580.

Le système qui veut que les actes de procédure interrompent la prescription de l'action pénale ne s'appuie sur aucun principe juridique, il introduit dans la justice pratique la tyrannie du plus détestable arbitraire, et il conduit aux plus absurdes conséquences, comme je le montrerai au § 718. La prescription de l'action pénale doit courir sans interruption par le seul effet de l'écoulement du temps ; on peut seulement admettre qu'elle rencontre des intervalles de *suspension*, quand l'impossibilité d'agir dérive du *fait même* du justiciable, comme par exemple si l'accusé oppose qu'une action civile préjudicielle est pendante, qui fait obstacle à la décision du procès criminel. En pareille hypothèse, il est juste qu'on retranche du temps requis pour la prescription le délai pendant lequel la justice a été condamnée à l'inaction par l'exception du justiciable, peut-être imaginée malicieusement pour cela. Mais ce n'est pas une *interruption*, c'est une simple *suspension*, car elle n'oblige pas à recommencer une nouvelle période : tenant pour bonne la période déjà écoulée, elle permet de l'additionner avec la nouvelle période qui commencera à courir à la cessation de la cause de suspension.

§ 581.

Les modes *naturels* d'extinction de l'action sont ceux qui font : ou bien qu'il est devenu impossible que l'action atteigne son but, comme la *mort* du coupable¹, ou bien qu'elle l'a atteint, comme la sentence de *condamnation définitive*, qui fait naître une *nouvelle action*, l'*actio iudicati*, contre le délinquant. Après la condamnation définitive il ne reste plus que l'*exécution*.

1. Il faut reconnaître, dans la mort du coupable, une cause d'extinc-

tion de l'action pénale, quelle que soit l'influence de ce fait sur l'action civile. On peut voir, à l'égard de celle-ci, l'article d'Ubexi, dans la *Revue critique*, tome 25, p. 517. Elle éteint cette action encore qu'elle arrive après la sentence au sujet de laquelle un pourvoi en cassation est pendant : *Cour de cassation de France*, 27 janvier 1860, 18 décembre 1862, 14 janvier et 5 février 1863. Relativement à l'extinction de la peine, on a prétendu distinguer entre la peine corporelle et la peine pécuniaire; distinction toute fiscale et injuste qui confond les peines pécuniaires avec les indemnités.

SECTION II

DE LA PEINE

CHAPITRE PREMIER

IDÉE DE LA PEINE

§ 582.

Le mot *peine* a trois significations distinctes : 1° dans un sens *général* il exprime toute espèce de douleur ou toute espèce de mal qui cause de la douleur ; 2° dans un sens *spécial* il désigne un mal que l'on souffre à raison de son fait, ou coupable, ou imprudent, et alors il comprend toutes les peines *naturelles* ; 3° dans un sens *plus spécial* il indique le mal¹ que l'autorité civile inflige à un coupable à cause de son délit.

Lorsque la science criminelle passe à l'examen de la peine, qui est le second objet de ses spéculations, elle emploie le mot *peine* dans sa signification *plus spéciale*. Aussi est-il évident que quand Grotius a défini la peine — un mal de *passion* encouru pour un mal d'*action*, il l'a définie non pas dans son sens plus spécial, mais dans son sens spécial.

1. De nos jours on a nié que la peine doive être un mal. On sait en effet que l'illustre Røeder a commencé sa carrière scientifique en publiant la *Commentatio de questione an pena malum esse debeat*, Gissæ 1839, où il jette les fondements d'un nouveau droit de punir.

§ 583.

Beccaria, en définissant les peines — *ostacoli politici contro il delitto* — a exprimé le but de la peine tel qu'il le concevait, plutôt qu'il n'en a donné la notion. Carmignani a dépassé les bornes d'une définition en voulant y faire entrer la raison d'être et la destination des peines, et formuler un système en même temps qu'une définition.

§ 584.

Dans la définition d'un objet il est difficile de comprendre son *but* et sa *cause*. Les définitions doivent ordinairement s'arrêter aux caractères essentiels du défini; ce qui regarde sa rationalité appartient au développement de la théorie. C'est pourquoi je définis la *peine* — *un mal infligé par les magistrats, conformément à la loi de l'État, à ceux qui ont été, dans les formes voulues, reconnus coupables d'un délit*. Si un mal est infligé à qui n'a pas été reconnu coupable, ou par qui n'a pas l'autorité nécessaire, ou sans une loi qui l'édicte, ou d'une manière arbitraire, c'est là une vengeance, une violence, et non pas une *peine* dans le sens juridique. Que si le législateur a édicté la peine dans un but irrationnel, ou en s'écartant de la raison pénale, on pourra dire que la peine est injuste, abusive, nuisible, mais ce sera toujours une *peine*.

§ 585.

Pour compléter la notion de la peine, pour la comprendre non pas telle qu'elle peut se rencontrer en fait, mais telle qu'elle *doit* être pour être juste, en un mot pour reconnaître les conditions de sa légitimité, il est nécessaire d'en rechercher l'*origine* et le *but*. Ces deux recherches sont essentiellement distinctes.

CHAPITRE II

ORIGINE DE LA PEINE

§ 586.

L'*origine historique* de la peine diffère de son *origine juridique*. Il est nécessaire de les examiner séparément : quand on étudie la première on recherche un *fait*, quand on s'occupe de la seconde on cherche la source d'un *droit*.

ARTICLE PREMIER

ORIGINE HISTORIQUE DE LA PEINE

§ 587.

On doit admettre comme une vérité attestée par les plus anciennes traditions de l'humanité, que l'idée de la *peine* est née, dans les sociétés primitives, du sentiment de la *vengeance* ¹.

1. Duboy, *Histoire du droit criminel*. On peut voir aussi Forti, *Opere*, I, sect. 3 et 4, qui considère spécialement le développement du système des peines en Italie dans l'antiquité; et une dissertation de Bowyer *on the statutes of the cities of Italy*, London, 1838. Mais si l'histoire philosophique de la pénalité peut se résumer en quelques lignes, en traçant sous un point de vue général le développement des idées qui s'y rapportent, on n'en peut pas dire autant de l'*histoire externe* du droit pénal, c'est-à-dire des diverses coutumes ou législations positives qui se sont succédées chez les différents peuples depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours. Cela formerait la matière d'un grand nombre de volumes, et appartient à l'érudition plutôt qu'à l'enseignement scientifique. Bornons-nous donc à signaler quelques-unes des sources où ceux qui en seront curieux pourront puiser quelques notions partielles sur cette immense élaboration. Pour l'antiquité la plus reculée, nous avons les travaux très-importants de l'infatigable Thonissen, publiés d'abord dans divers journaux, puis réunis en 1869 en deux gros volumes sous le titre d'*Études sur l'histoire du droit criminel des peuples anciens, Inde brahmanique, Égypte, Judée*; et l'autre ouvrage récemment publié par le même auteur, sous ce titre: *Le droit pénal de la Grèce légendaire*, Bruxelles, 1870. Pour la Chine, les *Lois fondamentales* publiées par Staunton.

Pour la Cochinchine, le *Code annamite* traduit par G. Aubaret, Paris 1865. Sur le droit romain : *Affaires, L'ordre, formalité, et instruction judiciaire dont les anciens Grecs et Romains ont usé des accusations publiques*, Paris 1598; — Walter, *Histoire du droit criminel*, trad. par Picquet-Damesme, Paris 1863; — Jarcke, *de summis principiis juris romani de delictis eorumque poenis*, Göttingæ 1822; — Van Walree, *de antiqua juris puniendi conditione apud Romanos*, Leyden 1820; — Gruner, *de poenis Romanorum poenis*, Lipsiæ 1805; — Konwel et Syckel, *quid de poenis Romanorum criminalibus jure Justiniano obtiis philosophice statuendum sit*, Lipsiæ 1787; — Van der Hoop, *de iis qui antiquitus apud Romanos de criminibus judicantur*, Agæ Batavæ 1723; — Geib, *Historisch-Criminalproceden*, Leipzig 1842. Pour les populations franco-germaniques : Georgisch, *Corpus juris germanici antiqui*, Halle Magdeburgicæ 1738, et les autres recueils des lois dites barbares parmi lesquelles il faut remarquer, pour son origine italienne, le premier code lombard publié par Rotharis soixante-seize ans après la conquête (c'est-à-dire en 643) à l'Assemblée générale de Pavie. Pour le Danemark : Veghorst, *Jus Danicum*, Hafniæ 1698. Pour la Suède : Loccenius, *Leges provinciales Sueciæ regni*, Londini Scædorum 1674. La Norvège, après diverses lois antiques mentionnées par Scheel, *de publicis actionibus in cæcis pœnitibus ex præceptis juris Danici et Norvegici*, Hafniæ 1836, eut de Christian V un code pénal qui est resté en vigueur depuis 1684 jusqu'au 26 août 1842. Pendant plusieurs siècles les Turcs se sont contentés de l'Écrit pour leur unique loi pénale, et ils attachent considéré comme téméraire et profane toute codification nouvelle : *Formaw*, *Le droit musulman*, page 239, Paris 1866. Mais la Renaissance a généralement fait naître dans les gouvernements de l'Europe le désir d'édicter de nouvelles dispositions pénales reconnues conformes aux besoins des différentes populations. En Russie, Yaroslaf a publié, l'an 1020, un corps de lois criminelles sous le titre de *Rouskaja prawda*; puis sous Ivan IV a paru le *Sanderik*, en 1554; *Zéna*, *Études historiques sur la législation russe*, Paris 1862; — *Annales de l'Académie de Toulouse*, années 1864, page 135; — Guazzotti, *Principia juris Russia de delictis et poenis*, Ragimonti Prussorum 1832. La Saxe a eu le célèbre *Speculum saxonum*, sur lequel on peut voir Coringius, *Opera*, iv, opus. 6, de origine juris Germanici, cap. 30, p. 157, Brunswick 1730; — Daniels, *de Saxonici Speculi origine*, Borelini 1852; — Hæberlin, *Speculorum Saxonici et Svecici jus criminale*, Lipsiæ 1838; — Winckler, *de mate speculi Saxonici speculo Sævico antiquioris*, Göttingæ 1742; — Fœrster, *de speculo Saxonico fonte jar. Sax. commentis*, Altorfi 1718; — *Historicus, de jure Saxonici provincialis compilatione*, Jenæ 1718; — *Historicus, de antiquam speculum Saxonicum exhibent speculo Epkonis de Ropygon antiquioris*, Witten 1738; — Kind, *de reprobativ speculi Saxonici origine*, Lipsiæ 1761. Plus tard, en 1508, l'évêque de Bamberg donna pour sa constitution criminelle un exemple que s'empressèrent d'imiter les autres princes de l'Allemagne: c'est ce qui a produit la

constitution de Brandebourg de 1518, et en dernier lieu la célèbre *Constitutio criminalis Carolina*, promulguée en 1532 par Charles-Quint à la Diète de Ratisbonne, qui devint et resta jusqu'à ces derniers temps le code criminel de l'Allemagne. Il y a sur cette constitution un grand nombre de travaux juridiques; les principaux sont les *Commentaires de Bechmer*, de Kress, de Glaser, d'Alberti, la *Glossa de Walch*, et quelques dissertations savantes comme celles de Walch, *Opuscula*, III, sect. 2, exercit. 1; d'Harpprecht, exerc. 84; d'Abegg, *Symbola ad historiam juris criminalis*, Vrsatavia 1843. Elle a été traduite en français par Vogel, Maestricht 1779, et en latin par Bechmer; plus récemment par Abegg, Heidelberg 1837. La Suisse a spontanément adopté la *Constitutio Carolina*: Seignoux, *Système abrégé de jurisprudence criminelle; préface*, et presque tous les autres pays de l'Allemagne ont fait de même, à l'exception de l'Électorat de Saxe où l'électeur Auguste préfère public, en 1572, une constitution spéciale que le savant commentateur de Carpovius a rendue célèbre. De très-bonne heure, les ducs de Savoie portèrent leur attention sur les lois pénales. Une constitution criminelle fut publiée pour ce duché par Amédée VIII, en l'an 1430; une autre semblable par Charles III en 1513; une autre par Emmanuel Philibert en 1580; une autre par Charles-Emmanuel en 1586; toutes furent ensuite reformées par Victor-Amédée dans la constitution de 1632: voilà les dispositions qui ont régi successivement cette province jusqu'à la nouvelle constitution rendue par Charles-Emmanuel en 1770. Quant à la Belgique, l'état de la législation pénale de cette province au treizième siècle est exposé par Van Coetsem, *Du droit pénal au treizième siècle*, Gand 1857. En France tout s'est longtemps réglé par les coutumes locales des provinces ou des villes, et il y en avait plus de 300: confiées seulement à la mémoire, elles se prouvaient dans chaque procès au moyen de témoins. Charles VII voulut mettre fin à ce désordre en disant, dans l'ordonnance de 1453, que toutes les coutumes des différents pays de France seraient rédigées par écrit; disposition qui, n'ayant pas été exécutée, fut renouvelée en 1495 par Charles VIII, puis par Louis XII, et ne reçut son accomplissement que beaucoup plus tard. Mais il n'y eut pas d'organisation générale des règles de droit pénal, avant 1539. En cette année parut l'ordonnance de Villers-Cotterets rendue par François I^{er}, et développée sans amélioration par Louis XIV en 1670; c'est sur ces ordonnances, et sur certaines autres relatives à des délits spéciaux, que s'est établie dans le royaume de France cette jurisprudence que nous lisons avec effroi dans Rousseau de la Combe, Duplessis, Jousé, Serpillon, Vouglans, etc. En Espagne on trouve les *Fueros*, et principalement le *Fuero Juzgo* (*Forum judicium*) achevé sous le règne d'Alfonse, un des derniers rois Visigoths, et le *Fuero Real* (*Forum regis*) publié en 1250: le premier contenait les maximes de la jurisprudence, le second les décrets royaux, et ils servaient tout à tout de guide dans l'application des peines. De nouvelles dispositions pénales furent édictées en 1258 sous le nom de *Partidas*. Voyez Valdeson;

Théorie du Code pénal espagnol, introduction; — Pacheco, *el Código penal concordado y comentado*, tom. 1, introducción. En Portugal les coutumes pénales ont été réunies pour la première fois l'an 1020, par Alphonse V, sous le titre de *Foro de Ledo*; une autre réforme pénale s'est faite en 1446 sous un nouvel Alphonse V: elle porte le nom de *Ordinanze Alfonsine*, ordonnances qui ont été corrigées en 1803 par les *Ordinanze Filippine*. En 1778, Donna Maria I confia la rédaction d'un nouveau code pénal à Pasquale Mellio. Après cinq années de travail, le célèbre professeur présenta son projet: il fut loué en général par les savants, mais il tomba, comme il arrive, sous les critiques acharnées de ses ennemis. Le projet a été imprimé et publié avec des notes par l'auteur en 1823, à Lisbonne. C'est en cet état que la philosophie du dix-huitième siècle a trouvé la législation pénale, et commençant son œuvre de démolition et de réédification, qui dure encore, elle a poussé successivement tous les princes et tous les peuples de l'Europe à cette élaboration de lois pénales dont nous avons été, dont nous sommes les spectateurs, et qui n'a pas encore achevé son évolution.

§ 588.

Et il n'y a pas lieu de s'étonner qu'un acte désormais reconnu pour œuvre de justice ait été enseigné à l'homme par une coupable et féroce passion.

§ 589.

La Providence, dans ses profonds desseins, voulant soumettre la création à un système d'harmonie universelle, s'est servie, pour le monde physique, des forces toutes matérielles de l'attraction et de la répulsion, puissances fondamentales, prodigieux ordonnateurs des corps, qui ont réa-
lisé la loi éternelle de l'ordre physique, et qui la conservent immuable.

§ 590.

De même elle a employé, pour ordonner le monde moral, les deux forces rivales de propension instinctive et d'aversion, puissances primitives, merveilleux moteurs de la volonté, qui furent la manifestation de la loi naturelle régulatrice de l'ordre moral dans la société, antérieurement à tout calcul rationnel et à toute disposition des législateurs humains.

§ 591.

Ainsi l'humanité étant destinée par la loi de nature à trouver son ordre propre dans la société civile, les premiers hommes ont été poussés à établir entre eux des relations permanentes, par la force d'un besoin moral vaguement ressenti, avant que le calcul et l'observation des résultats utiles eussent prouvé rationnellement la nécessité de vivre, comme nous le faisons, dans l'État.

§ 592.

Ainsi encore les premiers hommes ont été poussés par le sentiment de la vengeance à infliger un mal à qui avait fait du mal à autrui, bien avant que les calculs rationnels eussent démontré que cela est conforme à la justice et indispensable à la protection des droits de l'homme. Voilà comment la Providence conduit à leur insu les créatures à l'observation de ses lois. L'harmonie universelle est le résultat d'un principe unique établi par le Tout-Puissant, comme instrument de l'ordre et du progrès dans la création, soit dans le monde physique, soit dans le monde moral.

§ 593.

Le sentiment inné de la vengeance privée a été, dans les sociétés primitives, de sa nature de passion élevé à la hauteur d'un droit: droit exigible, droit héréditaire, droit rachetable au gré de l'offensé, droit que pendant des siècles on a regardé comme exclusivement propre à l'offensé et aux siens. Telle est l'origine historique de la pénalité. Nous la voyons dans les livres de Moïse, dans Homère, et les voyageurs l'ont retrouvée en Asie, en Afrique, et chez les peuples du Nouveau-Monde.

§ 594.

Puis, la civilisation se développant sous l'influence de la religion, celle-ci prit la direction de tous les sentiments de l'homme, et l'on pensa que les prêtres devaient être les *appréciateurs* de la vengeance privée. Une fois l'idée religieuse entrée dans la pénalité, et les jugements arrivés à la forme théocratique ou semi-théocratique, la conception de la *vengeance divine* vint se substituer à celle de la vengeance *privée*. Vue très-utile et très-civilisatrice à l'origine: en effet, ces hommes grossiers dans leur férocité, qui regardaient la vengeance *comme* leur droit propre, n'auraient pas consenti à résigner ce prétendu droit entre les mains d'autres êtres semblables à eux. Au contraire, il fut aisé de leur persuader d'abandonner ce sentiment, en leur disant que son exercice était un droit exclusif de la divinité.

§ 595.

Mais le progrès de la civilisation fit acquérir aux peuples l'idée de l'*État*, et la société civile étant ainsi personnifiée, on fonda sur cette nouvelle idée l'organisation du gouvernement, le débarrassant peu à peu de tout alliage théocratique. Alors à cette nouvelle idée on adapta le vieux principe de la *vengeance* dans les peines. On ne vit plus dans le *délit* une offense envers le *particulier* ou envers la *divinité*, mais une offense envers la *société* tout entière. On ne vit plus dans la peine une vengeance *privée*, ou une vengeance *divine*, mais une vengeance de la *société* offensée.

§ 596.

Ainsi donc, après que le *sacerdoce* eut retiré au particulier le pouvoir de punir, afin de s'en faire seul l'arbitre suprême, il se vit à son tour enlever ce pouvoir par l'autorité qui régit l'*État*, comme représentant la nation of-

fensée : d'abord les *délits sociaux*, puis les *délits religieux* furent soustraits à la juridiction du clergé, et réprimés par une disposition des lois civiles, par une décision des magistrats.

§ 597.

Du reste on continua toujours, dans tout le cours de cette succession d'idées, à considérer la *vengeance* comme l'idée dominante dans la punition du coupable, et l'on vécut pendant des siècles sur la formule de la *vengeance* (*privée, divine, ou publique*) sans beaucoup s'inquiéter de la légitimité juridique des peines. Ce prétendu *droit de se venger* paraissait si naturel et si sacré, qu'il n'y eut de divergence que sur le point de *savoir* à qui il appartenait, et par conséquent *au nom de qui* il devait s'exercer. Voilà la genèse *historique* de la peine, telle qu'elle est démontrée, on peut le dire, par la tradition de tous les peuples. Aussi les anciens philosophes (sans en excepter Cicéron¹) ont-ils souvent employé comme synonymes les mots *ultio, defensio et poena*.

1. Voyez Thomasio, *Inst. jur. div.*, lib. 2, cap. 1.

ARTICLE II

ORIGINE PHILOSOPHIQUE DE LA PEINE

§ 598.

Ceux qui réfléchissent ne se contentent pas toujours des raisons qui portent le vulgaire à l'exécution de certains actes. Ils s'élèvent à la contemplation de l'idée abstraite de la justice, parce qu'ils sentent le besoin de légitimer les actes de l'homme par un principe rationnel. Aussi, même dans l'antiquité, ne manqua-t-il pas de philosophes qui, tandis que les peuples obéissaient dans la punition au sentiment de la vengeance, en cherchèrent une raison plus haute et plus vraie que celle d'un sentiment *terme* et vi-

cieux. Au reste, ces idées ne furent que des éclairs passagers; c'est au dix-huitième siècle qu'il était réservé d'ordonner le droit pénal en une théorie philosophique toute spéciale.

§ 599.

Ce fut alors que les questions fondamentales du droit pénal commencèrent à occuper les esprits et prirent une importance prépondérante dans les sciences philosophiques. Alors on comprit la nécessité de donner de la peine une raison juridique, et de chercher si ce fait répété depuis tant de siècles, par lequel une créature humaine est dépouillée malgré elle des droits les plus sacrés, était un abus de la force ou l'exercice irrécusable d'un droit.

§ 600.

Voilà l'étude de l'origine juridique de la peine, qui fait suite à celle de son origine historique. On ne cherche plus pourquoi les hommes ont fait ainsi, mais pourquoi ils pouvaient et devaient faire ainsi, afin que, le fait ayant trouvé un fondement juridique, il puisse être continué en sûreté de conscience par ceux qui gouvernent les peuples, et que ceux-ci le respectent, non comme la satisfaction d'une passion des plus forts, mais comme le légitime exercice d'un droit auquel le délinquant aurait tort de s'opposer.

§ 601.

Dans cette recherche, les publicistes modernes se sont jetés en cent voies diverses, souvent contradictoires. Mais l'exposition des nombreux systèmes imaginés pour démontrer que la punition est un droit, et la réfutation de chacun d'eux excèderait les limites de ce programme¹. Je me borne donc à indiquer le système qui seul me semble vrai et supérieur à toute exception.

1. Il est peut-être impossible d'énumérer tous les systèmes qu'ont

imaginés les publicistes pour donner au droit de punir son principe fondamental; il est difficile aussi de les distinguer, car souvent, différents dans la forme de l'expression, ils s'identifient quant au fond des choses. J'indiquerai cependant les suivants :

1° La vengeance. Ilume, Pagano, Vecchioni, Bruckner, Raffaelli, Romano, etc., ont confondu l'origine philosophique avec l'origine historique; ils ont admis qu'une mauvaise passion peut se convertir en un droit exigible, et dans le désir de vengeance, qu'ils disent inné chez l'homme, ils ont trouvé la légitimité du droit de punir; idée qui renferme une contradiction morale.

2° La vengeance purifiée (Luden). La société punit pour que l'offensé ne se venge pas. Cette idée a eu une période d'application historique, dans les lois barbares: en imposant la peine de la composition, ces lois cherchaient à assoupir les discordes des particuliers, comme le prouve clairement la peine édictée par un capitulaire de Charlemagne contre l'offensé qui n'accepterait pas la composition: Georgisch, *Corpus juris germanici*, col. 1138, leg. Car. M. 1, 19. Mais, comme principe rationnel, cette idée est incomplète; elle fausse l'objet du droit pénal, car elle convertit la peine en une protection; et ne rendant pas raison du droit de me faire du mal parce qu'on craint qu'un autre ne se venge de moi, elle revient en fin de compte au principe de l'utilité.

3° Le droit de représailles: formule récemment imaginée par l'américain Francis Lieber dans un écrit publié à Philadelphie en 1838, et qui au fond n'est qu'un déguisement de la vengeance.

4° L'acceptation: système absurde et abandonné, dans lequel on écarte la question en faisant remarquer que la loi qui édicte la peine ayant été promulguée, le citoyen, en commettant le délit qu'il sait être ainsi puni, s'est volontairement soumis à cette peine, et n'a pas le droit de s'en plaindre; système qui a le double défaut de préférer une volonté arbitrairement présumée, à la volonté contraire de ne pas être puni manifestée positivement par le délinquant, et de supposer l'aliénabilité des droits inaliénables.

5° La convention (Rousseau, Montesquieu, Burlamaqui, Blackstone, Vattel, Beccaria, Mably, Pastoret, Brissot de Warville), ou bien la cession à la société du droit privé de défense directe. Les uns en effet se bornent à affirmer la convention, sans parler du droit de la faire; les autres supposent la cession (Filangieri) du droit qu'a la personne attaquée de tuer l'agresseur: sans remarquer l'anachronisme où ils tombent et la diversité essentielle de conditions entre un droit et l'autre, ou bien en imaginant que le droit de punir (Grotius, Locke, Micheli, Folkerama) appartenait par la loi naturelle à l'offensé pour se garantir des offenses ultérieures de son ennemi. Dans tous ces cas on se fonde sur une hypothèse fautive et absurde.

6° L'association (Puffendorf). La constitution de la société donne naissance au droit de punir, par la seule force de l'union sociale. Idée toute empirique qui explique le fait par le fait même, et qui revient au sys-

tème de la *convention*, se heurtant ainsi au principe que le fait des pères ne peut pas enchaîner la liberté des fils.

7° La *réparation* (Klein, Schneider, Weicker). C'est un principe absolu que celui qui a causé un dommage doit le réparer. Donc le délinquant doit réparer le dommage qu'il a causé à la société. Idée qui *dénature* la peine et en confond le but avec le principe.

8° La *conservation*. La société, en punissant, exerce le droit qu'a tout être de se *conserver* ; or elle ne peut se conserver si elle n'arrête le bras des autres en punissant le délinquant. C'est ce qu'on exprime, soit par la simple formule de la *conservation* (Schulze, Busatti, Martin), soit par la formule de la *défense sociale indirecte* (Romagnosi, Comte, Rauter, Giuliani), soit par la formule plus vague de la *nécessité sociale* (Feuerbach, Krug, Bayer, Carmignani). Idée dangereuse, car elle arme l'autorité d'un terrible arbitraire, et d'autre part elle indique la raison de la punition, mais elle ne démontre pas comment la société a le droit de punir une personne pour effrayer les autres.

9° L'*utilité* (Hobbes, Bentham). Principe reposant sur ce faux postulat que l'*utilité* (entendue dans le sens du bien matériel) forme le principe suprême du bien moral et un fondement suffisant du droit.

10° La *correction* (Röder, Ferreira, Mazzoleni, Marquet-Vasselot). La société a le droit de punir le coupable pour le *corriger*. Idée séduisante, mais qui *dénature* la peine, et ne peut justifier le droit prétendu qu'en le faisant dériver de l'*intérêt social*, de sorte qu'elle rentre dans le système de l'*utilité*.

11° L'*expiation* (Kant, Henche, Pacheco). C'est un principe de justice absolue que celui qui a mal fait doit expier sa faute en souffrant un mal. Formule très-large qui autorise la société à contrôler la moralité intérieure plutôt que la moralité extérieure, et au moyen de laquelle l'autorité civile usurpe un attribut de la Divinité. Aussi l'école éclectique y a-t-elle ajouté comme limite la *défense sociale* (Brogie, Rossi, Guizot, Rémusat, Pouhaer, Bélimé, Haus). Mais si par là on a supprimé le vice principal, on n'a pas détruit les autres défauts. En effet, quand on prend pour fondement principal de la peine l'*expiation*, et qu'on en fait une anticipation de la justice divine, on subit forcément dans la mesure des peines les exigences de la morale, on reste dans l'hésitation au face d'une faute expiée d'autre façon, et l'on attribue à l'homme des connaissances qui n'appartiennent qu'à Dieu. Ce sont les défauts qu'on reproche, avec autant de raison, au système de la *décadence* (Schmalz, Fichte), système qui consiste à affirmer que l'homme, en commettant un délit, *déchoit* de sa dignité, et peut dès lors sans injustice être dépouillé de ses droits. Il faut, on le comprend, ne voir là qu'une assertion, et rien de plus. Toutes ces formules qui ont pour base un principe moral abstrait montrent bien que le délinquant mérite d'être puni, mais n'expliquent pas pourquoi la punition est infligée par l'autorité sociale et exclusivement par elle ; de sorte que, pour arriver à ce résultat, il faut une seconde théorie et une seconde démonstration. C'est ainsi que la formule de la

nécessité sociale a besoin d'une seconde théorie pour démontrer la raison d'être de l'État.

12° La *défense continuée*. Cette formule a été récemment proposée par Thiercelin (*Revue critique*, 1863, vol. 22, p. 253) comme un principe nouveau, mais elle me semble un pur développement du principe de la *défense directe*.

Voyez sur ces différents systèmes : Franck, *Philosophie du droit pénal*, 1^{re} partie, et sa dissertation publiée dans la *Revue contemporaine*, Paris 1862 ; — Boriauld, *Études sur le droit de punir* ; — Ortolan, *Éléments de droit pénal*, § 176 à 189 ; — Trébutien, *Cours élémentaire de droit criminel*, chap. 1 ; — Tissot, *Droit pénal*, tome 1, p. 195 ; — Haus, *Du principe d'expiation* ; — Mamiani et Mancini, *Lettere intorno alle origini del diritto di punire* ; — Conforti, *Intorno al diritto di punire* ; — Tolomei, *Diritto penale filosofico e positivo*, § 32 et s. : cet auteur, dans ses *Elementi di diritto naturale*, § 630, avait déjà enseigné une formule qui, ce me semble, s'identifie implicitement avec la mienne, et à laquelle nous nous sommes trouvés conduits presque en même temps à l'insu l'un de l'autre.

§ 602.

Le droit de punir qui appartient à l'autorité civile émane de la *loi éternelle de l'ordre* appliquée à l'humanité ; ce qui revient à dire qu'il émane de la *loi naturelle*. Quand je dis la *loi naturelle*, le *droit naturel*, je n'entends pas par *nature* les conditions matérielles de la personne humaine. Cette fautive idée, qui a engendré tant d'erreurs, conduit à confondre les *appétits* et les *besoins* de l'homme considéré comme individu, avec les *droits* de l'humanité. Les *appétits* humains peuvent être parfois la révélation spontanée de la loi naturelle, quand ils sont conformes à la raison, c'est-à-dire unis au respect du droit de tous. Mais la loi naturelle ne doit pas être confondue avec la voix qui dans certains cas la proclame. Elle *précède* ces *appétits*, elle n'en *procède* pas ; de même qu'elle *précède* tout fait de l'homme, toute disposition de l'homme. La loi naturelle est, comme la concevait Aristote : la loi de l'ordre préétablie à l'humanité par la suprême Intelligence.

§ 603.

Dans cette formule viennent se fondre le principe de la justice absolue (dont la loi naturelle est le type primitif), le principe de la conservation (dont elle est l'instrument providentiel) et l'assentiment spontané de la conscience universelle qui proclame constamment cette loi. Ces trois idées se fondent dans cette formule, non pas comme trois choses distinctes que la fantaisie d'un éclectique réunit pour en former un système, mais comme trois éléments ou conditions liées par leur nature à un principe unique dont on ne peut les séparer.

1. La justice, l'utilité, la sympathie sont de toute nécessité contenues dans la loi suprême de l'ordre : imposée à l'humanité par un Dieu juste, cette loi ne peut être que *juste* ; imposée par un Dieu bienfaisant pour le bien de l'humanité, cette loi ne peut être qu'*utile* ; gravée par un Dieu tout-puissant dans la conscience de tous, elle ne peut être que *sympathique*, c'est-à-dire qu'elle doit trouver dans l'histoire la reconnaissance universelle et spontanée de toutes les nations. Mais cette loi suprême, il faut l'étudier dans la raison pure, et non pas en chercher le texte dans l'histoire, car souvent, et durant de trop longues périodes, les passions ont substitué l'iniquité à la justice, l'utilité du petit nombre à l'utilité du plus grand, et le sentiment de quelques-uns au sentiment d'un grand nombre. Ainsi la force dominante a imposé des lois qui, au lieu d'être l'application logique de la loi suprême de l'ordre, la méconnaissaient et la foulaient aux pieds ; ainsi trop souvent les lois humaines, par une conséquence de semblables aberrations, ont été *injustes*, *nuisibles* au progrès de l'humanité, et *antipathiques* à ceux qu'elles régissaient.

§ 604.

Que, pour la société, le droit de punir dérive de la loi naturelle, cela se démontre par la série des propositions incontestables que voici :

1° Il existe une loi éternelle, absolue, formée de l'ensemble des principes qui dirigent la conduite extérieure de l'homme, et révélée par Dieu à l'humanité au moyen

de la seule raison. — L'existence de cette loi est exprimée par les juristes théologiens sous cette forme : *legem naturalem hominibus imponere Deus et potuit, et debuit, et voluit*. On ne peut pas la nier sans nier qu'une intelligence ait présidé à la création, ou sans lui refuser les attributs de la sagesse et de la bonté.

2° Cette loi accorde à l'homme des *droits* qui lui sont *nécessaires* pour accomplir sa destinée sur cette terre. — Quand on a reconnu que l'homme est assujéti par le créateur à des *devoirs*, on ne peut pas sans absurdité ne pas reconnaître que la loi *morale* a aussi le caractère de loi *juridique*, vu la contradiction qu'il y aurait à ce qu'une loi imposât des devoirs sans accorder les *droits* qui sont le moyen indispensable de les accomplir.

3° De la nécessité absolue qu'il y a pour les hommes de jouir de ces droits, résulte forcément le droit d'en exercer, même avec coaction, la défense envers ceux qui, poussés par un mauvais instinct, violent le devoir imposé réciproquement à tous de les respecter.

4° Du libre exercice de ces droits, et corrélativement de l'obéissance au devoir de les respecter, naît l'ordre moral extérieur voulu par la loi naturelle.

5° Le besoin de cet ordre, c'est-à-dire la protection effective des droits de l'humanité n'est pas satisfait dans la société naturelle, par la double raison de l'impossibilité d'assurer le jugement du droit et de sa violation, et de l'impuissance matérielle d'empêcher ou de réparer la lésion du droit.

6° C'est donc une nécessité de la nature humaine que l'état de *société civile*, c'est-à-dire d'une société dans laquelle, au-dessus des membres qui la composent, il y a une autorité qui garantit l'ordre extérieur. De sorte que l'ordre de la *société civile*, bien loin d'être l'opposé de l'*ordre naturel*, est au contraire le seul ordre que la *loi naturelle* impose à l'humanité.

§ 605.

Cette série de propositions conduit à la conséquence inévitable que l'autorité sociale voulue par la loi éternelle de l'ordre comme l'unique moyen de protéger les droits de l'homme, doit être une autorité armée de toutes les forces¹ qui lui sont nécessaires pour atteindre ce but. Et ces forces lui sont attribuées, non pas par le consentement humain ou la convenance sociale, mais par cette même loi qui l'a voulue et qui l'a voulue pour cette fin.

1. De ce même fondement de la *protection du droit* découle pour l'État le droit (ou plutôt le *devoir*) d'établir des tribunaux pour trancher les différends entre particuliers, et de faire exécuter coactivement ces décisions : en un mot de constituer le *pouvoir civil*. Tant qu'il suffit pour la protection du droit, à cela se borne la puissance de l'État. Quand il n'est pas suffisant, il faut nécessairement en venir au pouvoir de police et au pouvoir pénal. Mais notre formule de la *protection du droit* a rencontré une critique (ou pour mieux dire des doutes) de la part de M. Chrétien, de Caen, dans une dissertation intitulée : *Droit de punition et droit de défense*, insérée dans la *Revue critique*, tome 33, année 1863, p. 113. Pour que ces doutes puissent être bien compris et appréciés, je transcris littéralement tout le passage : « M. Carrara, de l'Université de Pise, soutient en général que le droit de l'État dérive de la délégation partielle d'un pouvoir supérieur et divin ayant pour but d'assurer l'observation sur notre globe de la loi éternelle de l'ordre. Spécialement, le droit de punir a pour base le droit de tutelle, *tutela giuridica*, que l'État doit exercer au profit de chacun de nous. Justifions le sentiment de profonde méfiance que nous inspire ce mot de tutelle qui revient si souvent sous la plume de l'auteur avec ce sens très-large qu'y attache la langue italienne. Si l'État est *tuteur*, il en résulte que l'homme est un *mineur*, un *incapable*. L'État sera rigoureusement tenu non-seulement de protéger ses droits contre d'illégitimes empiétements, mais encore de prendre en main le gouvernement de ses intérêts. Engagé dans cette voie par les mots dont il se sert, M. Carrara, même lorsqu'il exprime des vérités incontestables, leur donne une couleur peu rassurante pour nos libertés individuelles. Loin de les défendre, *tutelare*, et surtout de les défendre malgré nous, *anche a dispetto di noi*, l'État doit laisser nos intérêts se mouvoir, se combattre, se vaincre les uns les autres, du moment où ils sont mis en jeu par des personnes en pleine possession de toutes leurs facultés humaines, où la sûreté n'est pas menacée. »

Si je pouvais soupçonner le moins du monde que la formule *tutela giuridica* conduisit aux conséquences que redoute M. Chrétien, je serais, je

le déclare, le premier à la désavouer et à la combattre ; mais ces craintes ne reposent que sur une équivoque, qui tient à la différence des deux langues, et qui ne s'est jamais produite et ne peut pas se produire dans l'esprit d'un Italien. Le mot *tutela* a un sens spécial en droit civil : il désigne une *puissance dirigeant l'inexpérience d'autrui* ; M. Chrétien a cru voir dans notre formule cette signification, et il a cru (comme cela ressort évidemment du contexte de son objection) que, prenant pour fondement du droit de punir la *tutela giuridica*, nous accordions à l'autorité sociale sur les citoyens des pouvoirs égaux ou analogues à ceux que la loi civile donne au tuteur sur son pupille. Mais le mot *tutela* a le sens plus général de *protection et défense*, et c'est en ce sens que nous et nos confrères en cette doctrine (parmi lesquels nous sommes heureux de compter M. Legrix, *De la récidive*, chap. 1, Caen 1868), nous employons ici ce mot. Que tel en soit le sens sous notre plume, c'est ce que prouve à qui la considère attentivement la syntaxe elle-même et l'*épithète* que nous ajoutons : si nous avons dit la *tutela dei cittadini* on aurait pu hésiter entre l'idée de *direction* (l'autorité tutélaire) entravant la liberté individuelle des citoyens, et le sens de *protection*, de *défense* des citoyens. Mais en disant *tutela giuridica*, nous désignons évidemment une *tutela* qui a pour objet le *droit*, et comme le droit est éternel et préexistant il est impossible de nous prêter l'idée d'une *tutela de direction*, l'idée de mettre le droit dans la *dépendance* du *prudent arbitraire* de l'autorité, idée qui est absolument l'antipode de tout notre système. La *tutela del diritto*, la *tutela giuridica* qui a donné de l'ombrage au juriconsulte français n'exprime pas autre chose que la *défense du droit*, seulement elle l'exprime au moyen d'un mot plus large qui comprend toute espèce de défense, soit antérieure, soit concomitante, soit postérieure à l'agression dirigée contre le droit. Mais si le droit est ce qu'il s'agit de défendre, de protéger (*tutelare*), il serait contradictoire à cette idée de la protection d'admettre une puissance qui *modérât*, qui *réprimât* ou *limitât* ce droit de quelque façon que ce fût au-delà des conditions intérieures de sa nature. Le mot *tutela* dans notre formule a précisément le sens où on l'a employé pendant de longs siècles dans la formule classique *moderamen inculpatæ tutelæ*. Voyez du reste quant à la formule proposée par M. Chrétien la note du § 3039 (seconde édition).

§ 606.

Mais les forces purement *rémunératrices*¹ et les forces *préventives* de l'autorité sociale ne répondraient pas au besoin, sans le droit de punir les violateurs de la loi juridique. Donc cette même loi, par laquelle est voulue l'autorité et sa fin, lui confère aussi le droit de punir. S'il est un fait qui, examiné *a posteriori*, apparaisse évidemment

comme le développement d'un principe universel et absolu, c'est bien celui de la punition du coupable. Révélée à l'homme dans tous les temps et dans tous les lieux sous la forme du sentiment de la vengeance, purifiée aux premières lueurs de la civilisation par l'idée religieuse, ramenée par le progrès des lumières à son vrai caractère exclusivement terrestre, et enfin arrivée à son dernier développement lorsqu'on y a vu non pas un droit de l'offensé, du prêtre, ou du souverain, mais un droit de l'humanité, la puissance de punir a conservé à travers toutes les idées et tous les systèmes une autorité devant laquelle les passions humaines se sont toujours et partout inclinées. Cela montre, je le répète, que s'il est un principe révélant avec évidence qu'il émane de la loi éternelle qui régit l'humanité, c'est celui de la punition du coupable sur la terre.

1. Il n'est pas besoin de démontrer l'insuffisance des moyens rémunérateurs. La récompense des bons et des bonnes actions peut être un puissant instrument d'amélioration sociale relativement à ceux dont les inclinations sont bonnes ; elle leur donne la force et l'impulsion pour accomplir les sacrifices qui exigent parfois les grands actes de vertu. Mais pour ceux qui sont portés au mal, la récompense est lettre morte. Inapplicable matériellement comme moyen d'empêcher les délits, la méthode des récompenses serait encore vaine et dérisoire en face des passions qui poussent au délit, car elles font voir aux yeux de l'homme séduit par elles, dans la satisfaction de l'appétit sensible, un avantage de beaucoup supérieur à celui de la récompense promise par l'État, qu'il soit sensible ou suprasensible.

§ 607.

