

LE DROIT PÉNAL

ÉTUDIÉ DANS SES PRINCIPES

LE
DROIT PÉNAL

ETUDIÉ DANS
SES PRINCIPES
DANS LES USAGES ET LES LOIS

DES DIFFÉRENTS PEUPLES DU MONDE

PAR

J. TISSOT

Professeur de Philosophie à la Faculté des Lettres de Dijon.

TOME PREMIER

PARIS

COTILLON, LIBRAIRE-ÉDITEUR

au coin de la rue Soufflot.

1860

PRÉFACE.

Il ne s'agit pas ici de l'étude d'un code criminel déterminé, mais d'une législation pénale universelle, et des progrès qu'elle a déjà faits dans le monde; je veux dire de cette partie de la législation criminelle qui pourrait être adoptée avec avantage par tous les peuples, sauf à y ajouter les dispositions que réclament les circonstances particulières où se trouve chacun d'eux. Mais ces circonstances ne peuvent jamais être telles qu'elles dussent essentiellement contredire les lois universelles dont nous parlons. Ces lois ne sont universelles, en effet, que parce qu'elles ont leur raison dans la nature fondamentale de l'homme.

Vaines généralités! spéculations creuses! philosophie! s'écrieront certains esprits *positifs*.

Un moment, s'il vous plaît: mon livre ne peut être tout entier dans les premières lignes de ma préface; et je demande seulement la permission d'en faire, ici connaître l'esprit.

Les adversaires des spéculations philosophiques sont-ils d'ailleurs tellement d'accord entre eux qu'ils n'aient pas un compte à régler en commun avant de s'allier contre un genre d'esprit qui leur déplaît? Sont-ils bien sûrs, autrement, de s'entendre après la victoire et d'en recueillir paisiblement les fruits?

Je crois, en effet, qu'il y a deux sortes d'esprits soi-disant positifs en matière de droit: ceux qui s'en tiennent à la

lettre d'une législation quelconque, et ceux qui veulent éclairer cette lettre par l'histoire du pays où elle a pris naissance et par l'étude comparée des autres législations.

Il y aurait bien une troisième espèce dans le genre, celle des adversaires de toute généralité et de tout principe; mais elle se réduit à un vœu impuissant, fruit d'une illusion.

Ces esprits *positifs* par excellence, les ennemis de toute généralité, seraient en effet les plus chimériques qu'on pût imaginer, si d'ailleurs ils étaient possibles. Je ne voudrais, pour leur montrer qu'ils sont par leurs aspirations en dehors de la nature humaine et de la vérité, que leur propre témoignage. Ils conviendront, sans doute, qu'ils parlent une langue commune; que cette langue se compose de signes d'idées générales. Qu'ils veuillent bien réfléchir alors que tout dictionnaire d'un idiome quelconque n'est qu'un recueil de signes de cette nature, et que les parties du discours elles-mêmes ne sont que des classes de signes d'idées générales, à commencer par l'article et à finir par l'interjection.

Les voilà donc convaincus de ne pouvoir parler, ni penser même, sans passer par ces idées générales pour lesquelles ils professent une si profonde aversion. S'il ne s'agissait pas entre eux et nous de toutes les idées générales, mais d'une certaine classe ou seulement d'un certain degré de généralité dans chaque classe, notre réponse ne se ferait pas attendre; mais il n'est pas nécessaire qu'elle précède une objection à laquelle on n'a pas encore pensé, bien que la logique entraîne irrésistiblement à cette extrémité.

Quant aux positifs plus sérieux, qui forment les deux espèces dont nous avons parlé d'abord, ils sont opposés en ce point, que les uns ne veulent pas d'histoire, et que les autres y attachent le plus grand prix. Suivant les premiers, il suffit d'entendre une langue pour entendre le législateur qui la parle. Ils accordent bien qu'un peu de bon sens encore n'est pas inutile. Mais qui donc ne s'en croit pas doué largement? Et puis, que pourrait l'étude pour redresser un jugement que la nature aurait fait de travers? N'a-t-on pas, d'ailleurs, les lisières de la jurisprudence? Quoi de plus fa-

cile, dès lors, que de comparer les espèces, de les superposer pour ainsi dire, et de décider en conséquence? A défaut de jurisprudence, n'a-t-on pas un autre guide non moins sûr et non moins facile à suivre? La loi n'est-elle pas un cadre tout fait, n'attendant que les cas particuliers qui s'y adaptent visiblement pour qu'elle leur soit non moins visiblement applicable? Le langage de la loi ne s'adresse-t-il pas à l'avenir? n'est-il pas fait pour tous les cas prévus par elle? Et qu'est-il besoin d'en troubler la clarté naturelle par des considérations historiques ou de législation comparée qui sont ou peu certaines, ou parfaitement inutiles, aussi inutiles pour le moins que des considérations philosophiques tirées de la connaissance de la nature humaine, de la raison morale et juridique en particulier?

Tel est le langage d'hommes qui se croient d'autant plus à l'abri de l'erreur dans la pratique, qu'ils s'abstiennent plus soigneusement de toute recherche et de toute spéculation concernant la lettre même de la loi.

Reconnaissons, avant tout, qu'ils ont peu d'efforts à faire pour se maintenir à ce niveau pour le moins aussi commode qu'il est sûr.

Rendons-leur ensuite cette justice, qu'ils font de la logique sans qu'ils s'en doutent, mais qu'elle n'en est peut-être que meilleure suivant eux, puisqu'elle participe de l'instinct. Que ce soit du moins leur excuse : ennemis avoués des études philosophiques, s'il leur arrive d'en faire, ils n'en sont du moins pas coupables, puisque c'est sans le vouloir.

Mais peut-être n'accorderaient-ils pas même qu'ils fassent de la logique sans le savoir : il faut donc le leur montrer. Ils conviendront sans peine que la loi est plus générale que les espèces qu'elle est destinée à comprendre et à résoudre. Ils accorderont encore que ces espèces sont susceptibles d'une certaine généralité, d'une formule, qui fait précisément que des cas singuliers indéfiniment nombreux, et qui diffèrent tous des uns aux autres par quelques caractères accidentels, peuvent y trouver place. Ils ne disconviendront pas davantage que ces caractères accidentels ne

changent point la nature de l'espèce, et que tous les cas particuliers qui rentrent dans la même espèce doivent être résolus semblablement : la loi doit s'appliquer de la même manière à tous, *quoad speciem*.

Or, qu'est-ce que cela, si ce n'est un syllogisme ? La majeure, c'est la loi ; la mineure, c'est l'espèce ; la conclusion, c'est le résultat de l'application de la loi à l'espèce.

Pas donc de jurisprudence qui puisse être suivie comme règle sans l'intervention du raisonnement.

Et comme la jurisprudence elle-même n'est pas encore universellement ni définitivement établie, c'est un guide qui peut manquer, ou qui a pu faillir ; un guide qui, souvent même, a pris tantôt dans un sens tantôt dans l'autre, et sur les pas duquel on peut s'égarer. Enfin, la jurisprudence la plus constante n'est elle-même qu'un auxiliaire assurément fort respectable, mais une autorité proprement dite.

Il faudra donc toujours, et alors encore qu'on n'y serait pas tenu par devoir, remonter à la loi.

Mais qu'est-ce que la loi, sinon une de ces généralités qu'on semble croire cette fois tombée du ciel, qu'on vénère de la manière la plus édifiante sans doute, mais qui n'est, après tout, que l'œuvre de l'esprit humain, de cet esprit généralisateur et philosophique dont il conviendrait de moins médire à certains égards, quand, à d'autres, on se prosterne si bas devant des conceptions qui n'ont pas une origine différente ?

Les juristes les plus asservis à la jurisprudence, au fond les plus dédaigneux de la loi, bien qu'en apparence ils ne puissent se dispenser de la rappeler et d'asseoir sur elle leur décisions calquées, sont donc obligés plus que jamais, quand cette base vient à leur manquer, de faire eux-mêmes de la jurisprudence. Il faudra donc cette fois qu'ils interprètent personnellement la loi. Et comme les oracles n'en sont pas toujours d'une parfaite clarté, comme ils peuvent être entendus diversement par les plaideurs et par les juges, il faudra bien sortir de ce conflit par la raison et le raisonnement, ou par la maxime *sit pro ratione voluntas*.

Ce dernier moyen n'est pas, on en conviendra, le plus intelligent ni le plus honnête. Aussi ne figure-t-il ici que pour la symétrie et le complet de l'alternative. On interprétera donc la loi. Et comme le but d'une pareille interprétation est de connaître la pensée véritable du législateur, et non d'attacher à la loi un sens quelconque qu'il plairait d'y voir à la simple lecture, il sera donc indispensable de recourir aux motifs réels qui ont inspiré cette pensée ; motifs qui peuvent être de deux sortes, suivant qu'ils sont pris des circonstances politiques, sociales, économiques, juridiques, etc., où se trouvaient le législateur et la société dont il faisait partie, ou des inspirations de la raison pratique universelle fondées sur la connaissance de la nature humaine.

De là deux sortes de connaissances nécessaires aux juristes mêmes qui se renferment avec tant de complaisance dans le cercle de la pratique la plus étroite, qui se piquent le plus de positivisme, qui se font un mérite de cette étroitesse de vue, et qui décoreraient volontiers cette infirmité ou cette paresse du titre de génie pratique par excellence. Comment des hommes éclairés et laborieux peuvent-ils être complices de ce sophisme d'un amour-propre humilié ?

Mais laissons à ces intelligences si exclusivement et si fastueusement pratiques la satisfaction apparente de dire que la théorie, l'histoire et la philosophie ne sont bonnes à rien : ces honnêtes praticiens sont, hélas ! assez punis de ne pouvoir briser le cercle étroit où la nature semble les avoir renfermés ; leur mépris, soyons-en sûrs, n'est déjà qu'une vengeance.

Mais s'ils ne s'abusent pas, toujours eux-mêmes, ils peuvent en abuser d'autres. Établissons donc, moins contre eux qu'en faveur de ceux qui pourraient un instant les croire sur parole, que le droit, comme toutes les autres sciences, a ses principes naturels, et que la connaissance même la plus étendue des faits ne peut y suppléer. De cette manière nous aurons prouvé, contre les partisans exclusifs de l'école inductive, que l'histoire n'est pas l'unique source de la législation et de la jurisprudence.

Une première difficulté insurmontable dans ce système, c'est de juger une question de droit en l'absence d'une loi positive, surtout dans l'esprit d'une législation qui compte l'équité pour quelque chose, qui en fait autant que possible la base de ses prescriptions, qui s'en inspire, en un mot, qui croit à une loi juridique naturelle, universelle, absolue.

Une seconde impossibilité inséparable du système qui proscriit les conceptions fondamentales du droit, les idées mères *à priori* de cette science, c'est de ne pouvoir attacher la moindre notion au mot *droit* lui-même, ainsi qu'à tous ses congénères et à tous ses dérivés. L'histoire, qu'on le sache bien, ne porte que sur des faits, des phénomènes qu'elle atteste, mais qu'elle est incapable de généraliser, dont elle ne peut tirer aucune notion, aucune règle, aucune loi. L'histoire est aux événements du dehors ce que la mémoire est aux événements du dedans. De même donc qu'on ne pourrait, sans tout confondre, attribuer à la mémoire la généralisation, l'induction, l'analogie, la déduction, et moins que tout cela, les notions absolues de la raison; de même on ne peut tirer des faits humains du dehors que l'histoire nous transmet la moindre notion propre à diriger nos actions.

Le troisième vice de l'école empirique qui ne veut entendre parler que d'histoire en matière de droit, c'est d'énervier ses prétendues règles : en supposant l'impossible, c'est-à-dire qu'elle pût tirer le droit du fait, l'intelligible du sensible, le rationnel de l'expérimental, l'absolu du relatif, le nécessaire du contingent, elle ne pourrait jamais trouver dans des faits la notion de leur nécessité morale, la notion d'obligation. Aucune des prétendues lois morales données par l'histoire ne porterait donc le caractère sacré d'obligation; aucune ne serait proclamée par la conscience, aucune n'y trouverait son motif et sa sanction.

Un quatrième inconvénient qui ressort du système de l'empirisme ou de l'histoire en matière de droit, si ceux qui le professent étaient exclusifs et conséquents (ce que je

suppose, et ce qui, grâce à Dieu, est souvent loin d'être vrai), c'est qu'il n'y aurait pas eu de loi possible pour les premières sociétés humaines, qui n'avaient pas encore d'histoire; c'est qu'il n'y en aurait jamais aucune pour les peuples ou les individus qui n'ont point d'histoire ou qui l'ignorent.

Une cinquième difficulté, c'est de déterminer l'époque à laquelle l'humanité aura suffisamment vécu pour que son histoire, celle de ses lois, puisse donner naissance à une législation. Cette question évidemment ne peut être résolue qu'*à priori*; et, d'un autre côté, l'école historique ne peut, sans contradiction, admettre un semblable raisonnement.

Une sixième difficulté, nous devrions dire impossibilité, c'est de rien changer à ce qui a été, de faire entrer la législation dans le progrès; le progrès suppose un degré d'idéal qui passe un jour à l'état de réalité. Or, l'histoire ne donne et ne peut donner que des faits, jamais des idées qui les dépassent. Si à la suite des faits surgissent des idées dans notre esprit, ce n'est pas l'histoire qui produit ces idées, mais une faculté toute spéciale qui n'a rien de commun avec elle.

Et comme, d'ailleurs, l'école historique est dans l'impuissance absolue d'assigner l'époque à laquelle l'histoire a dû commencer à faire autorité, son principe doit être pris dans toute son étendue : ce qui veut dire que si elle peut raisonner aujourd'hui comme elle le fait, toujours on eût pu, on eût dû raisonner de même. Voilà donc l'humanité condamnée dès ses premiers pas à rester stationnaire; elle peut se mouvoir dans le cercle qu'elle a déjà parcouru, mais elle n'en peut agrandir le rayon : cela seul qui a été doit être.

Ainsi, l'école historique est en principe opposée aux réformes, aux améliorations; et par conséquent très favorable, en fait, aux révolutions, qu'on ne prévient que par l'opportunité des réformes.

Mais comme en fait aussi l'esprit humain décrit sa spirale, et va de la sorte à son but, malgré l'empirisme des conservateurs inintelligents ou méticuleux, la chaîne de

l'histoire reçoit de chaque siècle un certain nombre d'anneaux qui ne ressemblent pas entièrement aux autres.

De là un septième vice inhérent à l'école historique pure, celui de tomber dans une imitation dangereuse, impraticable, ou de mal raisonner par analogie : une révolution immense s'accomplit en 1789 en-deçà du détroit qui sépare la France de la Grande-Bretagne ; les bases de la société française ne ressemblent plus à celles d'aucune autre : n'importe, les hommes d'Etat de la Restauration, qui n'ont sous les yeux que l'histoire de l'ancien régime, veulent en remettre en vigueur les institutions abusives, et ne réussissent qu'à soulever l'indignation populaire, qui les brise en peu de jours. D'autres hommes d'Etat, non moins versés dans l'histoire que les premiers, mais qui ne tiennent compte cette fois que des avantages du gouvernement britannique, et presque aussi dédaigneux des droits absolus des peuples que leurs infortunés prédécesseurs, font également sombrer le navire qu'ils avaient promis au gouvernement et à la France de Juillet de conduire à bon port. Ce fut en 1830 l'affaire de quelques jours ; c'est en 1848 l'affaire de quelques heures. Vraiment l'histoire, quand elle est seule, se montre trop habile pour qu'on n'hésite pas à lui confier de nouveau les destinées des peuples. Et, chose plus admirable que tout le reste, c'est que la prétendue lumière dont elle éclaire ses partisans fanatiques produit à leurs yeux un mirage si trompeur, que les catastrophes, loin d'avoir dissipé l'illusion, n'ont servi qu'à l'accroître : on se persuade, ou du moins on voudrait persuader aux autres qu'on eût sauvé le pays si les fautes qui l'ont perdu avaient été commises plus tôt et plus largement.

Ce n'est pas tout : si les lois n'ont pas leur raison d'être, partielle au moins, dans la nature essentielle de l'humanité, dans les rapports naturels et universels qui en découlent d'homme à homme, et que la raison proclame ; si elles ne doivent être prises, au contraire, que des circonstances accidentelles qui varient suivant le temps et les lieux, et qui sont du domaine exclusif de l'histoire, il en résultera

ce huitième vice, que les lois n'auront rien d'uniforme ni de constant. C'en est donc fait, dans le système que nous combattons, de la parenté des peuples et des institutions, de la tendance à l'universalité et à la permanence des lois ; c'en est fait de l'idéal de perfectionnement auquel aspire la raison et la civilisation.

Telles sont les principales et désastreuses conséquences de l'empirisme historique appliqué à l'interprétation et à la confection des lois. Je ne prétends point que ces conséquences se rencontrent toutes jusqu'ici, et dans toute leur étendue ; je crois même qu'elles ne pénétreront jamais à ce point dans les faits, tant parce que les auteurs de ce système exclusif sont inconséquents, que parce qu'ils rencontreraient dans l'application des résistances invincibles.

Mais quand on veut éprouver la vérité d'un principe ou d'un système, il ne faut tenir aucun compte des inconséquences de ceux qui le professent ni des obstacles qui peuvent surgir du dehors ; il faut, au contraire, en tirer hardiment toutes les conséquences : si elles sont monstrueuses, révoltantes, inadmissibles enfin, c'est qu'un principe gros de pareilles erreurs est lui-même un monstre qu'il faut étouffer. La vérité, si pressée qu'elle puisse être par la dialectique, ne peut rendre l'erreur : si donc la dialectique fait sortir l'erreur d'un principe, c'est que ce principe lui-même n'est pas vrai.

Nous venons de voir que l'empirisme historique est faux par ce qu'il affirme ; il s'agit maintenant de prouver qu'il est faux par ce qu'il nie.

Il repousse, comme on sait, les principes *a priori*, les vérités premières de la raison, et par conséquent les notions fondamentales mêmes qui les engendrent.

Nous pourrions nous borner ici à renvoyer à une saine théorie des idées, à rappeler qu'à toutes les grandes époques de l'histoire de la philosophie on a distingué des idées sensibles et des idées qui ne le sont pas ; que les sensibiles forment seules la matière de l'histoire ; que l'école exclusivement historique est par conséquent sensualiste dans

le sens psychologique du mot; qu'elle ne peut pas plus aboutir à des principes qui ne le soient pas, qu'il n'est possible de faire sortir d'une chose ce qu'elle ne contient point.

Or, comme les principes qui vont suivre sont une des bases du droit pénal, et que cette base est un ensemble d'idées rationnelles, il s'ensuivra tout naturellement qu'une école qui nie, ou qui, d'après sa maxime capitale, doit nier ces principes, est absolument impuissante à rendre raison du droit criminel.

Démontrer la vérité et la nature rationnelle de ces principes, c'est donc établir d'une autre façon la fausseté d'un système qui les nie.

Or, c'est un fait que la notion d'identité qualitative ou de nature essentielle s'applique à tous les membres de l'humanité. C'est même en vertu de cette notion d'identité que celle d'humanité ou d'espèce humaine est possible. Or encore, cette notion n'a rien d'empirique ou d'expérimental en soi, bien que sans la connaissance expérimentale que nous avons de nous-mêmes et de nos semblables nous n'eussions jamais eu cette notion.

Mais si l'humanité est identique à elle-même dans tous ses membres et par ses caractères spécifiques ou essentiels, c'est que les hommes sont de même nature, c'est qu'à cet égard ils sont égaux. Autre principe d'une incontestable vérité et qui est pareillement du ressort immédiat de la raison, qui n'a rien de phénoménal, et qui ne peut, par conséquent, pas plus appartenir à l'histoire que le principe d'identité lui-même.

Maintenant, si tous les hommes sont égaux, d'une égalité d'essence ou de qualité, sinon quant au degré ou à l'intensité de cette qualité ou de cette essence, il en résulte ce troisième principe : la justice de la réciprocité, ou la convenance pratique de faire à chacun ce que chacun se permet envers ses semblables. De là cette maxime aussi vieille que le genre humain, que la conscience humaine, et qu'on retrouve dans les philosophies de l'Orient, chez les philosophes grecs et romains, comme dans l'Évangile : « Ne

fais pas aux autres ce que tu ne voudrais pas qu'il te fût fait à toi-même; » maxime qui a été sentie avant d'être nettement conçue, qui a été conçue avant d'être formulée, et qui, pas plus que les précédentes, n'est du domaine de la perception ou de l'histoire.

Un quatrième principe, conséquence nécessaire du précédent, c'est que la peine peut être égale au mal qu'on a voulu occasionner; autrement la réciprocité ne serait pas entière, ni la justice complètement satisfaite. Ici, pas plus que dans ce qui précède, l'histoire n'a rien à voir : elle dira bien si ce principe a été appliqué et comment, mais elle ne l'a pas donné et n'a pu le juger.