Aussi, bien loin qu'on puisse élever le moindre doute sur la légitimité de la punition infligée par l'autorité sociale, la société civile a pour seule raison absolue d'existence la nécessité de punir les offenses causées aux droits de l'homme. Aux besoins *physiques et intellectuels* de l'humanité suffirait en effet une simple *société naturelle*, réglée par le principe d'une parfaite égalité, sans autorité,

et sans lois. Pourquoi donc dit-on que la seule association fraternelle ne suffit pas à la nature humaine, mais que la société civile, c'est-à-dire l'autorité, lui est nécessaire ? Uniquement à cause des besoins *moraux* de l'homme, qui sans l'autorité ne seraient pas satisfaits, vu l'absence de toute protection possible du droit. La nécessité de punir est la seule raison d'être de l'autorité. Supposez que personne ne violât jamais les droits d'autrui, ou que la loi morale eût en elle-même une force de coaction suffisante, ou une sanction suffisante, comme il en est des lois physiques, l'autorité serait alors une chose superflue et une injustice. La mutuelle assistance exigée par les besoins de l'humanité, et le progrès indéfini de l'esprit humain qui marche appuyé sur la tradition, trouveraient tout ce qu'il leur faut dans la simple association fraternelle, à laquelle est conduite et dans laquelle se maintient l'humanité par l'impulsion irrésistible de sa nature.

§ 608.

Mais la loi morale est susceptible de violation, à raison de la liberté de l'homme et des passions coupables qui l'entraînent trop violemment au mal ; or cette loi morale, si exposée à être violée, n'a pas en elle-même sur la terre une coaction efficace, ni une sanction immédiate et sensible. Les besoins de l'humanité demandaient que cette coaction et cette sanction vinsent la compléter, et l'instrument que la loi éternelle destinait à cette fonction est l'autorité sociale : elle remplit son rôle au moyen de la coaction *préventive* (office de bon gouvernement), et par la menace et l'application d'un mal sensible aux violeurs du droit (pouvoir de répression), et ainsi elle protège légitimement les droits des hommes et les siens propres. Le but principal de la société civile est de fonder ici-bas le règne sans elle impossible *de la loi juridique*, c'est-à-dire

de faire vivre les hommes unis, grâce au lien commun de l'obéissance à la loi du droit. Toute lésion du droit individuel s'oppose au *but* de la société civile, ce qui fait qu'elle lèse aussi la société. L'autorité sociale a donc le droit de faire tout ce qui est nécessaire pour atteindre ce *but* de la protection juridique, et ainsi elle a le droit de se conserver et de se défendre elle-même, puisqu'elle protège et conserve par là l'instrument que la loi éternelle de l'ordre a préétabli comme indispensable pour rendre complète la loi morale. De là, le droit pour l'autorité d'exercer une coaction *physique*, afin d'empêcher un délit non encore commis; de là, le pouvoir qu'elle a d'exercer une coaction *psychologique* sur ceux qui sont portés au mal, de les menacer d'une peine sensible pour le cas où, cédant à l'appétit du bien sensible, ils violeraient la loi du droit. Et comme la seule efficacité de la coaction physique ne suffirait pas au besoin, il s'ensuit que le pouvoir de répression dérive proprement d'une *nécessité de la nature humaine* et non pas d'une *nécessité sociale* ¹.

1. La formule de Carmignani, qui a vu dans le droit de punir un *jus politicae necessitatis*, quoique moins défectueuse que tant d'autres formules imaginées dans le même but, ne répond pas au besoin pratique. En effet, *nécessité politique* veut dire *nécessité de la cité, de l'État*; or le coupable qui se voit assujéti à une peine peut toujours répondre qu'il ne reconnaît pas la raison d'être de l'État, de la cité; et si on lui répète l'argument ordinalre : que les besoins physiques et intellectuels de l'humanité et sa destination à un perfectionnement indéfini exigent l'état d'association, sans recourir aucunement aux rêves du philosophe de Genève il peut admettre qu'à la vérité l'homme est sociable de sa nature, et que l'association est la destinée de l'humanité, mais continuer à nier que cette association puisse s'écarter des bornes d'une association purement fraternelle fondée sur le principe de l'égalité, rejeter la légitimité d'un gouvernement constitué, et le déclarer un résultat de la force. Ainsi, quand pour toute raison du fait de la punition on lui allègue la *nécessité politique*, on recourt à un postulat qu'il nie radicalement, et on se trouve avoir besoin d'une seconde démonstration pour justifier la constitution de la société sous forme d'État, et la légitimité de la prohibition et de la punition. La formule *nécessité politique* est donc incomplète, puisqu'elle permet de réclamer la démonstration que cette néces-

sité est productive de droits. Mais quand on fait remonter la raison de punir à la loi juridique primitive considérée dans les individus, la *nécessité de punir* est démontrée comme dérivant de cette loi, et par là même est démontrée la *nécessité de la société et de l'autorité*. Le coupable ne peut pas, sans un sophisme et une contradiction évidente, nier ces vérités, quand on les résume dans cette formule. En effet, quand il demande raison à la société de la *prohibition* et de la *punition* par laquelle on le prive de certains droits, il affirme l'existence en lui-même des droits dont il prétend contester à l'autorité le pouvoir de le dépouiller. Or, les affirmant *en lui-même*, il est forcé de reconnaître une loi juridique universelle, et de confesser que ces droits existent aussi *chez les autres*. S'il les reconnaît chez les autres, il faut bien qu'il avoue qu'il n'a pas le droit de les en dépouiller comme il l'a fait par l'action délictueuse, il faut qu'il convienne du droit qu'ont les autres de les défendre contre lui; et alors apparaît d'elle-même la raison de la différence de situation entre eux et lui : ceux-ci, n'ayant pas violé les premiers la loi juridique, ont le droit d'en invoquer la protection, et de se dire *injustement* dépouillés par lui; pour lui au contraire, comme il a violé le premier la loi juridique, il ne peut pas, sans contradiction, invoquer la protection de cette loi dans les limites où le droit qu'il affirme se trouve en collision avec le droit des autres. Aussi le droit *in genere* de prohiber et de punir ne peut-il pas, sans un défaut de logique, être nié par le coupable, puisque, dans son opposition, il se fonde sur le postulat de l'existence d'une loi juridique, qu'il est forcé de reconnaître comme universelle et commune à tous; or, la reconnaissance du droit est inséparable de la reconnaissance de la faculté de le défendre. Voilà pourquoi j'ai cru ne devoir pas accepter la formule de mon illustre maître : si on la prend en elle-même, c'est une formule empirique, et si on veut la rattacher à un principe rationnel supérieur, ce principe ne peut se trouver que dans la loi naturelle, première source du droit et de la souveraineté du droit. La *société civile*, ou autrement la *cité*, bien loin d'être la *cause* du droit, en est le *premier effet*. Ce n'est pas elle qui crée la loi juridique, c'est la loi juridique qui crée l'État comme moyen de se faire respecter. Je trouve parfaitement juste cette observation critique de Thiercelin (p. 202 et suiv.) que la formule *nécessité sociale* tombe dans l'erreur trop fréquente de confondre le *droit* avec ce qui le garantit.

§ 609.

Le droit qu'a la société de punir, considéré comme complément et sanction indispensable du précepte moral, comme cause de l'existence de la société, comme prescription de la loi éternelle de l'ordre dans l'humanité, repose donc sur les trois principes de l'utilité, de la justice

et de la sympathie : de l'utilité, parce que la loi naturelle tend uniquement au bonheur du genre humain ; de la justice, parce que la loi naturelle, en tant que loi divine, a pour règle la justice absolue, qui exige la punition de celui qui fait mal ; de la sympathie, parce que la loi naturelle, révélée par Dieu au cœur de tous les hommes par le moyen du sens moral et de la droite raison, ne peut pas ne pas trouver un écho d'approbation de ses volontés dans tous les cœurs qui ne sont pas pervertis par la passion. Mais ces trois principes ne sont pas de ceux qu'on rapproche en vertu d'un système, ce sont les conditions originelles et inséparables de la loi naturelle.

§ 610.

La peine n'est pas seulement le résultat d'un besoin de justice exigeant l'expiation du mal moral : Dieu seul a la mesure et la puissance nécessaire pour exiger l'expiation convenable¹. Elle n'est pas une simple défense que l'intérêt des hommes se procure au détriment d'autrui. Elle n'est pas la satisfaction d'un sentiment de l'homme qui cherche à tranquilliser son esprit relativement au danger des offenses futures. La peine est la sanction d'un principe posé par la loi éternelle, qui toujours tend à la conservation de l'humanité et à la défense de ses droits, qui toujours suit les traces de la justice, et toujours répond au sentiment de la conscience universelle.

1. Comme développement naturel de cette vérité, et afin de bannir pour toujours du droit pénal toute idée d'expiation, Franck a proposé d'écarter perpétuellement de notre science le mot *peine*, et d'y substituer le mot *répression*.

§ 611.

Le système pénal, étant reconnu pour une émanation de la loi naturelle, doit donc se régler selon les conditions essentielles de la source dont il dérive. Tout système pénal

qui s'éloigne d'une seule de ces conditions est injuste, antipathique, et forcément dommageable, car les règles de la justice éternelle sont absolues et inviolables. Conformément à ces idées, je vois le principe *fondamental* du droit pénal dans la nécessité de défendre les droits¹ de l'homme, je vois dans la justice la *limite* de son exercice, et dans l'opinion publique le modérateur de sa *forme*.

1. La formule *défense du droit* (*tutela giuridica*) est évidemment différente dans son essence de la formule *défense sociale* (*tutela sociale*). L'école éclectique a senti le besoin d'ajouter à celle-ci l'idée de la limite de la justice, idée qui, pour la formule de la *défense sociale*, est une chose *extrinsèque, ultérieure*, ajoutée pour faire accepter la doctrine. Il fallait bien user de cet expédient, puisque la formule de la *défense sociale* donne à la punition un principe tout *matériel*, et le met à la merci des exigences capricieuses et souvent exorbitantes de l'utilité. Au contraire, dans la formule de la *défense du droit*, la limite de la justice est une chose naturelle, intrinsèque, inséparable, car quand on dit que l'autorité doit défendre le droit, on dit qu'elle doit le défendre chez l'offenseur aussi bien que chez l'offensé, ou autrement qu'elle doit punir l'un pour la défense de l'autre, mais non pas au delà des besoins de cette défense, sans quoi il violerait le droit de l'offenseur, et la peine devenant injuste par exagération, il ne trouverait plus d'appui dans la suprême raison de la défense du droit. Parmi les criminalistes modernes, celui qui s'est le plus rapproché de notre formule est M. Ortolan (*Cours de droit pénal*, n° 176 et suiv., et n° 185 et suiv.). Il faut remarquer en outre que la formule *défense sociale* prête à une interprétation *équivoque* ; en effet, le mot *sociale* peut se prendre *activement* ou *passivement*. Il se prend *passivement* quand on entend que le droit primitif de punir prend naissance dans la société pour la défense *de cette même société* ; et dans ce sens la formule est prépostère et fautive. Il se prend *activement* quand on entend que le droit primitif est dans l'individu, et que la société doit en exercer la défense : dans ce sens, elle répond à la théorie que je tiens pour vraie. Si l'on dit *défense sociale*, que ce soit pour exprimer qui *défend* et non pas qui est *défendu*. Mais, du reste, cette formule est inacceptable, précisément à cause du danger d'équivoque.

§ 612.

Cela conduit à la conclusion que la *liberté de l'homme* est en définitive le fondement du droit pénal. Destiné par la loi de sa création à exercer librement son activité sur la terre dans les bornes du respect de la liberté de ses sem-

blables, l'homme est placé *ab æterno* sous l'empire de la loi morale, qui règle en même temps ses droits vis-à-vis des autres et ses devoirs envers eux. Mais cette liberté ne serait pas réelle si le frein d'une autorité n'assurait l'efficacité de la loi. Ce n'est donc pas la société qui fait naître le droit de punir, c'est la nécessité de punir les violateurs du droit qui fait naître la société civile : celle-ci est un résultat nécessaire de la loi naturelle, non pas comme fin, mais comme moyen, comme instrument pour la répression de la licence et la protection respective de l'activité humaine. Si l'on nie que le droit soit préexistant à la société civile, si l'on ne voit pas que cette loi éternelle est la raison d'être de l'autorité, son indispensable auxiliaire, il faut en désespoir de cause se jeter dans l'une de ces deux voies : ou bien enchaîner la raison humaine à un dogmatisme trompeur, ou bien s'aventurer sur le terrain fragile et mouvant de l'utilité. Dans le premier cas, on abandonne le droit pénal à la théologie, et nécessairement on le subordonne à un principe faux chez les peuples qui ne jouissent pas de la vérité de la révélation ; dans le second cas, on le livre au caprice des passions. Toute autre formule n'est qu'un nouvel assemblage de mots, au fond duquel on trouve le vide ou bien l'une de ces deux idées. Il n'y a que la formule de la loi de l'ordre terrestre qui maintienne le droit pénal dans sa véritable condition d'être un fait purement humain, exempt de tout ascétisme, et tendant uniquement à un but humain ; un fait qui se rattache à un principe absolu, inébranlable, et immuable, soit en présence des fureurs de la multitude, soit en face des violences de quelques-uns. Le fondement de notre formule est un dogme : un dogme universel qui légitime les sociétés, les gouvernements, le pouvoir pénal et civil, et tout autre pouvoir exprimant l'autorité de l'intelligence humaine sur l'homme ; un dogme humanitaire qui persuade les chrétiens comme les disciples des faux prophètes : le dogme que le Créateur

a soumis les hommes à une loi morale qui est juridique et parfaite, et qu'ainsi la peine n'est autre chose que la sanction nécessaire de la loi morale juridique. Nous sommes tous des instruments dans la main de Dieu ; gouvernants ou gouvernés, nous n'avons de droits que pour servir à ses fins.

CHAPITRE III

DU BUT DE LA PEINE

§ 613.

Souvent on confond le but d'un fait avec la raison de sa légitimité : cela est arrivé pour la peine, et a été une source d'erreurs. Les deux choses sont essentiellement distinctes l'une de l'autre. L'étude du principe fondamental¹ de la peine conduit à découvrir le critérium essentiel des actions délictueuses, c'est-à-dire ce qu'il doit y avoir dans les actions humaines pour qu'on puisse les prohiber ; et le résultat de cette étude, selon notre formule, se résume en ceci : ce doivent être des actions lésant le droit, dont on ne peut obtenir complète réparation par la seule coaction physique, et qui exigent une sanction. L'étude du but de la peine conduit à découvrir les critères de la mesure des délits et par conséquent des peines elles-mêmes.

1. Il ne serait pas possible d'énumérer tous les écrits relatifs au droit de punir, car il est peu de livres de droit pénal où l'auteur ne se soit occupé plus ou moins longuement de ce problème fondamental, et les dissertations spéciales sur ce sujet sont également innombrables ; aussi, en voulant donner une bibliographie du droit de punir, on ferait une bibliographie universelle du droit criminel. Je me bornerai à indiquer quelques-unes des dissertations les moins connues : Hermann, *De fundamento juris puniendi*, Lipsie, 1793 ; — Van Troyen, *De jure puniendi*, Groningæ, 1827 ; — Raussendorff, *De penis earumque finibus ex placitis juris naturæ recte æstimandis*, Vitebergæ, 1794 ; — Hiligerus, *De penis illa-*

rumque finibus, Vitebergæ, 1795;—Meyer, *Observationum de pœnis illarumque finibus*, Vitebergæ, 1790;—Schnor, *De pœnis*, Vitebergæ, 1791;—Albrecht, *De pœnis earumque finibus*, Vitebergæ, 1792;—Lautsch, *De pœnis*, Vitebergæ, 1793;—Rusca Franchini, *Specimen jurisprudentiæ criminalis*, Mediolani, 1775;—Calisti, *Sulla origine del diritto di punire*, Recanati, 1869.

§ 614.

Le but de la peine n'est pas que *justice soit faite*, ni que l'offensé soit *vengé*, ni que le dommage par lui souffert soit *réparé*, ni que les citoyens soient *intimidés*, ni que le coupable *expie* sa faute, ni qu'on obtienne son *amendement*. Toutes ces choses peuvent être des *conséquences accessoires* de la peine, et quelques-unes d'entre elles peuvent être *désirables*, mais la *peine* serait un acte *inattaquable* quand bien même tous ces résultats manqueraient.

§ 615.

Le but principal de la peine est le *rétablissement de l'ordre extérieur dans la société*¹.

1. Coek (*Diss. de fine pœnarum*), Feuerbach, et d'autres avec eux, ont dit qu'il faut distinguer le but de la *commination* de la peine, et le but de son *application* effective; mais Bayer et Kœnigswarter ont repoussé cette distinction comme une vaine subtilité, en faisant remarquer qu'on ne peut pas assigner un but *spécial* à l'exécution de la peine. L'exécution ne doit être que la conséquence nécessaire de la commination faite par la loi; or, si le juge, en appliquant la peine, se proposait un but *différent* de celui qu'avait le législateur en l'édicant, la condamnation ne serait plus la conséquence nécessaire de la loi, elle ne serait plus une action *juste*, mais une action *politique*, et dans ce but *différent* que nous supposons, le juge pourrait trouver une raison de s'écarter de la conformité à la loi. Cependant l'illustre Tolomei (*Droit pénal*, § 68, p. 47) a cru devoir reproduire cette distinction.

§ 616.

Le délit a offensé *matériellement* un individu, ou une famille, ou un nombre quelconque de personnes. Ce mal ne se répare pas au moyen de la peine.

§ 617.

Mais le délit a offensé la société en violant ses lois; il a offensé tous les citoyens en diminuant en eux l'*opinion* de leur *propre sûreté*, et en créant le *danger* du mauvais exemple.

§ 618.

Le danger de la victime est passé désormais, puisqu'il s'est converti en un mal effectif; mais le danger qui menace tous les citoyens est maintenant présent: le danger que le coupable, si on le laisse impuni, ne renouvelle contre d'autres son entreprise, et le danger que d'autres personnes, encouragées par son mauvais exemple, ne se mettent à leur tour à violer la loi. Cela produit naturellement l'effet moral de l'apprehension, du manque de confiance en la protection de la loi, chez tous les citoyens qui nourrissent à son ombre la conscience de leur liberté.

§ 619.

Ce dommage purement *moral* (§ 418) fait de l'offense envers un seul une offense envers tous, parce qu'elle trouble la paix de tous. La peine doit réparer ce dommage en *rétablissant l'ordre* troublé par le délit. L'idée de *réparation* par laquelle nous exprimons l'effet de la peine, renferme implicitement ces trois résultantes: la *correction* du coupable, le *réconfort* des bons, l'*avertissement* donné à ceux qui sont portés au mal; mais cette idée diffère grandement de l'idée pure de la *correction* et de celle de l'*intimidation*. Autre chose est de *pousser* le coupable à ne plus commettre de délits, autre chose est de viser à le rendre intérieurement bon. Autre chose est de rappeler à ceux qui ont de mauvais penchants que la loi exécute ses menaces, autre chose est de répandre la terreur dans les esprits. La crainte et la correction sont implicitement contenues dans l'action mo-

rale de la peine, mais si l'on veut en faire un *but spécial*¹, on dénature cette action, et l'on conduit le pouvoir pénal à des absurdités.

1. On aperçoit sans peine les pernicieuses conséquences auxquelles conduisent nécessairement, par la force de la logique, l'intimidation et la correction considérées comme fin principale de la pénalité. L'intimidation conduit à une aggravation progressive perpétuelle des peines; en effet, le délit commis faisant voir positivement que le coupable n'a pas eu peur de la peine, on en conclut que, pour effrayer les autres, il est nécessaire de l'augmenter. C'était l'argument insensé de Vouglans. Mais, vu les défauts de la nature humaine, les peines n'ont jamais réussi et ne réussiront jamais à empêcher les délits; aussi le cours perpétuel des délits conduit-il, en vertu de ce raisonnement, à la progression perpétuelle de la sévérité, et il n'y a point de limite. La correction, au contraire, par une autre déduction logique également nécessaire, conduit à soustraire à la peine le coupable corrigé, ce qui rend la peine précaire, incertaine, conditionnelle, et en détruit toute la force morale.

§ 620.

Les citoyens qui redoutaient de nouvelles offenses de la part du délinquant, cessent de les craindre, espérant qu'il sera *retenu* par la peine.

§ 621.

Les citoyens qui redoutaient de la part des autres l'imitation du coupable, cessent de la craindre, espérant que le mal qu'on lui inflige sera un *frein* à l'impulsion du mauvais exemple. Voilà comment la formule de la *tranquillité* résume le but de la peine. Cette formule exprime à la fois que la peine doit être un *mal* et qu'elle doit être une *dé-fense directe*: observation récemment dégagée par M. Ellero, et qui n'avait été faite avant lui par personne. La peine est destinée à agir sur les *autres* encore plus que sur le coupable (*moralement* s'entend), mais il ne suffit pas qu'elle agisse sur les *méchants*, il faut qu'elle agisse suffisamment sur les *bons* pour les tranquilliser tant à l'égard du délinquant lui-même qu'à l'égard de ses imitateurs possibles.

Ainsi telle peine qui serait une sanction suffisante de la loi, parce qu'elle aurait sur les méchants une action *suffisante*, leur opposant un mal plus considérable que le fruit du délit, peut n'avoir pas assez d'action sur les bons pour les tranquilliser relativement au coupable lui-même. Il y a besoin d'une détention prolongée pour que les citoyens n'aient pas lieu de craindre que le coupable trop tôt libéré ne recommence ses offenses. Voilà comment l'idée de la *dé-fense directe* se rattache au but de la *tranquillité*¹ et vient compléter le criterium de la mesure des peines.

1. Cela ramène cette observation que si le mot *peine* exprime la *matérialité* du fait social opposé au fait individuel, le mot *répression* répond mieux à son but qui est précisément de *réprimer*, de calmer toutes les forces éveillées soit chez les bons, soit chez les méchants, par le spectacle d'un délit commis. Réprimer, non pas les forces *physiques* du délit, qui, dans un fait accompli, ont produit leur effet désormais irrévocable, mais réprimer les forces *morales objectives* du délit, dans lesquelles se résume tout son caractère social.

§ 622.

Ainsi la *peine* qui ne remédie en rien au mal matériel du délit, est un remède très-efficace et unique contre le mal *moral*. Sans elle, les citoyens qui par la répétition des méfaits sentiraient de jour en jour leur sécurité diminuée, seraient forcés d'abandonner une société incapable de les défendre.

§ 623.

La *fin* dernière de la *peine* est donc le bien social, représenté par l'ordre qu'on assure en protégeant la loi juridique, et l'effet de la pénalité vient se confondre avec la cause qui le légitime.

§ 624.

Mais pour atteindre à cette *fin*, il faut que la peine produise certains effets, qui sont comme autant de fins plus prochaines où la pénalité doit tendre. Ce sont ces fins qui

déterminent les *caractères spéciaux* qu'on doit *invariablement* exiger d'elle.

§ 625.

Ces *conditions* de la pénalité, dérivant de son principe absolu, obligent le législateur lui-même, qui ne peut sans abus s'en écarter, car la loi de l'ordre est, comme l'a dit Bacon, la *lex legum*.

§ 626.

Tant qu'il s'occupe de rechercher ces *conditions* essentielles, le droit pénal se maintient à la hauteur d'une *science* purement spéculative; mais quand il descend au choix des meilleurs moyens de réaliser ces principes, il vient (comme l'a remarqué un grand philosophe¹) à participer de l'*art*; en effet ses recherches portent toutes sur les moyens pratiques de réaliser le vœu de cette loi supérieure et d'atteindre le but que la science lui a révélé.

1. M. le sénateur Centofanti.

CHAPITRE IV

DES FORCES DE LA PEINE

§ 627.

En examinant la *peine* sous son aspect juridique, nous trouvons qu'elle se compose de deux forces de même nature que celles qui se rencontrent dans le délit (§§ 53 et suiv.), et il y a en cela parfaite analogie : la force *physique* et la force *morale*.

§ 628.

La force *physique subjective* de la peine consiste dans les

actes matériels par lesquels on inflige au coupable le mal qui constitue la punition. Sans un acte extérieur, il ne peut pas y avoir de peine, comme il ne peut pas y avoir de délit.

§ 629.

La force *physique* de la peine, considérée *objectivement*, est représentée par le bien enlevé au délinquant, autrement dit par la *souffrance effective*, résultat douloureux de la peine pour le condamné, de même que la force *physique objective* du délit exprime le résultat dommageable du délit pour l'offensé. La force *physique objective* de la peine se calcule en raison composée de sa *durée* et de son *intensité*¹.

1. Dans le langage courant, la dénomination *spéciale* des différentes peines se tire, soit de leur force *physique subjective*, comme quand on dit : la peine de la potence, la peine des galères, du fouet, du carcan, etc.; soit de leur force *physique objective*, comme quand on dit : la peine de mort, la peine de la détention, du bannissement, etc. C'est là un accident sans importance.

§ 630.

La force *morale subjective* de la peine consiste en ce que celle-ci procède de la *volonté rationnelle* du juge compétent, qui interprète et applique la volonté de la loi. Sans cet élément, sans un fait *psychologique* qui lui donne la légitimité, le mal infligé n'est pas une peine, mais un fait violent qui n'a pas de caractères juridiques, de même que, si le fait dommageable ne procède pas d'une volonté intelligente, il n'y a pas un délit, mais un coup de hasard sans caractère juridique : il lui manque en effet le concours du fait *psychologique*, et ainsi il est privé de la force morale subjective essentielle au délit.

§ 631.

La force *morale objective* de la peine est représentée par le *résultat moral* que le supplice produit dans l'*âme* des ci-

toyens : des bons, en les tranquillisant ; des méchants, en les réprimant.

§ 632.

La grande efficacité sociale de la peine tient à cette *force morale*. De la force morale du délit vient l'*offense sociale* ; de la force morale de la peine vient la *réparation sociale*.

§ 633.

Et telle est l'importance de la *force morale* de la peine, que quelques criminalistes, entre autres Nicolini¹, ont voulu voir *en elle seule*, considérée dans ses effets sur l'âme du coupable, la *véritable peine*. La prison, l'amende, la mort même, selon cette doctrine, ne sont pas véritablement la *peine*, mais les *moyens* de produire la *peine*, et ils sont légitimes uniquement à cause de cette *action* qu'ils ont *sur l'âme*.

1. Dans une dissertation inédite sur le droit de punir, envoyée sous forme de lettre à M. Ortolan, en 1843.

§ 634.

On ne peut nier cette double signification du mot *peine*. Quand on dit : *la prison est une peine*, on désigne la *matérialité* d'un moyen spécial destiné à faire souffrir le coupable. Quand on dit : *Caius a subi la prison*, on exprime le résultat du moyen matériel employé contre lui : la privation de la liberté personnelle et la souffrance qu'elle lui a causée. Cette double acception du mot *peine* ressort clairement d'une phrase usuelle qui, sans cela, serait contradictoire. On dit souvent : *les peines infamantes ne sont pas des peines pour l'infâme ; les peines pécuniaires ne sont pas des peines pour le riche*. Cela revenant à dire que la *peine* n'est pas une *peine*, ou affirmerait une impossibilité logique, l'être et le non-être, si l'on ne donnait un double sens au mot *peine*.

§ 635.

Cette idée est donc exacte, mais l'aspect tout idéologique sous lequel elle fait considérer la peine, se prêterait mal à l'exposition de la doctrine, et bouleverserait presque le langage scientifique. Sans abandonner la signification matérielle qu'on donne communément au mot *peine*, on arrive très-bien au sens idéologique, autant qu'il importe aux besoins de la science, en laissant voir distinctement dans la *peine* (*moyen de causer la douleur*), les *forces* qui y sont renfermées et qui en constituent le mécanisme et les résultats.

§ 636.

La *force morale* existe sous ses deux aspects dans la peine, dès avant que celle-ci soit infligée ; et même, à l'état de *menace*, la peine n'agit que moralement. Mais quand le délit, de l'état de prévision a passé à l'état de réalité, la force morale de la menace serait détruite si la peine devenait aussi une réalité. C'est son application matérielle qui restitue à la menace méprisée par le délinquant toute son efficacité sur les esprits, et c'est à ce moment que se complète la *force morale* de la peine. L'application matérielle du châtement devient un fait juridique, puisqu'il rend plus sensible l'*idée* chez le coupable d'avoir mérité cette souffrance en violant le précepte ; l'*idée* chez les bons qu'ils sont protégés, grâce à la sanction du précepte ; l'*idée* chez les hommes vicieux qu'ils encourront de semblables châtements s'ils violent le précepte.

§ 637.

Mais pour que la peine ait au plus haut degré cette *force morale objective*, il faut qu'elle réponde aux conditions qu'exigent d'elle son principe fondamental et ses limites.

CHAPITRE V

DES CONDITIONS QUE DOIT AVOIR LA PEINE

§ 638.

Ces conditions peuvent se diviser en deux classes, selon qu'elles émanent du critérium tout positif de la défense du droit, ou bien du critérium de la justice qui, étant reconnu pour une limitation, peut être appelé purement négatif¹.

1. Si les conditions que nous allons relever doivent toutes, sans exception, être toujours respectées par le législateur pour que les pénalités qu'il établit répondent aux besoins de la défense sans léser la justice, la conséquence pratique qui en dérive, c'est le grand avantage des codifications pénales. Le grand bienfait de la codification en matière pénale est de forcer le législateur à réfléchir sur les principes généraux de l'imputation et de la pénalité, à s'en faire à lui-même une sorte de cercle, à y soumettre, à y conformer ses propres dispositions. Les pénalités édictées par des lois d'exception et de circonstance sont toujours le produit d'occasions transitoires et de mouvements inconsidérés de peur ou de colère; sous leur impulsion on respecte mal l'autorité des préceptes généraux de la raison, et il est presque impossible de maintenir les pénalités de la loi spéciale nouvelle dans un juste accord avec les pénalités déjà établies par d'autres lois. Les codes généraux de droit pénal, s'ils ne sont pas faits au hasard, et comme on dit, de pièces et de morceaux, offrent toujours une unité de pensée; il peut y avoir trop de sévérité ou trop d'indulgence, mais toujours on y trouvera l'unité de pensée. Cela procure à l'État le grand avantage de l'uniformité dans la répression, ce qui sert à la fois la justice distributive, et surtout contribue à inspirer au peuple une foi respectueuse en la bonté des lois qui le régissent. Le véritable progrès civil doit toujours procéder de ce double mouvement: les lois corrigeant les mœurs, les mœurs corrigeant les lois. L'action correctrice de la coutume est spontanée, celle des lois est réfléchie, calculée à priori; mais pour que le calcul soit bon, il faut qu'il considère le droit dans son universalité. Pour cela il est nécessaire qu'un nouveau code pénal laisse subsister le moins de lois exceptionnelles possible, et qu'il survienne le moins possible de lois exceptionnelles s'ajoutant après coup au code existant: autrement il en résulte des inconvénients déplorables et le discrédit général de la justice pénale. Quand le code pénal d'une nation, écrivait naguère M. Corne dans son excellent livre sur la réforme pénale, se trouve perdu au milieu d'une forêt inex-

tricable de lois spéciales, ce code pénal règne et ne gouverne pas; maxime ingénieuse autant que vraie. Enfin rappelons simplement que les règles ici exposées relativement à la peine, comme toutes les autres concernant l'imputation et la procédure, s'appliquent indistinctement et toujours à tous les délits sans exception. Il y eut un temps où malheureusement régna la doctrine des délits d'exception; ce fut une doctrine très-étendue et féconde en sanglants résultats: voy. Brehm, de delictis exceptis, Lipsia 1788. Mais la civilisation actuelle ne tolère plus le mot exception en droit pénal. Exception signifie déviation des règles absolues de la justice; or, une pareille idée ne peut être rendue acceptable par aucun argument d'utilité prétendue, de vues politiques, ou de haine spéciale pour certains délits. Ce qui est juste doit être observé dans les petites fautes comme dans les grandes, sans aucune exception; et puis, n'était-ce pas le comble de l'absurdité que de s'écarter, quand il s'agissait de grands supplices, de ces principes qu'on observait religieusement quand il s'agissait de châtimens plus légers?

ARTICLE PREMIER

CONDITIONS DE LA PEINE DÉRIVANT DE SON PRINCIPE POSITIF

§ 639.

Dans cette première catégorie se placent toutes les conditions qui ont rapport à l'efficacité de la punition. Pour que la peine réponde à la loi de l'ordre qui veut cette peine comme moyen de protéger les droits de l'homme, elle doit être sentie par le coupable qu'elle frappe, et sentie moralement par les autres citoyens. Il faut donc qu'elle renferme sous ce rapport les conditions suivantes:

§ 640.

1^o Elle doit être afflictive pour le coupable, soit physiquement, soit au moins moralement. C'est une aberration que de supposer, comme on l'a fait, que le besoin d'une peine serait satisfait si l'on pouvait persuader aux autres que le coupable souffre, quoiqu'il n'en soit rien en réalité. Quand cette peine idéale serait une protection suffisante du droit vis-à-vis des autres, elle ne le serait pas vis-à-vis du coupable qui s'en rirait.

§ 641.

2° Elle doit être *exemplaire*, c'est-à-dire telle qu'elle engendre chez les citoyens la *persuasion* que le coupable a souffert un mal. L'absence de la première condition supprime l'efficacité de la peine à l'égard du coupable; l'absence de la seconde la fait disparaître à l'égard de tous les autres, tant chez les bons que chez les méchants par des raisons diverses. Mais l'*exemplarité* requise dans la peine ne doit pas être regardée comme un but principal qu'elle doit atteindre (Voy. Puttmann, *Opusc. crim.*, p. 265, § *etsi autem*, ad pag. 270; *dissert. de poenis exemplaribus*, Lipsie, 1787); cela conduirait à la fausse doctrine de l'intimidation. Il faut plutôt l'entendre comme une condition *extérieure* de la peine dans son application, et jamais ne lui donner l'effet d'ajouter des tourments à la peine au delà de sa juste mesure, sous prétexte de la rendre plus exemplaire. En un mot, l'exemplarité est un résultat qu'il faut obtenir de la punition, sans que pour l'obtenir on altère la mesure de celle-ci en sortant des termes de la justice (§ 648).

§ 642.

3° Elle doit être *certaine*, et par conséquent *irrachetable*. La force morale objective de la peine est plutôt en raison de sa *certitude*, que de sa *sévérité*; ou plutôt celle-ci sans la certitude est illusoire. La *certitude* dont il est ici question n'est pas la certitude de *fait*, résultant de la grande probabilité qu'on découvrira les délits, ce qui appartient aux dispositions de la procédure et de la police judiciaire; c'est une certitude *légal*e, la certitude que la loi n'admet pas de moyen d'échapper à la peine quand elle est encourue et que le délit est reconnu. A cette condition ainsi entendue, *n'oppose* le principe que voudrait faire admettre l'école *correctionniste*, à savoir que la peine doit cesser quand le coupable montre qu'il s'est corrigé.

1. Voyez mon discours sur l'*Emenda del reo* dans les *Opuscoli*, vol. 1, opusc. 5.

§ 643.

4° Elle doit être *prompte*, car pendant l'intervalle entre le délit et la punition, la force morale objective du délit continue à exercer ses funestes effets, qui deviennent naturellement plus pernicieux à proportion qu'ils sont plus prolongés.

§ 644.

5° Elle doit être *publique*. La peine infligée *en secret* serait logique si elle émanait du principe de la *vengeance*, de l'*expiation*, ou de la *réformation*; mais comme son principe est uniquement le besoin de compléter la loi de l'ordre, toute peine secrète est un usage *illégitime* de la force.

1. Les anciens aussi ont senti le besoin de rendre le mieux possible notoires aux citoyens les punitions infligées aux délits: Langlaeus, *Semestrium* lib. 11, cap. 1, p. 672. Mais il n'est pas de pensée, si juste et utile qu'elle soit, qui ne puisse sortir des bornes, dans le mouvement donné par l'homme à son développement; c'est ainsi que devia le principe très-sain de la publicité de la peine, quand il suggéra aux législateurs de se servir du *corps* du coupable comme *instrument* de cette publicité, au moyen du carcan et d'autres inventions semblables qui avilissent la nature humaine et sont nécessairement démoralisantes. Wissinger a écrit justement (*de dolo et culpa*, p. 88) que la vieille maxime du poète *decipimur specie recti* cède trop souvent la place, dans la vie pratique, à la maxime *decipimur specie utilia*. Un illustre criminaliste dont j'honore la profonde sagesse disait naguère que l'homme se trompe souvent dans la perception du *juste*, mais qu'il se trompe rarement dans la perception de l'*utile*. Il me semble que pratiquement c'est l'opposé, et la raison suprême de l'opposition je la trouve dans la nature même des choses: la *justice* ne peut être qu'une, tandis que l'*utilité* peut être multiple selon les aspects très-variés d'un fait; si l'homme se trompe souvent sur la *justice*, cela tient précisément à ce que trop souvent il mesure la *justice* sur l'*utilité*.

§ 645.

6° Elle doit être infligée de manière *à ne pas pervertir* le coupable. Nous ne reconnaissons pas pour une *fin propre* de la peine la réforme morale du coupable, sinon en tant

que la répression des mauvaises passions résulte de sa nature de *peine*. Nous louons sans doute tout ce que peut faire un gouvernement prévoyant pour ramener à la morale, au moyen de la pénalité, les citoyens dévoyés; mais autre chose est de dire qu'il faut *profiter d'un fait* pour atteindre un *but ultérieur*, autre chose est de dire que ce but est une *raison*, une *cause* du fait. Autre chose est ce qui regarde le *bon gouvernement*, autre chose est ce qui concerne le *pouvoir pénal*. Celui-ci doit tendre à ses fins propres par sa voie particulière; celui-là doit profiter de toute occasion pour former le peuple au bien, mais il ne faut pas pour cela qu'il entrave le mouvement de l'autre. La trop grande préoccupation de la *réforme* du condamné, lorsqu'elle pénètre dans le droit pénal, conduit à en adoucir l'*inflexibilité*, et à ébranler au grand péril de la société l'idée de l'*irrachetabilité de la faute*. Mais si nous ne voyons pas une *fin propre*¹ de la peine dans la correction intérieure du coupable (que nous louons d'ailleurs comme une œuvre sainte de bon gouvernement), nous rejetons tout moyen de punition qui avilit ou corrompt le condamné ou qui lui rend plus difficile le retour dans le bon chemin.

1. Je sais bien que ces idées vont contre le courant du siècle; chaque jour s'accroît chez les criminalistes modernes l'enthousiasme pour la doctrine de la *correction du coupable*. Il est aisé de voir que c'est là présentement le point principal qui appelle les méditations des jurisconsultes. L'opinion du siècle va de ce côté comme une marée montante. En Belgique, Destriveaux a soutenu que le seul fondement juridique de la peine est la correction du coupable. Mazzolini, en Italie, fait de cette idée le fondement de ses *Nuovi principi di diritto penale*, enseignant que la société n'a pas le droit de punir le coupable, mais seulement de le *contraindre à se corriger*. Henke proscrit la *prison perpétuelle*, parce que le coupable corrigé ne doit plus être puni; et le code de Bolivie (art. 142 et s.) adopte cette théorie. Pinheiro, Marquet-Vasselot, Röder, d'autres encore, proclament le principe que la *correction du coupable doit faire cesser la peine*, et le nouveau code pénal du royaume de Portugal paraît s'inspirer de ces idées: idées qui proviennent toutes d'un sentiment louable, mais plutôt à Dieu qu'elles ne fussent pas périlleuses quand elles envahissent le pouvoir pénal.

Cette doctrine n'est qu'une transformation du dogme religieux, or il est toujours imprudent aux hommes d'imiter la divinité. Nos ancêtres se sont arrogé l'exercice de la justice de Dieu, et il en est résulté le système de l'expiation; aujourd'hui on veut exercer la miséricorde de Dieu, et l'on érige en système le droit de punir pour corriger. Jamais on ne consent à restreindre l'autorité dans les limites de la *défense* du droit.

Dieu seul sait la juste mesure de l'expiation, de même qu'il peut seul accorder la justice avec la miséricorde, et pour un acte de repentir sincère effacer une série de méfaits. Cela est de foi chrétienne, de foi nécessaire dans l'ordre moral, je dirai presque de foi nécessaire à la vie. En effet, l'homme qui est si sujet à tomber ne pourrait plus, après la chute, retrouver la paix de l'âme, qu'en se disant ou bien: je renierai la croyance à la vie future, et je courrai aveuglément dans le sentier du mal; ou bien: je me confierai dans le pardon de Dieu, et je me corrigerai pour le mériter. Mais c'est là la loi divine, parce que Dieu qui voit tout discerne le repentir sincère de l'hypocrite apparence, tandis que l'homme confond souvent un Saint Augustin avec un Ciappelletto. L'*irrachetabilité* de la faute répugne bien à la loi divine (qui du reste n'accepte pas comme moyen d'effacer les fautes un repentir inspiré par le *désir d'améliorer notre condition sur la terre*, ou par les tourments de la prison, et par l'espérance de les faire cesser en montrant du repentir) mais la loi humaine ne peut avoir de force coercitive qu'en s'attachant fermement au principe de l'*irrachetabilité*. Celle-ci est-elle incertaine, la loi devient le jouet de spéculations artificieuses, et malheur si la protection des coupables va jusqu'à faire voir dans le délit un moyen de vaincre les rigueurs de la fortune!

Je ne suis pas ennemi du système pénitentiaire. On calomnierait mes intentions en m'accusant de cela. Je l'approuve parce qu'il enlève à la peine de la *détention* le honteux caractère d'être, comme elle le fut pendant tant de siècles, un instrument de corruption, une école de mauvaises mœurs, une occasion de pernicieuses alliances. Je l'approuve parce qu'il est du devoir de tout gouvernement, je dirai même de tout citoyen, de favoriser la moralisation du peuple. Mais on doit corriger l'homme en purifiant son cœur des affections terrestres, en élevant ses pensées à Dieu, en le rendant résigné aux souffrances d'ici-bas, et en l'accoutumant ainsi à y voir un titre d'expiation anticipée. On ne doit pas le corriger en lui promettant des biens périssables ou l'exemption de châtimens mérités, et encore moins doit-on préférer à son amendement apparent le péril réel de la société.