Un cinquième principe, de nature rationnelle pure, comme tous ceux qui précèdent, et, partant, étranger à l'histoire, c'est que si la justice permet l'application stricte du principe de la réciprocité en matière pénale, c'est là un simple droit qu'elle donne, mais ce n'est pas une obligation qu'elle impose, puisqu'on a le droit de renoncer à l'exercice de tout ou de partie de son droit; ce qui permet à celui qui a le droit de punir, Etat ou particulier, de ne pas répéter toute la peine méritée. C'est donc là une justice de droit et non une justice de devoir à exercer. Plusieurs criminalistes et philosophes, pour ne pas avoir fait cette distinction, et pour avoir donné à la peine un but qui ne peut être celui de l'homme, l'expiation, se sont trompés de la manière la plus fâcheuse, et ont porté les législateurs à une dureté excessive; je ne citerai que Platon dans l'antiquité et Kant dans les temps modernes. Toutes les législations pénales faites sous l'inspiration des idées théocratiques ou religieuses sont également dans ce cas.

L'humanité, le principe même d'une justice réciproque bien entendu, et l'utilité publique sagement conçue, font au contraire un devoir moral de ne point épuiser la justice pénale : c'est dans le même sens qu'il est dit, en faisant parler Dieu dans l'Écriture : La vengeance m'appartient, et je vengerai¹.

¹ Rom., XII, 19; Hébr., I, 10, 30.

Ce cinquième principe, dont l'histoire n'a rien à dire également, parce qu'elle n'en pense rien, principe qu'elle tendrait plutôt à faire condamner en présentant le contraire comme bien plus généralement admis, surtout dans l'antiquité, pénètre de plus en plus dans les législations modernes, et finira, c'est notre espoir, par les animer toutes : c'est le principe de droit facultatif substitué au principe de justice obligatoire des jurisconsultes mystiques, et au principe fanatique de l'expiation de toutes les théocraties.

Si l'histoire toute seule peut seulement transmettre tous ces excès sans les juger ; si elle est absolument incapable de rien démêler à tout cela ; si, tout en conservant le souvenir des principes et de leur application comme faits, elle n'en possède nullement l'intelligence, il faut convenir que l'appréciation critique des législations passées, l'utilité de ce genre d'études pour les législations futures, demande quelque chose de plus que l'histoire : ce quelque chose, c'est la connaissance de l'homme, de ses facultés, de ses idées, de sa nature, de sa destinée ; en un mot, c'est la philosophie.

Nous croyons donc avoir suffisamment motivé la part faite à la philosophie dans cette étude du droit criminel.

Il nous reste à dire comment nous avons conçu celle de l'histoire.

Puisque l'histoire n'entend rien à la légitimité ou à l'illégitimité des faits qu'elle rapporte ; puisque, d'un autre côté, ces faits sont tellement nombreux et divers qu'on dirait, en vérité, que les conducteurs des peuples ont procédé arbitrairement en leur donnant des lois, et que les fantaisies les plus bizarres ont été la raison suprême de ces décrets ; il est évident que les principes doivent dominer les données historiques, qu'ils doivent servir à les classer et à les juger d'après ce qui aurait dû être en conséquence des lois suprêmes et absolues qui constituent l'essence de l'humanité ou qui en découlent. Ainsi, l'élément philosophique doit dominer et dominer l'élément historique.

Le rôle de l'histoire sera donc ici, comme il doit être

partout ailleurs, de renseigner la raison, la philosophie sur des faits d'une nature secondaire, mais pouvant néanmoins prêter à des conclusions pratiques qui n'eussent peut-être pas été aussi sûrement déduites sans un secours de cette nature.

Nous disons cependant que les faits de cet ordre sont secondaires, parce qu'il en est d'incomparablement plus importants et que la philosophie connaît sans passer par l'histoire, à savoir, les faits de l'ordre psychologique, les faits constitutifs de la nature essentielle et universelle de l'homme ; faits auprès desquels les autres ne sont réellement qu'accessoires.

En prenant l'histoire du droit criminel suivant l'ordre chronologique et par grandes masses, en Orient, en Grèce, à Rome, chez les Barbares, dans les temps modernes jusqu'en 1789, et depuis cette époque, éternellement mémorable, jusqu'à nos jours, il est incontestable qu'à part la période barbare il y a progrès en passant de l'une de ces grandes divisions de l'histoire à la suivante.

Mais si l'on vient à considérer non plus l'Orient tout entier, mais une partie de l'Orient, un peuple particulier de cette immense région, il pourra fort bien arriver que sa législation pénale soit trouvée préférable à la législation de tel ou tel peuple grec. Bien plus, il est certaine disposition législative de Manou, de Zoroastre, de Moïse ou d'Aménophis, par exemple, qui surpasse ou du moins égale en sagesse les conceptions analogues de nos législateurs modernes. Les sauvages eux-mêmes ont parfois des coutumes pénales qui pourraient servir de leçons aux peuples les plus civilisés. Les comparaisons générales et par masses, outre qu'elles sont essentiellement vagues, qu'elles ne portent que sur des abstractions sans réalité véritable, souffrent donc dans leurs résultats des exceptions plus ou moins nombreuses. Et quand on songe que ces exceptions peuvent porter sur les points les plus essentiels, on comprend alors tout le péril qui peut s'attacher à ces comparaisons, plus faites pour éblouir que pour éclairer.

Du reste, il faut, pour bien comprendre la législation d'un peuple, connaître profondément la nature de ce peuple; les circonstances sociales, politiques, religieuses, morales, intellectuelles, économiques et physiques au sein desquelles il a vécu. On comprend alors que ce qui dans cette législation n'avait pas une raison d'être tirée de la nature humaine en général, s'explique par les accidents qui la modifient. Mais expliquer n'est pas toujours justifier : toutes les fois que la nature humaine, dans son essence, dans sa destinée, est blessée ou contrariée par une législation, cette législation est vicieuse, quelles que puissent être les circonstances qui en rendent raison ; la nécessité seule, et une nécessité véritable, absolue, pourrait faire absoudre un législateur qui accorde plus d'importance à l'accessoire qu'au principal. Mais, hâtons-nous de le dire, une pareille nécessité se fait sentir bien rarement dans l'histoire, et rarement aussi dans la pratique. Il est, d'ailleurs, des nécessités qui n'existent que par suite d'une situation rendue fautive par le fait répréhensible de celui qui les endure : elles lui sont exclusivement imputables comme conséquence de ses méfaits.

En supposant que l'on connaisse tout ce qu'il est nécessaire de connaître pour comprendre la législation des différents peuples, reste encore à savoir comment il faudra procéder dans cette étude comparée.

Six méthodes s'offrent à la pensée : la méthode chronologique seule, la méthode exclusivement ethnographique, la méthode logique pure. On peut aussi unir la méthode ethnographique à la chronologique, puis enfin la méthode logique à la chronologique, à l'ethnographique seulement, ou à l'une et à l'autre réunies.

La méthode purement chronologique consisterait à passer en revue, année par année, je suppose, comme dans un tableau synchrone, toutes les lois pénales qui auraient alors pris naissance sur chaque point du globe, sans les rattacher à rien autre chose qu'à une simple date, sans les classer, sans en apprécier la valeur absolue ou relative. Un

pareil tableau offrirait les disparates les plus étranges : l'arbitraire et le fantastique apparaîtraient à côté du juste et du raisonnable, et souvent dans la même loi. Plus d'une fois encore on trouverait la raison et la justice, comme aussi l'injustice et la déraison, où l'on s'y attendait le moins. Les ressemblances, les analogies surtout ne manqueraient pas davantage. Elles s'expliqueraient par l'identité de la nature humaine, par la ressemblance ou par l'analogie des situations, comme les diversités par les différences de positions et d'influences. Mais que pourrait-on conclure de là pour une saine théorie ? Rien, absolument rien.

La méthode ethnographique, en se bornant à un peuple, à une nation, mais en prenant sa législation sans distinction d'époques, c'est-à-dire sans avoir égard à l'ordre chronologique des faits, aboutirait à un autre genre de confusion : on trouverait les mêmes actes impunis ou punis, et punis tantôt d'une façon tantôt d'une autre, sans qu'on pût savoir quelle a été la première, quelle la seconde, quelle la troisième.

Aucune lumière ne pourrait non plus jaillir d'un pareil chaos.

La méthode logique, qui consisterait, suivant nous, à reproduire à propos de chaque délit les pénalités qui l'ont atteint chez les différents peuples, mais sans distinction de temps ni de lieux, présenterait un tableau fort bizarre encore, mais où déjà la raison juridique pourrait plus facilement s'orienter et choisir.

Ces trois méthodes simples sont tellement exclusives, qu'elles méritent à peine le nom de méthode, et qu'il serait difficile, peut-être même impossible, de les rencontrer dans toute leur pureté systématique.

Les méthodes réellement pratiquées sont donc mixtes : c'est, pour suivre l'ordre de notre division, la méthode qui, s'attachant à la législation d'un peuple, la présente suivant l'ordre des temps, et cherche dans les circonstances où ce peuple s'est trouvé, ou dans les inspirations d'une raison publique ou privée, plus ou moins éclairée par les lumières

de la civilisation, la raison des variations successives. Si cette étude s'accomplit, en outre, sous la direction d'une haute raison philosophique, elle aboutira sans peine à une critique qui mettra chaque chose à sa place. Prenant pour critérium ce qui doit être, sans oublier toutefois que le mieux n'est pas toujours possible, qu'il a ses conditions et son heure, la critique saura dire sur chaque point quand le législateur fut bien ou mal inspiré, quand les changements qu'il opéra furent progressifs, quand rétrogrades, quand insignifiants.

Si une pareille étude s'étend à toutes les législations des différents peuples, elle pourra donner naissance à des résultats d'un grand intérêt déjà, mais qui ne sont pas encore d'une application facile, disséminés qu'ils sont sous les noms divers des nationalités auxquelles appartiennent les législations ainsi examinées, et disséminés qu'ils sont encore sous chacun de ces titres généraux, suivant l'ordre des temps, et suivant l'ordre que les divers législateurs d'un même pays ont cru devoir suivre dans la confection ou le remaniement des lois.

Il y aurait donc utilité supérieure à joindre la méthode logique à la méthode ethnographique, c'est-à-dire à dresser pour l'histoire de la législation un ordre systématique qui serait le même pour tous les peuples. Mais chacune de ces législations diverses ne serait encore comparée qu'à l'idéal qui doit servir pour ainsi dire à les éprouver toutes au point de vue absolu. C'est la méthode ethnographique et logique réunies.

Il en est une dernière qui nous paraît réunir tous les avantages, comme elle réunit tous les points de vue et toutes les méthodes partielles : c'est la méthode logique, ethnographique et chronologique tout à la fois.