La peine ne peut être qu'une peine; douce sans doute, juste, mais proportionnée au *passé*, et que les faits postérieurs ne modifient point. La science pénale ne peut pas changer sa devise, ni, pour courir après de séduisantes illusions, abandonner la protection des bons par la manie de réformer les méchants. Le spectacle d'un coupable corrigé est édifiant, j'en conviens, et très-utile à la morale publique; mais corriger

un coupable au prix de l'allégement de la peine méritée, c'est une excitation à commettre des délits, c'est un scandale social.

Je considère donc la réforme du coupable comme une chose très-utile, qu'on ne saurait trop s'efforcer d'obtenir, mais comme une chose absolument en dehors du cercle du pouvoir pénal. L'y introduire (au delà de ce qui est l'effet naturel de la peine) me semble une contradiction. Punir, signifie causer un mal. Amender, instruire, élever, signifie procurer un très-grand bien. À l'aspect d'un délit, deux forces doivent se mettre en mouvement et agir en même temps sur le coupable, forces différentes dans leur point de départ et dans le but auquel elles tendent. La première considère le délit, y voit un désordre, et veut inexorablement qu'il soit puni afin de rétablir l'ordre que ce fait a troublé. La seconde considère le coupable, voit en lui une créature de Dieu dévoyée du bon chemin, et veut l'y reconduire. La première s'inspire du péril social et du respect de la justice. La seconde s'enflamme aux aspirations de la charité envers nos semblables. La société doit pourvoir à ce que ces deux forces se développent chacune dans sa sphère d'action, sans se heurter, sans se détruire; mais les assembler en une théorie, les unifier dans leur principe et dans leur fin, et mettre dans toutes les deux l'âme du pouvoir pénal, comme le voudrait la nouvelle école correctionniste, cela, je le répète, me paraît être une contradiction.

ARTICLE II

DES CONDITIONS DE LA PEINE QUI DÉRIVENT DE SA LIMITE

§ 646.

De ce que l'éternelle règle de la loi naturelle a subordonné le principe positif de la défense du droit au critérium négatif ou limitatif de la justice, il en résulte de soi qu'on doit exiger dans la peine les conditions suivantes :

1° Elle ne doit pas être illégale; c'est-à-dire qu'elle n'est pas appliquée légitimement si la loi ne l'a d'abord édictée. C'est la loi et non l'homme qui doit punir. Voyez la savante dissertation de Koenigswarter, *Nullum delictum nulla pœna sine prævia lege penali*, Amstelodami, 1835.

§ 647.

2° Elle ne doit pas être aberrante. La personnalité est une

condition absolue de la peine. Il n'y a pas de prétexte d'utilité, pas même de raison de défense qui puisse légitimer un mal infligé sous couleur de justice à un innocent.

1. L'idée de Platon sur l'hérédité des peines est singulière. Il admettait en principe que les enfants ne doivent rien souffrir pour les délits de leurs parents. Mais supposant le cas où l'aïeul et le bisaïeul auraient été condamnés à mort, il proposait de chasser de l'État les descendants, comme appartenant à une race incorrigible. Cette fausse idée a été aussi cultivée par les empereurs romains, à l'égard des descendants de la première génération, dans les crimes de lèse-majesté; mais c'était la guerre de parti, c'était la crainte et la vengeance et non le sentiment de la justice qui inspiraient les décrets impériaux. Dans les temps anciens il y avait plus de moralité, et les convictions politiques étaient plus fermes, aussi fallait-il poursuivre et disperser les fils des républicains, pour la sûreté du trône, dans la certitude qu'ils lui seraient d'autant plus hostiles qu'ils auraient été plus irrités par la peine infligée à leurs pères. Aujourd'hui, au lieu de confiscation, on donne aux fils des républicains les décorations et les emplois, et l'effet est plus sûr.

§ 648.

3° Elle ne doit pas être excessive; c'est-à-dire qu'elle ne doit pas excéder la proportion avec le mal du délit. Toute souffrance infligée au coupable au delà du principe de la peine, qui est de donner au précepte une sanction proportionnée à son importance juridique, ou au delà du besoin de la défense, qui est de détruire la force morale objective du délit, est un abus de la force, une cruauté illégitime. L'excessivité de la peine est vicieuse, même au point de vue social; tant par l'influence qu'elle exerce sur les mœurs, que parce qu'elle excite la publique antipathie et les conséquences désastreuses qui en résultent. La loi est difficilement obéie quand elle n'a pas pour elle la sympathie des consciences. La pitié produit ce phénomène que les bons s'unissent avec les méchants pour éluder la justice, dont l'autorité chancelle. Cette considération politique est du reste superflue, puisque pour prescrire l'excessivité des peines il suffit de la raison et de la justice, abstraction faite de toute considération empirique.

1. La formule *peine excessive* offre un double point de vue : selon le premier, la règle qui défend l'excessivité de la peine est dictée au législateur par la science, en vertu d'un principe suprême de justice ; c'est là principalement le sens dans lequel il faut prendre la règle que nous enseignons ici. Selon l'autre point de vue, le précepte de la *non-excessivité* s'adresse au juge ; c'est en ce sens qu'a été considérée la règle par les anciens criminalistes, qui (sans excepter Cocceius, *De excessu pœnarum ordinarium, exercit. 90*) ont traité sans distinction des restrictions à imposer au législateur et des restrictions à imposer au juge : ils n'ont pas su démêler ce qui regarde le degré de ce qui regarde la quantité, ni ce qui concerne la peine de ce qui concerne l'imputation. La peine peut aussi, dans la main du juge, devenir *excessive* de deux manières : ou bien parce qu'il applique une peine supérieure à celle que la loi lui permettait d'appliquer, et alors il tombe dans un palpable *excès de pouvoir*, ou bien parce que la loi lui ayant donné une certaine latitude, il n'en a pas usé comme l'aurait voulu la justice, et alors il tombe dans un simple *défaut de prudence* judiciaire. Cette dernière différence est remarquable à cause des effets pratiques qui peuvent en dériver en matière de révision des jugements.

2. Pour que je ne tremble pas au spectacle de la peine, pour que je ne pleure pas sur les souffrances de l'accusé, il faut que le délit ait fait trembler et pleurer l'innocent qui en a été victime ; alors la pitié pour l'offensé étouffe la pitié pour l'offenseur. Cette vérité qui détermine le criterium essentiel nécessaire à un fait pour qu'il puisse être déclaré délit, détermine par la logique des corrélatifs le criterium de la pénalité.

§ 649.

4° Elle ne doit pas être *inégal* ; c'est-à-dire qu'elle ne doit pas considérer la situation différente des délinquants, lorsque celle-ci n'altère pas la quantité du délit.

§ 650.

5° Elle doit être *divisible*, c'est-à-dire fractionnable, de manière à répondre aux différents degrés de l'imputation, laquelle se modifie selon les circonstances qui accompagnent chaque délit ; en quoi il est nécessaire que l'œuvre prudente du magistrat complète l'œuvre du législateur.

§ 651.

6° Elle doit être, autant qu'il se peut, *réparable*, parce

qu'une erreur judiciaire¹ est malheureusement facile, et que les conséquences en sont désastreuses. La condamnation d'un innocent est un renversement d'idées, car l'instrument de la justice se change en un instrument d'iniquité : c'est une véritable calamité sociale, par l'épouvante qu'elle engendre chez les citoyens, bien supérieure à celle qui résulte de l'impunité de plusieurs délits.

1. Nous avons vu encore de nos jours de douloureux exemples d'innocents condamnés au supplice capital. Dans la France seule on a reconnu l'innocence de *Lesurques*, de *Badger*, de *Ravier*, et de *Loizerolles*, tous quatre guillotines ; de *Filippi*, et de *Rosaria Dolce*, pour qui l'arbitrage heureux du tribunal avait commué la peine de mort en celle des travaux forcés à perpétuité ; de *Rensi* et d'autres innocents condamnés à une peine temporaire. Tous ces faits appartiennent au siècle présent, et il faut avouer que si pour dix innocents on est arrivé par hasard à obtenir leur justification, il doit y en avoir un bien plus grand nombre qui n'ont pas eu la même fortune.

CHAPITRE VI

IDÉE GÉNÉRALE DE LA QUALITÉ, DE LA QUANTITÉ ET DU DEGRÉ DANS LA PEINE

§ 652.

Jusqu'ici nous avons considéré la peine dans sa généralité, c'est-à-dire dans les conditions essentielles qui doivent, avec plus ou moins d'importance, être communes à toutes les peines. Mais de même qu'en examinant le délit dans ses espèces possibles nous avons trouvé (§ 128 et suiv.) qu'il peut y avoir des différences très-considérables de *qualité*, de *quantité*, et de *degré* entre un fait et un autre fait, nous trouvons maintenant des différences analogues entre une peine et une autre peine. Et comme l'étude de ces trois notions a complété la théorie du délit, de même

l'examen de la *qualité*, de la *quantité*, et du *degré* dans la peine complète la théorie de ce second objet du droit pénal.

§ 653.

Nous avons déjà fait remarquer (§ 429) que les notions de *qualité* et de *quantité*, relatives à diverses *espèces* du même *genre*, comme aussi la notion du *degré*, relative à divers *individus* de la même *espèce*, viennent de ce qu'il n'y a pas entre espèces congénères, ni entre individu et individu, parfaite identité. Nous avons aussi indiqué en quoi consistent, abstractivement parlant, les caractères distinctifs désignés par les noms de *qualité* (§ 430), de *quantité* (§ 432), de *degré* (§ 438). Familiarisés désormais avec ces termes et ces idées, il ne nous reste plus qu'à examiner les divers critères au moyen desquels on peut appliquer ces notions aux peines.

§ 654.

L'importance de ce triple examen dans le délit tenait au principe de la justice, qui veut que, quand deux délits s'unifient sous le rapport de la qualité, de la quantité, et du degré, ils s'identifient dans l'imputation (§ 445). Son importance à l'égard des peines tient au même principe, qui veut que, comme les différences de qualité, de quantité, et de degré produisent une diversité d'imputation, il y ait aussi une semblable diversité dans la peine. Mais le *degré* dans la peine appelle en outre un examen spécial indépendant des caractères distinctifs du délit, comme nous le montrerons bientôt.

CHAPITRE VII

DU CRITÉRIUM DE LA QUALITÉ DANS LES PEINES

§ 655.

Dans les *peines* aussi l'examen de la *qualité* conduit à leur *classification*. Dans les peines aussi l'*élément particulier de rapport* (§ 447) qui constitue le critérium de leur classement, et qui détermine leur diverse *qualité*, doit se chercher dans leur *force physique objective*, c'est-à-dire dans la *diversité du bien* que la société enlève au coupable pour le punir.

§ 656.

Maintenant, si l'on veut réduire à certaines classes principales les biens que la justice peut enlever à l'homme pour le punir, on trouve une division complète des peines en *quatre classes*, selon qu'elles privent le coupable ou du bien de la *vie*, ou de l'intégrité et de la liberté de son *corps*, ou de son *honneur*, ou de son *patrimoine pécuniaire*. Des différences essentielles de ces quatre espèces de biens que peut goûter l'homme, résulte la différence de *qualité* des peines, et par conséquent leur distribution en quatre grandes classes : peines *capitales*, — *afflictives*, — *infamantes*, — *pécuniaires*.

§ 657.

On a objecté contre cette classification qu'elle est incomplète, en faisant remarquer que certaines punitions spéciales employées par quelques législateurs n'y trouvent pas place; ainsi, par exemple, l'interdiction de certains actes¹. Mais il est facile de rattacher ces privations à la classe des peines humiliantes, des peines pécuniaires, ou des peines afflictives, selon que le refus de la faculté emporte seule-

ment un discrédit du condamné, ou lui cause en outre une perte pécuniaire, ou une restriction de liberté.

1. Ainsi le professeur Erio Sala, dans son excellent livre récemment publié sous le titre de *Rinnuovamento dei buoni studi giuridici*, p. 125, pense qu'on doit ajouter à l'échelle des peines celle de la *prison de nuit* avec la liberté pendant le jour. J'approuve cette idée. J'en ai vu l'application pratique dans l'ancien duché de Lucques, qui, s'il surpassait en petitesse tous les autres États de l'Italie, les surpassait aussi par la bonté de ses lois de procédure pénale, et par la liberté de la défense. J'ai vu moi-même des individus soumis à cette peine continuer pendant des années à faire jusqu'à quatre et six milles pour se rendre au couchage. C'était du reste chez nous plutôt une loi de police préventive qu'une loi de répression. Mais quand bien même, adoptant l'idée de Sala, on voudrait en faire une pénalité spéciale édictée par le Code, cela n'altérerait pas notre classification, car il est évident que cette peine n'est autre chose qu'une *forme* de la détention. Dans les lois *somptuaires* on a, pendant un temps, cherché à asseoir une pénalité spéciale, ces lois n'étant pas toujours dictées par la simple vue *économique*, mais quelquefois aussi par des considérations *pénales* : Klein, *Disputatio de lege vestitaria*, disput. 22, p. 1151. Mais ces sortes de pénalités trouvent aussi sans difficulté leur place dans la classe des peines *afflictives*, entendue comme étant l'ensemble de toutes les *restrictions de liberté* infligées au coupable.

§ 658.

Cette classification, au point de vue de la *science*, n'appelle pas, si ce n'est accessoirement, l'examen des moyens pratiques d'infliger ces différentes peines. Elle a pour but de *déterminer* les classes et d'examiner la *légitimité*, la *convenance* de chacune d'elles.

1°

Peines capitales.

§ 659.

Les peines *capitales* sont celles qui privent le coupable de la vie¹.

1. Dans les lois romaines l'expression peine *capitale* ne signifiait pas toujours la perte de la *vie*, elle s'employait aussi pour désigner la *mort civile* (*deminutio capitis maxima vel media*) non accompagnée de la *mort naturelle*.

§ 660.

La recherche philosophique du droit pour la société de pousser la punition jusqu'à donner la mort au coupable ne conduit pas à regarder empiriquement l'utilité de cette peine, mais à trouver le principe mis en question de sa légitimité; elle dépend donc de la solution du problème préliminaire de l'origine rationnelle du droit de punir.

§ 661.

Admettant, à l'exemple de Nicolini, comme fondement de ce droit la loi naturelle (§ 604), nous arrivons en conséquence à nier le pouvoir de donner la mort: en effet la loi naturelle est une loi essentiellement *conservatrice*. C'est là le principe suprême dont s'inspire cette loi, et auquel elle s'attache constamment, hors le cas où la conservation d'un être est *actuellement incompatible* avec la conservation d'autres êtres semblables; ou pour mieux dire, dans ce cas-là même la loi qui permet la destruction ne contrarie pas, mais confirme le principe de conservation. Maintenant, de ce principe suprême il nous semble qu'on doit déduire que la loi de conservation ne permet pas la destruction d'un homme quand la *nécessité présente* de la défense des autres hommes n'exige pas un pareil sacrifice. La controverse étant amenée à ce point, la légitimité de la peine de mort n'est plus aujourd'hui soutenable. En effet l'état *actuel* des peuples policés ne fait plus (pour les délits *ordinaires*, et dans la vie normale des États) de la mort de l'ennemi social une *nécessité matérielle*; et pour ce qui est d'une *nécessité morale* présente, fondée sur l'idée de punir un individu pour intimider les autres, cela peut, pour le supplice capital, être affirmé, mais jamais être démontré de manière à ne pas laisser place au doute. Dans le cas de l'insurgé, la mort qu'on lui inflige pendant la durée de la guerre civile ne se justifie plus par les prin-

cipes du droit pénal, mais par ceux du *jus belli* ; et même dans ce cas, la mort du vaincu ne trouve sa raison dernière que dans les craintes du vainqueur et dans la conscience de sa propre faiblesse.

Après Beccaria, la peine de mort a été combattue par Malanima, Brissot, Lucas, Pastoret, Livingston, Carmignani, Ducpétiaux, Puccioni, Perez de Molina¹, Castagna, Mancini, Olivecrona, Ellero, et par beaucoup d'autres. La nécessité de cette peine a été soutenue, parmi les modernes, par Ulloa, Vanghert, Stubel, Bensa, Silvela, Urtis, Trébutien, et en général par les criminalistes français. Le principe que nous opposons à la peine de mort fait voir clairement à qui sait nous entendre, que nous n'attaquons pas cette peine d'une façon *absolue*, mais seulement d'une façon *relative*. Nous reconnaissons qu'elle est légitime selon la loi naturelle quand elle est *nécessaire* à la *conservation* d'autres êtres innocents ; en d'autres termes, nous en reconnaissons la légitimité pour *la défense directe nécessaire*, qui, forcément reçue pour l'individu, ne peut pas sans contradiction ne pas être admise pour la société. Ce que nous repoussons résolument, c'est la fausse doctrine de la *défense indirecte*. Nous nions qu'une peine, quelle qu'elle soit, se légitime par le but d'effrayer les autres ; nous nions le principe de l'*intimidation*, que trop de personnes ont pris pour une raison justifiant la peine, et nous le nions par un double motif : 1° parce que la loi naturelle ne souffre pas que l'homme fasse du corps de l'homme un *instrument* de ses fins ; 2° parce que, si l'on admet que le besoin d'*effrayer* les autres légitime la peine, on en vient par la force de la logique à légitimer la peine infligée à l'innocent. Maintenant, nous reconnaissons que la nécessité de la *défense directe* peut avoir existé en d'autres temps et peut exister encore aujourd'hui dans d'autres lieux et dans des conditions exceptionnelles, mais nous ne sommes pas convaincus

qu'aujourd'hui, chez les peuples policés et bien organisés, une telle *nécessité* existe ; bien mieux, nous sommes convaincus du contraire, et notre conviction augmente en présence de cette raison qu'on ne doit pas mettre à mort le coupable tant qu'il y a *doute* sur le concours de cette nécessité. Voilà quelle est exactement notre pensée. Le principe que sans la *nécessité de la défense directe* la peine de mort est injuste, nous le tenons pour un principe *absolu*. L'application de ce principe et le jugement sur l'existence ou la non-existence de *pareille nécessité* est une question toujours *relative* en soi et qui dépend de *circonstances extérieures*. Qu'on démontre aujourd'hui, si on le peut, cette *nécessité directe*, sans mettre en avant le fantôme de l'*intimidation d'autrui* ; hors de là la peine de mort est illégitime. Et qu'on ne parle pas des considérations d'*utilité* souvent alléguées dans ce problème, car il est absolument impossible de voir dans l'*utilité* le fondement d'un droit².

1. Avec beaucoup d'étendue dans son livre intitulé *La sociedad y el patibulo*, Madrid, 1854. Voyez l'ouvrage récent de Mittermaier sur le même sujet, sous ce titre : *La pena di morte considerata nella scienza, nell' esperienza, e nelle legislazioni*, traduction publiée par mes soins à Lucques en 1864. Voyez aussi Desportes, *Réforme des prisons*, p. 11, Paris, 1862, où il reproduit une lettre de saint Augustin contre la peine de mort ; l'excellent ouvrage de Desprez, *Re la peine de mort*, Paris, 1870 ; la dissertation de Fulvio, insérée dans le *Giurista* de Naples, 6^e année, n° 42, p. 239, et n° 54, p. 425 ; et les deux volumes publiés à Turin en 1865 sous le titre de *La pena di morte al parlamento italiano*, où se trouve réuni tout ce qui a été dit en l'un ou l'autre sens dans cette solennelle discussion.

2. Quelques-uns, s'aventurant sur les traces de Filangieri, ont objecté que selon la loi naturelle tous les droits *originaires* ou *innés* étant inaliénables, toutes les peines afflictives blessent la loi naturelle comme la blesse la peine de mort. Mais il n'y a pas similitude entre les cas. Les droits originaires de l'homme sont inaliénables en tant que les lui enlever serait faire disparaître la personnalité humaine. Ils ne peuvent donc pas être aliénés *absolument*, mais on peut en distraire une partie quand le droit le comporte : Zeiller, *Jus naturæ*, § 49. — Haas, *Doctrina juris philosophica*, §§ 71, 73. Ainsi on ne peut pas aliéner la li-

berté, parce que cela réduirait l'homme à cesser d'être homme, privé qu'il serait d'un attribut indispensable à sa personnalité. Mais on peut en aliéner une partie, et toute la théorie de l'efficacité des obligations personnelles en droit naturel est fondée sur ce principe; en effet, quand il se lie envers quelqu'un par une obligation, l'homme lui transfère une part correspondante de sa liberté. Maintenant, ce que l'homme peut faire par une convention, il peut le faire par un acte: ce que la loi admet comme conséquence d'une convention explicite peut être la conséquence d'un fait auquel la loi attribue le même effet. Les vœux monastiques, le mariage, etc., sont valables selon la loi naturelle. De même il ne répugne pas à la loi naturelle qu'un homme, en violant la loi du droit, s'astreigne à la perte, même pour toute sa vie, d'une part de sa liberté, car il ne cesse pas d'être une personne. Mais il répugne à cette loi qu'on se prive volontairement de la vie, ou qu'on s'oblige expressément ou tacitement à la perdre, car on détruit par là sa personnalité, puisqu'il n'est pas possible de conserver la vie en partie et de l'aliéner en partie. Voilà pourquoi je dis (§ 661) que la peine de mort répugne à la loi naturelle, et que les peines afflictives n'y répugnent pas. Le reproche de prouver le contraire, qu'on a voulu faire à mon raisonnement, en l'accusant de détruire toutes les pénalités, n'a donc pas de base. En effet, par les peines afflictives l'homme ne fait pas cesser sa personnalité, comme il arriverait s'il se rendait esclave et par conséquent destructible au gré de son maître. La peine afflictive restreint la liberté et empêche certains actes, mais la liberté reste au condamné comme droit formel, quoique limitée dans son objet, et il l'exerce sauf la restriction qu'il a encourue en violant la loi. Il conserve la liberté de conscience, la libre manifestation de ses pensées, la liberté de ses mouvements dans sa cellule. En un mot il est toujours homme, sa personnalité n'a pas cessé. Cela est si vrai qu'il peut encore commettre des délits. Toute cette théorie dépend d'un principe suprême, du point de savoir si l'homme a un but en cette vie, et lequel. Celui qui nie ce but, ou qui (comme Spinoza) trouve le but de la vie dans la félicité matérielle, est conduit à matérialiser le bien moral, et tombe dans la pernicieuse doctrine de l'utilité. Il est facile alors, pour la conservation de la chose publique, de faire un pas de plus, et d'établir que le bonheur du plus grand nombre doit être préféré au bonheur d'un seul, d'où résulte la fatale maxime *salus publica suprema lex esto*. Il est également facile de faire un pas dans un autre sens, et d'accorder à l'homme malheureux la faculté de disposer de sa propre vie. Mais si l'on reconnaît la fin de l'homme dans son perfectionnement indéfini, cette fin absolue, pour laquelle l'ordre particulier imposé à l'homme par la loi de sa nature se relie à l'ordre universel, conduit nécessairement à refuser à l'homme la faculté de disposer des droits qui sont indispensables à sa personnalité. Si la loi éternelle a dit à l'homme: Tu ne peux pas cesser volontairement d'être une personne, cette même loi, pour être logique, doit avoir dit à la société (qui n'est autre chose qu'un instrument disposé pour la défense de la loi ju-

ridique): Tu ne pourras pas, pour quelque fait que ce soit, soumettre l'homme à une peine qui détruirait sa personnalité; tu ne peux pas réduire l'homme à la condition d'une chose. Ou bien il faut nier qu'il existe une loi morale absolue, immuable, qui gouverne l'humanité depuis le moment de sa création, loi qui n'a pas été niée même par les païens, bien qu'ils l'entendissent à leur manière; ou bien, si l'on admet une loi morale suprême, il faut en déduire une loi juridique suprême, et par conséquent l'inaliénabilité par notre fait et l'indestructibilité par le fait d'autrui, de la personnalité humaine. Admettre dans l'intelligence du Créateur l'idée que l'homme peut librement disposer de sa vie, ce serait supposer une idée contradictoire. Création d'un certain nombre d'êtres destinés à un certain but, et faculté chez tous ces êtres de se détruire, de rendre ainsi ce but impossible et de déjouer les desseins de la Providence, cela implique contradiction.

§ 662.

Quand la peine de mort est admise, trois règles dominent son application: — 1° elle doit être réservée pour les délits qui sont au plus haut point de l'échelle criminelle; — 2° elle doit être infligée de manière à faire souffrir le moins possible le patient: c'est là une question *physiologique*; — 3° elle ne doit pas être infligée en présence du peuple, parce que la vue du sang rend les âmes féroces; au principe de la publicité on peut suppléer par la *notoriété*, sans convier le peuple à voir égorger un homme. Les anciens ne se contentaient pas de mettre à mort le coupable, ils voulaient encore le martyriser. Il serait infini de donner la description des divers moyens¹ imaginés pour l'application de ce supplice; c'était le résultat de cette pensée erronée que le but de la peine est d'intimider², et que les peuples doivent être menés par la terreur.

1. En France par exemple, il y avait cinq manières différentes de mettre à mort le condamné: 1° le feu pour la lèse-majesté divine; 2° l'écartèlement à quatre chevaux pour certains cas de lèse-majesté humaine; 3° la décapitation pour les délits ordinaires, si le condamné était noble; 4° la potence, si c'était un homme du peuple; 5° la roue pour les vols commis avec violence sur les chemins publics. Voyez la savante dissertation de Van Hasselt, *De carnifice*; Decamps, *La place de la Roquette*, *Revue des Deux-Mondes*, vol. 85, p. 182; et sur l'origine

du supplice de la roue si répandu dans ces derniers siècles, Langbeus, *Semestrium* lib. 10, cap. 3.

2. Il paraît que l'idée d'exécuter *secrètement* la peine de mort fut appliquée pour la première fois à New-York. Ce système a été embrassé comme dernière ressource par les partisans de la peine de mort, pour la soustraire par une sorte de transaction à l'une des objections les plus graves que ses adversaires dirigeaient contre elle. Déjà Roysaymé (*De la justice criminelle en Toscane*, p. 181) avait fait remarquer que les animaux même éprouvent naturellement de l'horreur et de la répugnance à voir mourir leurs semblables. La meilleure sauvegarde contre l'homicide est l'horreur que Dieu a mise dans le cœur de l'homme pour le meurtre de son semblable. Le spectacle de la peine de mort affaiblit cette horreur chez les peuples, et par conséquent ouvre et facilite la route aux délits de sang, en détruisant le salutaire obstacle que leur oppose la loi suprême de l'instinct. L'homme (ajoute Lisi dans une savante dissertation sur ce sujet) est un être éminemment *imitateur*. Par cette double raison, la multiplication du supplice capital doit amener celle des délits de sang; et l'histoire, témoin fidèle de toutes les grandes vérités, confirme le sentiment des philosophes et des physiologistes. Ceux qui veulent maintenir à tout prix la peine capitale, ne pouvant pas nier la force de ces objections, y cèdent pour y échapper, en recourant aux exécutions secrètes. Mais si par là on évite un mal, on dépouille en même temps la peine capitale de ce prestige qui l'avait tant recommandée dans les siècles passés, et conduisant les citoyens à douter de la justice d'un fait qu'on a honte de produire aux yeux du peuple, on accélère la suppression définitive de l'échafaud. Tant qu'on a mis à mort le coupable parce qu'on sentait l'impuissance de lui résister, et par suite la nécessité de se défendre de lui, sa mort a été une conséquence logiquement déduite de la nécessité de la conservation. C'était, au même titre, une conséquence logique, que d'accorder le *jus necis* dans ces fameux *bandi capitali*, qui donnaient à tout particulier libre faculté de tuer l'ennemi commun; *bandi* qu'on a vu renouveler dans le royaume actuel de Grèce par l'édit royal de janvier 1865, qui a mis à prix, à deux ou trois mille drachmes, la tête de quelques brigands. Ce système a été attaqué comme barbare; il est barbare en effet, mais rigoureusement logique. L'impuissance du gouvernement à défendre les citoyens contre une horde d'assassins étant une fois avouée, il faut bien confier au poignard des particuliers cette sécurité de tous que les armes des agents publics ne parviennent pas à garantir. Mais alors nous sommes sous l'empire du *jus belli*, et non pas du droit pénal. Le progrès social et une organisation plus solide de l'autorité ont, en temps normal, rendu les gouvernements honteux d'émettre un semblable aveu de faiblesse, et la *taglia* (mise à prix) a été généralement abolie. Cela devait logiquement conduire, au point de vue de la *défense directe*, à abolir la peine capitale. Mais la peine de mort fut conservée par un sentiment de haine et de vengeance contre les coupables; et dans cet ordre d'idées les cruau-

tés furent une seconde fois barbarement logiques dans l'exécution du supplice, car elles exprimaient précisément la logique inexorable de la haine; il en était de même des outrages infligés au cadavre des suppliciés (Klein, *Disput.* 24, p. 1223), du refus de sépulture, et de l'institution des fourches patibulaires si bien décrites par Molinier, *Notice historique sur les fourches patibulaires*, Toulouse, 1868. Mais de même que la civilisation moderne avait interdit aux gouvernements d'avouer (en temps ordinaire) qu'ils employaient la peine capitale par faiblesse et par peur, de même elle leur interdisait d'avouer qu'ils l'employaient par haine et par vengeance. Alors l'échafaud n'eut plus d'autre soutien que la raison qu'il est utile pour l'intimidation de ceux qui ne sont pas coupables; et la doctrine qui défend la peine capitale arriva ainsi à sa dernière phase. Dans cette phase elle a rencontré, au point de vue *rationnel*, l'insurmontable objection qu'il n'est pas permis de se servir du corps de l'homme comme d'un instrument pour arriver à ses fins, et l'obstacle de l'indestructibilité volontaire de la personnalité humaine. Elle a encouru, au point de vue *expérimental*, la réfutation de l'histoire et de l'expérience, réfutation à laquelle les conservateurs n'ont jamais répondu et ne pourront jamais répondre, tant qu'ils n'auront pas souffert que les abolitionnistes répètent dans de plus grands États l'expérience qu'ils ont faite victorieusement dans beaucoup de petits. Enfin elle a rencontré, au point de vue *utilitaire*, l'objection tirée du *mauvais exemple* que les gouvernements donnaient au peuple, de l'excitation au mépris de la vie humaine et aux délits de sang. C'est pour répondre à cette troisième objection qu'on a mis en vogue l'*exécution secrète*, sans s'apercevoir de la contradiction où l'on tombait. Certainement nous convenons que si le supplice capital doit être appliqué, il sera *moins dommageable* si l'exécution a lieu en secret; mais nous n'accordons pas que de cette manière on le rende *utile*, et encore moins qu'on le rende *juste, légitime, nécessaire*. Ce sera un mal moindre, mais ce sera toujours un mal.

2°

Peines afflictives.

§ 663.

On appelle peines *afflictives* celles qui affligent *physiquement* le coupable sans aller jusqu'à lui ôter la vie.

§ 664.

Les peines *afflictives* peuvent être ou *directes (positives)*, ou *indirectes (négatives)*.

§ 665.

Les peines afflictives *directes* ou *positives* sont celles dans lesquelles une souffrance est causée au patient par la *main de l'homme*. Sont *indirectes* ou *negatives* celles par lesquelles on gêne d'une façon quelconque le condamné dans la liberté naturelle de son corps. Les peines que nous appelons afflictives *directes*, ou *positives*, d'autres voudraient leur donner le nom de peines *corporelles*; mais cette expression répond-elle à tous les besoins? Il me semble que non. En effet, dans toute distinction le nom donné à une espèce appelle naturellement pour l'espèce opposée une dénomination opposée. Par conséquent, si les peines afflictives directes, comme la marque ou les coups, s'appelaient peines *corporelles*, il faudrait appeler peines *non corporelles* les peines afflictives indirectes, comme la prison ou l'exil. Mais d'une espèce de peines *non afflictives du corps* faire une subdivision d'une catégorie de peines *afflictives du corps*, cela me semble une contradiction. C'est pourquoi je m'en tiens à la nomenclature de mon maître. Il serait en vérité plus exact, à ce qu'il me semble, de diviser radicalement en deux classes distinctes ce que Carmignani appelle peines afflictives du corps : on nommerait *afflictives* celles qui blessent l'intégrité de la personne ou qui causent au corps une douleur directe, et *restrictives* celles qui limitent seulement l'exercice de la liberté personnelle. De cette façon les peines se diviseraient non plus en quatre, mais en cinq catégories.

§ 666.

Les peines afflictives *positives* peuvent être ou *indélébiles* ou *délébiles*. Sont *indélébiles* celles qui laissent une trace permanente sur le corps, comme la *marque* et la *mutilation*. Sont *délébiles* celles qui ne produisent pas ce résultat, comme la *fustigation*, les *chaînes*, etc.

1. Le fameux *knout* usité en Russie n'était pas autre chose, quand on l'employait comme peine, et non comme torture, qu'un mode particulier de fustigation rendue plus terrible par la forme spéciale du fouet de cuir qui donna son nom à cet atroce supplice. Cette peine, très-ancienne chez les Tartares, fut introduite pour la première fois en Russie l'an 1450, sous Basile l'aveugle, prince de Moscou; mais même après la libération de la Russie du joug des Tartares, qui eut lieu en 1481 sous Ivan Vasilievitch, la peine du *knout* fut maintenue, et on la trouve dans le code publié par ce prince en 1497.

§ 667.

Les peines afflictives *indélébiles* doivent être réprochées comme dégradant la dignité humaine, et à cause de leur *perpétuité* qui en fait un obstacle à l'amendement du coupable.

1. Les peines indélébiles furent pendant un temps l'objet d'une grande prédilection, surtout en Orient, où elles se maintiennent toujours. Mais l'idée dont s'inspirait cette prédilection n'était pas unique. On choisit certains expédients, moins pour obéir à la véritable idée de peine, que comme utile moyen d'empêcher le coupable de revenir au même délit; et cela dans un double but : soit pour désigner le coupable à ses concitoyens afin qu'ils *pussent s'en garder*, comme firent les Romains à l'égard des calomniateurs, soit pour enlever au coupable la possibilité de répéter le délit; ainsi le retranchement de la main aux faussaires, des pieds aux voleurs, etc. De la première idée vient qu'on infligeait la marque en imprimant d'une façon définitive, sur le corps du coupable, une lettre de l'alphabet qui reproduisait précisément l'initiale du délit commis ou de la peine subie. Pancirolo rappelle à ce sujet (*Thesaurus variarum lectionum*, cap. 241) que les coupables ainsi marqués s'appelaient *homines litterati*; Henkart, *Dissertatio de stigmatibus*; — Mascovius, *Opuscula*, vol. 1, opusc. 3, *de stigmatibus*. De la seconde idée résulte que le membre retranché était justement celui qui pouvait le mieux servir au délit. C'est aussi pour cela qu'il était d'usage de couper le nez aux adultères, afin que leur difformité éloignât d'eux leurs complices: Crell, *Dissertationes*, fascic. 2, dissert. 6, cap. 2, p. 91, *De jure manuum in foro criminali*.

§ 668.

Les principales peines *afflictives negatives* sont la *détention* et l'*exil*. J'y rattacherai aussi la *surveillance de la police* si elle pouvait véritablement être regardée comme

une peine¹; mais l'idée qui prévaut en elle est celle de la prévention exercée comme mesure de bon gouvernement, et quoique beaucoup de codes la mettent au nombre des peines, parce qu'ils trouvent convenable de la faire prononcer, dans certains cas, par le tribunal, à la considérer scientifiquement je ne puis me persuader qu'elle soit vraiment une peine dans le sens philosophique de ce mot. En effet la mesure de cette coercition se calcule pratiquement sur la malignité individuelle vraie ou présumée du coupable, ce qui sort des termes ordinaires de la punition pour rentrer dans les considérations de police. C'est aussi ce qu'ont pensé les rédacteurs du Code des Iles Ioniennes riche d'ailleurs de très-belles idées. Ce code décrit une classe spéciale de sanctions, que les tribunaux infligeront comme tout à fait étrangères aux vraies peines, et il les désigne ainsi (art. 68 et s.) : *mesures de précaution tendant à prévenir les délits, lesquelles peuvent être adoptées par la justice répressive*; puis vient l'énumération : éloignement, caution, soumission à la surveillance spéciale, et expulsion hors de l'État des condamnés étrangers. Par là ces législateurs ont montré que, sans rien enlever aux garanties sociales, on peut faire un code pénal qui réponde à l'exactitude du langage et aux principes de la science. Il n'y a pas non plus à parler de la mort civile comme peine *accessoire*, car elle est en opposition avec la civilisation, et désormais universellement proscrite depuis qu'elle a été abolie même en France (pour toujours, je l'espère) par la loi du 31 mai 1854. Je ne mets pas davantage au nombre des peines restrictives *l'interdiction de certains arts et métiers*, car c'est une peine absolument inacceptable. M. le conseiller Cuniac écrivait naguère que cette peine répugnerait aux mœurs françaises; elle ne répugnerait pas moins, j'en suis sûr, aux mœurs de tous les peuples civilisés, et j'espère avoir réussi à la faire effacer du nouveau projet de code pénal italien.

1. Voyez le travail d'Emilio Brusa intitulé *della sorveglianza speciale*; le mémoire d'Auzies inséré dans les *Annales de l'Académie de législation de Toulouse*, année 1864, vol. 18, p. 355; et l'étude du savant professeur M. Molinier, *ibid.*, p. 271.

§ 669.

La *détention*¹ comprend tout mode de punition par lequel on prive le délinquant de sa liberté en l'enfermant pour un temps déterminé dans un établissement à ce destiné.

1. Sur les diverses formes de détention usitées chez les différents peuples, on peut consulter Van Tuyl, *De pena ergastuli apud Belgas origine et modo*. En France, jusqu'au Code de 1791, la détention n'était pas considérée comme une peine, mais seulement comme un moyen de s'assurer du coupable : Desportes, *Réforme des prisons*, p. 8, où l'on trouve l'histoire contemporaine du système pénitentiaire en France; — Lucas, *Du système pénitentiaire en Europe et aux États-Unis*; — Vasselot, *Examen des diverses théories pénitentiaires*; — Silvelà, *Nécessité de la pena capital*, cap. 13 (publié d'abord en France); — le livre publié à Londres en 1820 par la Société pour l'amélioration des prisons, sous le titre *Rules proposed for the government of gaols*; — Mâconochie, *Crime and punishment*, London 1846; — Van der Bruggen, *Études sur le système pénitentiaire irlandais*. Le système pénitentiaire, auquel je donnerais volontiers le nom d'*orthopédie morale*, remonte, selon les érudits catholiques, au sixième siècle de l'ère chrétienne, et ils en trouvent l'institution dans un monastère du Sinai : *Revue catholique de Louvain*, 1852-53, p. 708 et s. Ce qui est certain, c'est que Clément XI en fit un essai à Rome en fondant une prison pour les jeunes délinquants; établie d'après le système cellulaire, avec l'isolement et l'instruction. La civilisation du siècle présent aurait dû rendre universel le système pénitentiaire, si des idées d'économie n'y avaient fait obstacle en se cachant sous le voile d'objections sophistiques soutenues par les préjugés du vulgaire. Ainsi la proposition formelle pour la substitution du système pénitentiaire à la prison mixte, faite en France en 1840 par le ministre Duchâtel, et adopté en principe par la Chambre des députés et par la Chambre des pairs, vit ajourner indéfiniment, par la révolution de 1848, son application générale; on dut se borner à ouvrir quelques établissements partiels, profitant des travaux préparés dans l'intervalle par l'administration : c'est ainsi qu'on a pu ouvrir à Paris en 1850 la grande prison de Mazas. Mais une circulaire du 17 août 1853, du ministre Persigny, déclara ouvertement que le nouveau gouvernement renonçait au projet de la séparation cellulaire pour s'en tenir à la séparation par quartiers; et pour rendre moins impopulaire ce retour en arrière, on accrédita un

écrit du docteur Pietra-Santa, publié sous ce titre : *Mazas, études sur l'emprisonnement cellulaire*, dans lequel on cherchait à alarmer le public sur le danger des aliénations mentales, et des suicides provenant, à ce qu'on disait, de l'isolement. Van der Brugghen a élevé de bonne foi des objections contre l'application de ce système aux petits délits, mais elles reposent sur des équivoques. Il dit qu'il est absurde d'appliquer ce remède où le besoin est moindre, parce que ceux qui sont coupables de petits délits étant moins pervers, il y a moins à craindre la corruption réciproque ; mais il ne remarque pas qu'un vieux criminel peut aussi quelquefois commettre un délit léger et se trouver ainsi mêlé aux néophytes du crime. Il ajoute que pour les petits délits la détention est de trop courte durée pour qu'on puisse en attendre une amélioration appréciable, oubliant que l'isolement, outre le but secondaire de l'instruction des détenus, a pour fin principale et primitive d'empêcher qu'il ne se pervertisse, ce qui trop souvent peut résulter d'un seul mois et même de quelques jours de vie en commun.

§ 670.

J'exprime donc par le mot *détention* toutes les formes congénères de punition consistant à enfermer le coupable dans un lieu de peine, auxquelles on donne un nom spécial tiré de celui de l'établissement, qui selon sa nature est appelé *prison, cachot, maison de force, maison de discipline, maison de correction, ergastolo* (en Toscane), *galères*, etc. Ces différents noms n'ont pas un sens déterminé qui puisse en donner une notion constante. Tel nom qui, dans quelques législations, exprime la détention *la plus grave*, dans d'autres désignera la détention *la plus légère*. Cela dépend du droit établi, puisque les noms n'ont pas une valeur absolue. Une distinction *substantielle* entre telle forme de détention et telle autre consiste dans l'obligation au travail. Quelques codes contemporains en ont fait explicitement un critérium d'aggravation, en distinguant entre la détention avec obligation de travailler, et détention avec liberté de ne rien faire. Récemment quelques esprits susceptibles ont accusé d'immoralité l'idée d'infliger le travail comme *peine*. Cette objection peut séduire au premier abord, mais pour moi je ne saurais pousser si loin la déli-

catesse. Si la société a le droit d'infliger au délinquant une restriction de liberté en l'empêchant de faire certains actes, je ne vois pas pourquoi elle ne pourrait pas restreindre sa liberté en l'obligeant à certains travaux, utiles à l'État ainsi qu'au physique et au moral du condamné lui-même. On dit que le travail devrait être une *faculté* accordée au condamné comme *récompense* de sa bonne conduite, mais je ne trouve pas les deux idées inconciliables. Donner comme récompense des travaux plus agréables et moins fatigants aux délinquants les plus dociles, n'empêche pas qu'on ne puisse par de plus dures fatigues dompter les natures plus rebelles. Ces objections et d'autres semblables par lesquelles on en viendrait peu à peu à faire de la prison un collège, doivent être ramenées au principe fondamental. La société a le droit (sauf la dignité et la personnalité humaine) de *faire souffrir* le délinquant ; la société a le droit d'agir pour l'*amélioration* du délinquant. Si l'assujettissement au travail répond à ces deux fins, et n'a rien qui dégrade la nature humaine, ou qui avilisse l'homme à ses propres yeux, les censures contre le travail forcé ne reposent que sur de vains préjugés.