Elle consiste, suivant nous, à dresser une table unique des questions à examiner ; à chercher la solution de chacune d'elles dans les inspirations de la raison ; à rapprocher de cette solution, afin de la confirmer ou de la rectifier, la lumière de l'expérience, comme aussi afin de juger

l'expérience à la lumière de la raison intuitive ; à réunir sous chacune de ces questions, non plus seulement les solutions diverses qu'elle a reçues d'un même peuple dans les différentes phases de sa législation, mais celles qu'en ont successivement ou simultanément données tous les peuples ; à comparer, au besoin, toutes ces solutions ainsi groupées, et à mettre chacune d'elles à sa place sur l'échelle du progrès de la civilisation ; à conclure, enfin, ce qu'il y aurait de mieux à faire désormais, qu'il ait été pratiqué déjà ou qu'il ne l'ait pas été encore.

Telle est la marche que nous avons suivie. Elle nous a paru la seule propre à mettre en lumière les progrès de l'humanité par les progrès du droit criminel ; à éclairer le législateur à venir par les travaux des législateurs passés ; à faire voir les mérites et les défauts de toutes les législations existantes ou qui ont existé, à la faveur des principes absolus qui dominent la matière. Sans ces principes, qui doivent non seulement servir à juger le passé, mais encore à modifier utilement le présent dans l'intérêt de l'avenir, l'histoire la plus complète, les classifications même les plus exactes, ne peuvent établir que deux choses, le nombre et la diversité des dispositions législatives, leurs similitudes ou leurs analogies et leurs différences ; mais il est absolument impossible, par ces seuls procédés historiques et logiques, de pouvoir juger du mérite tant absolu que relatif des législations, et de les classer à ce double point de vue. Il est impossible, par là même, de songer à faire profiter l'avenir de l'expérience du passé ou des conceptions heureuses du présent : nulle raison décisive de choisir entre une disposition et une autre, puisqu'on ne possède aucune mesure invariable qui puisse servir à les juger comparativement, aucun idéal auquel on puisse les rapporter, aucune idée pratique suggérée par cet idéal et qui puisse être mise à l'épreuve de l'expérience.

La méthode complexe par nous suivie a cet autre avantage considérable, de mettre en évidence la lenteur, l'incertitude, les défaillances mêmes du progrès de l'humanité

dans la voie de la civilisation, mais aussi de prouver qu'aucune époque, aucune nation n'est complètement déshéritée à cet égard.

Déjà l'on trouve parmi les peuplades sauvages, à côté de la superstition la plus profonde et de la friponnerie de ceux qui l'exploitent, des inspirations de la saine raison et de la bonne foi ; en regard d'une dureté impitoyable, des sentiments d'humanité. Le germe de la civilisation se rencontre donc partout, jusque dans les derniers rangs de l'humanité. A plus forte raison se retrouve-t-il dans les rangs intermédiaires de la barbarie. Par contre, et comme si l'homme ne pouvait entièrement dépouiller sa grossièreté native, des traits de sauvagerie déshonorent encore les codes criminels des peuples les plus civilisés : ce qui prouverait, non pas que la civilisation soit condamnée à ces imperfections, mais qu'elle est à son début, et que des destinées bien meilleures lui sont réservées. Qu'est-ce, en effet, que cette civilisation dont nous nous vantons d'une manière si naïve et si puérile, qu'un mélange de grossièreté sauvage, de barbarie et de lumières ? N'avons-nous pas dans nos rangs, dans notre société française, par exemple, des couches sociales de toute nature, depuis l'homme le plus brut, le plus ignorant et le plus scélérat, jusqu'à l'homme le plus délicat, le plus instruit et le plus humain ? Nos cités les plus peuplées et les plus brillantes ne sont-elles pas celles-là mêmes où ces extrémités choquantes forment les contrastes les plus nombreux et les plus saillants ? A quoi bon faire ici le tableau d'un état de choses qui afflige tous les regards, et que personne assurément ne peut nier ? Mais, puisqu'il en est ainsi, faut-il s'étonner que nos codes, œuvre d'une certaine opinion publique moyenne qu'ils sont destinés à satisfaire, présentent encore tant d'imperfections ? Combien, sans doute, ne seraient-ils pas plus imparfaits s'ils étaient sortis du suffrage passionné de la place publique !

Si les germes de la civilisation et les restes de la sauvagerie et de la barbarie se rencontrent partout à des degrés

divers, il ne faut pas être surpris de trouver dans l'histoire des peuples et de leurs institutions tant d'incertitude et de défaillance dans leur marche : vous croiriez, en présence de certaines idées qui les illuminent, qu'ils sont à l'abri d'erreurs peu compatibles avec des pensées déjà si hautes ; et cependant la chute ou l'inconséquence est démontrée par le fait.

D'autres fois on voit un peuple briller d'un grand éclat à une époque de son histoire ; c'est comme un météore dont la lumière paraît inhérente à sa substance, et ne devoir s'éteindre qu'avec lui. Poursuivez son histoire, vous verrez ce météore pâlir, s'obscurcir, et, dans le même siècle peut-être, offrir des taches qui vont croissant et menacent d'en envahir toute la superficie : un principe secret de ténèbres, qui était caché dans les profondeurs de ce grand corps, s'est développé et a produit ce retour à l'obscurité.

Point donc de marche régulière, ferme et constante du mal au bien et du bien au mieux chez les peuples non plus que chez les individus : les nations comme les particuliers sont remplies d'imperfections ; les hommes, pris en grand ou en petit, semblent toujours ivres. Quand ils tombent, ils se relèvent le plus souvent, sauf à retomber encore. Quand ils ne tombent pas, ils ne peuvent marcher longtemps sans s'arrêter, surtout ils ne peuvent marcher droit devant eux ; ils n'avancent qu'en faisant des écarts : heureux encore lorsqu'ils ne dévient pas au point de quitter le chemin qui doit les conduire au but !

Un autre phénomène moral s'offre à l'historien des institutions : c'est que la chaîne du progrès semble décomposée ; les anneaux indéfiniment variés qui doivent la former apparaissent disséminés dans le temps et l'espace : il faut les recueillir ici et là, les numéroter, les réunir par ordre, et en faire un ensemble artificiel. La nature semble avoir répugné jusqu'ici à rassembler ces éléments d'un même tout, ou y avoir été impuissante. Elle a pourtant formé sur des points divers, et à certaines époques, des fragments plus ou moins considérables de cette chaîne ; ce qui indique suf-

fisamment son esprit et ses intentions. Mais là encore se trouvent des solutions de continuité fréquentes et des lacunes considérables. Pour renouer ces fragments, pour combler ces vides, il faut chercher ailleurs, au loin, dans le présent ou dans le passé. Il en est du flambeau de la civilisation comme de celui de la foi : il s'éteint sur un point, se rallume sur un autre, brille ici d'un grand éclat, paraît là comme une lumière naissante : *movebo candelabrum*. Nulle part encore il n'a donné toute la lumière qu'il est appelé à répandre, puisque tant d'hommes, tant de nations sont encore ensevelies dans des ténèbres plus ou moins profondes.

Le progrès de la civilisation par le progrès du droit criminel ne pouvait donc être tracé en commençant par un peuple, en le suivant dans son histoire, en continuant par un autre peuple qui aurait été suivi de même dans ses destinées historiques, et toujours ainsi. Non, la nature ne procède pas de la sorte; sa marche est bien autrement compliquée et pleine de détours et de retours. Bien plus, elle agit simultanément sur un très-grand nombre de points, et de la manière la plus diverse; elle se joue du temps et de l'espace, en jouant dans l'un et dans l'autre; elle semble même se moquer de la logique, soit en refusant de faire sortir les conséquences des principes, soit en donnant les conséquences sans passer par les principes, soit en donnant ici les principes et là les conséquences, soit en retirant les concessions qu'elle avait faites, soit en accordant ce qu'on ne songe pas même à lui demander, soit, enfin, en illuminant les esprits d'une clarté soudaine ou en les plongeant dans des obscurités inattendues; sauf à les faire passer et repasser avec le temps de l'un à l'autre de ces états contraires, mais en les variant toujours, comme elle fait tous ses ouvrages.

Cette marche de la nature sera, nous l'espérons, rendue sensible dans notre ouvrage: Que ce soit là une excuse auprès de ceux qui seraient tentés de nous reprocher une stérile abondance : alors même que les renseignements his-

toriques que nous avons recueillis et consignés dans cette succession de tableaux ne prouveraient pas autre chose, ils serviraient encore à faire connaître cette immense variété dans la manière de sentir, de penser et d'agir de notre nature; ces marches et contremarches de l'esprit humain; ces imaginations bizarres et cruelles à la place de la raison et de la sensibilité, et quelquefois la sensibilité et la raison à côté des défauts contraires; et souvent, il faut le dire en l'honneur de l'humanité, de ses nobles efforts, et de la dispensation providentielle qui la conduit, souvent la justice et le sentiment à la place de la vengeance et de la cruauté.

Nous venons de dire ce que nous avons essayé de faire dans cet ouvrage. Il est un point, toutefois, qui nous a constamment préoccupé : la marche progressive de l'humanité entière dans le droit criminel. Nous croyons nécessaire d'arrêter un instant l'esprit du lecteur sur la manière dont nous avons conçu cette partie de notre tâche, et dont nous en avons essayé l'exécution.

Pour apprécier les progrès de la civilisation par ceux du droit criminel, il faut se faire une juste idée de ce qui est mal, de ce qui est bien, de ce qui est mieux dans les coutumes et les lois criminelles, en un mot, du progrès de la législation pénale elle-même.

Il faut donc avoir des principes sûrs à l'aide desquels on puisse juger une législation pénale donnée, ses variations chez un même peuple, la supériorité ou l'infériorité d'un code pénal comparé à un autre code de même nature.

Un pareil ensemble de principes n'est autre chose qu'un idéal. C'est ce qui doit être absolument, la perfection.

Il y a une perfection absolue et une perfection relative. La perfection absolue dans les institutions est celle qui est le mieux appropriée à la nature humaine considérée abstractivement; la perfection relative est celle qui est le mieux appropriée à la nature humaine envisagée dans les circonstances spéciales où elle se trouve, et qui est le plus propre à la rendre susceptible d'institutions meilleures, d'institutions parfaites. C'est ainsi qu'aux yeux de leurs auteurs la

législation des Hébreux par Moïse et celle des Athéniens par Solon n'étaient bonnes que d'une bonté relative : c'était la meilleure que ces peuples pussent avoir alors.

La perfection relative des institutions tient à deux raisons : elles sont en rapport avec le degré de culture, de civilisation du peuple auquel elles s'adressent ; elles tendent à le rendre capable de recevoir utilement des lois moins imparfaites. En deux mots : une législation est relativement bonne lorsqu'elle prend un peuple dans l'état moral où il se trouve, pour l'acheminer doucement à un état moral supérieur. Toute législation doit être un grand moyen d'éducation pour un peuple. Le législateur est un maître, un gouverneur et un précepteur tout à la fois.