1. L'assujettissement au travail se rencontre dans la peine des galères (*trivèmes* des anciens, *travaux forcés* des Français, *cadena* des Espagnols), peine qui dans le sens propre désignait l'obligation de ramer sur des bâtiments : sous cette forme, il semble qu'elle a aussi été employée par les Romains, selon ce que dit Langlaus, *Semestrium lib.* 10, *cap.* 5 ; mais dans un sens plus large elle désigne également l'emploi du condamné à d'autres travaux fatigants sur la terre ferme. En quoi différaient chez les Romains la *damnatio in metalla* de la *damnatio in opus metallicum* ? Ce point est examiné par Heyner, *Dissertatio de damnatione ad metalla*, pars 1, § 3, *Lipsia*, 1794, où il fait remarquer que la première était une peine perpétuelle accompagnée de la *maxima capitis deminutio*, tandis que la seconde produisait seulement la *media capitis deminutio* et était temporaire.

§ 671.

Au sujet de la détention, on a pendant un temps mis

en question, mais sans raison plausible, le droit pour la société de l'infliger à *perpétuité*; opinion que l'école *correctionniste* cherche aujourd'hui à reproduire sous une autre forme. Du reste cette école, malgré ses exagérations, a réalisé de grands bienfaits en élargissant le système pénitentiaire¹. Il faut aussi noter que les *arrêts*, quoiqu'abandonnés par beaucoup de législations, peuvent être très-utiles au dernier rang des peines afflictives. On ne devrait jamais négliger aucun des instruments qui peuvent servir à proportionner aux différents degrés de l'imputation un degré différent de répression, et puisqu'au dernier degré de responsabilité peut s'adapter le dernier degré de restriction de la liberté personnelle (qui quoique le dernier peut être ressenti plus que l'amende) il n'est pas rationnel de le négliger.

1. Pour l'histoire du système pénitentiaire, voyez l'ouvrage de Marquet-Vasselot, et ce que dit Ortolan dans son cours à la page 668. Sur les inconvénients des *galères*, voyez Alauzet, *Essai sur les peines*, ch. 4.

§ 672.

L'*exil*¹, au sens *général*, comprend l'*exil proprement dit* et la *relégation* ou *internement*.

1. Serooskerken, *De pœna exsilii*.

§ 673.

L'*exil*¹, au sens *propre*, est l'éloignement du délinquant d'un lieu déterminé qui lui est seul interdit, avec pleine liberté pour lui de se rendre ailleurs où bon lui semble. Quelques codes modernes ont supprimé l'équivoque résultant des deux sens du mot *exil*, en appelant l'exil particulier *interdiction de lieu*.

1. Sur les trois espèces d'exil des Romains mentionnées par Marcien, *leg. 5, Dig. de interdict. et releg.*, il y a divergence entre les érudits; voyez Ermann Cannegieter, *Observ.* lib. 1, cap. 8.

§ 674.

La *relégation* consiste à imposer au coupable de demeurer dans un territoire déterminé, avec interdiction de se rendre en quelque autre point du globe¹.

1. Les érudits disputent sur le point de savoir si les Romains infligeaient la déportation aux esclaves. Voyez Lyelama, *Membranarum lib. 2, eglega 10*.

§ 675.

Ces deux peines n'admettent pas de *contrainte physique*. Toute la coaction consiste dans le précepte; d'où la nécessité de joindre au précepte une sanction spéciale constituant un titre de délit de création purement politique, le délit d'*inaccomplissement de la peine*.

§ 676.

Quand l'exil consiste dans l'expulsion de tout le territoire de l'État, il est appelé *bannissement*: quand la relégation se fait dans un lieu d'outre mer, elle prend le nom de *déportation*¹.

1. Sur les diverses formes de la déportation romaine, voyez Van Vryhoff, *Observationes*, cap. 25, p. 125; — Van de Water, *Observationes*, cap. 7, p. 288; — Heynius, *Opuscula academica*, vol. 4, opusc. 16, p. 268; — Van West, *De pœna deportationis*, pars 1, p. 10; — Zigler, *Disceptationes selectæ*, thema 48, § 46; et sur la coutenance actuelle de cette peine, Rubechi, *Della deportazione*. Les érudits se demandent s'il faut dire que l'interdiction de l'eau et du feu est tombée en désuétude chez les Romains quand la déportation a été en usage, et plusieurs pensent qu'elles se sont maintenues l'une et l'autre: c'est la thèse que soutient Huber: *Digressiones justinianæ*, lib. 3, cap. 9, p. 173.

§ 677.

Toutes les peines afflictives *négatives* sans exception présentent les caractères suivants, qui ont une importance sociale:

1° La *graduabilité*, qui est sans limite : tant dans la *durée* que dans l'*intensité*.

2° La *réparabilité*.

§ 678.

Mais la *détention* comparée à l'*exil* a, dans les rapports ci-après, d'autres caractères de convenance que l'*exil* ne présente pas ; ce qui fait que l'*exil* est même très-défectueux.

§ 679.

En effet, la *détention* prévaut sur l'*exil* sous le rapport :

1° De la *force physique objective*, car l'*exil* est diversement *ressenti*, et peut n'être *pas ressenti* par certains délinquants¹ ;

2° De la *force morale objective*, car l'*exil* manque d'exemplarité ;

3° De la *moralité* publique, à laquelle la peine doit toujours prendre garde de s'opposer. L'*exil* est démoralisant ; la prison donne l'occasion au bon gouvernement et aux associations privées de tenter la correction du coupable, but très-utile et très-saint auquel le droit pénal doit rester étranger sans jamais y apporter d'empêchement, le favorisant au contraire en tant qu'il est compatible avec la nature de la peine.

1. Il faut noter une disposition de la Caroline (art. 161), qui au lieu d'exiler les voleurs récidivistes, ou de les reléguer ailleurs, les condamne à vivre perpétuellement dans le lieu où ils ont voté. Cette punition vient moins de l'idée d'affliger le coupable, que de l'idée de rendre plus difficile aux voleurs la répétition du délit. Sous cet aspect, cette disposition était plus philosophique que l'*exil*.

§ 680.

C'est par ces motifs que la *détention avec séparation cellulaire* des condamnés va aujourd'hui en se développant chez tous les peuples civilisés. En effet, la raison persuade,

et l'expérience montre que la *promiscuité* des détenus est un foyer de corruption.

§ 681.

C'est également par ces motifs que les législateurs modernes ont modéré l'abus que précédemment, par des raisons dominantes d'économie, on faisait de l'*exil*, et sont arrivés à ne l'appliquer qu'à certains manquements qui ne révèlent pas décidément un penchant au mal.

§ 682.

Quand il s'agit de graduer la peine de la *détention*, on doit spécialement examiner cette grave question : si sous le double rapport de la sensibilité du coupable et de l'opinion publique (autrement dit sous le rapport de la force objective tant physique que morale de la peine), la considération de l'*intensité* l'emporte sur l'efficacité de la *durée*. Ce problème n'a pas été suffisamment résolu par certains codes modernes.

3°

Peines infamantes.

§ 683.

Les *peines infamantes*¹ sont celles qui frappent le coupable dans son *honneur*. Mais comme la nature même du délit ou de la punition peut avoir pour conséquence directe et spontanée d'entacher la réputation du coupable, il est bon de faire remarquer que la peine qu'on appelle *infamante* est seulement celle dans laquelle l'infamie est infligée par une *déclaration formelle de la loi*.

1. Se sont occupés plus particulièrement des *peines infamantes* : Woltaer, *Observationum* vol. 1, *observ.* 22 ; — Gellerke, *De infamia* ; — Van Geuns, *De infamia* ; — Hepp, *De la note d'infamie en droit romain* ;

— Richter, *De natura et indole infamiz mediatæ*. Voyez aussi Pacheco, et *Codigo penal comentado*, vol. 1, p. 326 et suiv., et *Escuela del Derecho*, vol. 1, p. 318 et suiv.; — Bonneville, *De l'amélioration de la loi criminelle*, II, p. 433; — Mittermaier, *Delle pene infamanti*, dans les *Opuscoli* réunis par Mori, IV, p. 81.

§ 684.

En effet on distingue l'*infamie de fait* (qui vient de l'opinion), et l'*infamie de droit* (qui dérive de la loi), selon que le déshonneur est infligé *ex judicio hominum*, ou *ex legis sanctione*. La première était appelée par Ulpien *naturalis*, et la seconde *civilis*. La première, comme le fait remarquer Woltaer, commence du jour du délit; la seconde, du jour de la sentence. Anciennement l'infamie civile résultait de l'expulsion de certaines corporations. Plus tard s'introduisit l'usage de la décréter expressément, et deux manières de l'infliger prévalurent: 1° le décret du juge qui déclarait le coupable infame; 2° le décret accompagné d'une manifestation *matérielle*, comme le carcan, le changement de costume, la promenade sur l'âne¹.

1. Doneau critiquait la distinction entre l'infamie de fait et l'infamie de droit; il a été réfuté par Amaya, in *Cod. de infam. thes.* 11. — Bachovius ad *Treutlerum*, thes. 4.

§ 685.

Mais on a fait remarquer avec raison qu'il est superflu d'infliger l'infamie par une disposition de la loi, si le délit entraîne déjà l'infamie de fait; et que si l'opinion publique n'y répond pas, c'est un effort impuissant de la loi, qui l'expose à la dérision; en effet le patrimoine de l'honneur n'existe que dans l'esprit de nos semblables, et la loi peut commander au corps, non à l'opinion.

§ 686.

D'autre part on a observé que les peines infamantes ont le défaut d'être :

1° *Aberrantes*;

2° *Inégalement ressenties*;

3° *Perpétuelles*; quoi qu'ait rêvé Bentham d'une infamie comportant tous les degrés dans l'intensité et dans la durée, avec son singulier exemple des taches d'un vêtement. En fait, il y a certainement une gradation indéfinie dans la perte de l'honneur, à raison de l'aversion plus ou moins grande que témoigne l'opinion publique à l'égard des différents actes déshonorants. Mais cette gradation ne peut pas être faite par la loi, ni se régler d'une manière exacte et efficace.

4° *Destructives de la dignité humaine*, et par conséquent *contraires à l'amendement*¹.

1. Sur ce dernier point Thomasio fait remarquer qu'on doit rejeter l'infamie infligée aux vivants, parce qu'elle est un obstacle à l'amendement, mais qu'il faut accepter l'infamie appliquée aux morts parce qu'elle corrige les vivants.

§ 687.

C'est pour ces raisons, malgré les déclamations de Filangieri, qu'a prévalu dans la science moderne l'idée d'exclure l'infamie du nombre de peines, comme nuisible ou inutile; sauf à conserver, comme appendice de certaines pénalités, l'*humiliation* rachetable, qui, loin d'être une offense à la dignité humaine, exprime au contraire l'obéissance à un devoir de la part de celui qui a failli; et sauf le déshonneur *accessoire* qu'entraîne la perte de certaines dignités ou de certains offices. Aussi cette troisième classe de peines, bien que par respect pour la méthode universelle des criminalistes on continue à la désigner par le nom de peines infamantes, conserve à tort ce nom, car il est antilogique de créer une classe spéciale de peines et puis de conclure que ces peines ne doivent pas exister. Toutefois il est nécessaire de maintenir, soit sous le nom de peines *humiliantes*, soit sous un autre nom, une classe

spéciale de peines qui n'atteignent ni le corps ni la bourse. Je donnerais volontiers à cette classe le nom de *peines morales*, si je ne craignais de passer pour novateur, et si je ne trouvais peu exacte, sauf par antonomase, la dénomination de *morales*, toutes les peines sans exception devant avoir un effet moral sur le délinquant lui-même. Dans cette classe devraient trouver place : l'*admonition* (dont l'histoire et l'utilité ont été récemment mises en lumière par M. le conseiller Bonneville, dans un excellent écrit), la *nota censoria*, le *blâme*, l'*interdiction* de certains honneurs. Mais ce que je n'ai pas osé faire, d'autres le feront certainement, car cela est réclamé par le développement rapide que la science a pris de nos jours. La classe des peines infamantes appartiendra bientôt à l'histoire.

4°

Peines pécuniaires.

§ 688.

On appelle *peine pécuniaire* toute diminution de notre patrimoine ordonnée par la loi comme punition d'un délit. Il est de la nature de cette peine que la partie du patrimoine enlevée au coupable soit attribuée à l'État; s'il en était autrement, ce serait là une sorte d'*indemnité* plutôt qu'un *châtiment*. Mais il est *moral* que l'État emploie en bonnes œuvres le produit des amendes. La loi peut, en punition du délit, enlever au coupable *tout* son patrimoine, et la peine prend le nom de *confiscation*, ou seulement *une partie* de son patrimoine, et la peine prend le nom d'*amende* ou de *multa* selon les cas. Cette forme de pénalité doit être étudiée aux points de vue *historique, juridique, et social*.

§ 689.

Sous le rapport *historique*, nous trouvons que la peine

pécuniaire a subi de notables transformations. On rencontre déjà les peines pécuniaires dans les lois mosaïques; elles consistaient, chez ce peuple qui fut le premier inventeur de la monnaie, dans le paiement d'une somme d'argent. On les trouve aussi dans les traditions d'autres peuples, où elles se sont maintenues, même dans les siècles postérieurs, sous la forme du paiement de brebis, de bœufs, ou d'autres objets, quelquefois même de briques¹: sous la première forme, parce que l'usage de la monnaie ne s'était pas encore établi; sous la seconde, parce que certaines villes éprouvaient particulièrement le besoin de s'entourer de murs.

Chez ces peuples, ces condamnations avaient vraiment le caractère de *peines*; mais elles se présentent avec un caractère bien différent dans les traditions des peuples germaniques, et dans leurs coutumes qui, après avoir prévalu jusqu'au sixième siècle de l'ère chrétienne, se maintinrent chez quelques-unes de ces nations, et durèrent jusqu'au treizième siècle et même au delà. Quoiqu'on voie que ces peuples ont puni pendant longtemps tous les délits de peines pécuniaires, il est positif qu'ils n'ont jamais connu cette peine comme peine. En effet les sommes qu'un délinquant payait à l'offensé étaient le prix de la paix, de la renonciation que faisait la partie lésée ou sa famille au droit de se venger, et la somme que les délinquants payaient aux chefs de la tribu sous le nom de *fredum*, était une rétribution que le délinquant devait au chef quel qu'il fût de la nation, pour la protection qu'il lui avait accordée contre la vengeance de l'offensé. Il était singulier, comme l'a justement fait remarquer Henke, que chez ces peuples, pendant de longs siècles, l'autorité ne défendit pas les particuliers contre les délinquants, mais les délinquants contre les particuliers offensés, afin qu'ils n'exercassent pas de vengeances excessives; aussi ces paiements n'étaient-ils pas imposés avec l'idée véritable de *peine*. Le

*weregeld*² donné aux offensés était une indemnité, et le *fredum* un honoraire.

Plus tard, quand la renaissance de l'étude des lois romaines eut rendu une vivante énergie aux traditions de l'empire, d'autres idées eurent cours, et les chefs des nations cherchèrent dans les constitutions impériales les titres d'une suprématie plus étendue. On sentit alors le besoin d'un remaniement des lois criminelles. C'est ainsi qu'il est arrivé que les ordonnances de François I^{er} en France, en Allemagne la constitution de Charles-Quint, qui fut surnommée la Némésis Caroline, et quelques statuts du seizième siècle, ont par une fortune analogue à ce qui s'est vu dans le siècle présent, fait naître une codification pénale dans toute l'Europe. Ces nouvelles règles, tout en détruisant les antiques erreurs et les confusions qui régnaient dans le droit pénal, constituèrent un système de peines excessivement cruel³. La raison de cela se trouve évidemment en ce qu'on prit la majesté pour fondement du droit de punir. La Caroline se donne nettement pour base le principe que les souverains doivent punir les délits parce que Dieu leur a donné la mission de venger ses offenses. Avec de telles prémisses, les peines pécuniaires devaient nécessairement disparaître; et en effet nous les trouvons restreintes à de petits vols, à de légers manquements. Mais il n'en était pas de même de la confiscation, qu'on affectionna dans certains délits, et spécialement dans les délits politiques, comme un moyen de donner la force et la richesse à un parti, en opprimant et affaiblissant l'autre. Quand le progrès des lumières eut provoqué en matière pénale cette commotion universelle qui a donné naissance à une science nouvelle, on vit cesser par degrés les modes atroces de punition qui avaient si tristement prouvé leur insuffisance, et les penseurs considérèrent de nouveau les peines pécuniaires sous le rapport *juridique et social*.

1. Ailleurs on infligeait la peine dite de la *charrette* (*carrata*), qui consistait à imposer au coupable la prestation d'une charge de vin, ce qu'en pouvait contenir un chariot. Eöminghaus, *Jus Susatense*, art. 135, p. 59. Dans le livre intitulé *Cenni sul foro Bolognese*, aux p. 96 et suiv. de l'*Appendice*, on trouve établi au moyen d'un grand nombre de documents, que la ville de Bologne elle-même conservait encore au seizième siècle l'usage d'infliger le paiement des amendes en certaines espèces de choses, par exemple en armes, etc. Ensuite, l'habitude ayant prévalu d'exiger les amendes en argent, on suivit généralement pour certains délits le système de détourner le paiement des amendes, qui en règle ordinaire se faisait au fisc, et de l'attribuer à certaines œuvres spéciales. Ainsi, dans le livre en question, on rappelle que le collège des Hongrois à Bologne, destiné à attirer la jeunesse allemande aux études juridiques de cette université, fut érigé avec le produit des amendes qu'un décret du 15 juillet 1580 ordonnait de payer pour cette fondation aux représentants de la nation germanique.

2. Sur l'histoire du *Weregeld* chez les peuples barbares, et sur les questions relatives à sa détermination, voyez Savigny, *Histoire du droit romain*, tome 1, chap. 3. Dans le système des Barbares, le *Weregeld* se proportionnait toujours au dommage causé. L'idée de proportionner les peines pécuniaires au patrimoine du délinquant a été récemment accueillie par Bonneville, *De l'amélioration des lois criminelles*, II, p. 249. L'article 75 du code espagnol de 1848 veut expressément qu'elles soient proportionnées à la fortune du délinquant, ce qui est approuvé par Waldson. La disposition du code autrichien qui ordonne de substituer à la peine pécuniaire la prison avec le jeûne, quand l'accusé a si peu de ressources que le paiement de l'amende mettrait la famille dans la misère, n'est pas une chose nouvelle : on trouve une règle identique dans une ordonnance du Wurtemberg de l'an 1567.

3. Le plus cruel de tous fut celui de France.

§ 690.

Au point de vue *juridique*, on cherche si la peine pécuniaire est *juste*; et ici il ne peut pas s'élever de doute sur *l'amende* et sur *la multa*, mais sur *la confiscation*. *La confiscation* totale du patrimoine du condamné a été l'objet des critiques de Beccaria, et malgré la défense sophistique qu'a tenté d'en faire Cremani (et malheureusement il n'a été ni le seul ni le dernier), on l'a généralement réprouvée; mais ses adversaires ne s'accordent pas sur la raison qui doit faire écarter cette peine. Kleinschrod a prétendu qu'elle est *juste*, mais il la réproouve comme *inhumaine*. De Broglie la

réprouve comme *impolitique*, parce qu'elle excite l'avidité des partis et perpétue les rancunes des citoyens. Mais on peut très-bien rendre hommage à toutes ces raisons secondaires et dire avec Carmignani et Rossi que la confiscation des biens du condamné n'est pas seulement impolitique et inhumaine, mais qu'elle est encore injuste, parce qu'elle pèche par *aberration* en frappant les enfants innocents plus que le coupable. La loi, en l'admettant, est en contradiction avec elle-même, puisque dans le cas de prodigalité elle interdit le père pour conserver le bien à la famille. En France, on a tenu à la conserver dans le Code de 1810, que Napoléon publia sans avoir le courage de lui donner son nom; mais la Charte de 1814 l'abolit, comme en Hollande et ailleurs, et elle a été unanimement rejetée par les meilleurs Codes contemporains des nations civilisées.

1. Les différentes manières de fonder les critiques contre la confiscation dépendent des principes différents que l'on prend pour base du droit de propriété, du droit de succession, et de la société de famille. Si l'on nie la propriété en droit naturel, l'État qui l'a donnée ne se fera pas scrupule de la retirer; si l'on nie le droit de succession, le limitant simplement aux besoins, si l'on nie toute co-propriété dans la société de famille, rien n'empêchera plus de dépouiller les enfants. Dans les théories juridiques, les principes forment entre eux une chaîne continue. Sur les peines abhorrautes et sur la confiscation ont disserté en sens divers : Bohmer, *Exercitatio de poena sine crimine, in ejus exercitatio*; Exercitatio. 101; Crell, *Dissertatio* 13, p. 416, *de bonis eorum qui ante sententiam mortem sibi consciverunt*; Van Limburg, *De confiscatione bonorum apud Romanos*. La confiscation était déjà réprouvée par Platon comme aberrante; voyez Thonissen, *L'idée de la peine dans Platon*, p. 25. Peu de législateurs oseraient aujourd'hui reproduire dans leurs codes la peine de la confiscation des biens; il y en a cependant quelques-uns qui ont sanctionné le passage de la peine pécuniaire à la charge des héritiers du délinquant, et il ne manque pas de sophistes pour défendre cette thèse. Pour moi, le principe *mors omnia solvit* et la règle de la *personnalité* qui en est la suite, n'admettent pas de limitation en matière de peines, quand celles-ci n'ont pas le caractère d'*indemnités*. On a tenté d'objecter que le remède civil de la séparation de biens, dont peuvent se prévaloir les héritiers de la personne condamnée à l'amende, écarte le vice d'*aberration* reproché à la peine pécuniaire qu'on veut réclamer au fils du condamné. Grâce à ce remède, l'héritier,

dit-on, ne paie pas *de suo*, et par conséquent ne subit pas la peine qui se prend sur les seuls biens du condamné. Cet argument, séduisant en apparence, me paraît sophistique pour deux raisons. En premier lieu il a le défaut de prouver trop, puisque avec cet argument on peut rétablir la confiscation universelle des biens; et en second lieu je demande qui est-ce qui *supporte la peine*? Ce n'est pas certes le coupable, qui malgré le délit qu'il a commis, est mort sans subir le paiement de la condamnation; ce sont seulement les héritiers, qu'on dépouille des biens qui leur étaient échus par droit de succession, et qui se voient appauvris par un délit qu'ils n'ont pas commis. Je ne saurais donc me rendre à cette distinction. Ou bien il faut désavouer les critiques universellement répétées contre la confiscation, et renoncer à la proscrire; ou bien il faut comprendre dans la même réprobation l'hérédité des peines pécuniaires. Il y a plus, dans ce principe de l'hérédité des peines pécuniaires le vice d'*aberration* est toujours *constant, certain, et direct*, tandis que dans la confiscation (à l'exception des cas où elle est jointe à la peine de mort) il est incertain et indirect, puisque en fin de compte la perte du patrimoine est subie par le délinquant, et n'atteint que *par voie de conséquence* et accidentellement sa famille innocente: ainsi, quand on maintient l'anathème contre la confiscation, et qu'en même temps on soutient l'hérédité des amendes, on écarte le vice d'*aberration* là où il est seulement possible, et on ne l'écarte pas là où il est certain et inévitable.

§ 691.

Au point de vue *social*, on a remarqué que les peines pécuniaires sont *inefficaces* contre les délits qui résultent de passions violentes; on ne peut en user utilement que dans les délits qui proviennent de l'avidité¹, et encore doit-on les proportionner au bien attendu du délit, et avoir la précaution de les joindre aux peines afflictives, afin d'éviter l'inconvénient qu'elles ne soient point ressenties, ce que produit l'excessive richesse ou l'extrême pauvreté du coupable. Catherine II ordonna dans son Code que les peines pécuniaires fussent changées tous les trente ans, à cause des variations probables de la richesse publique; mais cette règle serait inutile aujourd'hui, car faire un Code pénal destiné à durer toujours, c'est une prétention que personne n'oserait mettre en avant. Il faut seulement remarquer qu'on ne peut pas fixer des amendes égales pour les diverses provinces, quand il y a entre elles une

différence notable de situation économique. Pour toutes ces raisons, il est fort difficile de déterminer le critérium de la distribution des amendes par la loi, et d'autre part on ne peut pas admettre que la quantité soit abandonnée à l'arbitraire illimité du juge².

1. C'est d'ailleurs une question que de savoir si elles conviennent au vol. Rarement celui qui vole a des ressources permettant de recouvrer l'amende, et quand il a quelque bien, la loi, comme on l'a remarqué, en le privant de cela pour le punir de son vol, le rend encore plus pauvre; en sorte que si d'abord il volait par besoin, il vole ensuite par nécessité. Le code autrichien a apporté d'excellentes restrictions à la peine pécuniaire.

2. Voyez les judicieuses observations du savant Conforti dans son écrit intitulé *Intorno al diritto di punire ed al nuovo codice criminale del regno italico*, p. 52.

§ 692.

S'emparant d'une pensée de Platon (*de legibus*, 44, 42), reproduite par Paul dans ses *Sentences*, Filangieri a proposé, pour égaliser la peine pécuniaire entre tous les individus placés dans une condition de fortune différente, qu'on la fit consister en une *quote-part* du patrimoine du coupable; mais comme l'ont bien vu Oersted, Rossi, et d'autres, ce système ne donnerait jamais, comme on l'espère, l'égalité relative de la peine. Ce n'est pas tout, une pareille méthode, d'ailleurs *inapplicable*, serait *injuste* dans son principe, puisqu'elle proportionnerait la quantité de la peine, non pas au critérium de la quantité du délit, mais à des accidents qui lui sont tout à fait extérieurs. Mais il faut adopter la doctrine de Tittman : que la peine pécuniaire doit se remplacer par une autre quand son application conduirait le coupable à la misère, parce qu'elle serait une confiscation indirecte¹. Je trouve aussi très-sage l'idée de Franck (*Philosophie du droit pénal*) qui, faisant remarquer que la commutation de la peine pécuniaire en prison, regardée généralement comme une nécessité inévitable, est cependant bien dure, propose qu'avant d'en ve-

nir à l'emprisonnement du débiteur insolvable, on lui offre la ressource de payer sa dette au moyen de journées de travail à fournir à la commune.

1. Barbacovi, *De penis pecuniariis recte adhibendis; de publicatione bonorum*, Tridenti, 1810. On peut donner aux peines pécuniaires un bel et noble rôle en constituant avec les amendes un fonds destiné à payer les indemnités dues au citoyen qui, malgré son innocence plus tard reconnue, a été soumis à une condamnation, ou seulement à un procès criminel. Sur cet intéressant sujet, voyez Bonneville, *De l'amélioration de la loi criminelle*, II, p. 541, et *append. n° 9*; le projet des Cortès de 1821, art. 182-184; Dessulles, *Rétention préventive*, p. 72; et la critique qu'a fait de ce travail M. De Caze dans un rapport lu à l'Académie de Toulouse le 3 juin 1863 (*Annales de l'Académie de Toulouse*, vol. 12, p. 199), critique à laquelle, sur beaucoup de points, nous ne pouvons pas nous associer. Voy. aussi la note du § 558 ci-dessous.

§ 693.

Du reste il est bon de ne pas perdre de vue que la peine pécuniaire doit toujours être, dans la loi criminelle, dépourvue de toute idée d'*indemnité*, distincte de l'indemnité. Cette distinction n'est pas seulement technologique, elle a aussi des conséquences juridiques : la transmission contre les *héritiers*, la *solidarité*, et la *responsabilité des tiers*, toutes choses qu'on peut admettre quand une amende, improprement appelée peine, n'est au fond qu'une réparation de dommage, mais qui répugnent à l'amende infligée véritablement comme peine; en effet, bien que pécuniaire, elle ne doit pas cesser d'être *personnelle*. Quant à la *solidarité* des codélinquants, il faut considérer deux résultats divers : le danger de rendre la peine illusoire en la fractionnant suivant le nombre des coupables, et le danger de la multiplier et de l'accroître outre mesure quand le nombre des codélinquants est considérable; dangers qui se produiraient sûrement si l'on admettait la *solidarité* dans l'amende. A raison encore de la considération de ces deux dangers opposés, il vaut donc mieux la rejeter et ne tenir chacun des coupables pour responsable que de

l'amende qu'il doit individuellement. C'est l'autre principe qui l'emporte quand l'amende n'est qu'un remboursement d'indemnité; en effet elle n'est pas augmentée par le nombre des contrevenants, et ils doivent tous en bonne justice être responsables solidairement. L'idée de *peine* qui accompagne toujours l'*amende* y reproduit la condition de la *personnalité*; aussi, comme l'ont énergiquement soutenu Rauter, Backer (*de pœna multæ pecuniariæ. Amstelodami, 1849*), Nypels, etc., on ne pouvait pas scientifiquement admettre de distinction sur ce point entre la peine corporelle et la peine pécuniaire.

CHAPITRE VIII

DES CRITÉRIUMS DE LA QUANTITÉ DES PEINES

§ 694.

L'examen de la qualité des peines fait connaître leur *quantité naturelle* respective, c'est-à-dire le rapport de gravité de la souffrance que les diverses punitions causent au coupable. Cela permet au législateur, après avoir résolu le problème du *maximum*, de former l'*échelle des peines*: on appelle ainsi la distribution des peines selon leur gravité relative. Mais le criminaliste doit encore, dans les peines, examiner la *quantité politique*, c'est-à-dire chercher les règles suivant lesquelles la différente quantité naturelle des peines doit être distribuée aux divers délinquants; en effet, la juste égalisation des différentes peines aux différents délits est un principe absolu et suprême du pouvoir pénal.

§ 695.

Le premier objet de cette recherche est de déterminer la

règle abstraite de proportion¹ à suivre dans cette mesure; or c'est désormais une maxime reçue, au moins dans la science, que, rejetant le système *harmonique* et le système *géométrique*, on doit régler la mesure des peines sur le seul système *arithmétique*, c'est-à-dire celui qui prend pour critérium de proportion simplement la *quantité* du délit. La proportion *géométrique*, qui dans la mesure de la peine voudrait qu'on tint compte de la *condition personnelle* du délinquant, a été longtemps dominante; mais il est singulier qu'elle le fut avec une alternative contradictoire: en effet, dans certains pays, on eut égard à la haute condition du coupable pour *aggraver* la peine, à raison de l'augmentation du dommage moral du délit², et dans d'autres lieux on en fit une raison de *diminuer* certaines peines, vu la sensibilité relative plus grande du délinquant. Supposé que ces deux observations aient un fond de vérité, la conséquence est qu'elles se détruisent entre elles, et qu'on ne doit nullement avoir égard à la condition du coupable, si ce n'est en tant qu'elle opère *par elle-même* comme *qualifiant* le délit.

1. Les peuples primitifs ont conçu l'idée de la *proportion* de la peine au délit dans un sens tout *matériel*, et ils sont arrivés au *talion*. Le talion, dont la haute antiquité nous est démontrée par les plus vieilles traditions orientales, et qui a été presque universellement accueilli par les peuples primitifs, parce qu'il est un produit spontané de l'instinct de la vengeance, s'exprime par la formule œil pour œil, main pour main. Ce critérium pénal a été, avec la même universalité, reconnu pour irrationnel par les peuples civilisés. Cependant il a trouvé des approbateurs: Cocceius, *Exercitatio 37, vol. 2*; et même parmi les modernes il y en a qui, exaltant jusqu'au fanatisme l'école historique, s'ils n'osent pas le proposer de nouveau comme une belle chose, ne cachent pas du moins leurs sympathies. Voyez Van Thiel, *De pœna talionis*; Beeldemaker, *De talionis jure*. Ce n'est pas ainsi qu'il faut considérer aujourd'hui les choses. Quelle proportion y a-t-il entre l'injure et l'amende, entre l'homicide et la maison de force? La *proportion* de la peine au délit ne doit pas être entendue sous un rapport *matériel*, mais dans un sens tout *psychologique*. On ne cherche pas une proportion entre un *fait matériel* et un autre *fait matériel*, mais entre un *effet moral* et un

autre *effet moral*. L'effet moral subira toujours, il est vrai, dans une certaine mesure, l'influence du fait matériel, et de même que le dommage est le criterium de la quantité intrinsèque des délits, la souffrance matérielle sera le criterium de la quantité intrinsèque de la peine; mais quand on veut déterminer le rapport entre une quantité et l'autre, ce n'est pas le fait matériel qu'il faut considérer pour dire s'il y a juste proportion : il faut considérer la force morale objective du délit, et appliquer une peine qui ait sur les esprits une force morale suffisante pour rétablir l'ordre en combattant le désordre moral causé par le méfait. Si la proportion de la peine avec le délit devait se tirer du criterium matériel, la mesure en serait constante dans tous les temps et pour tous les peuples; or, au contraire, il est hors de doute que plus un peuple devient moral, plus on peut sans danger adoucir la rigueur des peines, précisément parce que le calcul de leur rapport est tout moral. C'est en ce sens que Nicolini a dit avec justesse que le Code pénal est le thermomètre de la civilisation des peuples.

2. C'est ce qu'atteste, par exemple, Beaumanoir pour la coutume de Beauvoisis.

§ 696.

La proportion arithmétique répond à l'étymologie du mot *peine*, qui vient de *pendere*. La peine n'est qu'un échange de valeurs; c'est la monnaie dont on paye le délit. *Pœna*, dit Papinien (l. 41, *Dig. de pœnis*) est *estimatio delicti*. Mais cette formule, vraie en théorie, a été trop souvent faussée dans l'application par une erreur sur le criterium de l'estimation; or ce criterium ne pourra jamais se tirer de conditions extrinsèques au délit, qui n'en accroissent ni la force physique ni la force morale. La règle que la peine doit se proportionner au délit s'est changée trop souvent en une formule obscure. Tous voient l'obscurité, tous disent qu'il y a de l'obscurité, mais quand on cherche ce qui est au fond, l'un croit apercevoir une chose, et l'autre une autre chose. Tous les criminalistes répètent que la peine doit se proportionner au délit : sur cette formule, accord universel; mais pénétrez dans la pensée de ceux qui la répètent, et vous verrez que vous avez obtenu l'accord sur l'existence de l'obscurité. On a confondu : tantôt la proportion avec l'analogie, et l'analogie avec la proportion; tantôt la matérialité

avec l'idéalité; tantôt le rapport de la passion motrice avec le rapport de l'effet causé; tantôt le bien gagné par le coupable avec le dommage qu'il a causé; très-souvent aussi on a confondu ce qui appartient à l'art de l'économie pénale avec ce qui regarde la science de la pénalité rationnelle : c'est là, je le répète, une confusion très-fréquente'. Pour moi, je propose une formule qui pourra ne pas plaire, mais qui du moins est nette, tranchée, et constamment logique : je ne vois pas de caractère social (soit pour le délit, soit pour la peine) dans la simple force physique respective; le caractère social du délit (et par conséquent le motif de la prohibition), je le trouve dans sa force morale objective. Si l'on défend certaines actions; ce n'est pas parce qu'elles nuisent à une ou plusieurs personnes, mais parce qu'elles troublent l'âme de tous, excitant l'émulation chez les méchants, et la crainte chez les bons. Le caractère social de la peine (et par conséquent le motif de la commination), je le trouve dans sa force morale objective. Si l'on inflige la punition, ce n'est pas parce qu'elle nuit au coupable, mais parce qu'elle apaise le trouble des âmes causé par le délit, et rétablit la conscience de la souveraineté du droit et la sécurité dans la société civile. La proportion entre la peine et le délit doit donc se chercher dans les forces morales objectives respectives, et en ce sens la peine est au fond une véritable réparation sociale. La peine doit avoir toute la force morale objective nécessaire pour détruire celle que le délit a exercée sur les citoyens. Dans ce calcul, les conditions de la nature humaine veulent sans doute qu'on ait égard à l'élément matériel, en tant que le mal moral subit l'influence du mal matériel, mais le criterium de la proportion consiste uniquement dans le calcul de l'action et de la réaction des deux forces morales objectives : tout ce qui est en deçà est insuffisant, et le législateur manque à son devoir; tout ce qui est au-delà est injuste, et le législateur punit sans droit.

1. Rapisardi a publié récemment (Catane, 1862) un projet de code pénal italien; et quoiqu'il ait pris pour type seulement les deux codes sarde et napolitain, oubliant qu'il y avait encore en Italie un certain code, le code pénal toscan, qui, ayant obtenu les éloges des savants des contrées les plus reculées de l'Europe, méritait de n'être pas oublié par un Italien, son livre est, en certains points, digne d'éloges. Mais quand il arrive à la peine de mort (qu'il veut que l'on maintienne pour l'honneur de l'Italie), il soutient que si quatre malfaiteurs ont assassiné quelqu'un, il est injuste de les mettre à mort tous les quatre. Le compte est clair : quatre vies humaines sont plus qu'une vie seule. Cette idée, que M. le conseiller Cuniac appelle bizarre, montre comme on marche à l'aventure quand il s'agit de convertir en une réalité pratique la règle générale que la peine doit être proportionnée au délit.

§ 697.

C'est une pure illusion que de considérer le délit et la peine sous le seul point de vue de leur force physique objective respective. En cherchant une égalité impossible et un rapport constant entre les maux causés par l'un et par l'autre fait, on provoque des vœux impuissants, et l'on pousse la science dans une voie où elle ne peut rencontrer que des mécomptes. Le même délit et la même peine, ainsi le veut la nature des choses humaines, varient sans cesse, dans toutes leurs applications, quant au mal effectivement produit. La mort d'un jeune homme robuste de dix-huit ans cause un mal qui n'est pas le même, une perte qui n'est pas la même que la mort d'un infirme sexagénaire; et pourtant, dans les deux cas, si la mort est le résultat d'un délit, elle s'appelle meurtre; si elle vient du châtement, elle s'appelle peine de mort. La perte de mille francs est insensible pour l'homme riche, et c'est la ruine du père de famille qui, avec une petite industrie, nourrit à grand-peine une nombreuse famille; pourtant, dans les deux cas, si elle résulte du fait du voleur, on l'appelle vol de mille francs; si elle vient du fait du juge, on l'appelle peine pécuniaire. La réclusion à vie varie de dix à soixante ans, selon qu'on l'inflige à un jeune homme ou à un

septuagénaire. Il en est de même dans tout autre exemple. Si l'on considère simplement le mal matériel que produit le coupable par le délit, ou la société par la punition, on ne peut avoir qu'une égalité ou une proportion nominale et éphémère, jamais réelle et effective. C'est ainsi que le talion, sous une trompeuse apparence de justice, cachait une perpétuelle iniquité. Mais le délit et la peine ne tirent pas du simple effet matériel leur caractère social : il vient pour l'un et pour l'autre de leur *force morale objective* respective. On ne punit pas parce qu'un homme est mort, ni parce que cette mort a excité la *pitié* des citoyens, mais parce que ceux-ci ont palpité de crainte et senti diminuer dans leur âme le sentiment de la sûreté. Ainsi, les deux cas de privation de la vie, qui présentent une disproportion immense quant au dommage matériel effectivement causé, et quant au sentiment de pitié excité chez les autres, sont égaux quant à la crainte qu'ils produisent; en effet, dans la répétition du même fait à son préjudice, chacun prévoit un mal qui pour lui est toujours le même (la privation de la vie), et par conséquent dans l'âme de chacun des membres de la société la force morale objective de ce délit ou de cette peine est toujours la même. On ne punit pas pour que le coupable souffre, et pour qu'en souffrant il expie sa faute ou se repente, on punit pour que la peine apaise dans les âmes perverses la passion du délit, et la crainte dans les âmes honnêtes. Assurément, ni le délit ni la peine ne pourront présenter de force morale objective sans la condition d'un dommage matériel ou la privation réelle d'un bien, qui produit l'effet moral respectif, et dans certaines limites l'effet moral aura un rapport de proportion avec l'effet matériel; mais le criterium politique qui détermine l'essentialité soit du délit, soit de la peine, consiste dans l'effet moral, et à ce criterium fondamental doit se conformer le criterium de la mesure de l'un ou de l'autre fait. Aussi, quand on a trouvé la formule qui détermine d'une part la quantité du

délit, et de l'autre la quantité de la peine, le rapport de proportion qu'on veut alors établir entre les deux quantités mises en présence ne doit pas se régler sur l'infinie variabilité de l'effet matériel, mais principalement sur la comparaison des deux forces morales objectives. Il ne faut pas considérer minutieusement dans le délit ou dans la peine ce qu'a souffert la victime ou ce que va souffrir le condamné, et courir après la chimère d'une uniformité impossible, il faut voir ce qu'a fait l'un pour exciter ou intimider les citoyens, et calculer ce que fera l'autre pour les tranquilliser. Pour équilibrer ces deux forces morales, il faut étudier la proportion entre le délit et la peine. Toute recherche des effets matériels, quand une différence de force morale n'y répond pas, peut donner occasion d'étaler des fleurs de rhétorique, mais jette la science dans des embarras, et conduit le législateur à des utopies préjudiciables à la justice. De là résulte la conclusion suivante : La notion du délit repose sur des principes absolus ; de même la notion de la peine repose sur des principes qui sont absolus en tant qu'ils interdisent d'infliger certains maux ou de dépasser certaines limites ; par conséquent, la proportion entre la peine et le délit subit aussi l'empire de principes absolus exerçant une puissance négative constante. Que si l'on cherche non plus un simple criterium négatif de la proportion entre la peine et le délit, mais un criterium positif donnant le quantum désiré, alors on arrive sur le terrain du relatif, car le criterium du quantum suit la diversité des conditions des différents peuples, qui ne peut être révélée que par l'opinion publique, seul juge compétent de la manière de sentir de chaque peuple par rapport aux forces morales objectives, soit du délit, soit de la punition¹, dont le rapport d'égalité constitue le juste criterium de la proportion.

1. De cette vérité découlent les conséquences juridiques que j'ai développées dans mon écrit : *Se la unità sia condizione del giure penale*

(*Opuscoli, II, opusc. 11*), et dans mes *Lineamenti di pratica legislativa penale, Observ. 24* ; Turin, 1874.

§ 698.

Ce principe posé, les règles qui en découlent quant à la méthode à suivre pour trouver cette proportion sont les suivantes :

1° En adaptant l'échelle des peines à l'échelle des délits, classés eux aussi selon leur quantité relative, on doit suivre une marche descendante, c'est-à-dire commencer par les délits les plus atroces, et y opposer les punitions les plus graves ; puis passer de degré en degré aux applications inférieures.

2° En choisissant la *qualité du mal* à infliger au coupable, on doit chercher à agir, autant que possible, sur la passion qui l'a poussé au délit, afin de le priver du bien que par son délit même il a montré qu'il désirait le plus¹. Notez que cette règle n'a rien de commun avec la formule de la proportion dite qualitative, au moyen de laquelle un philosophe contemporain a, sous le voile de nouvelles expressions, tenté de reproduire ni plus ni moins la doctrine du talion. Le rapport entre la peine et la passion est bien différent du rapport de qualité entre le mal matériel de la peine et le mal matériel du délit. Avec l'étrange théorie de la proportion qualitative, on en viendrait, par exemple pour l'incendie par méchanceté, qui est un délit contre la propriété, à chercher dans le mal de la peine ou le mal qui afflige le coupable au point de vue de la propriété. Mais l'incendiaire a agi sous l'impulsion de la haine, et la haine s'expose sans regret à donner mille à l'État pourvu qu'elle réussisse à faire tort à un ennemi. Ainsi donc la théorie de la proportion qualitative est une théorie grossière, barbare ; non-seulement elle manque de raison, mais encore elle est politiquement vicieuse. Le rapport de qualité doit être entre la peine et la passion impulsive. L'étude de l'im-

pulsion, que nous n'avons pas cru devoir accepter comme base de la *mesure* de l'imputation, peut donc présenter des éléments utiles pour le *choix* et la distribution des peines. On voit par là que la présente règle n'appartient pas tant au *droit strict* qui mesure la quantité de la peine, qu'à l'*économie pénale* qui étudie (tout en respectant la proportion fondamentale du châtement), les moyens de trouver dans l'application de la peine la *forme* qui agira le mieux sur l'âme du coupable et de ceux qui sont portés au mal.

3° Dans cette difficile opération, on doit toujours être guidé uniquement par le critérium de la quantité du délit, sans se laisser influencer en rien par la *difficulté de la preuve* de certains délits. Aggraver la *peine* à cause de la difficulté de prouver le délit, ce n'est pas autre chose que nous venger sur le coupable de notre impuissance; et en même temps, comme la difficulté de la preuve rend plus facile une *erreur judiciaire*, cela revient à augmenter la peine qu'on inflige, à mesure que s'accroît le danger de l'infliger à un innocent. Que si l'on objecte que la difficulté de la preuve fait que beaucoup de délits restent impunis, on en arrive ainsi à trouver naturel que je souffre un mal plus grand à raison du *fait d'autrui*².

4° On ne doit pas non plus aller chercher une raison juridique d'*augmenter* la peine dans la *fréquence accidentelle* de certains faits criminels.

1. Landsberger, *De norma punam crimini constituendi*, § 8 et s.; Lipsia, 1796.

2. Je ferai encore observer que si l'on admettait ce criterium, on devrait le suivre dans toutes ses conséquences logiques. Ainsi, par exemple, on devrait punir le vol d'*argent* plus sévèrement que le vol d'objets *reconnaissables*, l'empoisonnement par le poison *végétal* plus sévèrement que l'empoisonnement par le poison *minéral*, et ainsi de suite.

§ 699.

Cette dernière proposition a formé le sujet d'opinions

divergentes, spécialement après que Bentham eut enseigné que quand certains délits s'enracinent, on doit augmenter la rigueur des peines. Cette idée avait déjà prévalu dans l'esprit d'un trop grand nombre de législateurs, et il en était résulté un progrès croissant dans l'atrocité des supplices : théorie logique, tant qu'on procédait avec l'idée que le *but de la peine* est d'*empêcher les délits*. C'est dans cet ordre d'idées que raisonnait Vouglans, quand il disait que la continuation du délit malgré la menace de la peine est une preuve démonstrative que les peines jusqu'ici adoptées sont insuffisantes, et que par conséquent il faut les augmenter. C'est cet ordre d'idées que suivait Jenull quand il faisait remarquer que, pour celui qui a commis un délit, la peine est toujours trop douce, puisqu'elle n'a pas suffi pour l'arrêter. Cette observation, vraie en apparence, est au fond inexacte, car on oublie que si le malfaiteur a commis le délit, ce n'est pas parce qu'il calculait qu'il serait *légèrement puni*, mais parce qu'il espérait rester impuni : vérité aussi constante dans les délits *réfléchis*, qu'il l'est dans les délits d'*emportement* que sous l'impulsion de la passion subite l'agent ne calcule ni la *gravité* ni la *certitude* du châtement. Si nous nous obstinons à voir le but de la peine dans la cessation des délits, nous ne nous arrêterons jamais dans l'accroissement de la sévérité. Il est vrai qu'à l'égard de celui qui a commis un délit, la menace de la peine a été insuffisante, puisqu'il l'a méprisée; mais elle a du moins suffi à l'égard de tous les autres, et si le délinquant l'a méprisée, ce n'est pas parce qu'il a calculé qu'il irait en prison plutôt qu'aux galères, mais parce que dans l'emportement il n'y a pas pensé, ou parce qu'il a calculé qu'il ne serait pas découvert : d'où il suit qu'avec ce calcul de l'impunité il aurait également méprisé une autre peine bien plus terrible. Aussi ne semblait-il pas que la trompeuse doctrine de l'augmentation de la peine à raison de l'augmentation de certains délits pût être accueillie par

des criminalistes qui, mieux éclairés, avaient rejeté le principe de l'utilité et le fantôme de l'intimidation, comme par exemple Trébutien, *Cours de Droit criminel*, I, p. 32. Puffendorf au contraire enseignait déjà de son temps (*Jus naturæ et gentium*, lib. VIII, cap. III, § 22), que la fréquence des délits est une raison d'alléger les punitions¹, parce qu'on doit de l'indulgence à celui qui fuit *abreptus torrente similia patrantium*. Cette opinion, qu'il fondait sur le principe moral, a été récemment reproduite par le professeur Veratti, qui l'appuie en outre de raisons politiques : le trop grand nombre de condamnés à une peine sévère est un mal pour la société, la peine excessive contre un délit fréquent est toujours plus intolérable que la peine excessive contre un délit rare et insolite, l'excès de rigueur contre un délit fréquent se résout plus facilement en impunité générale. D'autres, sur les traces de Grotius (*de Jure belli*, lib. II, cap. xx, § 35), ont distingué entre l'office du magistrat qui, conformément au devoir qui lui incombe de calculer la moralité spéciale du fait, doit trouver dans la fréquence de certains délits une excuse pour ceux qui se sont laissé entraîner par le mauvais exemple, et l'office du législateur qui, selon eux, devrait à raison de la fréquence augmenter la défense en proportion de l'accroissement du danger. Carmignani s'est opposé avec force à cette règle cruelle, soit par des raisons politiques, soit en se fondant sur la justice, qui ne saurait tolérer qu'on inflige à un délinquant une peine plus grave à cause des délits commis par d'autres. Si l'accroissement du nombre de certains délits se produisait après une correction législative qui en eût modifié la peine, la fréquence inaccoutumée de l'infraction pourrait alors passer pour un fait révélateur d'une erreur législative, et en conseiller le redressement; mais, ce cas mis à part, l'augmentation occasionnelle de certains délits doit être étudiée par l'autorité, et corrigée dans ses causes : ce sera ou bien, en général, le défaut de

vigilance de la police, ou bien, en particulier, certaines circonstances exceptionnelles, comme les disettes en matière de vol, les agitations politiques pour la résistance à l'autorité, etc. La plaie une fois trouvée, on doit la guérir par des moyens préventifs, et non pas recourir au facile mais triste expédient qui consiste à aggraver les peines, car ainsi on augmente le mal au lieu d'y porter remède².

1. Cette opinion a été reproduite par Puttmann, *Probabilium* vol. 2, cap. 15, p. 113; Burghart, *De pœnis pro frequentia delictorum temperandis*, Lipsie, 1773; ouvrage unique sous ces deux titres.

2. Résumant notre opinion sur le grave sujet de la proportion entre la peine et le délit, que tous reconnaissent et proclament comme une vérité, en tant que proposition générale, mais que tous entendent ensuite à leur manière quand il s'agit de l'appliquer, nous disons que la proportion des peines aux délits — 1° ne doit pas se chercher dans la *proportion qualitative*, formule sophistique imaginée par Véra pour déguiser le talion; — 2° ni dans l'*analogie*, qui a allumé les bûchers dans toute l'Europe; — 3° ni dans la *prévention*, qui conduit aux mutilations; — 4° ni dans la *difficulté de la preuve*, qui augmente les dangers que court l'innocence; — 5° ni dans la *fréquence des délits*, qui rend la peine aberrante; — 6° ni dans la *condition personnelle* du délinquant; — 7° qu'on ne doit pas l'abandonner à l'*arbitraire* du juge; — 8° qu'on doit examiner l'*impulsion* criminelle pour déterminer la *qualité*, mais pas toujours pour déterminer la *quantité* de la peine; — 10° que la *quantité* proportionnelle des peines doit se mesurer uniquement sur la *force morale objective* du délit. Cette dernière formule est, à notre avis, la seule qui maintienne le droit pénal dans les bornes du service de la défense, et ne le conduise pas à offenser la justice et l'humanité.

CHAPITRE IX

CRITÉRIUMS DU DEGRÉ DANS LA PEINE

§ 700.

La dégradation de la quantité particulière d'un fait délictueux, produite par l'absence exceptionnelle ou la dimi-

nution de quelqu'une de ses *forces*, dégradation qui constitue une cause de *diminution* de l'imputation (§ 207 et s.), emporte, en bonne justice, une diminution de la peine. Mais en pareil cas la dégradation ne vient pas des éléments de la *peine*, elle vient des éléments du *délit* considéré dans ses conditions *individuelles*. On diminue l'imputation, et la modification de la peine n'est qu'une conséquence nécessaire de cette diminution. La théorie du *degré* en matière de *peines* conduit au contraire à examiner les raisons de modifier le châtement qui dérivent uniquement des *conditions* et du *but* de la *peine*. Ainsi cette théorie suppose qu'il pourra arriver que, dans tel cas particulier, la *quantité* du *délit* ne soit pas *altérée*, ni son individualité dégradée, et qu'on doive néanmoins changer la mesure ordinaire du mal destiné régulièrement à cette espèce de *délit*; en un mot, elle présuppose ou du moins elle admet que le *fait criminel* épuise en soi tous les moments moraux et physiques, de façon à mériter la peine *ordinaire*, et que néanmoins il y a des *causes* qui obligent à modifier la *peine ordinaire*, bien que ni les caractères matériels ni les caractères psychologiques du *délit* n'en soient modifiés.

§ 701.

Ces causes peuvent provenir de ces deux caractères de la peine : qu'elle est un instrument de *bien social*, et qu'elle doit représenter la quantité proportionnelle de *mal* à souffrir par le délinquant, que le législateur a cru juste de lui infliger. Les premières sont dites *extrinsèques*, ou *politiques*; les secondes peuvent être appelées *intrinsèques* à la peine, ou *juridiques*.

Quelques-unes de ces causes entraînent une simple *modification* ou *commutation* de peine; d'autres peuvent aller jusqu'à faire *disparaître* toute pénalité, encore que méritée.

§ 702.

La différence entre le degré du *délit* et le degré de la peine n'a pas toujours été bien saisie par les criminalistes, particulièrement au delà des monts : soit qu'on ait abandonné la connaissance des circonstances atténuantes à l'arbitraire indéfini du juge, comme en France¹, soit qu'on ait subordonné cet arbitraire aux définitions de la loi, comme en Espagne et dans le projet du Code portugais (fait par M. Jordao en 1864), toujours on a confondu dans le faisceau des *circonstances atténuantes* ce qui modifie l'imputation avec ce qui modifie la peine. Il en est résulté une divergence notable entre les écoles, et de plus une évaluation inexacte et inégale des excuses spéciales, tantôt injustement rejetées, tantôt injustement acceptées sans les limitations nécessaires. Pour ne parler que de cela, qu'il suffise de faire remarquer que si l'on admet la cause d'excuse sans avoir devant les yeux cette distinction capitale, il s'ensuivra qu'une certaine cause qui n'a d'autre raison d'être que la *qualité* de la peine, sera admise ou rejetée par rapport à toute espèce de peine; ce qui conduira, dans l'un comme dans l'autre cas, à une injustice. Au contraire, si l'on observe avec une scrupuleuse exactitude la distinction de l'école italienne, on devra dire, quand le *délit* n'est pas diminué dans ses forces, que l'imputation reste dans sa plénitude; puis, venant à considérer la peine destinée à ce *délit*, dans sa relation avec la personne du délinquant, ou avec certaines *considérations politiques*, on trouvera une raison de justice ou de convenance pour modifier le mal que représente la peine ordinaire. J'expliquerai l'idée de cette distinction au moyen d'une comparaison. Pour un certain travail commandé à un ouvrier, on calcule la valeur de l'ouvrage en lui-même, et on donne à l'ouvrier le prix que l'ouvrage mérite en lui-même; voilà un calcul analogue à celui de la quantité dans les délits. Mais si l'ou-

vrier a apporté au travail trop peu d'intelligence, ou s'il l'a laissé imparfait, on déduit cela du chiffre ordinaire de la valeur de cet ouvrage; voilà l'analogie avec le degré dans le délit. Que si l'on donne à l'ouvrier quelque chose de plus que la valeur ordinaire, parce qu'il est pauvre, parce qu'il est chargé de famille, ou bien en reconnaissance d'autres services, ou bien parce qu'on calcule qu'on a certain intérêt à se l'attacher; voilà l'analogie avec le degré dans la peine. L'ouvrage est le même, il a la même valeur intrinsèque que tout autre ouvrage semblable; si, en considération de la personne, ou par un motif intéressé, on donne ainsi à l'ouvrier quelque chose de plus; ou si, au contraire, on lui donne moins parce qu'on lui a précédemment rendu quelque service, ou par quelque autre considération personnelle qui n'influe pas sur la valeur intrinsèque de l'ouvrage, on procède exactement comme fait la loi quand elle augmente ou diminue la peine dans deux faits qui intrinsèquement auraient la même valeur. Le degré dans la peine ne change ni le titre, ni la quantité, ni le degré du délit; il fait que la peine, qui est le prix dont la société paie le délit, doit être modifiée, par des raisons purement relatives à l'individu coupable, bien que la valeur du délit ne change pas.

1. Cela ramène la quantité politique de la peine à la *proportion harmonique*, qui consiste précisément à laisser à l'arbitraire illimité du juge le soin de mettre en harmonie la quantité de la peine avec chaque délit. C'est, dans l'état actuel de la doctrine, une question vitale autant que controversée, que de savoir s'il est bon d'accorder aux juges (magistrats ou jurés) la faculté d'abaisser la peine au-dessous de la mesure ordinaire, à raison de *circonstances atténuantes* non définies au préalable par la loi, conformément au système introduit en France en 1810 par l'art. 463 du Code pénal, étendu par la réforme de 1832, imité par certains codes italiens, et porté à la plus large application par le code de Brême. Ce système a été chaudement touché par M. Mittermaier (*Eco dei Tribunali*, n° 1340), par M. Lambert (*Philosophie de la cour d'assises*, Paris, 1861, p. 85-87), et généralement par les Français modernes qui s'y attachent par un motif empirique : pour rendre plus rares les verdicts de non-culpabilité, il a été

au contraire âprement combattu par Feuerbach, comme destructif de la force morale objective de la peine, et par Lipmann, parce que en vertu de ce système l'autorité judiciaire envahit le pouvoir législatif. (Voyez les *Annales de l'Académie de Toulouse*, année 1865, p. 97-98.) Les partisans des atténuantes indéfinies qui ne se contentent pas de la seule vue de faciliter la condamnation, cherchent à les appuyer sur un principe rationnel, et invoquent ces deux propositions : 1° que la justice demande qu'on proportionne la peine à la criminalité subjective ; 2° que la criminalité subjective ne peut pas être évaluée *a priori* par la loi, qu'elle ne peut l'être que par le juge qui voit devant lui le sujet actif du délit. Mais l'expérience fait douter beaucoup si les jurés, en admettant ou en refusant les circonstances atténuantes, jugent l'homme du délit, ou l'homme de l'audience qui a su les attendrir par ses artifices ou qui les a irrités par son maintien; ce qui change en une pure hypothèse le prétendu jugement de la criminalité subjective. En outre, c'est toujours un problème scientifique que de savoir si vraiment la loi est impuissante pour définir *a priori*, à grands traits, les différences de la criminalité subjective. Une chose a facilité la voie à cette élaboration : c'est la distinction radicale entre la *quantité* du délit, qui dépend du point de vue *objectif*, et le *degré* du délit, qui dépend du point de vue *subjectif*. La difficulté qu'on craint aujourd'hui relativement au *degré*, anciennement on la craignait aussi relativement à la *quantité*, et les juges d'alors avaient, pour *aggraver* la peine, le pouvoir indéfini qu'on veut donner aujourd'hui aux jurés pour *l'adoucir*. Mais le progrès de la science permet aux législateurs de définir toutes les aggravantes qui augmentent la quantité des différents délits, et le système barbare des *aggravations ad arbitrium*, put être aboli pour toujours sans danger pour la justice. Pourquoi n'en ferait-on pas autant pour les dégradantes? Une étude analytique consciencieuse montre que cela est possible. Le seul point qui reste encore indécis, c'est celui du calcul des *passions* considérées comme *excusantes*. Mais d'où vient cela? Du *désaccord* qui subsiste toujours entre les *médecins aliénistes* et les *jurisconsultes*, ceux-ci refusant d'accepter la doctrine des premiers sur certains états de l'âme que les médecins aliénistes veulent faire admettre en principe comme modifiant l'imputation (le Code toscan, dans l'article 64, ramédie à ce dissentiment). Or, c'est là précisément ce qui blesse la conscience quand on considère l'état actuel de la justice en Europe : il est de fait que là où le système des atténuantes n'est pas reçu, la doctrine des *jurisconsultes* régit seule les peines; tandis que dans les pays où on admet le système des *atténuantes libres*, la doctrine des *médecins aliénistes* prévaut, parce qu'elle trouve plus de sympathie chez les jurés qui ne sont pas légistes. Cet état de contradiction où se trouve la justice, pratiquée dans les diverses nations de l'Europe civilisée, devrait-il être plus longtemps supporté par la science? ou plutôt ne serait-il pas du devoir de celle-ci de le faire cesser par une décision définitive? Mais revenant à la formule de la *criminalité subjective* qu'on dit ne pouvoir pas être *prévue a priori*

par la loi, comme il ne m'arrive guère de me payer d'assertions vagues et nébuleuses, je voudrais que les défenseurs de cette thèse donnassent à leur formule une réalité concrète au moyen d'exemples, et j'ose croire qu'ils ne réussiraient pas à m'en opposer un seul qu'on ne pût ramener à un type arrêté d'avance par la loi, pourvu qu'elle évitât la vicieuse méthode des définitions matérielles. La démonstration de ce que j'avance n'est pas compatible avec la portée restreinte d'une note, mais il est certain qu'en Toscane on a, pendant de longues années, administré bonne justice sous le Code de 1853, sans recourir aux atténuantes arbitraires. La vraie raison sur laquelle s'appuie le nouveau système, ce n'est donc pas dans la formule de la *criminalité subjective* qu'il faut la chercher, puisqu'elle aboutit à confondre l'homme du jour du délit avec l'homme du jour de l'audience, la seule vraie raison, relativement à des jurés, c'est de faciliter les condamnations. Mais est-ce là une raison juste ?

CHAPITRE X

RAISONS POLITIQUES OU EXTRINSEQUES DE MODIFIER LA PEINE

§ 703.

La fin dernière de la peine est le bien social; mais quand des circonstances spéciales montrent que l'application de la rigueur ordinaire de la peine dans un cas donné, quoique conforme à la justice, causerait à la société plus de dommage qu'elle n'en éprouverait à laisser impuni ou à punir trop peu le coupable, il se produit un conflit entre les exigences de la justice rigoureuse et celles de l'ordre extérieur. Il serait juste d'appliquer la peine ordinaire, mais cela causerait plus de désordre qu'il n'en résulterait de l'omission ou de la diminution de la peine.

§ 704.

Si le droit de punir avait pour fondement la justice absolue, il faudrait, dût périr le monde, que la justice eût son

cours; si le but de la peine était l'expiation, elle ne pourrait pas être omise. Mais la justice n'est qu'un critérium limitatif du droit pénal (§ 612): son fondement est la *défense* du droit, et dans toute œuvre de défense entre toujours le calcul comparatif du mal plus grand et du mal moindre; son but *immédiat* est le *rétablissement de l'ordre*, et quand par des raisons humaines l'ordre complet ne peut pas être obtenu, *l'ordre se trouve dans un désordre moindre*. Donc, le plus grand bien des membres de la société peut être une raison de s'écarter de la rigueur de la justice, et de là peuvent sortir une série de causes, qu'on appelle *extrinsèques* à la peine, qui en réclament la suppression ou la modification par des raisons qui sont à la fois inhérentes à sa fin dernière et à sa fin immédiate, mais non pas à sa nature.

§ 705.

La justice serait blessée si, sous prétexte de bien public, on augmentait la peine au mépris de ses préceptes; en effet la justice est la *limite* du droit de punir. Mais on ne l'offense pas dans le cas inverse, précisément parce qu'elle n'est qu'une *limite*: elle intervient dans le pouvoir pénal pour empêcher qu'on ne punisse quand elle le défend, mais non pour imposer de punir toujours quand elle le commande, si à cet ordre ne répond pas le besoin de la défense du droit, ou si son exécution expose à des dangers plus grands le droit qu'on veut protéger.

§ 706.

Ainsi il est clair qu'il peut y avoir des raisons politiques (ou extrinsèques) de diminuer la peine, mais qu'on ne peut pas admettre de raisons politiques de l'augmenter. La politique ne peut jamais primer la justice pour punir davantage; la politique peut primer la justice pour punir moins, car la justice abstraite n'est plus la justice sociale quand elle cause du désordre.

§ 707.

Ces causes politiques se divisent naturellement en deux catégories (c'est je crois par inadvertance que Carmignani en a fait une seule classe), et cette subdivision dérive du pouvoir ou de l'impuissance où est la loi de les prévoir *a priori*. M'attachant au principe que la loi doit, autant que possible, régler d'avance tous les cas qu'elle peut prévoir, je demande que la loi se conforme encore à ce grand devoir pour les causes politiques qui de leur nature peuvent se prévoir, se décrire, et se définir par des caractères prononcés, et conséquemment qu'on en remette l'examen et l'application au jugement prudent du magistrat, dirigé par les dispositions prévoyantes de la loi. Mais tout désirable qu'il soit en cette matière qu'on exclue l'arbitraire humain, on n'y peut pas toujours parvenir. En effet il y a des raisons politiques dont l'examen ne peut être ni guidé par la loi au moyen de règles certaines, ni confié au jugement du magistrat, parce qu'elles dépendent de conditions très-variables, et qui appartiennent à la haute politique.

§ 708.

De là la nécessité de former de ces causes deux catégories distinctes. Je nomme l'une — série des causes que la loi ne peut pas déterminer : elles dépendent inévitablement du droit de grâce, droit souverain du sujet duquel la science peut donner des indications générales, mais qui ne peut pas être limité *a priori* par la loi; c'est le pouvoir exécutif qui, dans chaque cas particulier, doit vérifier et apprécier la convenance de son exercice. L'autre, que j'appelle — série des causes que la loi peut déterminer, ne comporte ni l'exercice du droit de grâce, ni l'arbitraire du prince, ni celui du magistrat : tout est réglé d'avance par la loi, qui s'est décidée à accueillir ces adoucissements, non par des raisons de jus-

tice, mais par des raisons d'utilité publique. Étant ainsi établies par la loi, il semble qu'elles devraient sous ce rapport avoir le caractère de causes *juridiques*; cependant je les maintiens avec Carmignani dans la classe des causes extrinsèques ou *politiques*, parce que telle est leur origine rationnelle.

1. De nos jours, le droit public n'hésite pas à reconnaître dans le droit de gracier les délinquants un attribut exclusif de la souveraineté; mais au moyen âge ce droit fut, dans de certaines limites, exercé aussi par des personnes qui n'avaient pas une souveraineté propre, et même par des corporations religieuses. (Voyez la monographie publiée par le savant M. Molinier, sous ce titre : *Notice historique sur le droit d'accorder des grâces aux criminels, dont jouissaient autrefois le chapitre de la cathédrale de Rouen et les évêques d'Orléans; Toulouse, 1870.*) Le droit de grâce de l'évêque d'Orléans fut exercé pour la dernière fois en 1784, et celui du chapitre de Rouen en 1790.

PREMIÈRE SÉRIE

Causes politiques non déterminables par la loi.

§ 709.

Pour qu'on réserve au pouvoir exécutif exerçant le droit de grâce la connaissance de certaines circonstances qui font qu'il est convenable de modifier ou même de supprimer entièrement la peine méritée par un coupable, il faut¹ que ces circonstances aient un caractère *extraordinaire*, accidentel, et particulier à cette espèce, eu égard aux conditions du pays, à ses besoins, à cent autres considérations auxquelles on ne peut pas permettre que le magistrat élève sa vue, et qu'il n'est pas possible que le législateur, par une disposition générale, comprenne dans ses prévisions. Il est donc impossible de les énumérer, à raison même de leur origine. Les auteurs admettent, par exemple, et présentent comme des raisons qui permettent d'approuver l'exercice du droit de grâce : les *services rendus* par le

délinquant², la crainte de troubles, le grand nombre des coupables, le besoin que le pays a du délinquant, ou la reconnaissance qu'il lui doit, etc.

1. Par cette expression, nous n'entendons pas dire que le droit de grâce étant reconnu et admis par la loi fondamentale, on puisse ensuite apporter des restrictions à son exercice; nous entendons, au contraire, poser la règle que les juges ne peuvent pas connaître de ces circonstances extraordinaires, qui sont réservées au jugement purement gracieux du prince. Aussi est-il certain que ce jugement n'est pas susceptible de contrôle, et que le prince peut considérer comme des raisons de faire grâce, même des circonstances qui, déferées par la loi à l'examen des magistrats, n'ont pas été acceptées par eux. Cependant, c'est encore une règle reçue parmi les juristes espagnols contemporains, que la loi peut soumettre à certaines conditions le droit souverain de grâce, et ils en donnent pour exemple une loi des *Partidas*, qui refusait à la Couronne le droit de faire grâce aux délinquants qui n'avaient pas obtenu le pardon de l'offensé. (Voyez aussi Sanfelice, *vol. 1, decis. 53*, et Caldero, *decis. 35*.) C'était une tradition de l'idée de la vengeance privée dans la punition des méfaits; encore aujourd'hui il ne manque pas parmi nous de juristes qui pensent que dans les délits qui ne donnent lieu qu'à une *action privée* on ne doit pas admettre la grâce du prince comme moyen d'éteindre la peine. Pour moi je considère, même dans ces délits, le droit de l'offensé comme un droit purement négatif ou *impéditif*, et non pas comme un véritable droit pénal.

2. Sur les services rendus par le délinquant, voyez de bons développements dans Puttmann, *Miscellanea, cap. 16*, et *Opuscula crim., opusc. 11*; — Caldero, *Decisiones Cathalonix, decis. 68, p. 128*; — Catalano, *Tractatus criminalis, p. 232, n° 4*; — et sur le grand nombre des coupables, Maradei, *Observ. 2*.

§ 710.

On a beaucoup écrit contre le droit de grâce : Beccaria, Pastoret, Barbeyrac, Bernardi, Filangieri, Bentham, Bavoux, Kant, Livingston, et d'autres auteurs modernes l'ont attaqué; mais leurs objections ont été combattues, et le droit de grâce s'est partout maintenu malgré la guerre qu'on lui a faite. Il peut être très-utile quand il est sagement exercé.

§ 711.

La grâce appartient au pouvoir exécutif. Elle est bien

différente de l'amnistie¹ qui appartient au pouvoir législatif. Celle-ci, plus générale dans ses causes, et plus étendue dans ses effets, n'éteint pas seulement la peine, mais elle efface le délit. Cette idée est renfermée dans l'étymologie même du mot *amnistie* (*oubli*).

1. Sur les différences entre la grâce et l'amnistie, voyez Hermann, *De abolitione criminum*; — Steck, *De amnistia*; — Berthauld, *legon 21*; — Legoux, *Droit de grâce*; — Arcos Orodea, *Estudio sobre la regia prerogativa de indulto*, insérée dans l'*Escuela del derecho*, vol. 5, p. 64.) Les opinions des publicistes sont partagées. M. Hello (*Le régime constitutionnel, 2^e partie, tit. 1, chap. 2, sect. 10, § 1*) enseigne que le pouvoir d'amnistier diffère du droit de grâce en ce qu'il appartient exclusivement au pouvoir législatif. Cette opinion est théoriquement la plus exacte : l'amnistie n'est, en réalité, qu'une dérogation à la loi dans son activité, dans son application; c'est un envahissement du pouvoir judiciaire dont, par une intervention d'attributions, elle interrompt le cours. En effet, si le pouvoir législatif est par sa nature au-dessus du pouvoir judiciaire auquel il impose des règles de conduite, le pouvoir judiciaire à son tour, dans un gouvernement bien organisé, primera le pouvoir exécutif qui ne doit être que le ministre de la loi et du juge. Toute intervention de cette hiérarchie par laquelle le pouvoir exécutif voudrait dominer le pouvoir judiciaire sera toujours une violation des garanties du régime constitutionnel. M. Faustin Hélie (*Instruction criminelle, § 195*) soutient au contraire que le droit de grâce comprend le droit d'amnistie; il fait remarquer que l'amnistie n'est qu'une grâce anticipée, qui dérive de la même source, puisqu'elle est un acte de clémence. Mais le premier de ces arguments ne consiste que dans des mots, et tous les deux prouvent trop; ainsi ils ont le plus grand défaut qu'on puisse reprocher à un argument. Si demain le roi rendait un décret ordonnant qu'à l'avenir les vols ne seront plus poursuivis, on devrait encore dire que c'est une grâce anticipée et un trait de clémence envers les gens nécessaires; mais, au fond, c'est aussi bien une dérogation à la loi de déclarer qu'on ne punira plus les vols commis jusqu'à présent, ou de dire qu'on ne punira plus les vols qui se commettront en 1876. Par la seconde formule, on déroge à la loi dans sa partie prohibitive et sanctionnatrice; par la première, on déroge seulement à la partie sanctionnatrice et non à la partie prohibitive. Sont plus fidèles à l'exactitude des déductions juridiques, tout en obéissant à la nécessité politique, ceux (Dalloz, *v° Amnistie, n° 23*) qui, reconnaissant au pouvoir législatif le droit d'amnistie, ont dit qu'il faut le considérer comme délégué tacitement au roi par le pouvoir législatif, vu que le pouvoir exécutif est seul en état de connaître les besoins de la nation qui demandent, dans l'intérêt de la paix publique, que certains faits soient couverts par l'oubli. C'est là une raison solide. Quelque jaloux qu'on soit des franchises constitutionnelles, il faut bien qu'on

admette qu'elles cesseront à certains moments de nécessité suprême, et que le chef de l'État pourvoira aux besoins urgents : ces surs républicains de Rome ont eux-mêmes reconnu cette nécessité. C'est pour cela que la première opinion, quoique plus vraie en théorie, n'a pas eu de succès dans la pratique ; et désormais la jurisprudence a établi comme un point incontestable de droit public que les amnisties sont accordées par le roi : Dalloz, *v° Amnistie*, n° 3 ; — Casanova, *Diritto costituzionale*, vol. 2, p. 49, édition Cammelli ; Florence, 1869. En Italie, la délégation du pouvoir d'amnistier n'a pas été tacite ; elle se trouve en termes exprès dans l'article 830 du Code de procédure pénale. C'est aussi une question, et une question difficile, que de savoir si l'amnistie peut être accordée dans les délits qui ne se poursuivent qu'à la requête de la partie.

Il est hors de doute que les amnisties doivent recevoir des tribunaux la plus large interprétation possible : Cour de cassation de Florence, décret du 11 novembre 1868, et un autre du 15 juillet 1868, *Annali italiani*, vol. 2, part. 1, p. 149 ; — Nicolini, *Procedura penale*, § 934. Par conséquent, le fait principal étant amnistié, on doit considérer aussi comme amnistiés les faits accessoires qui ont servi de moyen (Faustin Hélie, § 197) quoiqu'ils n'aient pas été spécifiés dans l'amnistie. On a fait de ce principe une remarquable application au profit d'un homme qui, pour échapper à la conscription, avait produit un faux certificat : Merlin, *Répertoire*, *v° Amnistie* : Cassation, 7 janvier 1809, 4 mai et 19 juillet 1810. Parmi les vieux praticiens, il y en a qui ont voulu distinguer entre l'*indulto* et l'*abolition*, disant qu'on devait interpréter le premier *largement*, et l'autre *étroitement* ; et il y en a qui ont soulevé cette question (qui se reproduit aujourd'hui dans les Cours italiennes) : si l'amnistie peut s'étendre aux délits qui ne sont pas encore venus à la connaissance de la justice, *nondum delata*. On a prétendu que non, par argument de la *l. 2. C. De abolitionibus*, et de la règle *Voluntas non trahitur ad incognita*, faisant remarquer qu'il n'est pas possible de présumer que le prince ait voulu l'abolition de délits qu'il ne pouvait pas connaître puisqu'ils étaient encore inconnus à la justice. Mais le sophisme de cette objection a été relevé par Catalano, *Tractatus criminalis*, fol. 353, cap. 8, n° 5, et cap. 2, n° 75, et par les auteurs qu'il cite.

SECONDE SÉRIE

Causes politiques déterminables par la loi.

§ 712.

Appartiennent à cette série toutes les circonstances qui tiennent à certaines conditions *uniformes* de rapport entre la peine et le bien public : c'est précisément parce qu'elles

sont *uniformes* qu'on peut les définir *a priori*. Ces circonstances doivent être examinées par le *pouvoir législatif*, sanctionnées comme *règle constante* par la loi générale quand elles paraissent admissibles, et remises aux magistrats pour leur application. Tel est le *pardon* de l'offensé, dans les délits qui ne donnent lieu qu'à une action privée¹ ; tel est encore, selon la doctrine des praticiens, l'*aveu du coupable* fait en temps utile, et qui profite à la justice ; enfin la *prescription* de la peine.

1. Le *pardon* de la partie lésée se compte parmi les modes politiques ; en effet, si dans certains cas, comme l'adultère, on accorde à la rémission de l'offense le pouvoir de faire disparaître la peine, ce n'est pas par un principe de justice, mais par des considérations d'ordre public. On trouve aussi dans quelques-uns des vieux statuts italiens, parmi les causes de diminution de la peine, la *remise* que le contumax fait de sa personne aux mains de la justice ; et cette idée a été reproduite en Italie dans quelques édits contemporains. Dans les pays où on l'admet, cette cause était évidemment *déterminée a priori* par la loi ; et elle était non pas *juridique*, mais *politique*. Elle n'était pas juridique, car la peine ordinaire n'est pas altérée dans ses proportions, au profit de l'individu, parce qu'il se présente de lui-même ; elle était *politique*, car la loi a cru qu'il était sage de l'admettre pour diminuer le nombre des criminels qui se cachent et qui font toujours craindre de nouveaux délits, pour rendre la peine plus prompte, et pour qu'on y échappe rarement. Mais de semblables dispositions législatives sont toujours un aveu implicite de l'impuissance de l'autorité à obtenir l'arrestation des ennemis de la société. C'est précisément pour cela que nous les trouvons dans les vieux statuts du quinzième et du seizième siècles, où les luttes entre les soldats et les bandits furent, comme on sait, si sanglantes et si continuelles ; nous les retrouvons de notre temps, pour les mêmes raisons, dans les lois sur le brigandage : les mêmes causes poussent toujours l'homme aux mêmes faits. Mais en temps normal, et dans un État tranquille, cette promesse d'excuse n'est pas une bonne chose, car au fond c'est une transaction avec le délinquant, transaction qu'on a vu il y a quarante ans des États faibles porter au point d'assurer une rente aux malheureux pour les faire cesser. Toutes ces choses sont déplorable. On peut seulement, en bonne justice, admettre que le juge, dans les limites de la peine *déterminées relativement*, use avec indulgence de la latitude que lui accorde la loi, en voyant dans la soumission spontanée un signe de repentir. Qui est-ce qui aurait le courage d'appliquer la peine de mort à un coupable qui est venu de lui-même, l'aveu sur les lèvres, offrir sa tête à la justice ?

§ 713.

Carmignani a, sans distinction, attribué au pouvoir exécutif la connaissance de toutes les causes extrinsèques : il n'y en a pour lui aucune qui puisse former l'objet de mesures législatives générales, et dans cet ordre d'idées il a énuméré parmi les causes de grâce, même la *prescription de la peine et l'aveu du coupable*. En disant que la prescription de la peine ne doit pas être admise en vertu d'une loi générale, il allait contre l'opinion d'un grand nombre de criminalistes autorisés, pour suivre la doctrine qui prévaut en Toscane ; mais en disant que la loi ne peut pas confier aux magistrats la diminution pour cause d'*aveu*, il allait non-seulement contre la doctrine des praticiens, mais encore contre la pratique universellement admise de son temps en Toscane. Jusqu'en 1853, c'a été une règle constante de nos usages judiciaires, que le juge devait compter à la décharge du condamné l'aveu spontané qui avait été *utile* à la justice. En législation il y a beaucoup à dire dans les deux sens sur cette matière. D'un côté il est contradictoire que la loi dise par avance que quand un accusé fera un aveu à la charge de lui-même ou de ses complices, il y aura une diminution de peine. Ce système paraît immoral à quelques personnes : elles y voient une transaction odieuse avec le délit, et craignent qu'il n'en résulte une excitation au crime. D'autre part il est de fait que si l'utilité politique peut-être considérée comme une juste raison d'adoucir un peu la rigueur de la peine, cette utilité, quand elle dérive de l'aveu d'un accusé, ne peut être ni reconnue ni convenablement appréciée si la connaissance de la *spontanéité* et de l'*importance* de l'aveu judiciaire n'est déférée aux magistrats devant lesquels s'agite le procès. Eux seuls, en consultant leur conscience, sont en état de dire si, à défaut de cet aveu, ils se seraient ou non trouvés dans la nécessité d'absoudre. Aussi, en reportant cette cause de diminution parmi les causes de

grâce souveraine, on la dénature et on la rend moins profitable, puisque l'incertitude sur le point de savoir si elle sera prise en considération affaiblit l'encouragement donné à l'aveu spontané. L'utilité politique de cette cause de diminution consiste en ceci : étant supposé certain qu'on aurait dû absoudre pour défaut de preuve, il vaut mieux punir moins que d'être obligé d'absoudre un coupable¹. En admettant sous ce point de vue la diminution résultant de l'aveu, nous ne faisons que nous attacher à notre principe de la *défense du droit* : la formule *utilité politique* que nous employons n'est pas autre chose que l'utilité de maintenir la *défense du droit*, qui en dernière analyse s'obtient mieux en punissant *moins* qu'en ne punissant pas du tout². D'un autre côté l'apparente immoralité de cette incitation politique à faire des aveux, n'est pas aussi évidente que dans le cas des *décrets d'impunité*, qu'on s'accorde avec raison aujourd'hui à réprover, et elle est tempérée par la condamnation qui vient frapper, quoique moins sévèrement, le coupable qui avoue. La morale publique admet volontiers qu'on traite avec plus de douceur celui qui avoue : soit parce que l'aveu lui-même, quand on le fait contre soi, est un gage de repentir ; soit parce que le public remarque que sans un aveu la justice aurait été éludée ; soit parce que cette idée se rattache au grand principe religieux de la rémission du péché. C'est dans ces dernières considérations que les partisans de l'école moderne correctionniste trouvent la raison décisive d'admettre cette excuse. Pour moi je ne considère pas ces raisons comme le fondement de l'excuse, mais seulement comme une solide réponse à l'objection tirée de son immoralité. La raison fondamentale de l'admettre, je la trouve suffisamment dans le service qu'elle rend à la protection du droit.