Toute perfection relative dans les institutions devant tendre à la perfection absolue, il s'ensuit que le législateur doit avoir l'idée du meilleur absolu. Il en est de même du critique, qui se propose de juger le relatif par l'absolu, le réel par l'idéal.

Le progrès n'est, en effet, que la marche progressive du relativement bon à l'absolument bon. Pour juger qu'un mouvement quelconque est progressif, il faut donc connaître le but auquel il doit tendre. Tout mouvement n'est pas nécessairement progressif, tout changement n'est pas nécessairement amélioration.

Si l'on se trompe sur l'idéal, si l'on prend l'erreur pour la vérité, le moins bien pour le mieux, le relatif pour l'absolu, le fait pour le droit, on jugera mal, on décrètera mal.

Il est donc de la plus haute importance de se former une très juste idée de ce qui doit être, de ce qui demande à être réalisé, fût-il impossible maintenant.

Pour savoir ce qui doit être, ce que la raison, dans sa pureté et sa sincérité, demande de nous, il n'y a qu'un moyen, c'est de l'interroger méthodiquement.

La raison interrogée directement en dehors de l'histoire donne des réponses qui ressemblent à des oracles ; ce sont les théories des philosophes. Interrogée dans l'histoire, ses réponses sont des faits. Dans le premier cas elle prétend

dire ce qui doit être ; dans le second elle dit ce qui a été. La première méthode est *à priori*, la seconde *à posteriori*.

Les réponses de la première espèce ne sont pas toujours d'accord entre elles. Chaque philosophe conçoit l'idéal un peu à sa façon : celui de Platon n'est pas toujours celui d'Aristote.

D'un autre côté, les réponses de la seconde espèce, outre qu'elles diffèrent encore plus que les théories des philosophes, ont en outre le tort de n'être que des faits. Or, un fait comme fait en vaut un autre ; à ce titre l'un n'est ni plus ni moins légitime que l'autre. Ou, plutôt, il n'y a rien là de légitime ni d'illégitime ; rien de meilleur ni de pire. Pour classer les législations, pour les juger, pour mettre l'une au-dessus de l'autre, il faut les comparer à une troisième chose qui ne soit plus un fait, une législation positive, mais une idée, un droit naturel, une exigence de la raison.

Mais cette raison, malgré son ton impersonnel, n'est jamais que celle de tel et tel individu. Il est bien vrai que si les individus ne confondaient pas ce qui est réellement impersonnel ou absolu, dans les prescriptions de la raison, avec ce qui est personnel et relatif, l'absolu pour l'un serait inévitablement l'absolu pour l'autre ; ce qui paraîtrait absolu le serait réellement. Par malheur, nous n'avons pas cette infailibilité, et nous sommes exposés à des erreurs dans cette recherche comme dans beaucoup d'autres.

Qui oserait dire, cependant, que toute recherche de cette nature est plus nuisible qu'utile, qu'il y a plus de chances d'erreur que de vérité ? Ne serait-ce pas mettre le scepticisme en principe ?

Nous sommes dispensé d'agiter cette question, celle de la certitude, qui domine toutes les autres, et qui est résolue, tranchée par le sens commun au début de toutes les sciences. Tout en reconnaissant donc que l'erreur est possible, nous admettons que la vérité l'est aussi ; qu'elle a même pour elle plus de probabilité que l'erreur, et qu'on peut raisonnablement se livrer à sa recherche.

Il est remarquable cependant que l'idéal en toutes

choses a été en général d'autant plus élevé, d'autant plus épuré pour chaque intelligence qui a essayé de le contempler dans les différents âges du monde, que le réel était lui-même plus avancé. On dirait que la raison spéculative ou théorique ne peut devancer que de peu les faits ou l'application. La pratique a d'ailleurs sa sagesse propre, qui lui est inspirée, commandée par les faits, même par les faits généraux qui tiennent à l'essence de la nature humaine. Il est donc prudent, lorsqu'on veut s'élever au-dessus des faits, au droit en soi, de prendre d'abord connaissance des faits, sauf à les juger ensuite. Autrement l'idéal qu'on croirait avoir atteint pourrait n'être qu'une chimère ou avoir été dépassé déjà par la réalité. C'est ainsi que l'expérience peut être utile à la raison et l'inspirer avec bonheur.

C'est aussi la raison pour laquelle il est utile de revenir aux spéculations philosophiques, à la recherche des principes dans chaque branche des connaissances humaines aux différentes époques de la civilisation, c'est-à-dire après chaque mouvement marqué dans les sciences.

Or, il est incontestable que depuis plus d'un siècle la réforme des lois pénales préoccupe tous les peuples civilisés. Il n'est pas moins certain que la manière dont on entend de nos jours la peine infligée aux criminels n'est pas exactement la même que l'idée qu'on s'en faisait généralement au XVIII^e siècle. Le temps est donc venu de faire de nouvelles recherches sur la matière.

Un autre secours qui n'est pas plus à dédaigner dans la recherche de l'idéal, ce sont les spéculations du même genre qui ont été faites aux différentes époques de l'histoire de la philosophie.

Mais ce qui doit particulièrement servir de base à notre travail, c'est la nature humaine en général bien connue, c'est-à-dire une connaissance approfondie de la destinée de l'homme, de ses aptitudes diverses, des lois qui régissent leur développement. Cette connaissance est le fruit de l'observation de soi-même et des autres hommes tels qu'il s'offrent à nous dans le monde et dans l'histoire.

Le reste est un travail personnel, une intention rationnelle plus ou moins juste, plus ou moins profonde, et pour laquelle il n'y a pas de règles à donner.

Cette étude sur des législations criminelles passées et présentes, cette revue des spéculations philosophiques en cette matière, sont comme des échafaudages qui serviront à construire plus sûrement notre idéal, c'est-à-dire à déterminer avec plus de vérité les principes à l'aide desquels nous devons juger ces législations comme signes, comme effets et comme causes des progrès de la civilisation. C'est un travail solitaire, personnel et préparatoire qui a dû précéder tout le reste, mais dont les résultats doivent se révéler dans la justesse, l'étendue et la profondeur de la théorie qu'ils auront servi à édifier.

Quant à l'exécution du travail ostensible, elle peut être conçue de trois manières, suivant que l'on considère la marche de la civilisation comme s'accomplissant :

Ou dans le sein même de ces nationalités diverses, abstraction faite du mouvement général qui peut s'opérer dans leur ensemble ;

Ou dans l'humanité en général, abstraction faite des circonstances de nationalité ;

Ou dans les législations elles-mêmes, sans qu'on s'inquiète autrement des nations, des temps et des lieux, si ce n'est pour assigner à chacun d'eux la place qui lui revient dans l'échelle du perfectionnement, d'abord graduée sous la dictée même d'une raison inspirée par la justice absolue et éclairée par les longues méditations sur l'histoire comparée des peuples divers.

Il s'agit de savoir quelle est de ces trois marches possibles celle qui doit mener le plus sûrement et le plus directement au but.

En suivant la première méthode, on s'engagerait dans des difficultés presque insurmontables. Je ne signalerai que les principales. Il faudrait faire l'histoire des institutions judiciaires de chaque peuple en particulier, les comparer à elles-mêmes aux différentes époques de la durée de ces

peuples, se rendre compte des changements qu'elles ont subis, des causes de ces changements. Il faudrait comparer ces institutions dans toutes leurs phases et tous les éléments de ces phases à l'idéal qu'on aurait d'abord tracé pour servir de commune mesure à toutes les législations criminelles, afin de pouvoir en apprécier la valeur absolue et la valeur relative. Tâche immense. Cette difficulté, cependant, serait peut-être la moindre. Il en est une autre, en effet, qui rendrait le problème bien autrement complexe : un peuple, c'est-à-dire un ensemble d'hommes vivant sur un même coin de terre, le plus souvent encore sous les mêmes lois, peut, tout en gardant le même nom, changer de fond en comble par la conquête, par l'émigration, l'immigration ; par l'effet des révolutions politiques, sociales, religieuses ; par l'influence littéraire, commerciale ou autre qu'exercent sur lui les nations étrangères. Croit-on, par exemple, que les lois criminelles aient toujours été les mêmes en Egypte depuis Ménès jusqu'à Méhémet-Ali ? C'est toujours l'Egypte cependant, ce sont toujours des Egyptiens qui l'habitent ; mais ces Egyptiens sont successivement des autochtones, c'est-à-dire on ne sait qui, des Ethiopiens peut-être, des Arabes, des Persans, des Grecs, des Romains, des Turcomans, des Mongols, des Ottomans et même des Français, mais surtout des Turcs. Quo d'influences diverses, que de modifications plus ou moins profondes apportées successivement aux institutions ! Impossible non seulement de faire à chaque influence sa part, mais même de noter empiriquement les principaux changements qui leur reviennent, et d'en assigner la place précise dans l'ordre des temps.

Disons-le donc, pour entreprendre une pareille tâche il faut nécessairement en ignorer les insurmontables difficultés, ou prendre le parti de passer à côté sans même tenter de les effleurer ; ce qui est tout simplement prendre le parti de ne pas faire ce qu'on a l'air de vouloir faire.

La seconde méthode, en apparence plus facile à suivre que la première, est peut-être en réalité plus difficile encore ; du moins elle est mille fois plus sujette à l'erreur.

Si déjà les nationalités diverses ne sont que nominales ; si sous leurs dénominations identiques et unes se glissent une mobilité et une diversité prodigieuses, presque insaisissables, combien l'humanité n'est-elle pas plus variée, plus mobile encore, et cependant plus une dans sa mobilité et sa diversité mêmes ! Oui, sur un fond commun, permanent, se déroule une forme d'une diversité extrême, et dont l'analogie seule permet de rapprocher et de classer les manifestations indéfiniment variées. Expliquons-nous.

L'humanité n'est qu'une abstraction, et cette abstraction ne comprend que l'élément essentiel et caractéristique de l'espèce humaine. C'est sur ce fond immuable que se dessine la vie, que le mouvement de la pensée et de la civilisation se déroule ; mais il ne constitue ni le mouvement ni la vie.

L'humanité, fond et forme, prise dans son ensemble, marche donc et ne marche pas ; elle marche par sa forme, elle est immobile par son fond. Elle est immobile et mobile encore sous cet autre rapport que si quelques-uns de ses membres, individuels ou collectifs, personnes ou nations, se développent et s'élèvent dans l'échelle du perfectionnement, d'autres peuples, d'autres hommes restent immobiles, ou descendent même du point par eux occupé d'abord. C'est ainsi qu'à l'heure même où nous parlons la sauvagerie, la barbarie et la civilisation se rencontrent ici ou là dans l'humanité. L'humanité n'est donc à notre époque ni sauvage, ni barbare, ni civilisée exclusivement : elle est tout à la fois civilisée, barbare et sauvage ; elle a marché en même temps qu'elle est restée immobile ; elle a marché lentement, rapidement ; elle est allée loin et haut, en même temps qu'elle s'est à peine déplacée, qu'à peine elle a quitté le sol où elle a été déposée faible et nue, moitié homme moitié brute, mais destinée à se faire entièrement homme !

Ne parlons donc pas des progrès de l'humanité ; mais parlons, si l'on veut, des progrès d'une nation, de la civilisation d'un peuple, de la barbarie d'un autre, de l'état sauvage d'un troisième. Nous serons alors plus près de la

vérité. Mais alors aussi nous retombons dans la première méthode avec tous ses inconvénients. Ajoutons à ceux que nous avons signalés déjà celui de présenter une nation sous le jour le plus faux, soit en bien, soit en mal, par la raison précisément qu'une nation, comme l'humanité elle-même, est un tissu de diversités. Vous croyez qu'un peuple est civilisé parce que vous n'envisagez dans ses institutions que ce qui l'élève et l'honore aux yeux des autres nations. Mais prenez garde qu'à côté de ces institutions qui font sa gloire, il en est d'autres trop peu dignes des premières, et qui déshonoreraient jusqu'à des sauvages. Pourquoi cette préférence? pourquoi cette partialité? Jugez-vous d'après l'ensemble? Est-ce une question de plus d'un côté et de moins de l'autre? A la bonne heure! Nous dirons alors que dans une même nation il y a non seulement une foule de degrés de civilisation, mais que dans le même degré il y a une multitude indéfinie de nuances. Nous dirons que la civilisation d'un peuple, jusqu'ici du moins, n'est jamais que partielle, qu'elle peut s'exprimer approximativement par une fraction dont les termes sont difficiles à déterminer, mais qui doivent au moins équivaloir à un demi. Alors encore ce peuple ne mérite pas moins l'épithète de barbare que celui de civilisé; suivant que la fraction serait plus forte ou plus faible, il mériterait plutôt la première ou la seconde de ces appellations.

Ceci, qu'on y prenne garde, n'est pas du tout un jeu; c'est, au contraire, de la précision dans les idées. Laisant de côté ce qu'il pourrait y avoir d'excès, d'abusif même dans la tentative d'estimer mathématiquement des idées qui se refusent à une précision rigoureuse, toujours est-il vrai de dire qu'il n'y a ni civilisation, ni barbarie, ni sauvagerie peut-être qui soit sans mélange; que ces termes n'ont rien d'absolu hors de la lettre, puisqu'ils expriment une chose susceptible de degrés indéfiniment nombreux; que le rapport de la civilisation à la barbarie et à la sauvagerie même, comme celui de la barbarie et de la sauvagerie à la civilisation, peut varier indéfiniment soit en plus soit

en moins, suivant qu'un peuple donné s'élève ou s'abaisse. De plus, il peut s'élever en un point et s'abaisser en même temps en un autre. Que de progrès qui se résolvent dans des chutes! Mais heureusement que ces chutes font trouver un nouveau point d'appui pour s'acheminer de nouveau vers un meilleur état de choses.

Il résulte de tout ce qu'on vient de dire sur le second procédé possible pour la solution du problème, que ce procédé est plein d'illusions; que ces illusions conduisent de toutes parts à des résultats partiels, contradictoires, erronés.

Reste donc la troisième méthode; méthode exempte des difficultés insurmontables de la première, et des erreurs incalculables de la seconde.

Nous posons des principes; nous consultons l'histoire, que nous trouvons ou en opposition, ou en harmonie plus ou moins grande avec ces principes eux-mêmes: ce qui nous permet de dire ou de laisser conclure que tel législateur, tel peuple est supérieur à tel autre législateur, à tel autre peuple, et que l'esprit humain, qui comprend toutes les intelligences humaines comme l'humanité comprend tous les individus et tous les peuples, a marché en passant d'une idée à une autre. Nous ne considérons plus ici l'humanité dans son ensemble, comme on est obligé de le faire dans la seconde méthode; ni dans les grandes masses appelées nations, comme on s'y engage dans la première: non, l'humanité n'est plus ici que l'esprit humain en tant qu'il est tout à la fois mobile et progressif.

Peu importe que le premier pas s'accomplisse à l'orient ou au midi, le second à l'occident ou au septentrion. Peu importe encore que le second pas ait été fait avant ou après le premier: il y a d'heureuses inspirations qui dispensent de ces longues et laborieuses initiations, ou qui en abrègent la durée en même temps qu'elles en allègent les fatigues; il y a des peuples, des hommes qui semblent privilégiés entre tous les autres peuples, tous les autres hommes, et qui, instruments providentiels du travail infini du per-

sectionnement de l'humanité, sont comme la tête de colonne du genre humain. Tantôt ils s'avancent à pas lents, tantôt d'un pas si rapide qu'ils semblent procéder par enjambements gigantesques. Quand l'un s'arrête et tombe, l'autre n'en poursuit pas moins sa marche jusqu'à ce qu'il soit à son tour atteint et dépassé peut-être par un autre auquel il avait d'abord servi de guide.

Grâce à l'unité continue, formée par l'espèce humaine dans la durée des âges, dans la tradition des idées, aucune des institutions essentielles, aucun des grands progrès d'un peuple n'est perdu pour le genre humain; ce peuple périra, un autre prendra sa place et continuera son œuvre, sa mission. C'est ainsi que dans un combat le premier rang prépare la victoire au second, et la remporte pour sa part longtemps avant qu'elle ne soit décidée. Ces morts, qui ont succombé avant que la fortune eût prononcé sur le sort des armes; ces morts, qui ont disparu de la scène pleins de désespoir ou d'inquiétude peut-être; ces morts sont aussi les vainqueurs. Eh bien! la civilisation est une conquête, la première de toutes; et la lutte contre l'ignorance, la barbarie, l'injustice, un combat; combat éternel que tous les hommes, tous les peuples sont appelés à rendre. Sur ce champ de bataille infini se voient aussi des soldats sans courage à côté des cœurs les plus magnanimes.

Il nous a donc suffi, pour éclairer la victoire remportée par la civilisation sur le terrain où nous nous trouvons placé, de signaler sur chaque point précis les efforts successifs et de plus en plus heureux généralement dont ils ont été le théâtre. Pour parler sans figure, langage plus d'accord avec nos goûts et nos sévères habitudes d'esprit, nous avons signalé sur chaque question les dispositions législatives qui nous ont semblé présenter quelque intérêt. Nous l'avons fait presque toujours en suivant l'ordre des temps; et cet ordre s'est trouvé très souvent aussi celui des idées, je veux dire cet ordre logique suivant lequel la raison humaine, après avoir passé ou sans avoir passé par le pire, s'élève au bien, du bien au mieux, et toujours ainsi. Cet

ordre tout à la fois chronologique et logique en a comme entraîné un autre après lui, l'ordre des lieux : presque toujours l'Occident corrige ou perfectionne l'Orient. S'il est est vrai de dire *ex Oriente lux*, ce n'est à coup sûr que dans un sens relatif, celui du commencement : c'est bien là que le soleil se lève, mais ce n'est pas là qu'il a pour nous, absolument même, son plus grand éclat.

En suivant cette troisième méthode, tout s'éclaircit, se simplifie et s'harmonise.

Nous aurions pu nous étendre bien davantage sur la plupart des points, soit en reproduisant dans leurs détails les législations dont nous avons donné les dispositions essentielles, soit en rappelant d'autres législations que nous avons laissées à l'écart, tant parce qu'elles nous ont semblé sans intérêt que parce qu'elles sont ou peuvent être facilement connues de tout le monde. C'est par cette dernière raison que nous avons peu cité les dernières législations européennes, et la française moins que toutes les autres. Nous aurions pu sans peine faire passer dans notre travail les recherches des érudits; nous n'en avons rien fait. Nous avons cru devoir nous borner à cela seul qui avait un sens dans notre pensée pour notre objet¹.

Notre plan ne nous semble pas moins naturel que la méthode que nous avons suivie pour l'exécuter. Il nous a paru convenable, avant tout, de parler des peines et des délits avant de traiter de la procédure criminelle, de faire marcher le code substantif avant le code adjectif, comme dit Bentham. Cette question une fois résolue, les autres se résolvaient comme d'elles-mêmes. Quoi de plus simple, en effet, que de décider s'il faut étudier la question des délits

¹ On voudra bien remarquer encore que si l'indication des auteurs manque parfois d'une précision suffisante, par exemple pour Grimm, ce n'est pas que nous ayons pris ailleurs que dans l'auteur lui-même nos renseignements; mais un grand nombre de nos extraits avaient été faits à une époque où nous étions loin de nous attendre à leur donner la destination qu'ils reçoivent aujourd'hui : ne croyant d'abord les recueillir que pour nous seul, il était inutile d'en marquer bien nettement l'origine. Le temps et le courage nous ont manqué pour repasser tant de volumes.

avant celle des peines ; les caractères des uns et des autres, en général, avant les espèces qui en sont marquées ? En conséquence, nous avons commencé par les délits et les peines en général ; nous avons continué par les différentes espèces de délits et de peines.

Ce n'est qu'après avoir rempli cette tâche que nous avons abordé celle de la poursuite des délits, en suivant toujours la même méthode. Comme ce double travail était long déjà, plein de détails d'inégale importance, il nous a paru très utile d'en résumer synthétiquement les principaux points, de couronner ce résumé par une conclusion qui restreint l'ouvrage à sa plus simple expression possible, et qui est comme le sommet de cette pyramide intellectuelle.

Quelques mots maintenant sur des points d'une moindre importance.

Est-il nécessaire, après ce qui vient d'être dit du mélange, mais dans des proportions diverses, suivant les lieux et les temps, de la sauvagerie, de la barbarie et de la civilisation, de dire pourquoi nous avons parlé de certaines coutumes barbares ou sauvages rapportées par d'anciens historiens, comme si elles existaient encore aujourd'hui ? Indépendamment des lenteurs inhérentes à la marche de la civilisation, et qui sont d'autant plus grandes que le mouvement est plus près de son point de départ, n'est-il pas raisonnable de penser que si des peuplades sauvages ou des peuples barbares ont fait quelques progrès depuis le temps où des historiens les ont visités et ont décrit leur état social, d'autres peuples et d'autres peuplades ne sont pas aujourd'hui plus avancés, et qu'il n'y aurait qu'à changer les noms sans presque rien changer aux faits pour avoir à toutes les époques un même état moral de choses dans les dernières couches de la civilisation humaine ? Pourquoi donc ne serait-il pas permis de regarder comme actuelles des mœurs qui peuvent n'avoir changé que fort peu, ou qui ont très vraisemblablement ailleurs des analogues qui nous sont inconnus ?