Je ne puis pas approuver le projet portugais qui voudrait qu'on mit la *dénégation* du coupable au nombre des circonstances qui *aggravent* la peine. Aggravation veut dire

quantité plus grande de punition, et une quantité plus grande de punition suppose nécessairement une quantité plus grande dans la faute. Maintenant, voir dans la dénégation du coupable une faute spéciale, c'est une cruauté qui se heurte aux sentiments souvent invincibles de la nature humaine. Je ne m'associerais donc pas à qui soutient qu'on doit aggraver la peine du coupable, mais je ne ferai point difficulté de me joindre à ceux qui disent qu'il faut atténuer la peine du coupable qui avoue utilement. Cette diversité de raisons et de moyens n'est pas une subtilité gratuite ou un vain amour de formules, elle remonte aux grands principes qui dominent la science, et il en découle dans la pratique les conséquences les plus variées et les plus importantes.

1. Cette raison, qui a prévalu dans le code autrichien (art. 46, lettre h), n'a pas été acceptée dans d'autres codes modernes (par exemple dans le projet portugais, art. 86, n° 2) qui, en admettant la diminution pour cause d'aveu utile ou non à la justice, y ont mêlé la considération du repentir.

2. Cette cause de diminution de la peine a été rejetée par quelques auteurs, entre autres par Muller, *De causis mitigandi poenam in delictis, Coburgi*, 1776, qui au § 19 la met au nombre des causes qu'il appelle *mitiganti spurie*, mais sans la considérer sous le point de vue de l'utilité qu'elle a pour la justice, qui est la seule vraie raison de l'admettre. Les divergences au sujet de cette atténuante et de quelques autres, qui toutes ne sont admissibles que sous certaines conditions, viennent en général de l'erreur qui consiste à confondre les causes d'atténuation de la peine avec les causes de diminution de l'imputation : comme cela conduisait à rejeter celles-là en l'absence des autres, on en vint, par une nécessité logique, à les effacer toutes, et à les mettre toutes à la fois à la merci de la grâce souveraine. C'est à Carmignani que revient le mérite d'avoir éclairé la différence essentielle qu'il y a entre ces deux espèces de causes, quoiqu'il n'ait pas donné à son ingénieuse théorie tout le développement qu'en bonne logique elle devait recevoir. Du reste la doctrine que l'aveu utile à la justice doit amener la diminution de la peine, est une doctrine commune : la loi saticque, l'ancien statut de Lucques, *lib. 3, cap. 8*, et d'autres statuts italiens l'ont expressément sanctionnée. — Caldero, *Decisiones Cathalonæ, decis. 20*; — San Felice, *vol. 2, decis. 324*; — Forti, *Conclusioni*, p. 151. Seulement, au temps de la torture, on disaitait entre l'aveu fait au milieu des tourments et l'aveu fait après avoir surmonté les tourments : Stoffel, *An ob spontaneam de-*

linquentis post tormenta superata confessionem, poena ordinaria locum habeat; Lipsiæ, 1769.

§ 714.

La prescription de la peine a fourni aux criminalistes un sujet de grave discussion, et cette question a été diversement résolue par les législateurs. Beaucoup d'auteurs (et au premier rang Bentham, devenu tout-à-coup moraliste) ont trouvé mauvais qu'un code promette l'impunité au bout d'un certain nombre d'années à un coupable reconnu pour tel par une condamnation judiciaire; c'est, à leurs yeux, donner une prime à la désobéissance, à l'art de se cacher, à l'évasion.

1. Henkel s'est élevé avec chaleur contre le système de la prescription en matière pénale : *Utrum delictorum poenæ prescriptione in foro recte tollantur necne; Vitebergæ, 1793*. Il est beaucoup plus facile de prouver l'inadmissibilité de la prescription, soit de l'action, soit de la peine, que de rendre raison, pour l'une comme pour l'autre, du détestable système de l'interruption arbitraire. Pour moi, si j'étais mis en demeure de choisir, j'aimerais mieux ne jamais admettre la prescription, que de l'admettre ou non selon le bon plaisir du ministère public. Ou les raisons de l'admettre sont bonnes, et alors la plume d'un accusateur ne peut pas les faire disparaître, ou elles ne sont pas bonnes, et alors on doit les rejeter toujours et pour tous. Il y a du reste une différence à observer entre telle peine et telle autre. Quand il s'agit de la peine de mort, on se révolte à l'idée de l'exécuter contre un homme de soixante ans, en vertu d'une condamnation qu'il a encourue quand il en avait vingt. Au contraire, quand il s'agit de peines restrictives, l'argument de l'oubli présumé du délit prouve trop, du moment qu'on admet les peines perpétuelles. En effet, si l'oubli présumé de la faute libère des galères celui qui a passé trente ans dans l'exil ou caché, on ne comprend pas pourquoi cette présomption d'oubli ne libère pas le coupable qui depuis la condamnation a passé trente ans aux galères. La seule réponse possible à cette objection est celle qui se tire de la différence qu'il y a entre la peine qui est censée à exécuter et la continuation de la peine en cours d'exécution. Voyez aussi Langlans, *Semestrium lib. 12, cap. 1, p. 709*; — Ravus, *Principia universæ doctrinæ de prescriptione, cum notis Eichmanni, § 151 et seq.*; — et la savante dissertation de Riedel, *De prescriptione criminum, Berolini, 1831*. Voy. pour l'interruption, *ibid.*, cap. 5. Quand on admet le système de l'interruption, soit pour la prescription de l'action, soit pour la prescription de la peine, c'est une question de savoir si les actes de

poursuite fails à l'étranger ont la force interruptive : c'est ce qu'a examiné Thézard dans la *Revue critique*, tome 28, p. 376. Un point sur lequel on est d'accord dans la doctrine contemporaine, c'est que quoiqu'on admette, selon la *nature* et la *gravité* des délits, une différence dans le temps requis pour prescrire, on ne reconnaît plus de délits *imprescriptibles*, c'est-à-dire *exceptés* à perpétuité de ce bénéfice à raison de leur atrocité : Puttmann enseigne (*Adversariorum vol. 1, cap. 7*) comment on réglait autrefois ce point. La différence des délais, qui dépend de la différence de *nature* des délits, fait naître aussi cette question très-intéressante : si pour les effets de la prescription la *nature* du délit doit se définir d'après le *titre proposé par l'accusation*, ou d'après le *titre accepté dans un jugement de contumace*, ou bien d'après le titre qui en *définitive* a été reconnu comme seul conforme à la *réalité*, question débattue en France et chez nous ; et cette autre, non moins controversée, des délais à appliquer aux délits dont une *excuse* a modifié le titre apparent : Morin, art. 7944 et 9029.

§ 715.

Selon cette doctrine, la prescription de l'*action* est admissible, parce que, comme il manque la sentence judiciaire, on n'est pas sûr de la culpabilité. Les citoyens sont incertains si cet homme est un criminel heureux, ou la victime infortunée d'un injuste soupçon ; aussi est-il bon d'éteindre une *action* qu'on a laissée si longtemps inactive, et qu'on voudrait réveiller quand le temps a rendu plus difficile la connaissance de la vérité. Mais prescrire la *peine* après que le délit a été rendu certain par une sentence du magistrat, c'est, dit-on, tourner sans remède au préjudice de la société l'incurie¹ de ses agents, c'est confesser la faiblesse de la loi, c'est outrager la morale, c'est assurer au crime un scandaleux triomphe².

1. La prescription de la peine a été bien mal défendue par ceux qui ont voulu en trouver le fondement dans la *présomption d'abandon* par le ministère public. Cela peut être un bon critérium quand il s'agit de prescrire l'*action privée*, parce que le particulier a le *droit d'agir* ou de ne pas agir, et que ce droit est chez lui facultatif ; quant au ministère public, il a non-seulement le droit, mais le *devoir d'exercer* l'action et de faire exécuter les condamnations ; et si parfois il croit ne devoir pas exercer une action, il s'en abstiendra non pas parce qu'il pense qu'elle est pour lui *facultative*, mais parce qu'étant juge de ses *devoirs*, il croit

n'avoir pas dans ce cas le *devoir d'agir*. Parler d'*abandon présumé* ou de *renonciation* du ministère public, c'est une erreur très-grave, une véritable absurdité ; c'est mettre le ministère public au-dessus de la loi qui l'oblige comme tout autre citoyen. Il faut être aveuglément idolâtre de ce ministère pour se laisser éblouir par de tels sophismes. Mais si la prescription de la peine a été défendue par trois faux arguments (*l'abandon présumé*, *l'expiation présumée*, et la *possession d'impunité*), ce serait se laisser aller à une illusion trop fréquente que de croire qu'on a renversé la doctrine parce qu'on a combattu quelques faux arguments par lesquels on avait imprudemment tenté de la défendre. Pour soutenir la prescription de la peine, il reste ce quatrième argument : *la cessation de la raison de punir* ; on n'y peut pas répondre, et cela suffit.

2. Il y a un cas où les arguments contre la *prescription de la peine* présentent une solidité particulière : c'est le cas de celui qui, ayant commencé à subir la peine, s'y est soustrait en s'évadant. Dans cette hypothèse, on peut dire en toute vérité que la prescription et le pardon sont une prime accordée au méfait, une prime accordée au délit d'évasion. Sans doute le cas d'évasion présente des caractères exceptionnels, et la certitude de pouvoir prescrire est une excitation terrible à l'évasion, mais cette particularité ne suffit pas pour écarter la règle générale : elle pourrait permettre de la limiter, ou tout au plus, dans les dispositions spéciales d'un code sur la peine de l'évasion (quand une peine y est applicable), d'introduire comme pénalité accessoire l'imprescriptibilité de la peine que le coupable subissait ; mais si l'on peut dire que l'évadé, en prescrivant la peine, obtient une prime de son délit, on n'en peut pas dire autant des autres coupables, parce que se soustraire d'une autre façon à la peine encourue, ce n'est pas un délit, mais l'exercice irréprouvable de la liberté naturelle.

§ 716.

D'autres au contraire (Puffendorf, Dunod, Trébutien, Mesnard, Haus, Villeret) n'ont considéré que le *but* de la peine. Quand le délit et la condamnation sont oubliés, ont-ils dits, le désordre a cessé ; la peine qu'on inflige alors est sans objet : elle n'a d'autre effet moral que d'exciter la pitié. Enverrez-vous à la mort un homme de soixante ans pour un délit qu'il a commis à l'âge de vingt ans ? Le drame de la peine se déroule aux yeux d'une génération pour laquelle le drame du délit n'est plus qu'un fait historique. C'est la plus solide raison sur laquelle s'appuie la prescription de la *peine*¹. La formule de la prescription tirée de la

possession d'impunité est une formule empirique. La possession d'un état contraire à la loi ne peut pas avoir d'efficacité juridique.

1. C'est sur ces principes que se fondent les dispositions de quelques codes qui voient dans le laps de temps une raison de diminuer certaines pénalités particulières. Ainsi le code de Vaud (art. 60, 62) dispose que si depuis une sentence de condamnation à mort il s'est écoulé trois ans (art. 60 et art. 77), ou bien si depuis le délit qui mériterait la mort il s'est écoulé trois ans (art. 62, n° 4) sans que cette peine ait été exécutée ou prononcée, la peine de mort est de plein droit changée en celle de trente ans de réclusion. Il y avait dans les *Partidas* d'Espagne cette disposition singulière : que quand un accusé aurait été, à raison de la procédure, détenu pendant deux ans, sans que la sentence eût été rendue contre lui, il serait de plein droit déclaré absous. Cette disposition paraît se fonder sur la présomption que celui à la charge de qui, en deux années de recherches, le juge n'a pas pu constater le délit, est un innocent.

§ 717.

D'autres (Lo Sellyer, Rodière, Zillebeecke, Faustin Hélie, Boitard, Hoorebecke, etc.) ajoutent que la justice doit se déclarer satisfaite par les angoisses que le condamné a souffertes pendant tout le temps qu'il se cachait. Cette observation ne me semble ni positive, ni conforme aux principes. Elle se fonde sur une abstraction philosophique, sur une présomption qui peut faillir, et elle ne donne pas une raison juridique d'elle-même, si ce n'est pour ceux qui cherchent dans la peine l'expiation morale. Cependant c'est peut-être la raison la plus populaire, et peut-être que le défaut même qu'elle a d'être une raison morale la rend populaire, car c'est un fait remarquable qu'en droit pénal tous se croient autorisés à monter en chaire et à prononcer une opinion : poètes, philosophes, journalistes, théologiens, romanciers, médecins, tous raisonnent *ex professo* en droit pénal. Mais pourquoi cela ? Précisément parce qu'on fausse l'idée de ce droit, soit en le confondant avec la loi morale pure, qui est à la portée de tous, soit en le réglant sur l'in-

térêt politique, que chacun se croit en état d'apprécier. C'est peut-être la raison qui souvent rend populaires certaines maximes empruntées à la morale ou à la politique, qui sous la critique sévère du droit, apparaissent au premier coup d'œil ou juridiquement erronées ou périlleuses¹. Au point de vue juridique, les raisons de la *possession d'impunité* et de l'*expiation* morale présumée ne sont que des mots, la raison de la difficulté de la preuve n'a pas de valeur en présence d'une chose jugée, comme il arrive dans le cas d'une sentence de condamnation prononcée *contradictoirement* contre le coupable, et par conséquent le seul argument solide sur lequel on puisse asseoir la prescription de la *peine*, c'est qu'après l'écoulement d'un certain laps de temps depuis la condamnation, l'exécution manque d'*exemplarité*.

1. A Rome, la prescription de la *peine* se trouvait comprise dans la prescription générale de *l'actio ex judicato*, qui s'accomplissait en trente ans : Hoorebecke, p. 8 ; — Villeret, *De la prescription*, § 21. Dans les lois dites barbares, il ne paraît pas y avoir trace de la prescription de la *peine*. Il est certain que la prescription de *l'action* était admise chez les Visigoths ; l'était-elle dans les Capitulaires de Charlemagne ? C'est un point débattu entre Bertauld et Villeret. A la renaissance du droit romain, on adopta généralement la prescription de *l'action* par le laps de vingt ans ; il était réduit pour les délits moindres. Toutefois l'ordonnance de Louis XIV, de 1670, déclara le *duel* imprescriptible, et le zèle de quelques docteurs prétendit étendre l'imprescriptibilité à la *tèse-majesté* ; c'était l'opinion de Jousse et de Vouglans. Mais pour la prescription de la *peine*, on ne trouve aucune disposition particulière, pas même dans la Caroline.

Parmi les codes modernes, la prescription de la *peine* est admise par les codes de Saxe, de Wurtemberg, de Brunswick, de France, de Naples, par le code sarde, le code de Modène, le projet portugais art. 174, et le code belge, art. 91 et suiv. Elle n'est pas admise par les codes de Prusse et de Brésil, ni par le code toscan.

§ 718.

Les arguments sont graves de part et d'autre, et peut-être que la difficulté doit se résoudre par de prudentes dis-

inctions; mais en général on doit admettre une prescription de la *peine*, comme on le fait communément. Remarquons d'ailleurs que dans les condamnations *par contumace*, la logique demande (si l'on accepte la prescription de l'*action*, et pour tous les raisons qui la font accepter) qu'on admette aussi la prescription de la *peine*. En effet, si l'on veut être fidèle aux raisons suprêmes de justice qui font admettre la *prescription de l'action*, on ne peut pas, à ce qu'il me semble, accepter la théorie de l'interruption de cette prescription, ce qui la remettrait à l'arbitraire du ministère public. Ainsi, la prescription de l'*action* ne devant pas, à mon avis, être interrompue par le jugement de contumace, et ce jugement étant mis à néant quand le condamné purge sa contumace, la prescription de l'*action* s'oppose au nouveau jugement qu'on devrait rendre *ex integro*: c'est ce qu'enseigne Nicolini, *Proc. pén.*, p. 3, n° 1237. Cela doit conduire à admettre plus facilement encore la prescription de la *peine* infligée par une sentence contradictoire. L'opinion que le jugement *par contumace* interrompt la prescription de l'*action*, rend illusoire ce mode de prescription, et conduit à tous les inconvénients préjudiciables à l'innocence qui ont fait admettre par tout le monde que l'*action pénale* doit avoir un terme de prescription. Cette observation, on le comprend aisément, montre que nous sommes contraire au système de l'*interruption* de la prescription de l'*action*. Plusieurs ont enseigné et soutenu que l'*action pénale* peut durer cinquante ans et plus, pourvu que l'officier enquêteur ou accusateur en ait *interrompu* la prescription par quelque *acte d'instruction* fait par intervalles à sa volonté. On remet ainsi à l'*arbitraire* d'un homme le pouvoir de laisser prescrire ou non une action pénale contre qui il lui plaît: c'est un premier abus. De plus il est clair que cette idée vient d'un emprunt fait à tort au droit civil. Mais la prescription pénale n'est pas comme la prescription civile

fondée sur la protection des personnes vigilantes et la punition des négligents. Il serait ridicule que pour punir la négligence d'un juge on délivrât un coupable, et qu'on laissât la société sans défense. De pareilles idées n'ont rien de commun avec le droit pénal.

Les raisons de la prescription de l'*action* sont au nombre de deux: — 1° la *cessation* de l'*intérêt* que la *société* avait à punir; — 2° le danger que l'innocent *ne puisse pas se défendre* si l'on retarde l'exercice de l'*action*. Mais aucune de ces raisons ne conduit à la doctrine de l'*interruption*: ni la première, parce que les actes d'*instruction* d'un juge ne font pas revivre cet intérêt que la société avait à punir, qu'on suppose évanoui avec le temps; ni la seconde raison, bien qu'on ait voulu précisément argumenter sur ce point en faveur de l'*interruption*. On a dit que, quand les actes d'*instruction* ont été continués de temps en temps, celui qui se voit appelé en justice à raison d'un délit qui date de vingt ou trente ans, ne peut pas prétendre qu'on lui a causé préjudice par cet appel tardif, qu'il a oublié les faits, que les témoins sont morts, que les documents qui montraient son innocence ont péri: les actes continués contre lui, dit-on, lui donnaient l'éveil, et il devait par conséquent se tenir en état de présenter ses défenses à toute accusation. Donc les actes intermédiaires d'*instruction* font disparaître la raison de la prescription de l'*action*. Mais d'abord cet argument n'ôte pas le danger de la mort des témoins, et des autres accidents nuisibles à la défense, et en second lieu il part d'une *supposition fautive*, à savoir: que les actes d'*instruction*, pour avoir la force *interruptive*, doivent être régulièrement notifiés à l'accusé; or, dans les législations qui admettent l'*interruption*, cela n'existe pas du tout: ces actes interrompent la prescription bien qu'ils soient faits contre une *personne incertaine*, ils l'int interrompent bien qu'ils *n'aient pas été notifiés* à l'accusé, ils l'int interrompent contre *tous* bien qu'ils *n'aient été notifiés*

qu'à *un seul*. Donc l'argument n'est pas solide. Et qu'on ne dise pas que le coupable devait avoir soin de s'informer si le procès continuait ou non : une pareille objection pèche évidemment par la pétition de principe de la culpabilité de l'accusé¹. Des raisons identiques conduisent à douter de la force interruptive du jugement même *de contumace* : en effet, si l'on peut dire avec vérité que ce jugement n'a pas dû être ignoré du coupable quand il était *présent* dans le pays, il n'en est pas de même dans le cas d'*absence* innocente. De méchantes gens peuvent profiter de l'absence d'un honnête homme pour l'accuser d'un délit inventé; et si celui-ci, après quinze ans de voyages en pays lointain, revient dans sa patrie, il se trouve évidemment dans le même embarras que celui à qui on reproche un délit qui pendant dix ou quinze ans n'a fait le sujet d'aucune investigation. Cette matière est délicate et n'a pas encore été examinée comme il le faudrait.

1. La futilité de cette objection est évidente quand on se rappelle que, selon les règles reçues en matière d'*interruption*, la prescription s'intrompt même dans un procès qui a été commencé *contre des inconnus*, et qui peut durer dix ans et plus contre des inconnus. Il faut du courage, en vérité, pour soutenir que le citoyen *devait savoir* qu'un procès s'instruisait *contre lui*, et préparer sa défense, quand les officiers judiciaires eux-mêmes ne savaient pas encore qu'ils faisaient le procès contre lui. Dimitry de Glinka, entre autres (*Philosophie du droit*, p. 118, 115), a démontré que le système de l'*interruption* par actes de procédure est déraisonnable; mais il voit une cause d'*interruption* dans le *délit commis postérieurement*. Quand on considère la *correction* comme le but de la peine, et l'*amendement présumé* comme le fondement de la prescription, on en vient en bonne logique à refuser à tout jamais la prescription à celui qui continue à commettre des délits : c'est le système qui a été suivi par le code de Wurtemberg et par d'autres. Cette interruption, adoptée aussi par les codes de Bolivie, art. 159, du Pérou, art. 105, n° 2, des Grisons, § 58, et des Îles Ioniennes, art. 154, a du moins un principe rationnel; mais en est-il de même de l'opinion de ceux qui, voyant une interruption (au lieu d'une simple suspension) dans la *démence* de l'accusé survenue depuis le délit qu'on lui impute, pratiquent la pitié envers un malheureux enfermé dans une maison de fous en déclarant que la société lui fera une guerre perpétuelle? Pour bien apprécier les

déplorables effets et l'injustice du système de l'*interruption*, voyez Blanche, *Deuxième étude*, art. 64, n° 192 et suiv.

CHAPITRE XI

RAISONS JURIDIQUES OU INTRINSÈQUES DE MODIFIER LA PEINE

§ 719.

La peine doit être *un mal* pour le délinquant, et elle doit être la *quantité précise de mal* que le législateur juge suffisante pour protéger le droit, sans excéder la proportion avec la quantité respective des délits. Les calculs du législateur sont fondés sur ce rapport; mais ce rapport peut *varier*, et alors il faut modifier ou même supprimer la peine¹.

1. On a voulu voir, indépendamment de la situation particulière de l'individu, une cause d'adoucissement des peines dans l'état général des mœurs et du climat d'une province par rapport à une autre province; ce sujet a été traité d'une manière habile et savante par Drieling, *De eo quid valeant natura et vis cæli ad indolem populorum temperandam criminumque panas definiendas, Trajecti ad Rhenum*, 1803. Mais ces considérations ne se réfèrent pas à la théorie du *degré* dans la peine, elles se réfèrent à la détermination générale de sa *quantité* dans la composition d'un code, et appellent les remarques que j'ai présentées à ce point de vue dans la dissertation sur l'Unité du droit pénal (*Opusculi*, vol. 2, opusc. 11), et dans mes *Lineamenti di pratica legislativa*, observ. 24.

§ 720.

Le rapport peut varier soit à raison de circonstances *individuelles*, soit à raison du changement de volonté du législateur¹. Dans les deux cas il y a une *cause juridique* qui conduit à modifier la peine encourue par suite du délit.

1. Beaucoup de codes contemporains ont établi comme règle cons-

tante un adoucissement spécial des peines au profit de ceux qui ont commis le délit en pays étranger. Quand il existe des dispositions de ce genre, le cas étant résolu par la loi du pays, le juge doit s'y conformer. Mais si la loi du pays a gardé le silence, il faut examiner si cette circonstance doit être considérée par le magistrat comme ayant une influence sur la quantité de la peine : c'est ce qu'ont soutenu quelques praticiens, Ciazzi, *Dissert.* 26, n° 56. Nombre d'auteurs, par une vue superficielle des choses, ont censuré cette idée, faisant remarquer que les droits de l'homme étranger ont autant de valeur que les droits de l'Italien : c'était considérer le délit au seul point de vue du *dommage immédiat*, oubliant que le lieu étranger peut modifier le *dommage médiat*, tant sous le rapport du trouble des bons, que sous celui du mauvais exemple. Dans tous les cas, ce serait une erreur que de rattacher ce problème à notre sujet actuel, en considérant cette circonstance relativement à la *quantité ou au degré* de la peine. Dût-on en tenir compte, elle rentrerait dans le calcul de la *quantité du délit*, car la raison de l'admettre ne pourrait se trouver que dans une diminution des *forces morales objectives* du délit. Il est très-facile de prendre l'un pour l'autre ces deux points de vue différents, confondus trop longtemps jusqu'à nos jours, et que quelques écoles veulent encore confondre; mais cette confusion est radicalement erronée, et elle cause des embarras fâcheux dans la solution des plus intéressants problèmes : il est nécessaire de s'en garder avec soin, d'autant plus qu'en général ceux qui ont traité, même *ex professo*, des raisons de diminuer les peines, ont fait un faisceau de tout ce qui peut influer sur l'imputation et sur la peine, sur la *quantité* et sur le *degré*, et cela a jeté beaucoup d'obscurité dans la doctrine pénale.

§ 721.

Ainsi, ces causes juridiques peuvent résulter ou d'accidentalités *individuelles*, ou d'accidentalités *législatives*.

ARTICLE PREMIER

ACCIDENTALITÉS INDIVIDUELLES

§ 722.

Dans les cas ordinaires, et pour la plupart des délinquants, le rapport de proportion entre le mal de la peine et le mal du délit, est celui que la loi a établi; mais il se rencontre des cas extraordinaires où *ce rapport est altéré* par la situation exceptionnelle de l'*individu* qu'on doit

punir : la justice veut alors que, par obéissance au principe, on en modifie l'application. En pareil cas nous avons une augmentation ou une diminution *relative* de la peine au point de vue de la sensibilité du coupable. Le mal que souffrirait l'individu, par l'application de la peine ordinaire, ne serait pas *le même mal* que souffrent les autres, c'est-à-dire qu'il n'aurait pas le degré de force physique objective que, dans les prévisions de la loi, il doit avoir à l'égard de tous les autres délinquants. Selon la situation *individuelle* du coupable, ce mal serait *plus grand* ou *moindre*, en sorte que la peine aurait dans l'espèce une *force physique objective* qui, par rapport à cet individu, serait sensiblement plus grande ou moindre qu'elle ne l'est ordinairement; alors, en maintenant l'égalité de la peine, on punirait inégalement, et par conséquent la peine serait injuste quand la situation particulière du justiciable lui donne une force objective exagérée, elle serait insuffisante quand elle lui donne une force objective inférieure.

§ 723.

Ces causes, qu'on appelle *intrinsèques* à la peine, doivent donc être admises ou par principe de justice, ou pour les besoins de la défense du droit; le juge en connaîtra suivant les règles posées *a priori* par la loi.

§ 724.

Maintenant, comme cette diversité présumée de sensibilité peut être *en plus* ou *en moins*, il est clair qu'il doit en résulter des raisons portant à *diminuer* la peine, et des raisons portant à *l'augmenter*; diminution ou augmentation qui peut se faire soit en passant *d'une espèce* de peine à *une autre*, soit en ôtant ou en ajoutant à la peine des *souffrances accessoires*, soit en diminuant ou en augmentant la durée de la punition, l'espèce en étant conservée¹.

1. Il ne faut jamais perdre de vue que le *degré* dans la *peine* ne répond pas exactement à l'idée du *degré* dans le *délict* : en matière de *peines*, nous sommes dans la théorie du *degré*, même quand on change l'*espèce de peine* ; en matière de *délits*, dès qu'il arrive un changement de *titre*, nous sommes non plus dans la théorie du *degré*, mais dans celle de la *quantité*. C'est pourquoi j'ai dit en son lieu que pour le *délict* il n'y a pas de circonstances *aggravant l'imputation*. Les circonstances qui *aggravent* un fait criminel en changeant l'*espèce*, en augmentent la *quantité* ; d'où il suit que l'imputation due à ce fait, entouré de telles circonstances, est l'imputation qu'on attribue d'*ordinaire* à cette espèce de faits, considérée dans ses conditions matérielles, sans aucune influence des circonstances individuelles. Le *fait est changé*, mais on l'impute *tel qu'il est* ; c'est toujours l'imputation ordinaire du *titre*, seulement ce *titre* est devenu *autre* et sa *quantité* s'est accrue par suite du changement des circonstances. Des exemples rendront cette doctrine plus claire. Quand l'accusation soutient qu'un vol est qualifié par la *domesticité*, un meurtre par la *préméditation*, elle ne soulève pas une question de *degré* ou d'*augmentation* d'imputation au delà de la mesure ordinaire du fait, elle soulève une question de *titre*, elle veut que le fait soit rapporté aux vols domestiques ou aux meurtres prémédités, et non aux vols ou aux meurtres simples. Si elle réussit, elle fait *changer le titre* (l'*espèce*) du fait, et le fait ainsi transporté à une autre place présente une *quantité* plus grande et subit l'imputation relative qui lui est due. Mais si ensuite le défenseur du coupable oppose la *minorité* ou l'*ivresse*, etc., c'est bien une question de *degré* qu'il soulève : ni la *qualité* ni la *quantité* du *délict* ne sont modifiées, l'être juridique (qui consiste en un rapport de contradiction entre le fait et la loi) n'est pas changé, car on ne change pas la disposition de la loi qui *délicte* le fait. C'est toujours un vol domestique, et comme vol domestique il devrait encourir l'imputation qui répond à un *délict* de cette *qualité* et de cette *quantité* ; mais l'accusé était mineur ou en état d'*ivresse*, il était complice et non auteur principal, alors l'imputation ordinaire attribuée par la loi à ce titre de *délict* se *dégrade* par des raisons individuelles. Ainsi, quand on parle de circonstances qui *aggravent* le *délict*, on parle de circonstances qui, en modifiant la *qualité* du *délict*, en augmentent la *quantité*. Quand on dit qu'il n'y a pas de *degré* dans l'*augmentation*, on suppose que le *titre* n'est pas altéré, et cela supposé on nie qu'il puisse y avoir des circonstances *individuelles* qui *augmentent l'imputation* sans altérer le *titre* du *délict*. Enfin si l'on vient à considérer que l'accusé est gravement malade, et si, en conséquence, à la peine des galères qu'il aurait encourue on substitue la prison, non-seulement cette circonstance ne change pas la *qualité* ni la *quantité* du *délict*, mais encore le *délict* n'est pas même *dégradé* ; c'est la *peine* qui est *dégradée*. La différence est très-prononcée, et elle n'est pas seulement dans les mots, mais elle tient à la *nature des choses*, aux *idées fondamentales* ou principes qui régissent la mesure des actes humains.

Les criminalistes qui ont réuni dans la théorie du *degré* du *délict* les causes de diminution et les causes d'aggravation, ont confondu le *degré* avec la *quantité*. Carmignani, dans les premières éditions de ses *Elementa*, était tombé lui-même dans cette confusion ; il corrigea avec raison dans les dernières éditions. La doctrine des causes qui *aggravent* le *délict* appartient à la *Partie spéciale*, et ce n'est que dans la matière de la *Quantité du délict* qu'on peut en déterminer les caractères normaux, comme nous l'avons indiqué aux §§ 201-206.

PREMIÈRE SÉRIE

Causes de diminution.

§ 725.

Appartiennent à cette série les circonstances qui portent à présumer chez le coupable une *sensibilité physique exceptionnelle*, qui rendrait la *force physique objective* de la peine ordinaire beaucoup plus grave pour lui que pour les autres.

§ 726.

Ainsi l'*âge avancé*, le *sexu*, la *folie survenue*, les *infirmités*¹ sont des raisons, en matière de peines *afflictives*, pour appliquer une peine *différente* aux vieillards, aux femmes, aux infirmes, bien qu'il n'y ait pas de raison de diminuer l'imputation. On fait en sorte que certains châtiments qui, comme peine ordinaire, sont supportés sans danger par les autres, ne deviennent pas, pour ceux-ci, peut-être une cause de mort, et par conséquent exorbitants et cruels. La *quantité* du *délict* et l'imputation restent les mêmes, la *proportion* de la peine ne devient pas géométrique : on obtient la justice *concrète* sans altérer les règles de la justice *abstraite*. On voit ainsi le trait accentué qui distingue le *degré* du *délict* et le *degré* de la peine, même dans les cas où l'un et l'autre se rattachent étroitement à une considération de justice. La *dégradation* du *délict* en diminue les forces, et veut qu'on l'impute moins, quel que soit le genre de la peine qui y

répond : le mineur est excusé aussi bien par rapport aux galères que par rapport à la prison ou à l'amende. La dégradation de la peine ne modifie pas le délit, mais la peine est dégradée parce que le mal qui la constitue deviendrait relativement excessif; or, l'influence de cette considération peut atteindre telle espèce de peine, et n'atteindre pas telle autre; l'épilepsie est une raison de ne pas infliger la prison avec isolement, mais ce n'est pas une raison de ne pas infliger l'amende. Quand une cause juridiquement propre à diminuer certaines peines est transportée dans la doctrine du degré dans le délit, son efficacité devient universelle, même par rapport aux peines pour lesquelles la raison de la diminution n'existe pas. Ainsi cette confusion ne produit pas seulement une erreur au point de vue scientifique et terminologique, mais de plus elle engendre de très-graves inconvénients dans la pratique.

1. Dans cette série se place, comme cause non pas de remettre, mais de suspendre la peine, la grossesse de la femme, dans l'unique hypothèse d'une condamnation à mort. Ici le principe juridique ne dérive pas d'égards envers la femme condamnée, mais du devoir de ne pas rendre la peine aberrante en faisant mourir la créature innocente qu'elle porte dans son sein. L'usage de suspendre l'exécution capitale de la femme enceinte remonte aux temps les plus reculés : Langlaus, *Semestrium lib.* 11, cap. 1, p. 799.

§ 727.

A cette série de causes appartient la prison préventive soufferte par le coupable avant la sentence : quand elle excède une certaine mesure, on doit la porter en diminution de la pénalité méritée, car le mal de cette pénalité, survenant après les souffrances d'une longue prison, se trouverait aggravé. Telle est la formule conciliatrice par laquelle a été résolue la dispute entre ceux qui voulaient qu'on déduisit de la peine toute la prison préventive, et ceux qui voulaient qu'on n'y eût nullement égard; et cette solution a sa base dans la réponse de Modestin l. 23 *Dig. de pœnis*. Je dis ré-

solue par la science dans ses dernières décisions, car parmi les législations contemporaines un grand nombre conserve encore l'antique rigueur, ainsi, par exemple, la législation française et celles qui l'ont imitée¹. En France, non-seulement on a la plus grande latitude pour arrêter les prévenus, même quand il s'agit de petits délits (c'est un point dont nous n'avons pas à parler ici), mais encore il n'y a pas de disposition qui permette, en condamnant un coupable, de tenir compte de la prison préventive, se fût-elle prolongée au delà de tout terme d'humanité. Le dilemme sur lequel on fondait cette rigide doctrine est le suivant : ou bien l'accusé est absous, et alors il n'y a pas moyen de le dédommager de la prison qu'il a soufferte sur un injuste soupçon; ou bien il est condamné, et alors il doit s'imputer à lui-même d'avoir subi cette autre conséquence de son propre délit. Mais la seconde partie de ce dilemme n'est vraie que dans les cas où le procès s'est accompli avec la rapidité voulue; elle est fautive quand l'absence des témoins, l'incurie du juge, ou d'autres accidents qui ne dépendent pas du coupable, l'ont prolongée. Ainsi, la doctrine qui distingue entre la prison nécessaire et la prison indue, est la seule vraie et la seule juste².

1. En France on ne compte pas même la prison soufferte pendant un appel, ou pendant un recours même admis. L'article 24 du Code d'instruction criminelle est inexorable. Voy. Chauveau (*Théorie*, t. 1, 233), et Bertauld (*Leçons de Code pénal. leçon XIII*, p. 280). Sur l'histoire de la prison préventive et de la liberté provisoire en France, voyez Pastoret, *Les lois pénales*. Sur le devoir de déduire même la prison subie pendant les délais du pourvoi en cassation, et pendant le jugement du pourvoi, quoiqu'il n'ait pas été admis, voyez la dissertation de Puccioni dans l'appendice au 2^e vol. de son savant *Commentario sul Codice penale*.

2. De Rauschenberg (*De l'indépendance civile*, Paris, 1862) déploie une grande force d'argumentation pour démontrer le devoir de déduire aux coupables, sur la condamnation, la prison préventive. Mais au milieu de l'expansion généreuse de ses sentiments humanitaires, cet auteur tremble et hésite. Il propose (§ 113) que ce soit une faculté pour le juge de retrancher en tout ou partie, de la peine qu'il inflige, le temps passé en prison par le condamné avant la sentence; puis, comme s'il

craignait de s'être montré trop large, il se hâta d'ajouter : *sans que jamais la peine puisse être effacée tout entière par la détention préventive*, ce qui veut dire que si le coupable qui a subi six mois de prison préventive est l'auteur d'un délit qui mérite huit mois de prison, le juge peut lui déduire toute la prison soufferte, mais si c'est un coupable qui mérite un mois de prison, il ne pourra pas jouir de ce bénéfice. Il semble incroyable qu'au milieu de tant de philanthropie et de grandeur d'âme dont s'honore le peuple français, les traditions des ordonnances et les maximes de Jousse et de Vouglans (qui oublièrent les préceptes de Tiracqueau), aient pu laisser des traces assez profondes pour faire craindre comme une bienveillance excessive envers les malfaiteurs l'obéissance à ces devoirs d'humanité et de justice que d'autres nations reconnaissent depuis longtemps. Il semble incroyable qu'en France on sache si peu que depuis quatre-vingt-dix ans la Toscane admet la déduction de la prison préventive prolongée au delà du besoin, qu'on la déduit non pas selon l'arbitraire des juges, mais en vertu d'une obligation qui leur est imposée par la loi, et qu'on en tient compte, même quand elle absorbe toute la peine à infliger, soit en déclarant que la prison subie *tiendra lieu de peine* (formule ancienne), soit en déclarant que la peine est *considérée comme subie* au moyen de la prison préventive (formule nouvelle). Un savant magistrat français (Bertrand, *De la détention préventive*, Paris, 1852) s'est efforcé de prouver que les lois françaises sont plus humaines sur ce sujet que les lois anglaises. Que n'a-t-il fait au contraire la comparaison avec les lois toscanes ? Je crois que s'il l'avait faite, s'il avait examiné la façon dont on applique chez nous la prison préventive et dont on en atténue les maux, et s'il avait remarqué qu'une longue expérience a démontré la bonté de notre méthode, on ne répéterait plus avec lui qu'il est démontré que la loi ne peut pas déterminer a priori les cas dans lesquels on doit employer la prison préventive.

Les lois toscanes n'ont pas seulement pour principe de tenir compte au condamné de la prison indue; dès le 30 novembre 1786 elles ont sanctionné le droit de l'accusé absous à une *indemnité de l'Etat*, à raison de la prison qu'il a subie. Voyez l'article 46 que nous avons transcrit en note au § 554. Ces idées que quelques-uns trouvent nouvelles comptent près d'un siècle d'existence réelle parmi nous, et tandis que d'autres se plaisent à en faire honneur à l'école allemande, en Allemagne on se rappelle bien leur origine, et on rend à la loi toscane l'hommage qui lui est dû, comme a fait van Leuven dans la dissertation de *Damno reo absoluto illato publice resarciendo*, Trajecti, 1842.

§ 728.

Dans cette série se place aussi le *concours de plusieurs peines*, qui dans les cas voulus est une *cause de diminution*; voici de quelle manière : nous avons dit (§ 167) que quand

un homme a commis plusieurs violations de la loi, qui ne se lient pas l'une à l'autre comme le *moyen* à la *fin* (cas dans lequel elles s'unifient pour aggraver l'imputation en augmentant la *quantité* du délit), et qui ne constituent pas un *délit continué* (ce qui entraînerait une diminution de l'imputation, comparée à celle qui serait due aux deux délits, § 520), l'auteur de ces violations doit être tenu pour responsable d'autant de délits différents, ce qui produit la conséquence qu'il doit encourir *toutes les peines établies pour tous ces délits*.

§ 729.

Telle est la règle, mais elle conduirait à infliger le mal de la seconde peine à un coupable déjà affaibli par la première, or les maux en s'accumulant augmentent d'*intensité* jusqu'à devenir intolérables, et plusieurs *durées* de la peine, dans la brièveté de la vie humaine, peuvent rendre perpétuel un châtement qui dans la pensée de la loi devait être temporaire. Ces observations ont abouti à faire considérer cette règle comme contraire aux principes de l'humanité.

§ 730.

Cependant les sectateurs du rigorisme, se fondant sur un fragment d'Ulpien (l. 2, Dig., de *privatis delictis*) se sont attachés à la règle du *cumul* des peines, théorie qui devrait prévaloir si la raison de la peine était la justice seule, ou si sa fin était l'expiation, car assurément on ne peut pas dire qu'un second délit soit équivalent à l'expiation du premier. A l'inverse, les humanitaires ont proclamé la théorie de l'*absorption*¹, qui consiste à décider que *la peine la plus grande absorbera les autres*, et sera seule appliquée, comme équivalent à toutes pour la défense du droit. Cette méthode plus *indulgente* a dû prévaloir dans les législations plus *sévères*, précisément à cause de leur excès-

sive *sévérité* : contradiction apparente, mais qui répond à la vérité, et qui fait voir que l'excès de la rigueur se détruit quelquefois lui-même. En France où tout vol simple, par exemple, est puni d'un emprisonnement qui peut aller jusqu'à 5 ans (et jusqu'à 10 ans dans les récidives), la doctrine du cumul aurait permis d'infliger à un voleur cinquante ou soixante ans de prison, et dans d'autres cas quarante ou quatre-vingts ans de galères. En présence d'une si large mesure de *maximums*, la théorie du cumul était sous un aspect *impossible*, sous un autre *inutile*. D'ailleurs l'étendue des *maximums* est une compensation naturelle de la non-admission du *cumul*, car le juge pouvant réserver le maximum pour les cas où le justiciable est accusé de plusieurs délits, on arrive ainsi à pallier l'inconvénient qu'un délit produise l'impunité d'un autre délit. A cela rien à dire, mais le mal est qu'on laisse à l'arbitraire du juge ce que la loi aurait dû faire, et que cet arbitraire, qui peut n'être pas toujours prudent, nous expose à voir appliquer le *maximum* à celui qui n'est coupable que d'un délit, et le *minimum* à celui qui en a commis plusieurs. Généralement, en France, on ne craint pas l'arbitraire du juge autant que nous le craignons, et cette confiance fait supporter certains systèmes auxquels la science ne peut pas applaudir. C'est là une de ces observations qui atteignent d'une façon générale les différences qui séparent l'école française de l'école italienne.