Quoique une révolution ait passé entre la rédaction de cet ouvrage et sa publication, nous n'avons pas cru nécessaire d'y rien changer ; il nous a semblé que ce qui était vrai avant 1848 l'est encore en 1860 : une théorie dont les principes sont pris de la raison, de ses idées universelles, éternelles, dépend peu des faits, et les faits qu'elle sert à juger, anciens ou nouveaux, ne sont pas de nature à faire modifier une théorie prise à cette hauteur. Nous ne sommes pas de ceux dont les principes varient avec les circonstances : le bien et le mal, le juste et l'injuste ont pour nous quelque chose d'absolu que ne peut atteindre aucune révolution. Seulement l'application des mêmes principes à des faits divers ou diversement envisagés peut et doit elle-même différer. C'est de ce double point de vue que l'esprit de notre œuvre doit être apprécié.

Si le temps et la réflexion sont pour quelque chose dans la chance de rencontrer le vrai, on conviendra que nous avons fait tout ce qu'il était moralement possible de faire pour la mettre en notre faveur, quand on saura que depuis plus de dix-sept ans nous nous occupons de la philosophie du droit criminel. En 1842 déjà nos principes étaient à peu près ce qu'ils sont aujourd'hui, comme on peut le voir par un compte-rendu que nous demandons au lecteur la permission de reproduire ici, d'autant plus qu'il s'y agit d'un ouvrage de l'un de nos plus éminents magistrats, d'une *Etude philosophique sur le droit de punir*, par M. A. G., aujourd'hui premier président d'une des principales Cours d'appel de l'empire, et que sa doctrine étant à beaucoup d'égards celle que nous professons, nous pouvons justement nous prévaloir de cette conformité. Nous n'apportons à la reproduction de cet article aucun changement essentiel.

L'auteur, disions-nous, admet « une justice absolue, et par conséquent le droit de punir d'après cette justice ; mais Dieu seul, ajouté-t-il, peut juger à leur juste valeur les actions des hommes, et les punir ou les récompenser comme elles doivent l'être... »

« L'homme n'étant pas le supérieur de l'homme, n'en peut être le juge. Il ne le connaît pas, d'ailleurs, assez intimement. Enfin, si l'homme pouvait juger l'homme, pourquoi l'un remplirait-il cette fonction plutôt que l'autre? et si ces jugements étaient divers, auquel faudrait-il donc s'en rapporter?... »

« Pour peu qu'on y réfléchisse, on demeure donc convaincu que l'homme n'a pas naturellement, à l'égard de l'homme, le droit de punir. »

Cependant « puisque Dieu, en voulant les sociétés, n'a pu vouloir la fin sans vouloir les moyens, ne doit-on pas rigoureusement en inférer qu'il a remis aux sociétés l'exercice de la justice, qui était la condition indispensable de leur existence? » Comme on le pense bien, l'auteur se prononce pour l'affirmative, et dit en conséquence « que le droit de punir consiste dans une délégation que Dieu a faite aux sociétés d'une partie de la justice, et que ce droit a pour objet de réprimer toutes les actions dommageables à l'existence régulière des sociétés... Il n'y a donc du ressort de la justice sociale que ce qui menace véritablement le lien de la société. » En sorte que Dieu n'a délégué aux hommes que le droit de punir nécessaire pour protéger les rapports sociaux...

« Ainsi, ce n'est pas le *mal moral* que l'homme est appelé à punir; cette tâche est celle de Dieu : le *mal social* seul doit être réprimé par l'homme... Comment expliquer autrement la peine qui frappe des délits purement sociaux, des délits qui ne sont point tels naturellement, mais bien par suite de la volonté du législateur? Exiger pour la légitimité du droit de punir une action essentiellement immorale, c'est commettre dans cette matière la plus déplorable des erreurs, par la confusion que l'on fait de la justice absolue appartenant à Dieu, et de la justice sociale livrée aux hommes. »

Toutes ces propositions, à part celles qui semblent subordonner le droit de punir à une sorte de délégation qui prêterait à de sérieuses difficultés si elle était prise à la

lettre, et qui, si elle est entendue figurément, jette une teinte de mysticisme sur le droit de punir et tend ainsi à l'obscurcir en l'affaiblissant; toutes ces propositions, disons-nous, sont vraies. Mais nous nous applaudissons surtout à la distinction du péché et du délit, de la morale et du droit, et à la nécessité d'écarter d'un code pénal tout ce qui est du ressort exclusif de la morale ou du for intérieur. Aussi l'auteur reprend-t-il avec autant de vérité que de force ceux qui, comme Kant, Rossi et M. Guizot, semblent soutenir qu'une peine n'est possible qu'autant qu'elle est moralement méritée. Il prétend à juste titre, s'il entend bien ces écrivains, qu'ils sont et doivent être très embarrassés d'expliquer toutes les peines portées contre des actes qui ne sont pas en eux-mêmes contraires à la morale, tels que la plupart des contraventions de police; beaucoup de délits, tels que la mendicité, le vagabondage, la vente d'un poison sans suivre les formes voulues par la loi; le débit sans diplôme de médicaments d'ailleurs bien préparés, le commerce par contrebande, la désertion dans le but de servir de soutien à de vieux parents, la banqueroute par suite de négligence dans la tenue des livres de négoce, etc. »

Avec son principe sur l'origine (ou plutôt sur la cause conditionnelle) du droit de punir, l'auteur, au contraire, n'est nullement en peine de justifier le code pénal d'un bout à l'autre. Il va même plus loin : il se montre d'une grande sévérité pour ce qu'on appelle délits politiques, parce qu'ils troublent à un haut degré l'ordre social. Il est pourtant vrai de dire qu'ils ne l'attaquent point dans son essence, puisqu'ils ne violent directement aucun droit civil. C'est pour cette raison, sans doute, que l'opinion est généralement moins défavorable aux délits politiques qu'aux délits civils. D'un autre côté, comme l'ordre public est la garantie des droits civils, et qu'attaquer cet ordre c'est compromettre les droits civils eux-mêmes, et jeter à des degrés divers la société dans l'anarchie, on comprend aussi la sévérité de la répression des délits politiques.

Revenons à la doctrine de la confusion de la morale et

du droit, justement combattue par M. G..... Il peut arriver qu'une loi soit peu d'accord avec la morale; sans doute le fait n'est pas ordinaire, mais il n'est pas non plus sans exemple, et l'on pourrait citer plus d'un cas où les conducteurs temporels des sociétés n'ont pu, sans manquer à leur mission, se conformer à certaines exigences de l'opinion générale. Eh bien! « dès qu'une action entraîne du mal social; quelle qu'elle soit dans l'échelle de la moralité, le législateur a le droit de la punir : le vice de cette justice, s'il en est un, se répare par la justice placée sous la garde de Dieu..... Le but de la peine sociale n'est donc pas, comme le croient les criminalistes dont nous avons déjà parlé, l'expiation; Dieu seul peut punir à ce titre; quant à l'homme, il ne peut avoir d'autre but, en punissant, que d'alarmer, d'intimider... » En punissant le mal social, en ne punissant pas autre chose, la peine doit « monter à un tel degré que la pensée du délit dans ceux qui seraient tentés d'y donner exécution soit contrebalancée par une énergique impression de crainte... Si la peine avait l'expiation pour objet, la mort ne suffirait pas pour les grands crimes, tandis qu'elle suffit dans le système de l'intimidation... » Encore une considération à l'appui de la même thèse : c'est qu'en prenant la morale pour critérium de la culpabilité sociale, on absout d'un seul coup ceux qui désobéissent à des lois qu'ils croient immorales; et Bossuet, en soutenant que toute loi n'oblige pas, « a écrit une page de lamentable durée, qui est destinée à servir de préface à toutes les théories possibles de l'insurrection. » A coup sûr il n'y a pas de droit contre le droit; mais qu'est-ce que le droit, si ce n'est « un établissement purement humain, l'ensemble des règles constituées par la justice sociale? »

Telles sont les idées principales du livre de M. G..... Il y a bien, dans l'ensemble, plusieurs propositions qui, sans occuper le premier rang dans la pensée de l'auteur, sont loin d'être aussi incontestables ou aussi peu importantes que l'auteur semblerait le penser. Nous ne nous

y arrêterons cependant pas. Qu'il nous suffise de dire que trois grands points de la théorie du droit pénal sont traités dans le livre de M. G..... : le motif, le but et la mesure de la peine. Le motif, c'est l'ordre social; le but, c'est l'intimidation; la mesure, c'est la suffisance même de l'effet voulu par la peine.

Après avoir rapporté ce qu'on peut regarder comme les propositions essentielles de l'auteur sur ces trois points capitaux, nous hasarderons quelques réflexions critiques. Nous nous demanderons d'abord s'il n'eût pas été convenable de déterminer d'une manière tout à la fois plus large et plus précise, *à priori* ou tout au moins historiquement, les différents motifs assignables de la peine? Ces motifs, si nous ne nous trompons, sont au nombre de six simples. En effet, on peut punir et l'on punit en réalité : 1° par vengeance, 2° dans des vues expiatoires, 3° au nom de la justice, 4° au nom de l'utilité sociale, 5° par droit de défense, 6° avec le dessein de corriger moralement le coupable. Combinez tous ces motifs deux à deux, trois à trois, etc., et vous obtiendrez en outre trente-quatre motifs composés. En tout quarante motifs, entre lesquels l'éclectisme le plus difficile peut choisir.

La vengeance est le fruit du ressentiment, de la colère, de la haine; ce n'est qu'à une époque de civilisation déjà avancée qu'elle se colore souvent d'autres motifs; tels que celui de la justice, de la défense de soi-même ou d'autrui, de la sécurité et de l'utilité publique.