1. J'ai vu, dans quelques écoles, compter l'absorption de la peine parmi les causes d'extinction de l'action pénale. C'est là une erreur qui consiste à confondre l'action pénale avec la peine, ce qui aujourd'hui ne doit plus être permis. L'action pénale, destinée à poursuivre le délit dont la peine va être absorbée par une autre peine plus grave infligée en même temps, n'est pas atteinte par cet accident : elle a achevé son cours, elle a vécu sa vie, car elle a duré pendant toute la procédure, et elle a été efficace pour conduire le juge à la déclaration de culpabilité ; seulement, quand elle était sur le point d'atteindre son dernier but, c'est-à-dire l'application de la peine, elle a rencontré un obstacle extérieur qui a paralysé ce dernier moment de son efficacité. Le juge n'a pas pu, sur cette

action, faire le prononcé ultérieur : *J'inflige un an de prison* ; en effet, comme il devait infliger en même temps au même justiciable, pour un autre délit, cinq ans de prison par exemple, la loi de l'absorption lui défendait de faire cette condamnation. Mais peut-on dire que par là l'action soit éteinte ? Je pense que non ; et ce n'est pas une simple dispute de mots, c'est un point très-important dans le fond : je le montrerai par un exemple qui fera voir le haut intérêt qu'il y a à rattacher toujours avec exactitude chaque fait juridique à sa véritable cause juridique. Un mari offensé accuse quelqu'un d'adultère, et l'en convainc ; mais le coupable avait aussi, dans la surprise, blessé le domestique, et celui-ci de son côté l'a poursuivi pour blessures légères. Le juge appelé à connaître des deux délits déclare l'accusé coupable de blessures. Mais (supposons que ce soit en France) en vertu de la règle de l'absorption absolue, il reconnaît qu'il ne peut pas infliger de peine pour la blessure légère, parce qu'elle est absorbée dans la peine de l'adultère, et il condamne le coupable à trois années de prison. La condamnation prononcée, le mari se lève et pardonne au condamné ; celui-ci est quitte de la peine de l'adultère, mais quant à la blessure est-ce la peine ou l'action qui est éteinte ? Si c'est l'action, le coupable s'en va complètement impuni quant au délit de blessures, sans qu'une autre peine plus grave serve à réprimer sa méchanceté. Si au contraire vous dites que la peine est éteinte, mais que l'action est seulement arrêtée, suspendue dans son dernier développement, l'action de blessures subsiste, et ne trouvant plus, par l'effet du pardon, l'obstacle qui l'empêchait d'atteindre son dernier but, c'est-à-dire la condamnation, elle reprend son cours dont l'effet sera d'y atteindre. La même chose peut se présenter dans l'hypothèse d'une amnistie ou même d'une grâce. Nous disons donc que l'absorption sert à éteindre ou à diminuer la peine, mais non pas qu'elle éteint l'action.

§ 731.

Dans ce conflit, il s'est produit une doctrine *éclectique* qui propose de distinguer, d'admettre jusqu'à un certain point la doctrine du *cumul*, et pour le reste celle de l'*absorption*¹. (Ainsi la doctrine du *cumul*, dans son sens *absolu*, a été communément rejetée.) Pour cela, il faut voir dans le concours de plusieurs peines une cause de diminution opérant au profit de l'accusé, quand la somme des peines méritées dépasserait une certaine mesure si on les appliquait toutes. C'est là un tempérament d'*expédient*, acceptable à défaut de mieux, et l'observation du praticien reconnaîtra sans peine le grand inconvénient de cette mé-

thode, qui traite mieux ceux qui sont plus coupables. Mais peut-être que la science n'a pas encore dit là-dessus son dernier mot².

1. Le système de l'absorption a été aussi adopté par le code bavarois de 1861 ; voyez la *Revue critique*, tome 22, p. 564. Sur la manière large et logique dont on applique en France la règle de l'absorption, même dans le cas d'actions pénales exercées *successivement* (c'est-à-dire devant des tribunaux différents, voyez l'intéressante dissertation de M. Morin, *Journal du droit criminel*, art. 7984, tome 37, p. 97.

2. La théorie de l'absorption a été développée avec beaucoup de science par Bertauld (*l. c. leçon XIV*), et elle est soutenue par Raffalli, *Nomotesia penale*, 5, 50. Ortolan (§ 1153 *et suiv.*) critique les deux systèmes avec beaucoup d'exactitude de raisonnement, et propose (§ 1157) une combinaison des deux théories. Une autre combinaison a été proposée par M. le conseiller Bonneville dans la monographie intitulée *Du concours des crimes*; *Gazette des Tribunaux* des 13 et 14 juillet 1862.

§ 732.

La *pauvreté* du délinquant peut, *sous un certain point de vue*, se rattacher à cette série. Je dis *sous un certain point de vue*, parce que cette cause est d'une nature anormale et qui varie selon les raisons qui en font tenir compte. En effet : — 1° si l'*extrême pauvreté* est considérée comme une cause d'excuse, dans certains délits contre la propriété, à raison de la pression que la misère a exercée sur l'âme du délinquant, nous sommes dans la théorie des *passions*, nous sommes dans le *degré du délit* : la *force morale subjective* de ce délit particulier a été, chez cet individu, diminuée par la misère, qui a restreint son libre arbitre dans la détermination. Sous ce point de vue, il ne s'agit pas du degré dans la *peine* : on diminue l'*imputation*, et c'est seulement comme conséquence qu'on arrive à la diminution, non pas de telle ou telle espèce de peine, mais de *toute pénalité*¹. — 2° Si l'on regarde la *pauvreté* comme une cause qui rend *politiquement dangereuse* l'application d'une certaine peine, alors il ne s'agit plus du *degré dans le délit*, et de la *diminution d'imputation* :

nous sommes dans le *degré de la peine*, et dans les causes *extrinsèques* ou *politiques*, car en changeant la pénalité, la loi n'a pas eu égard à l'accusé, mais au bien général. Ainsi, pour les peines *pécuniaires* appliquées aux voleurs pauvres, on a fait remarquer qu'elles sont *impolitiques* : on a dit que celui qui avant la peine volait par *besoin*, après la peine vole par *nécessité*. C'est à ce point de vue que, dans le Code autrichien, on tient compte de la *pauvreté* comme d'une cause à prendre en considération dans les peines pécuniaires ; et il est si vrai que la raison de la commutation n'est pas l'indulgence envers le coupable, que la peine se change en une peine plus grave : évidemment cet ordre d'idées est tout politique. — 3° Enfin, si la *pauvreté* du condamné est prise en considération *eu égard à sa famille*, alors nous ne sommes plus ni dans le *degré du délit*, ni dans les raisons *politiques* de modifier la peine : nous sommes dans les causes *juridiques*, car la raison de l'adoucissement se trouve dans un principe de *justice*, le principe que la peine ne doit pas être *aberrante* et faire souffrir l'innocent plus que le coupable. Ainsi, dans le Code autrichien, on ordonne aux juges de mitiger dans leur *durée* certaines *peines afflictives*, on les aggravant dans leur *intensité*, si l'accusé a une *famille pauvre à soutenir*. Ici on ne peut certainement pas dire que le *délit*, par exemple le délit de blessures, soit *dégradé* pour cela ; ce n'est pas non plus une considération *politique* qui l'emporte, ou s'il y entre la considération de ne pas remplir la cité de malheureux, cette considération n'est qu'*accessoire* ; la raison principale et déterminante est qu'on veut s'opposer à cette injustice que l'innocent souffre pour le coupable. C'est donc une cause *juridique* déterminée *a priori* par la loi, et dont l'appréciation et l'application ne sont pas *facultatives*, mais *obligatoires*, pour les juges.

Ces indications suffisent pour montrer que des distinctions de ce genre, très-exactes en elles-mêmes, ne sont pas

des subtilités d'école, mais des vérités rationnelles qui produisent ensuite dans la pratique des conséquences importantes, si elles sont observées; la confusion, l'arbitraire, et l'injustice, si on les néglige.

SECONDE SÉRIE

Causes d'augmentation.

§ 733.

N'appartient pas à cette série, les circonstances qui aggravent le titre du délit, ainsi par exemple : l'effraction, dans le vol; les armes prohibées, dans les blessures, etc. La doctrine du *degré* n'aurait pas de limites si on ne l'entendait ainsi. Ces circonstances conduisent à augmenter la quantité de la peine parce que la *quantité* du délit est augmentée, elles se lient aux *faits* généraux dont elles déterminent un changement de titre et de quantité; les causes du *degré* dans la *peine* doivent être liées à la *personne* du délinquant.

§ 734.

Pour trouver les cas de cette seconde série, il faut donc supposer que le délit conserve sa *quantité normale*, et qu'on doit cependant *augmenter* la quantité de la *peine* par des raisons *intrinsèques* à cette peine. Quant à des causes *extrinsèques d'augmentation*, comme je l'ai déjà remarqué, on n'en peut pas admettre, car il ne peut pas y avoir de raison *d'utilité sociale* qui permette d'*aggraver* la peine contre un individu, au delà de la quantité que la loi, aux yeux de laquelle tous les hommes sont égaux, a assignée au méfait.

§ 735.

Je ne crois pas qu'on puisse rattacher à cette série la *qualité d'étranger*, car le *bannissement* qu'on a coutume

d'ajouter à la peine ordinaire contre le délinquant étranger ne me paraît pas être une *véritable peine*, mais plutôt une *défense directe*, un refus d'hospitalité ultérieure à celui qui s'est montré ingrat et indigne de l'hospitalité qu'il a reçue.

§ 736.

Les raisons d'*augmenter la peine* se réduisent donc à la *récidive*¹, c'est-à-dire à la circonstance que le délit vient d'un homme qui a déjà été condamné précédemment pour un autre délit.

1. Feith, *De delicto iterato*. — Wofelaer, *De concursu delictorum*. — Fockema, *De iterato crimine*. — Hoorebecke, *De la récidive*. — Bonneville, *De la récidive*. — Scheurlen, *Della recidiva*, dans les *Opuscoli de Mori*, II, p. 107. — Trébutien, I, p. 289. — Buffe, *De la récidive*, Paris 1868. — Van der Does, *De pluribus ab eodem commissis criminibus imprimis vero de crimine quod repetitum dicitur, Trajecti ad Rhenum* 1826. — Nypels, *De delictis recidivis*, Lovanii 1828.

§ 737.

On ne peut pas dire que par la *récidive* la *quantité* du second délit s'est accrue; la *récidive* n'est pas du tout une cause d'*augmentation* de l'*imputation*. C'est cette supposition erronée qui a fait naître tant de graves objections contre la punition de la *récidive*. Le coupable, a-t-on dit, a déjà *soldé* la première dette, il serait injuste de la lui imputer une seconde fois, et vainement les moralistes déclament contre la perversité plus grande du récidiviste, car le droit pénal, juge compétent de la *méchanceté de l'acte*, ne peut pas sans dépasser ses limites s'occuper de la *méchanceté de l'homme*. Ces critiques, soutenues par de bons criminalistes (Carnot, Tissot, etc.) resteraient sans réplique, si l'*augmentation* de rigueur contre les récidivistes devait être considérée comme répondant à une *augmentation d'imputation*¹.

1. Gesterling, un des plus résolus adversaires de la *récidive*, fait le

dilemme suivant : Voulez-vous compter au récidiviste le premier délit, ou la première peine? Le premier délit, c'est une injustice, car vous le lui avez déjà imputé une fois ; la première peine, c'est encore une injustice, car elle est *votre fait*, et non pas *son fait* à lui. En voyant la raison de l'aggravation contre le récidiviste, non pas dans le calcul de l'imputation, mais dans le calcul de la force objective de la peine, qui doit autant que possible être maintenue dans une proportion réelle avec la force objective du délit, on se débarrasse aisément de ce dilemme. En outre, comme l'a très-bien fait remarquer Nypels (*De recidivis*, 1828, p. 14), en réalité celui qui a déjà subi une peine souffre la seconde fois moins que celui qui n'en a pas l'expérience, aussi en lui appliquant la peine ordinaire on le punirait moins que le coupable qui en est à son début.

§ 738.

Ainsi la seule raison acceptable d'augmenter la peine du récidiviste, est l'insuffisance relative¹ de la peine ordinaire, insuffisance démontrée par le fait même du coupable, c'est-à-dire par la preuve positive résultant de ce qu'il a méprisé la première peine.

1. Récemment Faranda, dans ses *Osservazioni su i nuovi progetti di codice penale italiano*, a entrepris de combattre ce système, mais ses objections, quoique ingénieuses, ne m'ont pas décidé à changer d'opinion. Il dit que la récidive est une raison d'augmenter l'imputation parce que : 1° l'imputation doit se proportionner non pas seulement à la quantité naturelle, mais encore à la quantité politique du délit ; 2° quand les qualités de la personne qui a délinqué augmentent l'alarme qui résulte du délit, on en augmente la quantité politique. Ces deux propositions sont incontestables ; mais Faranda ajoute que quand le délit est commis par un récidiviste, c'est une condition du fait qui augmente l'alarme publique, et ici je me permets d'être d'un autre avis. Je ne nie pas que quelquefois le délit ne puisse être commis par un malfaiteur dont la récidive soit si notoire dans la cité qu'aussitôt tout le monde s'écriera : Il est incorrigible, la peine ne l'a pas amendé ; en sorte que l'émotion publique en sera augmentée. Mais ce résultat est exceptionnel, il dépend du concours de la notoriété du récidiviste ; or je ne puis pas admettre qu'une règle qui doit être générale et absolue, comme l'augmentation de la peine du récidiviste, puisse se fonder sur une condition qui est éventuelle et inconstante. L'alarme publique doit se mesurer d'après les caractères qu'elle présentait au moment du délit ; il ne faut pas attendre, pour en examiner les conditions, jusqu'après la décision du procès, jusqu'après la sentence. Dans la majeure partie des cas, bien que le public sache immédiatement que Titius est l'auteur du délit,

il ne sait pas que cinq ou six ans auparavant, et peut-être dans une province éloignée, ce Titius a subi une autre peine pour un délit analogue, ce qui emporte contre lui l'effet légal de la récidive ; il ne peut donc pas, par voie de divination, s'être alarmé davantage à la nouvelle du délit. On sait quelle peine a coûté aux gouvernements la découverte d'un moyen de constater matériellement les récidives ; on sait à combien de discussions juridiques souvent difficiles a donné lieu la déclaration définitive de l'état de récidive. Je ne puis donc pas accepter une idée qui conduit à calculer l'alarme concomitante au délit d'après une circonstance qui, dans la plupart des cas, n'est révélée aux yeux du public qu'après un long intervalle et à la suite de vérifications judiciaires. Aussi trouvé-je plus vraie la formule inverse : ce n'est pas parce qu'au jour du délit la force morale objective du délit a été plus grande, c'est au contraire parce qu'au jour de la condamnation, quand le public est assuré que ce délit a été commis par un homme en état de récidive, la force morale objective de la peine devient relativement moindre si la peine n'est augmentée. En effet, devenu certain que cet homme est un récidiviste, le public ne croit plus que la peine ordinaire, qui n'a pas été suffisante pour le retenir la première fois, le soit la seconde fois. La peine ordinaire se trouvant insuffisante pour sa fin politique (la tranquillité), l'aggravation de cette peine est devenue légitime. Avec la doctrine opposée on devrait, en bonne logique, rejeter dans beaucoup de cas l'augmentation de la peine du récidiviste. Caius comparait aujourd'hui en justice à Turin comme coupable du délit de blessures qu'il a commis là. On est parvenu à découvrir qu'en 1868, Caius avait subi un mois de prison pour d'autres blessures, à Palerme. On a fait toutes les investigations nécessaires pour établir l'identité de ce Caius coupable à Turin avec Caius déjà puni à Palerme. Mais cet homme démontre que ni à Turin ni dans toute la province il n'y avait personne qui connût son précédent méfait, et il oppose à son juge qu'il ne peut pas le soumettre à une preuve plus grave pour une hypothèse démentie par les faits, et qu'il est injuste de le punir en vertu d'une supposition qui s'évanouit devant la réalité des choses. Comment le juge pourra-t-il alors lui répondre qu'il augmente l'imputation parce qu'il a excité une alarme plus grande dans la ville de Turin? Sa conscience devra hésiter. Mais si le juge partage notre opinion, il n'aura pas à hésiter, car en déterminant la peine le juge a le devoir de calculer scrupuleusement celle qu'il va infliger, non-seulement dans ses forces physiques, mais encore dans ses forces morales, et de compenser par l'augmentation des unes la défaillance accidentelle des autres, afin que le châtement soit égal au besoin, et qu'il relève dans les esprits la confiance que la peine infligée sera un frein assez fort.

§ 739.

Le législateur a pensé que, relativement à tel délit,

telle quantité de mal serait une peine suffisante; et elle l'est en effet *pour le plus grand nombre*. Si quelqu'un, malgré cette menace, vient à commettre le délit, on suppose que cela tient à ce qu'il n'a pas expérimenté la peine, et l'on compte que l'*expérience du châtement* qui l'atteint à sa première faute, lui sera pour l'avenir une leçon suffisante. Ce second calcul est confirmé par l'expérience pour *la plupart* des délinquants, qui ne recommencent pas. Mais quand, après avoir *expérimenté le châtement effectif*, un condamné retombe dans le délit, il fait voir clairement qu'il méprise cette peine, il montre que, *pour lui*, cette somme de souffrance n'est pas un frein assez fort. Répéter contre lui *la même peine*, ce serait faire un acte *inutile*, puisque la présomption qu'il y a *suffisance relative de force objective* dans cette pénalité est contredite par les faits.

§ 740.

Il y a présomption d'insuffisance relative de la *force physique objective* de la peine, vu l'insensibilité que montre cet homme en face du mal qu'il a souffert. C'est pourquoi, à raison de cette nature de l'individu, exceptionnellement plus insensible, il faut augmenter la peine, si l'on veut raisonnablement obtenir un effet utile. Ainsi, quand le coupable que n'a pas instruit la condamnation encourue, recommence à insulter la loi et à attaquer la sécurité des citoyens, c'est lui-même qui déclare que le premier châtement qui, pour la généralité des coupables est suffisant, a été trop doux *pour lui*. Il ne peut donc pas taxer la société d'injustice si elle a recours contre lui à un châtement plus sévère.

§ 741.

Il y a insuffisance relative de la *force morale objective*

de la peine, car l'effroi que le premier délit avait causé, et qui a été apaisé par la punition du coupable, vient en quelque façon à renaître quand cet individu, après la peine, recommence à commettre des délits. La peine ordinaire n'est plus un remède assez énergique pour tranquiliser les membres de la société, l'expérience ayant montré qu'elle est impuissante à maîtriser cet individu¹. Tel est l'ordre d'idées dans lequel on peut justifier l'aggravation de la *peine* contre les récidivistes, quoiqu'ils aient acquitté leur première dette, et quoique l'imputation reste dans son état normal. Il y a une modification dans le calcul de la *quantité relative de la peine*, et rien de plus. La rechute après la peine subie montre, pour me servir de la belle formule d'Ellero, que la peine *ordinaire* qui pour le commun des hommes est suffisante et comme *peine* et comme *défense*, n'est suffisante ni comme peine ni comme *défense directe* à l'égard de cette nature exceptionnellement insensible. Toute autre manière de justifier l'aggravation qui résulte de la récidive, est arbitraire et trompeuse.

1. Toutes ces difficultés disparaissent pour les adeptes de l'école *correctionniste* : trouvant le but de la peine dans l'amendement du coupable, ils ont une raison suffisante pour traiter plus sévèrement le récidiviste, dans la preuve qu'il est incorrigible.

§ 742.

La récidive est dite *vraie* quand le coupable recommence à délinquer après avoir *subi* la peine; elle est dite *fictive* quand il recommence après la *condamnation*, mais sans avoir, en fait, souffert le châtement qui lui a été infligé. Dans le premier cas, la récidive tient à ce qu'il a *subi la peine*, dans le second, à ce qu'il a *encouru la condamnation*. — Il y a récidive *proprement dite* quand le condamné retombe dans un délit du *même genre*, et récidive *improprement dite* quand il retombe dans un délit de *genre différent*. Pour faire

usage de cette distinction, il faut supposer que la récidive vient *plutôt* du *délit* que de la *peine*. Il peut donc, en pratique, se présenter quatre combinaisons différentes : 1° la récidive *vraie* et *proprement dite*; — 2° la récidive *fausse* et *impropre*; — 3° la récidive *proprement dite* et *fausse*; — 4° la récidive *vraie* mais *impropre*.

§ 743.

Cette augmentation de peine peut ensuite varier à l'infini dans son application pratique, et elle varie en effet selon les écoles et les législations; variations qui portent ou sur les *conditions*, ou sur les *effets*, ou sur la *durée*¹ de la récidive.

1. Voyez l'écrit que j'ai publié sous le titre de *Cenni sulla recidiva*, dans mes *Opuscoli*, vol. 2, opusc. 14.

ARTICLE II

MODIFICATIONS LÉGISLATIVES

§ 744.

Les *changements législatifs* sont fréquents, surtout dans le mouvement de notre siècle, et ces changements portent souvent sur la matière pénale.

§ 745.

Ils tiennent naturellement au progrès de l'*humanité*: je ne dis pas au progrès du *droit*, car le *droit*, comme nous l'avons vu (p. 16), est *absolu* et *immuable*. Si, après quarante siècles, l'*humanité* découvre une *vérité*, ce n'est pas que cette *vérité* soit *née* seulement aujourd'hui: ce n'est pas la *vérité* qui progresse, c'est l'*humanité* qui dans sa marche parvient à en avoir la connaissance. Ce qui aujourd'hui est

contraire au droit l'était il y a un siècle, quoique la loi positive d'alors, par suite d'une erreur, le déclarât *conforme au droit*, et réciproquement. Voilà la raison pour laquelle, par exemple, on ne brûle plus aujourd'hui les magiciens et les sorciers, dont on a fait dans le passé un si effroyable massacre. Les modifications peuvent aussi tenir à d'autres causes: au changement des conditions politiques d'une nation, qui ont rendu certains délits moins graves; au développement de la civilisation qui, en purifiant le sens moral, a rendu suffisants pour la répression certains châtimens moins sévères, qui dans la barbarie du passé, dans la férocité des mœurs, ne suffisaient pas à la protection du droit. Ainsi le même résultat peut venir de raisons différentes: tantôt on change la pénalité parce qu'on reconnaît qu'elle a *toujours été* injuste, tantôt on la modifie parce que le changement des conditions l'a fait *devenir* injuste. L'absolu, en droit, est dans les principes, et non pas dans la manière de les appliquer, qui doit naturellement varier.

§ 746.

Le progrès humain amène donc nécessairement ces modifications, même dans le droit pénal; et quoique *en fait* il puisse arriver (ce qui est trop fréquent) qu'une loi nouvelle, loin d'être un progrès et d'atteindre une vérité, rétrograde et s'écarte d'une vérité déjà connue (comme il est arrivé en France quand on a voulu en 1824 rétablir les peines contre les *péchés*), cette aberration que la science peut déplorer et dont le peuple peut gémir, ne doit pas être admise par le magistrat, pour qui la loi en vigueur, suprême interprète du droit, n'est pas critiquable. Pour le magistrat chargé de qualifier la nature du fait attribué au justiciable, la *loi actuelle* est toujours conforme au vrai droit, et la loi abrogée s'en écartait.

§ 747.

Cela posé, il est évident que ce caractère de *justice présumée* de la loi actuelle rend très-intéressante l'étude des effets que les variations des lois pénales peuvent produire à l'égard des faits consommés sous la loi modifiée.

§ 748.

Certainement cette investigation ne porte pas sur les *faits accomplis*, et l'on considère comme tels, relativement à la pénalité, les délits déjà *jugés* irrévocablement par les tribunaux. Si ces délits ont été frappés de la peine en vigueur au jour de la sentence, une loi différente, même quand elle survient avant que la peine ait été subie complètement, ne peut pas rétroagir ni donner lieu à un *nouvel examen judiciaire*; l'autorité gouvernante peut seule, quand la loi nouvelle est plus douce, user du droit de grâce, et cela peut, en pareil cas, devenir quelquefois un *véritable devoir*¹.

1. Ceci a été écrit en 1860; plus tard, en 1865, je pensai qu'il était bon d'y revenir, lorsque je vis dans le projet d'un nouveau code pénal italien un article qui ordonnait, sans distinction, que les condamnations même irrévocablement prononcées auparavant seraient, pour le reste de l'exécution, modifiées par la loi nouvelle. J'ai exposé mes idées sur ce sujet dans la première partie de mon examen du projet de code qui est insérée dans mes *Opuscoli*, vol. 2, opusc. 17, 1.

§ 749.

Mais cet examen est intéressant à l'égard des délits déjà consommés qui, à l'apparition de la loi nouvelle, n'étaient pas encore jugés, ou l'étaient d'une façon révocable. Quand on vient à connaître de ces faits *ex integro*, soit parce qu'ils n'ont *jamais été jugés*, soit parce que le jugement est révocable *par l'appel* ou *en purgeant la contumace*, devra-t-on appliquer la loi en vigueur au jour du délit,

ou la loi en vigueur au jour de la sentence? C'est là une question transitoire¹.

1. Voyez Roberti, vol. 2, p. 33.

§ 750.

En tant qu'on le considère comme un fait, le délit est consommé invariablement : il est tel qu'il s'est produit, et les événements postérieurs n'ont pas la puissance d'y changer la moindre chose.

§ 751.

Même en le considérant comme un *être juridique* résultant du rapport de contradiction entre le *fait* et la *loi* (§ 35), on pourrait dire que le délit a eu sous cet aspect aussi son plein accomplissement le jour où il s'est produit. Mais l'*être juridique* a besoin de prolonger sa vie jusqu'au moment où il opère son dernier effet, et si à ce moment cette vie est modifiée parce que le rapport entre le *fait* et la *loi* a changé, l'*être juridique* dont la vie a cessé ou s'est modifiée ne présente plus les conditions qui lui sont nécessaires pour produire cet effet, et il ne doit plus le produire.

§ 752.

Il faut donc reconnaître que la *nouvelle* loi pénale peut exercer une influence même sur le délit *antérieur*; mais cette influence ne peut pas se déterminer si l'on n'a recours à des distinctions importantes :

§ 753.

On doit avant tout remarquer que si la nouvelle loi modifie les rapports de compétence, elle est toujours rétroactive, parce qu'elle est une loi de procédure, et que le système opposé engendrerait d'immenses difficultés

dans la pratique. On doit aussi remarquer que, si la loi nouvelle a procédé par *abolition* d'un *mode de pénalité*, l'application de l'ancienne peine encourue au moment du délit est devenue *impossible*; ainsi donc, que le nouveau *mode* de punition soit *plus grave* ou *plus léger*, c'est une nécessité pour le juge de l'appliquer, sauf au législateur à pourvoir à l'équité de la proportion au moyen de dispositions transitoires convenables. Dans ces deux cas, la loi postérieure est, par une *nécessité matérielle*, toujours rétroactive.

§ 754.

Mais quand le *mode* de pénalité (par exemple la maison de force, les galères) est conservé, et que par conséquent il est *matériellement* possible de l'appliquer aux délits antérieurs, supposé que la loi nouvelle en change l'*espèce* ou la *quantité*, dans l'application à certains délits, faudrait-il appliquer aux délits antérieurs la peine ancienne ou la nouvelle?

§ 755.

Le principe de la *non-rétroactivité* de la loi n'est pas absolu en matière pénale; aussi le changement de loi, quoique omis par les anciens théoriciens, doit figurer dans la science parmi les raisons *juridiques* (ou intrinsèques à la peine) de modifier la mesure de la punition qu'aurait encourue le coupable s'il avait été jugé au moment de son délit.

1. Je ne conteste pas que la modification de la loi nouvelle ne puisse quelquefois exprimer un jugement sur l'*imputation* du délit, au lieu d'un jugement sur la *pénalité*; c'est pourquoi l'examen de ces cas aurait dû se placer ailleurs, et précisément à l'endroit où il a été question des modifications, non pas de la peine, mais de l'imputation. Mais cela nous aurait conduit à répéter cette théorie dans deux endroits; aussi avons-nous préféré l'omettre dans la matière de l'*imputation*, et la réserver tout entière pour cet endroit-ci, soit parce que la vérité des prin-

cipes n'en souffre pas, soit parce que le cas le plus ordinaire est celui où la loi nouvelle modifie seulement la *pénalité*, soit parce que la modification de la *pénalité* est toujours la conséquence *sensible* de l'innovation. Il y aurait une modification, non pas de la *peine*, mais de la *quantité* du délit, si la loi nouvelle disait, par exemple, que le vol domestique ne sera plus considéré comme un vol qualifié; en effet, dans cette hypothèse la *pénalité* des vols qualifiés n'est pas altérée, on a modifié la *notion d'un délit*. Au contraire il n'y a qu'une modification de la *pénalité* dans la loi nouvelle qui dit, par exemple, que les dommages ne seront plus punis de la *prison*, mais de l'*amende*; en effet, dans cette hypothèse, on n'altère pas la *notion du délit*, mais seulement la *pénalité*. Mais en disposant un cours théorique, si l'on s'attachait à toutes les variétés possibles, on tomberait dans des répétitions infinies. Il est nécessaire de grouper en un seul endroit les principes généraux qui règlent certaines questions, bien que dans tel cas particulier cet arrangement puisse paraître moins exact.

§ 756.

Personne n'ose soutenir que le principe de la *non-rétroactivité* doit cesser *en haine* du coupable. Si la nouvelle loi déclare délit ce qui ne l'était pas, ou inflige à un délit des peines plus graves que celles qu'édictait la loi précédente, le fait qui s'est produit sous la loi ancienne a donné dès lors au coupable le droit de ne pas voir sa situation empirée par les nouvelles idées du législateur. Le délit est un être juridique qui naît du rapport de contradiction entre un fait et la loi, or il ne peut pas y avoir de contradiction entre un fait et une loi qui *n'existe pas encore*.

§ 757.

Mais dans le cas inverse, le principe de la *non-rétroactivité* doit céder devant des considérations, non pas seulement d'humanité ou de politique (car alors la cause ne serait pas *juridique*), mais devant des règles de *stricte justice*.

§ 758.

Que dit la loi nouvelle qui modifie la pénalité d'un délit?

Elle proclame qu'il était *injuste* d'appliquer à ce délit la peine exagérée dont la loi ancienne le menaçait. Or, sous l'empire de cette loi nouvelle, le magistrat appliquerait la rigueur de la loi abolie s'il s'appuyait sur le prétexte qu'au jour du délit, par suite de l'erreur aujourd'hui corrigée par le législateur, on croyait juste l'ancienne peine : cela serait *secundum jus scriptum*, mais non *secundum justitiam*. En s'attachant à l'idée d'un *rapprochement* déjà créé par la loi existante au moment du délit, on tomberait dans cette erreur d'étendre au droit pénal les règles des actes et des conventions civiles, et l'on convertirait le délit en un *quasi-contrat*. L'application de la peine par le juge rentre dans l'exécution de la loi; mais en modifiant la peine au profit du coupable, la loi nouvelle devient, par une nécessité implicite, un obstacle à l'exécution de la loi antérieure abrogée¹.

1. Le même raisonnement s'applique au cas où la loi nouvelle a rendu arbitraire pour le juge une peine qui auparavant était *déterminée absolument*. Ainsi le nouveau code de Bavière, de 1861, a restitué à l'arbitraire du juge un pouvoir plus large dans la détermination des peines. On l'en a loué généralement, et l'on répète que cela est un progrès parce que les *idées du jour* et l'état actuel de la science réclament cet arbitraire. Ce n'est pas ici le lieu de discuter si ce retour aux idées d'il y a un siècle, si cette marche vers la proportion *harmonique* est véritablement un progrès. Si l'on compare ce qui s'écrit aujourd'hui pour prouver que c'est un progrès d'étendre l'arbitraire du juge, et ce qu'on écrivait il y a quatre-vingts ans pour prouver que c'était un progrès d'enlever aux juges tout arbitraire, on comprendra facilement que dans un cas ou dans l'autre on a abusé du mot *progrès*. Mais quoi qu'il en soit, il est certain que quand la loi nouvelle accorde cet arbitraire, elle a une influence sur les délits antérieurs, bien qu'elle n'ait en vue que l'avenir, en ce sens que le juge pourra user *au profit* de l'accusé de l'arbitraire qui vient de lui être concédé.

§ 759.

De là la règle que la loi pénale postérieure *plus douce* s'applique même aux délits *antérieurs*, quand ils n'ont pas encore été jugés définitivement¹.

1. Rauter, grand partisan de l'absolutisme, donne une raison très-dé-

gagée pour démontrer qu'une loi nouvelle plus douce doit s'appliquer même aux délits antérieurs à sa promulgation. Le prince, dit-il, en édictant une peine plus douce, a renoncé au droit qu'il avait d'appliquer une peine plus sévère. Cette formule est un monstrueux amas d'erreurs : on considère la punition des délits comme un *droit du prince*; on suppose qu'il a le pouvoir de renoncer à ce droit, même au préjudice de la sécurité publique; on reproduit *a posteriori* dans la science l'idée de *contrat*, désormais rejetée de tous *a priori*. Mais cette formule n'est qu'un développement du faux et fatal principe que toute justice émane du roi.

§ 760.

Cette règle invariable s'étend aussi au cas de *changements répétés* de la loi. Si, à l'ancienne loi plus sévère, on a substitué une loi plus douce, et puis qu'on soit revenu à la sévérité première, le délit commis sous la première loi devra, malgré la troisième, bénéficier de l'*indulgence intermédiaire*; en effet, à la publication de la seconde loi, le délinquant avait acquis un droit à cette indulgence, le retard de le juger ne doit pas tourner à son préjudice, et ce droit ne peut pas lui être enlevé par la troisième loi¹.

1. Voyez Raffaelli, *Nemotesia penale*, vol. 5, p. 63. Il y a un cas singulier d'application de cette théorie dans l'hypothèse d'un changement de loi non pas *survenu*, mais *prétabli*. Cela se présente quand une loi pénale est faite avec la disposition expresse qu'elle durera *seulement un certain temps*, un an par exemple. Il ne faut pas croire que cette hypothèse soit de fantaisie : elle est tirée de l'histoire, elle s'est réalisée dans le cas résolu par la Cour de cassation de France le 24 septembre 1868, Morin *art.* 8910. Un délit avait été commis dans le cours de l'année pendant laquelle la loi exceptionnelle était en vigueur, mais on voulait le porter en justice et le soumettre à la condamnation après l'expiration de l'année : il fut décidé qu'une loi pénale ne pouvait pas recevoir son exécution alors qu'elle n'existait plus, quoiqu'on voulût l'appliquer à des faits qui se sont passés quand elle était existante. Ce système est exact, bien qu'il rencontre cette objection spécieuse que de cette façon la loi faite pour un an ne durera jamais un an, mais toujours quelques mois ou quelques semaines de moins, vu la nécessité d'un intervalle entre la violation et le jugement définitif.

§ 761.

Tels sont les principes généraux de cette matière : ils

s'inspirent, en définitive, de la règle que *l'indulgence doit prévaloir*¹, règle qu'on peut dire absolue. Ces principes sont d'ailleurs pleins de difficultés dans l'application pratique.

1. Par un décret du 10 mars 1865, la Cour de cassation de Naples a déclaré que dans tous les cas où la loi pénale a changé, on doit poser aux jurés deux questions, l'une formulée d'après les principes de la loi ancienne, et l'autre d'après ceux de la loi nouvelle, afin que la Cour puisse ensuite juger en droit si, vu les circonstances qui l'accompagnent, le fait est traité moins sévèrement par la loi ancienne ou par la loi nouvelle : ce qui me paraît prouver qu'en décidant quelle est la loi la plus douce, bien que cela dépende de questions *de fait*, on tranche véritablement une question de droit.

§ 762.

Tant qu'il s'agit d'un changement de l'*espèce* de la peine, ou d'un changement dans le maximum seulement ou dans le minimum seulement de la *quantité*, nous sommes dans le cas simple, et la solution de la question pratique est très-facile. Mais la difficulté se présente dans le cas complexe, c'est-à-dire quand la loi nouvelle renferme non pas un changement du maximum seulement ou du minimum seulement de la durée de la peine, mais un changement de tous les deux. Supposons qu'une loi de 1872 ait puni certain fait d'un mois à quatre ans de prison, et qu'une loi de 1873 le punisse d'un an à trois ans de prison, ou *vice versa*. Il s'agit aujourd'hui de juger un fait qui s'est produit sous l'ancienne loi. Admettant la règle abstraite qu'on doit appliquer la peine la plus douce, il reste à décider laquelle des deux est la plus douce : si l'on considère le *minimum*, la loi ancienne est la plus douce; si l'on regarde le *maximum*, la plus douce est la loi nouvelle.

§ 763.

Quelques auteurs (Chauveau, Morin, Haus § 87, etc.) ont enseigné qu'on doit regarder comme la plus douce la loi

qui abaisse le *maximum*. Mais si en même temps elle élève le *minimum*, n'arrive-t-on pas à cette conséquence qu'un fait de peu de gravité, auquel on aurait appliqué, quand il a été commis, un mois de prison, ne pourra plus, selon la loi nouvelle (jugée plus douce à raison de l'abaissement du *maximum*), être puni de moins d'un an de prison ?

§ 764.

D'autres (Bertauld, Trébutien, etc.) ont pensé qu'il faut toujours regarder comme la plus douce la loi qui abaisse le *minimum*. Mais si en même temps elle élève le *maximum*, n'arrive-t-on pas à cette conséquence que pour un certain délit auquel la loi en vigueur au jour de la consommation ne permettait pas d'infliger plus de trois ans de prison, on en infligera quatre en vertu de la loi postérieure, sous le spécieux prétexte que la loi nouvelle est la plus douce ?

§ 765.

Un autre (Le Sellyer) a imaginé un calcul de *proportion*, et il fait dépendre la solution du problème de ce que l'augmentation du *maximum* est plus grande ou l'abaissement du *minimum* plus considérable. Mais, fût-elle vraie mathématiquement, cette formule est en droit foncièrement arbitraire, et elle ne remédie à aucun inconvénient. De plus, si par hasard les différences se compensent, elle ne résout pas la difficulté.

§ 766.

D'autres ont été d'avis de laisser le *choix* au coupable, et de lui donner la faculté de déclarer quelle est celle des deux lois qu'il considère comme la plus douce. Système contraire au principe qu'on n'admet pas de conventions en matière pénale. D'autres ont songé à réunir les deux lois, et à les appliquer toutes les deux en ce qu'elles ont de

plus doux. Mais ce système a été censuré par la Cour de cassation de Florence, qui a reconnu qu'il était absurde qu'un *fait unique* fût jugé en même temps suivant deux lois.

§ 767.

Il me semble que la question ne peut pas se résoudre au moyen d'une proposition *absolue*; en effet, quand on compare deux lois et qu'on y trouve une double différence, d'un côté plus de rigueur, de l'autre plus d'indulgence, il est impossible de trouver l'absolu dans une chose qui en elle-même est variable, de donner une définition unique d'une chose qui a deux manières d'être tout à fait différentes.

§ 768.

Il faudrait donc, à ce que je crois, que le magistrat chargé d'appliquer la règle que la loi la plus douce doit prévaloir, décidât avant tout la question de la quantité et du degré d'imputation du fait, et qu'il établit préliminairement par cet examen si le fait criminel du justiciable, vu ses caractères particuliers, correspond au degré d'imputation le plus élevé ou le plus bas.

§ 769.

Ce premier problème résolu, dans chaque cas, au moyen d'une formule spéciale, il devient très-facile de décider si la plus grande indulgence se trouve dans la loi qui abaisse le *maximum* ou dans la loi qui abaisse le *minimum*. Rien n'exige qu'on résolve le problème par une proposition absolue là où l'absolu est impossible, rien ne s'oppose à ce qu'on la détermine au contraire par un calcul concret qui ne trompe jamais.

§ 770.

Une question transitoire analogue est celle qui se pose

relativement au changement de la loi sur la *prescription*. Si le délit a été commis sous l'empire d'une loi qui fixait la prescription à dix ans par exemple, et puis que l'année suivante, la loi venant à changer, le délai soit porté à cinq ans ou à quinze ans : les coupables qui ont commencé à prescrire sous la première loi, s'ils sont arrêtés dans le premier cas au bout de six années, et dans le second au bout de onze, pourront-ils invoquer la prescription ?

§ 771.

Ici la question se complique, à raison de la nature incertaine de la *prescription*, qui sous un aspect semble une loi de *forme*, et sous un autre une loi de *fond*.

§ 772.

Si l'on considère la prescription comme une loi de *forme* ou de procédure, la règle est que ces lois sont de leur nature rétroactives. Si on la considère comme une loi de *fond*, c'est la règle contraire qui l'emporte. De là le conflit des deux systèmes.

§ 773.

Quelques auteurs l'ont considérée comme une loi de *forme*, et ils ont dit qu'il faut toujours appliquer la *loi nouvelle*. Ce système rencontre une objection dans le principe que les lois qui surviennent ne peuvent jamais *empiéter* la condition du délinquant¹.

1. Cette opinion était, on peut le dire, rejetée par la jurisprudence, et tombée en oubli dans les écoles. Mais récemment on a imaginé de la ressusciter, et on s'est mis à la soutenir comme la plus exacte des quatre opinions contraires dans lesquelles rentre toute solution possible de la controverse. C'est la destinée des opinions juridiques elles-mêmes de subir un retour, comme toute chose ici-bas, et cela vient de ce que chaque auteur aime à dire des choses nouvelles, ou à paraître en dire ; mais comme il n'est pas donné à tous de dire du nouveau, on

prend une vicieuse idée abandonnée et rejetée, et on la remet en lumière. Les arguments au moyen desquels on voudrait écarter la règle que la loi la plus douce doit prévaloir, pour ramener toujours la prescription sous l'empire de la loi nouvelle (fût-elle plus sévère que la loi précédente) et pour lui donner une rétroactivité qui peut être fatale à beaucoup de condamnés sur le point d'accomplir la prescription, sont peu ou point concluants. Ils consistent à *réfuter* plutôt qu'à démontrer : méthode artificieuse, très-facile, et qui trop souvent employée réussit trop souvent à tromper, et à faire triompher le sophisme. On veut soutenir une opinion, et au lieu de présenter les arguments qui fondent cette opinion, on se met à réfuter l'opinion contraire ; dans cette réfutation on choisit les arguments les plus faibles de l'opinion qu'on attaque, on montre aisément qu'ils sont erronés, et on crie aussitôt : La raison est pour nous. Mais c'est là une fausse dialectique, car, comme il arrive souvent qu'en soutenant une opinion vraie on présente des arguments erronés, il n'est pas logique de conclure de la réfutation d'un argument erroné qu'elle prouve la fausseté de l'opinion que l'on combat, quand cette opinion s'appuie sur d'autres raisons non combattues, et quand on n'apporte pas d'arguments décisifs pour soutenir l'opinion opposée. Ici le conflit n'était pas entre la doctrine qui veut qu'on prescrive suivant la loi nouvelle, et la doctrine qui veut qu'on prescrive suivant la loi ancienne : toutes deux sont pour nous erronées et inacceptables. Le conflit était entre la doctrine qui veut qu'on prescrive suivant la loi la plus douce, et la doctrine qui voudrait qu'on prescrivît suivant la loi nouvelle, fût-elle plus sévère. Or, pour attaquer la prépondérance de la loi la plus douce, on s'est évertué à montrer la fautilité de l'argument tiré de l'article 2281 du Code Napoléon et de prétendus droits acquis du condamné. Critiques très-justes si l'on veut combattre le système de la prépondérance absolue de la loi ancienne. Mais par là on n'a rien dit contre la prépondérance de la loi la plus douce. Or cette prépondérance se fonde sur un principe d'humanité, qui ne saurait souffrir que de deux délinquants qui ont commis le même jour un délit pareil, mais dont l'un a été condamné le 10 et l'autre le 11 avril 1870, le premier ait prescrit sa peine le 10 avril 1875, et l'autre ne la prescrive que le 11 avril 1885, par la seule raison que le jour décisif il est survenu une loi qui a changé la prescription de cinq ans en prescription de dix ans, ou qu'il ne prescrive jamais si la loi nouvelle a aboli la prescription de la peine. C'est là la raison solide qui fait exceptionnellement prévaloir la loi ancienne quand elle est plus douce que la loi nouvelle, et je ne vois pas que les adversaires aient rien répondu à cette considération. Du reste, la règle générale que la loi nouvelle ne rétroagit pas quand elle est plus sévère, et qu'elle rétroagit quand elle est plus douce, a un fondement de justice dans la situation différente de la société vis-à-vis du coupable, et du coupable vis-à-vis de la société. La loi nouvelle est un fait spontané de la société, il n'y a donc rien d'injuste à ce qu'elle se considère comme liée par son propre fait, et s'interdise de refuser aux coupables

antérieurs cette indulgence qu'elle proclame juste pour les coupables futurs. Mais, à l'inverse, il est inique que la société, par un fait volontaire, se crée des droits au détriment d'autrui, et qu'elle puisse arbitrairement empirer la condition d'un citoyen qui, s'il a été coupable, l'a été sous une loi plus douce. Nous ne disons pas que cet homme ait un droit acquis à l'indulgence (nous ne discutons pas sur cette formule, car nous n'en avons pas besoin) : c'est l'équité qui est la source de son droit quand il demande qu'on le juge suivant la loi qu'il a violée, et non pas suivant une loi qu'il n'a pu ni connaître ni prévoir.

§ 774.

D'autres l'ont considérée comme une loi de fond, et ils ont dit qu'il faut toujours appliquer la loi ancienne. Ce système, quoique plus logique (car le coupable subit toujours la position qu'il s'est faite), trouve pourtant un obstacle : 1° dans les considérations d'ordre public qui dominent la prescription ; 2° dans l'absurdité qu'il y a à ce qu'un délit commis par exemple il y a six ans soit couvert par la prescription, tandis qu'on poursuit, parce qu'il n'est pas prescrit, un délit semblable commis il y a neuf ans.

§ 775.

Merlin, qui trop souvent a transporté dans les matières pénales les procédés du droit civil, a imaginé une moyenne qui est en raison composée du temps requis par la loi ancienne, du temps requis par la loi nouvelle, et du temps couru depuis la consommation du délit jusqu'à la publication de la loi nouvelle. La différence entre le résultat de cette proportion et le nouveau délai représente le temps qu'il faut au coupable pour achever de prescrire¹. Mais, comme on le voit, ce système est arbitraire, et il n'applique ni la loi ancienne ni la loi nouvelle, mais une loi créée par Merlin. Cependant, ici encore, l'autorité de la personne l'a emporté, et a réussi un moment à faire adopter ce système dans la pratique des tribunaux français.

1. Soit, par exemple, 10 l'ancien délai, 6 le temps écoulé, 20 le dé-

lai nouveau — 10 : 6 :: 20 : 12 — il faut au coupable non plus 14 ans, comme dans le premier système, ni 4 ans seulement comme dans le second, mais 8 ans encore pour prescrire. Soit au contraire 12 l'ancien délai, 4 le temps écoulé, 6 le délai nouveau — 12 : 4 :: 6 : 2 — le coupable n'aura donc pas prescrit dans deux ans, comme dans le premier système, ni dans huit ans, comme dans le second; il lui en faut encore quatre, différence entre la résultante de la *proportion* et le nouveau délai.

§ 776.

Mais le même Merlin dut ensuite changer d'avis, et faire revenir la jurisprudence de l'erreur où il l'avait entraînée. Aussi peut-on considérer désormais comme admis généralement dans la théorie et dans la pratique un quatrième système, plus rationnel, soutenu par d'habiles criminalistes : ce système proclame que des deux lois il faut toujours appliquer celle qui est *la plus favorable à l'accusé*, soit l'ancienne, soit la loi plus récente qui a changé le délai requis pour prescrire l'*action* ou la *peine*.

1. On a récemment fait un reproche à tous ceux qui jusqu'ici ont traité la question de la rétroactivité ou de la non-rétroactivité d'une loi nouvelle sur la prescription pénale, de ce qu'aucun d'eux n'a distingué entre la prescription de l'action et la prescription de la *peine*. Pour moi, je ne puis pas parvenir à comprendre comment on ferait pour distinguer; en effet, selon ma manière de voir, ce qu'on appelle communément *prescription de la peine* n'est toujours qu'une *prescription d'action*. Le vol commis par Titius l'expose à l'*actio furti* tant qu'il n'est pas condamné; après la condamnation, elle le rend passible de l'*actio judicati*. Où donc est la différence? La différence est certainement radicale quand on se demande si l'on doit *admettre* la prescription contre la *peine* aussi bien que contre l'*action* pénale; la différence est encore substantielle quand on dispute sur la différence des *délais* des deux prescriptions, supposées l'une et l'autre admissibles. Mais ces deux premiers problèmes étant résolus, les deux prescriptions étant admises et leur durée restrictive déterminée, vient-on à examiner les effets de la théorie de la non-rétroactivité dans l'hypothèse d'un changement de loi portant sur l'admission ou sur la durée de l'une ou de l'autre de ces prescriptions, ou de toutes deux, alors, je le répète, je ne parviens pas à discerner la raison de donner au problème de la rétroactivité des solutions différentes à cause d'une différence entre la prescription de l'*action* et la prescription de la *peine*. Encore une fois, je ne puis pas con-

cevoir cette différence, et ceux qui nous ont fait le reproche de ne l'avoir pas remarquée n'ont pas pris la peine de nous montrer pourquoi elle aurait dû l'être.

§ 777.

Ce système considère la prescription comme une loi de *fond* : quand la loi la plus favorable est la loi ancienne, il obéit à ce principe invariable de justice, que la loi nouvelle ne peut pas empirer le sort du coupable; au contraire, quand la loi la plus favorable est la loi nouvelle, il s'appuie sur le principe que la prescription en matière pénale est d'ordre public.

§ 778.

Ainsi donc, toute cette doctrine de l'influence juridique que la loi nouvelle peut avoir sur les peines applicables aux faits antérieurs, se résume en une seule formule qui donne la solution de tous les problèmes et de toutes les combinaisons possibles : en pareille matière prévaut toujours *ce qui est le plus favorable à l'accusé*. Voilà la vérité dernière à laquelle doit aboutir cette théorie.

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES

(FAITE PAR LE TRADUCTEUR)

Les numéros sont ceux des paragraphes, sauf indication contraire.

A

- ABERRANTE** (peine). La peine ne doit pas être aberrante, 647. Les peines infamantes le sont, 686. La confiscation l'est aussi, 690.
- ACCEPTATION**, fondement du droit de punir, 601, note 1, 4°.
- ACTES préparatoires**. Sont distincts de la tentative, 358. Actes préparatoires en matière de complicité, 465, 466, 472-475.
- ACTION** civile et action pénale. Source et fin de ces actions, 540-545. A qui elles appartiennent, 546-549 et 557. Comment elles s'acquièrent, 559-564. Leur indépendance réciproque, 565-576. Extinction de ces droits, 577-581; *adde*, 730, note.
- ADHÉRENCE**, forme de participation au délit, qui rentre dans le *favoreggiamento* (celui-ci renferme de plus l'idée d'un secours prêté au coupable pour le soustraire aux conséquences de son délit), 466 *in fine*.
- ADMONITION**, peine morale, 687 *in fine*.
- AGE**, cause de diminution de l'imputation, 215 et s. Division de la vie humaine en quatre périodes, 218-231. Preuve de l'âge, 232. L'âge est aussi une cause de diminution de la peine, 726.
- AGGRAVATION** de la peine. Voyez *Augmentation*.
- AIDE**, forme de participation au délit, 466, 468. Mesure de l'imputation de l'aide, 472-475. Aide postérieure à la consommation, 476. *Adde*, 482 et 484.
- ALARME** résultant du délit, 118.
- AMBASSADEURS** (délits commis par les), 41, note.
- AMENDES**, 688-693. Voyez *Peines pécuniaires*.
- AMENDEMENT** du coupable. Voyez *Correction*.
- AMNISTIE**. En quoi elle diffère de la grâce, 711 et la note. Interprétation de l'amnistie, 711, note *in fine*.
- ANIMAUX**. Peuvent-ils être sujets passifs du délit? 48, note.
- ARBITRAIRE** du juge. Voyez *Proportion harmonique*.
- ARRÊTS** (peine des), 671.
- ASSOCIATION**, fondement du droit de punir, 601, note 1, 6°.
- ASSOCIÉ** (*socius in crimine*). Voyez *Société*.
- ATTENTAT**. Voyez *Tentative*.
- ATTÉNUANTES**. Voyez *Circumstances*.
- ATTENUATION** de la peine. Voyez *Diminution*.
- AUGMENTATION** (causes d') de la peine, 733 et s. Récidive, 736-743.
- AUTEUR** principal du délit, 427 et s. Est distinct du premier moteur, 429 et 430, de l'*auxiliator* et du *fautor*, 430 *in fine*.

AUXILIAIRE (*auxiliator*). Voyez *Aide*.

AVEU du coupable, raison de modifier la peine, 712.

B

BANNISSEMENT, peine afflictive; en quel il consiste, 676. Caractère du bannissement infligé au délinquant étranger, 735.

BIENS. Six classes de biens auxquels le délit peut porter atteinte. Cette distinction sert de fondement à la division des *droits naturels* de l'homme, 162.

BLAME, peine humiliante (ou morale), 687 *in fine*.

BRIGANDAGE. Mise à prix de la tête des brigands, 662, note 2, au milieu. Diminution de peine en faveur de ceux qui se livrent à la justice, 712, note. Assimilation de la tentative à la consommation et des complices aux auteurs, 472, note *in fine*.

C

CAS fortuit. Quand y a-t-il cas fortuit? 78 et 84. Le cas fortuit n'est pas imputable, 85. Exception à cette règle, 270.

CHOSE jugée au civil. Est sans influence sur le criminel, 569-572. *Non bis in idem*, 578 et la note.

CIRCONSTANCES aggravantes, 140, note. *Adde*, 205.

CIRCONSTANCES dirimantes (ou justificantes), et minorantes (ou excusantes), 143 et 144. Communication de ces circonstances aux codélinquants, 505-509.

CIRCONSTANCES atténuantes (système des). Critiques, 702, note.

CLIMAT. Son influence sur la quantité des peines, 719, note.

COAUTEUR, 427. Est distinct du *correus*, 471. *Adde*, 484.

CODES. Utilité des Codes en matière pénale, 638, note.

COLÈRE, passion aveugle, cause de diminution de l'imputation, 323-327.

COMMANDEMENT de commettre le délit (forme de la complicité), 442, 444, 446, 448.

COMPLEXITÉ du délit, 52 et la note.

COMPLICITÉ. Idée de la complicité, 426 et s. Quatre modes de participation de plusieurs personnes au même délit, 431. — Premier mode: concours d'action sans concours de volonté, 432-438. — Deuxième mode: concours de volonté sans concours d'action, 439 et s. Mandat, commandement, contrainte, conseil, société (voyez ces mots), 442-463. Complicité négative, 464. — Troisième mode: concours de volonté et d'action, 465 et s. Système de l'assimilation des complices aux auteurs, 472, note. — Anomalies de l'imputation dans la complicité, 485 et s.: principe, 486; 3 séries de cas exceptionnels, 487.

1^{er} cas, cessation de la conformité des volontés, 488-497.

2^e cas, défaut de conformité de l'action avec la volonté, 498-504.

3^e cas, défaut de conformité dans la position juridique des codélinquants, 505-509.

CONCOURS de plusieurs peines, cause de diminution, 728 et s. Deux systèmes radicaux: cumul, absorption, 730. Système intermédiaire, 731.

CONFISCATION, peine pécuniaire, 688. Elle est injuste et impolitique, 690.

CONVIVENCE ou complicité négative, 464.

CONSEIL de commettre le délit (forme de la complicité), 442, 449, 451 et s. Efficacité du conseil, condition de l'imputabilité, 460-463. Voyez aussi 486 et s.

CONSERVATION, fondement du droit

D

de punir, 601, note, 8^e et 12^e; et 608, note.

CONSUMMATION du délit, 398, 465 et s. *Adde*, 97 *in fine*, et 79.

CONTINUATION. Délit continué, 510 et s. *Adde*, 484, 4^e. Idée de la continuation, 514 à 520. Critériums, 521. 1^{er} critérium, unité de loi violée, 522-526. 2^e critérium, unité de détermination, 527-536. Résumé, 537. Importance de la continuation en matière de prescription, 538.

CONTRAINTÉ, cause de dégradation de l'imputation, 278 et s. Définition, 284. Action ou réaction sous l'empire de la contrainte, 285-288. Fondement de fait de la dirimante, v. *Crainte*, 289 et s. Contrainte improprement dite, 311-316. — Voyez aussi 442, 2^e et 3^e, 444-448.

CONTRAT social, pages 1 et s.

CONTRAYENTION. Voyez *Transgression*.

CONTUMACE (jugement de) n'interrompt pas la prescription de l'action, 718.

CONVENTION, fondement du droit de punir, 601, note, 5^e et 6^e.

CORRECTION du coupable, fondement du droit de punir, 601, note, 10^e, et 645. *Adde*, 582, note; 619 et la note; 642 *in fine*, 671, 679, 3^e; 741, note.

CORRÉITÉ, 466 et s. Mesure de l'imputabilité du *correus*, 470. Le *correus* se distingue du coauteur, 471. *Adde*, 484, 2^e, et 486 et s.

CRAINTE, fondement de fait de la dirimante qui résulte de la légitime défense, 289. Caractère qu'elle doit présenter, 296-310. — Crainte, passion aveugle, 323, 324, 326 et 328.

CRIMES et délits. Critique de cette distinction, 51, note.

CRIMINALITÉ. Si la criminalité subjective peut être déterminée *a priori*, 702, note.

CUMUL. Voyez *Concours*.

DANGER appréhendé, — couru, 97.

DÉCADENCE, fondement du droit de punir, 601, note, 11^e.

DÉFENSE continuée, voyez *Conservation*.

DÉFENSE du droit, voyez *Tutela giuridica*.

DÉFENSE légitime, 288 *in fine* et s. Fondement de la légitimité de la défense privée, 290-295. Voyez *Crainte*.

DÉGRADANTE, DÉGRADATION. Voy. *Degré*.

DÉGRÉ. 1^o Dans le délit. Idée générale, 128, 129 et 137. Définition, 138. Développements, 139-144. Critérium du degré, 207-210. Du degré dans la force morale, 211 et s. — par rapport à l'intelligence de l'agent, 212 et s. Causes physiques de dégradation: âge, sexe, sommeil, surdi-mutité, folie (voyez ces mots), 214-250. Causes idéologiques: ignorance et erreur (voyez ces mots), 251-271. — par rapport à la volonté de l'agent, 272 et s. Contrainte, entraînement des passions (voyez ces mots), 284-314. Du degré dans la force physique, 345 et s. Délit imparfait: tentative, délit manqué, complicité (voyez ces mots), 349-509. 2^o Dans la peine. Idée générale, 652-654. Causes de dégradation, 700 et s. Différence entre le degré dans la peine et le degré dans le délit, 702; *adde*, 724, note. — Raisons politiques de modifier la peine, 703 et s. Causes politiques que la loi ne peut pas déterminer, 709-711; — que la loi peut déterminer, 712-718. — Raisons juridiques de modifier la peine, 719 et s. Accidentalités individuelles, 722 et s. 1^o Causes de diminution (voyez ce mot), 725-732. 2^o Causes d'augmentation (voyez ce mot), 733-743. Modifi-

cations législatives (voyez ces mots), 744-778.

DÉLIT. Définition, 20 et 21. Synonymes du mot délit, 22. Analyse de la définition, 23-31. Origine du délit, 32 et 33. Objet du délit, 34-39 et 42-49; *addé*, 152 et 153. Sujet du délit, 40 et 41. Division des délits, 50-52, 154-164 et 514. Forces du délit (voyez ces mots), 53-127. Quantité, quantité et degré (voyez ces mots), 128-509. Délit continué (voyez ces mots), 510-538. Effets juridiques du délit, 539 et s. Cessation de ces effets : sentence absolutoire, indult souverain, rémission, prescription, mort, condamnation définitive (voyez ces mots), 577-581.

DÉLIT continué. Voy. *Continuation*.

DÉLIT flagrant, 51.

DÉLIT imparfait, 349 et s. Il est imputable, 352. On doit l'imputer moins que le délit parfait, 353-355. Tentative, délit manqué (voyez ces mots), 356-425.

DÉLIT manqué. Idée générale, 399-401. Définition, 402. Développements, 403 et s. Résumé, 424. Mesure de l'imputation du délit manqué, 425; *addé*, 404.

DÉPORTATION, 676.

DÉSIR, 28 *in fine*. Voyez *Pensée*.

DÉTENTION, ses différentes formes : prison, travaux forcés, etc., 669-671.

DÉTERMINATION. Voyez *Pensée*.

DEVOIR violé, critérium de la quantité selon Rossi, 173 et 182-186.

DIMINUTION (causes de) de la peine, 725 et s. Age, sexe, folie, infirmité, 726. Prison préventive, 727. Concours de plusieurs peines, 728-731. Pauvreté du délinquant, 732.

DISCERNEMENT, 221-223.

DOL. Définition, 69. Division : dol déterminé, indéterminé, 70 et 71; dol réfléchi, irréfléchi, 72-77. Pour donner lieu à l'imputabilité de l'agent, il n'est pas

nécessaire que le dol soit contemporain de la consommation, 79. Influence du dol sur la quantité, 197-200; *addé*, 196.

DOMMAGE. Dommage effectif, — potentiel, 96-101; dommage immédiat et dommage médiat, 102 et s. Patrimoine naturel et social de l'homme, 105-109; dommage immédiat privé, — public, 110-116; dommage médiat, 117-127. Dommage pris pour critérium de la quantité, 173 et 187-206.

DROIT de punir (fondement du). V. *Peine*, origine philosophique.

DROIT pénal. Il est absolu dans ses principes fondamentaux, pages 16 et s. Division du droit pénal, page 17.

DROITS naturels de l'homme, 161 *in fine* et 162.

E

ECHELLE des peines, 694.

ECOLE pénale française. Est portée à la sévérité, 435, note *in fine*. Assimilation du délit tenté au délit consommé, 355, et des complices aux auteurs, 472, note. Prison préventive, 727, notes. Arbitraire du juge, 730 *in fine*. Circonstances atténuantes, 702, note.

ECOLE pénale italienne, pages 18 *in fine* et 19 : école politique (Romagnosi), ascétique (Rossi), juridique ou ontologique (Carnignani, Carrara), 321, note. *Addé*, 173 et s.

EMPRISONNEMENT. Voyez *Détention* et *Prison cellulaire*.

ENTRAÎNEMENT des passions. Voyez *Passions*.

ERREUR, cause de dégradation, 251 et s. Règles sur l'admission de cette dégradante, 257-264. Différence entre l'erreur surmontable et la faute, 265.

ERREURS judiciaires, 651.

ÉTRANGER. Délits commis en pays étranger, 720, note. La qualité

d'étranger, chez le délinquant, n'est pas une cause d'augmentation de la peine, 735.

EXCEPTION (lois d'), 638, note.

EXCUSE. Voyez *Circonstances excusantes*.

EXÉCUTION du délit, 398, et 465 et s.

EXIL, peine afflictive, 672 et s.

EXPIATION, fondement du droit de punir, 601, note, 110, et 610.

F

FAIR (délits de) permanent, passager, 51.

FAUTE. Définition, 80; *addé*, 78. Analyse de la définition, 81-86. Mesure de l'imputation de la faute, 87-90. *Addé* sur l'imputabilité de la faute, 124-127, et 267-271.

FAUTEUR, celui qui est coupable de *favoreggiamento*.

FAVOREGGIAMENTO (protection du coupable contre la justice), 416 *in fine*, et 476 et s. Est un délit *sui generis*, 477-478. Le fauteur se distingue du continuateur et de l'auxiliaire, 480, note, 482 et 484.

FEMME enceinte. Voyez *Grossesse*.

FEMMES. Voyez *Sexe*.

FLAGRANT délit, 51.

FOLIE, circonstance qui écarte l'imputation. Définition, 243. Conséquences, 249 et 250.

FORCES, 10 du délit. Idée générale, 53. Division et subdivision, 54-58. Forces morale, 59 et s. Intellectuelles et volontés, 61-62. Intention (voyez ce mot), 63-67. Dol (voyez ce mot), 68-77 et 79. Faute (voyez ce mot), 78, 80 et 91. Force physique. Idée générale, 92-94. Force physique subjective, 95; objective; dommage (voyez ce mot), 96-127. — 20. *De la peine.* Force physique, morale, 627. Force physique subjective et objective, 628-629. Force morale subjective, objective, 630-637.

FREDUM, 689.

G

GALÈRES. Voyez *Détention*.

GOVERNEMENT (office ou pouvoir de bon). Voyez *Police*.

GRACE (droit de), 708 et s. La grâce diffère de l'amnistie, 711; *addé*, 748 *in fine*. Elle ne préjudicie en rien à l'action civile, 573.

GROSSESSE, cause de suspension de l'exécution capitale, 726, note.

GUERRE civile. Droit d'ôter la vie au vaincu, 661, 1er al. *in fine*.

H

HAINES, distincte de la colère, 327.

HISTOIRE du droit pénal. Voyez, *Peine*, origine historique. *Addé* Prolegomènes, p. 1 et s., § 745, et 645, note. Histoire des peines pécuniaires, 689, — du droit de grâce, 708, note, et 709, note *in fine*. Talion, 695, note 1. Peines indélébiles, 667. Peine de mort, 662, notes. Détention, 669, note. Prescription de la peine, 717, note.

HUMILIATION accessoire à certaines peines, 687. Peines humiliantes, *ibid.*, *in fine*.

I

IGNORANCE. Se confond, en droit pénal, avec l'erreur, 251.

IMPULSION criminelle (*spinta criminosa*), critérium de la quantité des délits, selon Romagnosi, 173-181.

IMPUTABILITÉ et IMPUTATION. Définition, 1 et 2. Division, 3-7. Conditions de l'imputation civile, 8, — de l'imputabilité sociale, 9-20.

INACTION (délits d'), 30.

INALIÉNABILITÉ des droits originaires. Erreur de Flangieri, 661, note 2.

INDEMNITÉ due à ceux qui ont été injustement condamnés ou accu-

sés, 692, note, et le texte cité à la note du 554. L'indemnité est essentiellement distincte de l'amende, 693.

INDULT (*indulto*). Acte du pouvoir législatif qui éteint l'action pénale, 578; à la différence de l'abolition, il n'efface pas le délit, 711, note *in fine*.

INFAMIE. Voyez *Peines infamantes*.

INFIRMITÉS. Voyez *Diminution de peine*.

INSTIGATION. Ce que comprend ce mot, 442.

INSTRUCTIONS données pour faciliter le délit, 462.

INTELLIGENCE, condition de la force morale du délit, 61, 59 et 63. Diminution ou défaut d'intelligence, 212 et s. (Voyez *Degré du délit par rapport à l'intelligence de l'agent*.)

INTENTION. Définition, 63. Intention parfaite, imparfaite, 64-65. Intention directe, indirecte, 66-67. L'école française punit l'intention dans la tentative, 355. Intention différente ou semblable chez ceux qui participent au même délit, 431 et s. (Voyez *Complicité*).

INTERDICTION de certains actes, 657, de certains arts et métiers, 668 *in fine*, de certains honneurs, 687 *in fine*. Interdiction de l'eau et du feu, 678, note *in fine*.

INTERRUPTION. V. *Prescription*.

INTIMIDATION, faux principe, 661, 2^e al., 619 *in fine* et la note. *Adde*, 641.

INVIOLABILITÉ du prince, 41, note.

IVRESSE, cause de dégradation de l'imputation, 332 et s. Différentes sortes d'ivresse, 338-343. Résumé, 344.

J.

JEUNE. Prison avec jeune, 639, note.

JOURNAUX (insertion dans les), 551.

JOURNÉES de travail à fournir à titre d'amende, 692 *in fine*.

K

KNOUT, 666, note.

L

LÉGITIME défense. Voyez *Défense*.

LIBERTÉ. Le droit pénal ne restreint pas la liberté humaine, il la protège, pages 9 *in fine* et 10. La liberté est le fondement du droit pénal, 612.

LOI naturelle ou loi de l'ordre. Le droit de punir dérive de cette loi, 602 et s., et pages 3 et s.

M

MAISON de force, de discipline, de correction, 670.

MAJESTÉ, fondement du droit de punir, 689 au milieu.

MANDAT de commettre le délit, forme de complicité, 442 et s. Imputation égale du mandataire et du mandant, 455-457; *adde*, 486 et s.

MÉDECINS aliénistes. Quelques-uns soutiennent que l'imputation ne peut pas avoir de degrés, 210, note, et 249, note 2; *adde*, 247, note. Divergence entre eux et les juriconsultes au sujet de l'excuse tirée des passions, 702, note, au milieu.

MINES (condamnation aux), chez les Romains, 670, note.

MISE à prix (*taglia*). V. *Brigandage*.

MODERAMEN inculpatæ tutelæ. Voyez *Défense* (légitime).

MODIFICATION ou suppression de la peine. Voyez *Degré dans la peine*: causes de dégradation, 700 et s.

MODIFICATIONS législatives, raison

juridique de modifier la peine, 744 et s. Justice présumée de la loi nouvelle, 746-747. Chose jugée, principe de la non-rétroactivité de la loi, 748. Questions transitoires (voyez ces mots), 749-778.

MŒURS. L'état des mœurs d'une province influe sur la quantité des peines, 719, note.

MORALE. Actes simplement contraires à la morale ou à la religion, 92-94 et 100.

MORT (Peine de). La société a-t-elle le droit de l'infliger? 660-661. Règles pour l'application de cette peine, 662.

MORT civile, peine accessoire, 668 *in fine*.

MORTS. Outrage à la mémoire des morts, 47, note 2. Voyez aussi *Sépulture*.

MOTEUR. Premier moteur du délit, 429-430, 439 à 454, *passim*, et 484.

N

NATURE (Etat de), page 1.

NÉCESSITÉ, fondement du droit de punir, 601, note, 3^e, et 608; *adde*, 33.

NOTA censoria, peine humiliante, 687.

O

OBEISSANCE passive, 316, note.

OBJET du délit, 34-39, 42-49, 152-153.

ORDRE (loi de l'). Voyez *Loi naturelle*.

P

PARDON de la personne offensée, nu préjudice pas à l'action pénale, 573. Exception à cette règle, 578; *adde*, 712. Voyez aussi 709, note 1.

PASSIONS. Entraînement des passions, 317 et s. Division des pas-

sions sous ce point de vue, 321-322. Colère et crainte, 323-331.

PATRIMOINE naturel, — social de l'homme (voyez *Sûreté*), 105-109.

PAUVRETÉ du délinquant, raison de modifier la peine en général, 732, 3^e, la peine pécuniaire en particulier, 692.

PÉCHÉ, distinct du délit, 15, 28, 94; *adde*, 746.

PEINE. Idée de la peine, 582 et s. Trois sens de ce mot, 582. Définition de Beccaria et de Carmignani, 583. Définition de l'auteur, 584.

Origine de la peine, 586 et s. Origine historique: sentiment de la vengeance, 587 et s.; droit de vengeance privée, 593; vengeance divine, 594; vindicte publique, 595. Origine philosophique, 598 et s.: systèmes divers, 601 et la note, et 613; système de l'auteur, 602-612; *adde*, pages 7 *in fine*, 8 et 9 (voy. aussi *Tutela giuridica*).

But de la peine, distinct du fondement de la peine, 613. En quoi il consiste, 614-623. Moyen de l'atteindre, 624-626. Forces de la peine (voyez ces mots), 627-637. Conditions que doit avoir la peine, 624-626; deux classes de conditions, 638. Premier point de vue, 639: elle doit être afflictive, 640; exemplaire, 641; irrachetable, 642; prompt, 643; publique, 644; elle ne doit pas pervertir le coupable, 645. Deuxième point de vue: elle ne doit pas être illégale, 646; aberrante, 647; excessive, 648; indégale, 649; elle doit être divisible, 650; réparable, 651. Qualité, quantité et degré dans les peines (voyez ces mots).

PEINES AFFLICTIVES. Définition, 663. Division, 664-666. Peines indélébiles, 667. Peines afflictives négatives, 668. Détenation, 669-671. Exil et relégation, 672-675. Bannissement et déporta-

tion, 676. Comparaison des peines afflictives négatives, 677-682.

PEINES CAPITALES. Définition, 659. Peine de MORT. (Voyez ce mot.)

PEINES HUMILIANTES, 687.

PEINES INFAMANTES. Définition, 683. Infamie de fait, de droit, 684. Critique des peines infamantes, 685-687.

PEINES MORALES OU HUMILIANTES, 687.

PEINES PÉCUNIAIRES. Définition et division, 688. Point de vue historique, 689; — juridique, 690; — politique, 691-692.

PENSÉE. N'est pas à elle seule un délit, 15, 28, 428, 440.

PLURALITÉ DE DÉLITS. Comment on la distingue du cas de continuation, 521 et s. (Voyez ce mot. Voyez aussi *Concours* de peines.)

POLICE. Pouvoir de police ou de bon gouvernement, distinct du pouvoir pénal, pages 10 et s., et § 645; *addé*, 97.

POUVOIR PÉNAL. (Voyez *Police*.)

PRÉMÉDITATION, le plus haut degré du dol, 73; *addé*, 77.

PRÉPARATION. Actes préparatoires, 393, 398 et 465. Distinction, 358.

PRESCRIPTION de l'action civile et de l'action pénale, 575 et 576; *addé*, 574; mode politique d'extinction, 578. Point de départ de la prescription, 579. Interruption, 580. (Voyez aussi 538.)

Prescription de la peine, 712 et s. Critique dirigée contre cette prescription, 714-717. Opinion de l'auteur, 718. Changement de loi sur la prescription, questions transitoires, 770 et s.; premier système qui applique la loi nouvelle, 773; deuxième système opposé, 774; système de proportion, 775; quatrième système, distinction, 776-778.

PRÉTERINTENTION, cause de dégradation de l'imputation, 271.

PREUVE (Difficulté de la) n'est pas une raison d'augmenter la peine, 698, 3^o.

PRÉVENTION. Insuffisance des moyens préventifs pour protéger le droit, 606 et la note. Voyez aussi *Prison préventive*.

PRISON CELLULAIRE, 669, note, et 680. Prison de nuit, 657, note. Prison préventive, cause de diminution de la peine, 727. Prison avec jeûne, 689, note.

PROJET, 28. (Voyez *Pensée*.)

PROMULGATION de la loi pénale, condition du délit, 25.

PROPORTION entre la peine et le délit, 694 et s. Divergence entre les auteurs, 696, et 699, note 2. Proportion harmonique, 702, note; appréciation de ce système, 758, note; *addé*, 695. Proportion géométrique, 695; arithmétique, 695 et s.; qualitative, 698, 2^o, et 699, note 2, 2^o.

PROTECTION du droit. (Voyez *Tutela giuridica*.)

PROVOCATION, 325.

Q

QUALITÉ, quantité et degré dans le délit (en général), 128-145; dans la peine (en général), 652-654.

QUALITÉ dans les délits. Idée générale, 128-129. Définition, 130. Critérium de la qualité, 146 et s., et particulièrement 150. Action unique violant plusieurs droits, 165-170. — Qualité dans les peines; critérium, 655. Quatre classes de peines, 656-658.

QUANTITÉ dans les délits. Idée générale, 128-129. Définition, 132; développements, 132-136. Critérium de la quantité, 171 et s.; Trois systèmes, 173. Premier système, de Romagnosi, 174-181; deuxième, de Rossi, 182-186; troisième, de l'auteur, 187-206. — Quantité dans les peines: quantité naturelle, politique, 694. La quantité de la peine doit se proportionner à la quantité du délit,

695-697. Conséquences de ce principe, 698-699.

QUASI-DÉLIT, 86.

QUESTIONS préjudicielles, 568. Questions transitoires; règle générale, 778. Chose jugée, 748. Influence de la loi nouvelle sur les faits qui n'ont pas été jugés irrévocablement, 749 et s. Distinctions, 753-769. Loi nouvelle changeant le terme de la prescription. (Voy. *Prescription*.)

R

RECEL, 484, et 480, note.

RÉCIDIVE. Cause d'augmentation de la peine, 736 et s. Récidive vraie, fictive, propre, impropre, 742.

RÉCOMPENSE. (Voyez *Rémunération*.)

RÉFORME du coupable. (Voyez *Correction*.)

RÉPÉTITION. (Voyez *Pluralité de délits* et *Concours de peines*.)

RELÉGATION, 674.

RELIGION. (Voyez *Morale*.)

RÉMISSION. (Voyez *Pardon*.)

RÉMUNÉRATION. Est insuffisante à protéger le droit, 606.

RÉPARATION, fondement du droit de punir, 601, note, 7^o. Obligation de réparer, 540. Réparation civile, sociale, 541 et s., et 632. Réparation naturelle, — pécuniaire, réparation d'honneur, 550-551; — vindicative, 552; — par substitution, 553; — subsidiaire, 554-556. Action civile, pénale. (Voyez *Action*.)

RÉPÉTITION fréquente d'un délit n'est pas une raison d'augmenter la peine, 698 *in fine* et 699.

REPRÉSAILLES, fondement du droit de punir, 601, note, 3^o.

RÉPRESSION, valeur de ce mot, 621, note.

RÉSISTANCE passive n'est pas un délit, 562.

RESSENTIMENT. Juste ressentiment, 325.

RÉTICENCE ou complicité négative, 464.

S

SÉPULTURE (Violation de), 47.

SEXE, n'est pas une cause de dégradation de l'imputation, 233-237; est une cause de diminution de la peine, 726.

SOCIÉTÉ naturelle, — civile, page 2 et s., § 33, 607 et 608.

SOCIÉTÉ pour commettre des délits, 441, 450-454, 458. Voyez aussi 486 et s.

SOLIDARITÉ défensive des membres de la société, 464, note 2.

SOMMEIL, SOMNAMBULISME, 238-240.

SPINTA CRIMINOSA. (Voyez *Impulsion*.)

SURDI-MUTITÉ, 241-247.

SURETÉ. Le délit y porte atteinte, 26, 107 et la note. Sureté publique, privée, 154 et s.

SURVEILLANCE de la police, mesure préventive, 668.

T

TALION, 695, note.

TENTATIVE. Définition, 356. Analyse de la définition, 357-380. Dégradation d'imputation dans la tentative, 381-398; *addé*, 353-355.

TRANQUILLITÉ. But de la peine, 621.

TRANSGRESSION, violation des lois de police, 26 *in fine*, et pages 14-15. Classification des transgressions, § 150.

TRAVAIL infligé comme peine, 670. Travaux forcés. (Voyez *Détention*.)

TUTELA GIURIDICA (Défense ou protection du droit), raison d'être de la société civile, pages 6 et 7, § 607 et 612; fondement du droit qu'a la société de punir, 605,

448 TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES.

<p>608, 611, note; <i>adde</i>, 26-27 et 107, note.</p> <p style="text-align: center;">U</p> <p>UTILITÉ, fondement du droit de punir, 601, note, 9°; conséquence de la loi de l'ordre, 603, note.</p> <p style="text-align: center;">V</p> <p>VENGEANCE, fondement historique de la peine, 587; fondement ju-</p>	<p>ridique de la peine, 601, note, 1°, 2° et 3°. Vengeance raisonnée, 107, note, au milieu.</p> <p>VIEILLESSE. N'est pas par elle-même une dégradante, 228 et s.</p> <p>VINDICTE publique, 595-596.</p> <p>VIOLENCE. (Voyez <i>Contrainte</i>.)</p> <p>VOL. Peine de mort infligée au troisième vol, 514 <i>in fine</i>.</p> <p>VOLONTÉ (voyez <i>Degré</i>), 272-344.</p> <p style="text-align: center;">W</p> <p>WEREGELD, 689.</p>
---	---

FIN DE LA TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES.

TABLE DES MATIÈRES

SECTION PREMIÈRE

DU DÉLIT

	Paragrapes.
CHAP. I ^{er} . — De l'imputabilité et de l'imputation....	1 à 20
CHAP. II. — Définition du délit.....	21 à 52
CHAP. III. — Des forces du délit.....	53 à 58
Article 1 ^{er} . De la force morale.....	59 à 91
Article 2. De la force physique.....	92 à 127
CHAP. IV. — Idée générale de la qualité, de la quantité et du degré dans les délits.....	128 à 145
CHAP. V. — Critérium de la qualité dans les délits..	146 à 170
CHAP. VI. — Critérium de la quantité dans les délits.	171 à 206
CHAP. VII. — Critérium du degré dans le délit.....	207 à 210
CHAP. VIII. — Du degré du délit dans sa force morale.	211.
Article 1 ^{er} . Du degré par rapport à l'intelligence de l'agent.....	212 et 213
I. Causes physiologiques.....	214.
1° Age.....	215 à 232
2° Sexe.....	233 à 237
3° Sommeil.....	238 à 240
4° Sordimutité.....	241 à 247
5° Folie.....	248 à 250
II. Causes idéologiques.....	251 à 271
Article 2. Du degré par rapport à la volonté de l'agent.....	272 à 293
1° Contrainte.....	294 à 316
2° Entraînement des passions.....	317 à 331
3° Ivresse.....	332 à 344
CHAP. IX. — Du degré dans la force physique du délit.	345 à 348
Article 1 ^{er} . Du délit imparfait.....	349 à 355
1° Tentative.....	356 à 398
2° Délit manqué.....	399 à 425
Article 2. De la complicité.....	426 à 431
1° Concours d'action sans concours de volonté.....	432 à 438
2° Concours de volonté sans concours d'action.....	439 à 464
3° Concours de volonté et concours d'action.....	465 à 484
4° Anomalies de l'imputation dans la complicité.....	485 à 509
CHAP. X. — Du délit continué.....	510 à 538
CHAP. XI. — Des effets juridiques du délit.....	539 à 581

SECTION II
DE LA PEINE

	Paragraphes.
CHAP. Ier. — Idée de la peine.....	582 à 585
CHAP. II. — Origine de la peine.....	586.
Article 1er. Origine historique de la peine.....	587 à 597
Article 2. Origine philosophique de la peine.....	598 à 612
CHAP. III. — Du but de la peine.....	613 à 626
CHAP. IV. — Des forces de la peine.....	627 à 637
CHAP. V. — Des conditions que doit avoir la peine...	638.
Article 1er. Conditions de la peine déri- vant de son principe positif.....	639 à 645
Article 2. Conditions de la peine déri- vant de sa limite.....	646 à 651
CHAP. VI. — Idée générale de la qualité, de la quantité et du degré dans la peine.....	652 à 654
CHAP. VII. — Critérium de la qualité dans les peines...	655 à 658
1° Peines capitales.....	659 à 662
2° Peines afflictives.....	663 à 682
3° Peines infamantes.....	683 à 687
4° Peines pécuniaires.....	688 à 693
CHAP. VIII. — Critérium de la quantité dans les peines.	694 à 699
CHAP. IX. — Critérium du degré dans la peine.....	700 à 702
CHAP. X. — Raisons politiques ou extrinsèques de mo- difier la peine.....	702 à 708
Première série. Causes politiques que la loi ne peut pas déterminer.....	709 à 711
Deuxième série. Causes politiques que la loi peut déterminer.....	712 à 718
CHAP. XI. — Raisons juridiques ou intrinsèques de mo- difier la peine.....	719 à 721
Article 1er. Accidentalités individuelles.	722 à 724
Première série. Causes de diminu- tion.....	725 à 732
Deuxième série. Causes d'augmenta- tion.....	733 à 743
Article 2. Modifications législatives...	744 à 778
TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES.....	Page 439.

FIN DE LA TABLE DES MATIÈRES.