La justice considérée comme motif de la peine sociale n'est que l'application des notions d'égalité et de réciprocité, application qui conduit tout droit au talion comme à l'unique mesure véritable de la peine. Aussi n'est-ce que par inconséquence que certains partisans modernes de la justice pénale ont reculé devant un talion intelligent et moral. Ce qu'il y a de blâmable dans le talion, c'est la lettre, si l'on peut ainsi dire, mais pas l'esprit. Or, on manque à cet esprit dès qu'on ne tient compte que de l'acte extérieur et non de l'intention de l'agent. Souvent, d'ailleurs, le talion

ne pourrait être appliqué sans que les mœurs en fussent cruellement outragées; c'est alors qu'il faut recourir à l'analogie. Mais, je le répète, si la justice doit présider à la peine; si l'on veut que l'échelle de la pénalité soit en parfaite harmonie avec celle des délits et des crimes; si le principe de l'égalité proportionnelle doit présider à la distribution de la justice pénale, comme à celle de la justice civile; si l'on veut, enfin, bannir l'arbitraire de nos codes criminels: il est nécessaire de se régler, de près ou de loin, sur une sorte de talion. Moïse et Platon l'avaient compris. Kant, à la fin du siècle dernier, a eu le courage de rappeler ce principe essentiel, et plusieurs autres penseurs ont suivi son exemple. Il est plus facile de déclamer contre cette base de la mesure de la peine que d'en démontrer la fausseté, surtout quand on veut asseoir la peine elle-même sur le principe de la justice comme rétribution toujours possible, sinon toujours nécessaire, du mal physique occasionné volontairement, par un mal de même nature, ou comme attraction nécessaire du mal physique par le mal moral et social tout à la fois, ce qui est le principe d'expiation.

Nous avons longtemps admis ce dernier principe, entraîné que nous étions par l'autorité d'hommes de la valeur de Kant, et de MM. Rossi, de Broglie et Guizot. Longtemps nous avons regardé cette proposition: « Tout mal moral appelle un mal physique, » comme un de ces principes *à priori*, suprêmes, qui doivent être admis purement et simplement à titre de vérités premières et absolues. Nous devons dire, néanmoins, que de nouvelles réflexions nous ont conduit à penser que le mal physique est absolument impropre à réparer le mal moral; que ce sont là deux choses de nature entièrement différente, qui par conséquent ne se compensent point, ne se représentent point mutuellement. Toutefois, on ne peut disconvenir de la vérité de cette autre proposition: « Il est juste que le mal que tu as voulu faire à ton semblable retombe sur toi. » Mais est-ce à titre de compensation que cette justice se proclame? Point du tout: c'est au nom du principe seul de l'égalité. Il ne s'agit plus ici du

rapport entre le mal moral et le mal physique dans le coupable, comme tout à l'heure, mais seulement de l'égalité du mal physique dans l'agent et dans le patient. C'est donc le mal physique qui est comparé à lui-même, ici et là. Il ne s'agit plus de choses hétérogènes. L'équation est logiquement possible. On dit, de plus, qu'elle *peut* être réellement; c'est ce que signifient les mots: il est juste. Par là, en effet, l'égalité ne serait point violée. Mais on sent aussi que cette égalité ne *doit* pas être nécessairement, du moins de la part de l'homme; qu'en tout cas, si le mal physique infligé à l'agent coupable dépassait le mal souffert par le patient, qui a été sa victime, il y aurait inégalité, défaut de proportion, de *justesse*, et par conséquent de *justice*.

Ainsi punir, dans le sens que nous venons d'indiquer, est un *droit* pour l'homme, mais ce n'est pas un *devoir*. Tel est le premier sens du mot *justice* en droit pénal: on *peut* punir; on ne blesse pas la justice en punissant. Mais si l'on se décide à punir, c'est un *devoir* de ne pas faire souffrir au condamné un mal qu'il n'a pas causé ou voulu causer; autrement l'égalité serait violée, et une partie de la peine serait sans raison. Telle est la seconde acception du mot *justice* en droit criminel. Je ne lui en reconnais pas d'autre, et j'en ai donné ailleurs la raison¹.

Nous résumons ces deux points de vue de la justice en disant: On *peut* punir, mais *il faut* le faire justement. Ce dernier mot n'indique évidemment qu'un rapport d'égalité. Non pas qu'il faille *atteindre* cette égalité; il faut seulement *ne pas la dépasser*: si l'on peut punir, on peut à plus forte raison rester au-dessous de la juste peine qu'on aurait pu infliger.

Mais la peine est-elle donc facultative, et la société n'est-elle pas *obligée* de punir? Ici, trois personnes sont en présence: le coupable, le plaignant et la société. Si l'on retranche cette dernière, la question revient à savoir si celui dont les droits sont lésés par le fait d'autrui est obligé de

¹ V. *Ethique, ou Science des Mœurs*, p. 384 et s.

punir celui qui l'a offensé. Nous venons de voir qu'il ne l'est pas. La société pourrait-elle, à son tour, être tenue de faire pour l'offensé ce qu'il n'est pas obligé de faire lui-même, encore bien qu'il le puisse? Distinguons : si la plainte est possible et qu'elle n'ait pas lieu, si d'ailleurs le bon ordre n'a pas à souffrir de l'impunité (ce qui est fort rare), la société n'est pas obligée de punir. Mais comme la punition est de droit, comme, d'un autre côté, la société défend à chacun de ses membres en particulier de se faire justice à lui-même quand il peut l'attendre d'elle, elle est obligée de sévir si elle en est requise, s'il y a plainte. Elle l'est encore lorsque l'offensé a été dans l'impuissance d'agir, parce que l'usage du droit se présume plutôt que son non usage, surtout en matière grave. Elle est encore obligée d'agir si l'intérêt public l'exige. Elle peut donc agir, en matière de justice criminelle, à deux titres : ou comme investie du droit ou plutôt de l'exercice du droit des particuliers, ou comme chargée de veiller au bon ordre social. En dehors de ces deux qualités, ses obligations cessent à cet égard.

On nous contesterait peut-être la première de ces conditions en disant, avec Romagnosi, que personne n'a le droit de punir son semblable ; qu'un individu à l'égard d'un autre n'a que le droit de défense personnelle, et qu'un tiers, à moins qu'il ne soit le supérieur du coupable, ne peut, à plus forte raison, lui infliger une peine.

Nous pensons, au contraire, que la punition telle que nous l'entendons, c'est-à-dire l'égalité dans la lésion, est de droit naturel, et que la société, ou un supérieur quelconque, est parfaitement inutile pour qu'elle puisse être licitement infligée. Mais nous reconnaissons qu'il y a peu de garantie qu'elle le soit sagement, équitablement, si elle part d'une main irritée. On a donc ici confondu le droit de punir avec les garanties de la justice de la peine. Si l'individu n'avait pas le droit de peine, la société elle-même n'en pourrait être investie. Il en serait de même, à plus forte raison, si par droit de punir on entendait le droit de défense person-

nelle. Mais si le particulier exerçait ce droit, qui lui est personnel, mais droit redoutable, celui qui serait atteint de la peine pourrait souvent en souffrir au-delà de son démerite. D'autres fois la peine serait impossible, et plus le crime mériterait châtement, plus il aurait de chances de rester impuni. Il fallait, dans l'intérêt de la justice à tous égards, dans l'intérêt de l'ordre public, que la société fût investie de l'exercice du droit de punir.

Examinant une autre base du droit pénal, l'*expiation*, l'auteur en admet la vérité, mais en morale ou en justice absolue seulement, c'est-à-dire de la part de Dieu : « La souffrance, dit-il, comme tenant de la nature du mal, la réparation comme voie de la destruction du mal, tel est l'entrelacement mystérieux que l'on aperçoit dès qu'on cherche à sonder le problème de la justice absolue. Réparer, expier, souffrir, ces mots marquent dans toutes les langues le caractère vrai d'une peine. »

Tous les mystiques ont fondé la raison de la peine sur la nécessité de l'expiation. Mais quand on leur demande ce qu'ils entendent par expiation, ils répondent comme la plupart des partisans de la justice, c'est-à-dire par la confusion et l'identification même de deux choses qui n'ont absolument rien de commun, le mal physique et le mal moral. Supposons que le coupable endure toutes les peines qu'il plaira d'imaginer, mais qu'il chérisse son crime du fond de son cœur, cessera-t-il d'être coupable, et son crime sera-t-il expié, sera-t-il même expiable dans cette hypothèse? Si peu, évidemment, que Leibniz n'a pas trouvé de meilleure raison que celle-là pour essayer de justifier l'éternité des peines dans la vie future. Ce n'est donc pas la peine qui fait disparaître le mal moral dans l'homme ; c'est le seul changement d'intention. Une fois donc que cette intention est changée, que l'état moral du coupable n'est plus le même, qu'il y a *conversion*, comme le dit aussi justement qu'énergiquement la théologie chrétienne, à quoi peut servir la peine, et quel sens peut dès lors avoir le mot *expiation*? Il nous est impossible, quant à nous, de lui en trouver aucun,

à moins de tomber dans cette espèce de réalisme grossier qui fait regarder le mal moral comme une *tache*, comme une *souillure*, et le mal physique comme un agent chimique propre à l'enlever. Réalisme mystique, tel est donc le caractère du système pénal fondé sur l'expiation.

Est-ce à dire, toutefois, que les peines soient d'une complète inutilité pour le changement moral? Nullement; mais elles ne sont pas alors employées comme *fin* obligatoire ou nécessaire en soi; elles ne sont plus que des *moyens* pour une fin qui leur est étrangère. Elles n'ont donc plus, à cet égard, qu'une valeur hypothétique, conditionnelle, et pas du tout de valeur absolue, comme le pensent les mystiques. C'est un point que nous croyons encore avoir mis ailleurs hors de doute¹.

Nous ne pouvons donc partager l'opinion de l'auteur sur le caractère de la nécessité *absolue* de la peine considérée non plus comme rétribution équitable d'un mal physique pour un autre mal physique occasionné volontairement, mais comme ayant sa raison dans la seule perpétration d'un mal moral, sans égard à l'amendement moral qui pourrait en être la conséquence.

L'auteur ne veut pas non plus entendre parler de l'utilité sociale comme raison de la justice pénale (p. 11). Cette thèse présente un sens très vrai. Mais, ou je me trompe fort, ou l'intimidation n'est cependant pas autre chose qu'une raison d'utilité; l'auteur, sans doute, ne veut pas qu'on intimide pour intimider, mais parce qu'en inspirant la crainte on fait respecter le droit. Il n'est pas ici question, en première ligne du moins, de l'intérêt moral du condamné; la peine n'a pas alors pour fin principale de l'amender, sans quoi la peine de mort devrait être rayée d'un code pénal dont l'intimidation serait la base. L'auteur nous semble donc être beaucoup plus utilitaire en droit pénal qu'il ne le pense.

Distinguant avec raison le droit de *défense* du droit de

¹ *Ethique*, ou *Science des Mœurs*, p. 384 et s.

punir proprement dit¹, M. G..... repousse aussi cette base du droit pénal admise par Beccaria, Mably, Rousseau, Blackstone, Philipps, Romagnosi, etc. Mais en cet endroit même il ne distingue peut-être pas assez la réparation du préjudice fait à autrui d'avec la peine, deux choses fort différentes. Dans tous les systèmes possibles de droit pénal d'avec la réparation du préjudice est admise, et au même titre l'indemnité; tandis que la peine n'est considérée comme restitution ou satisfaction que sous le point de vue mystique de la justice absolue personnifiée en Dieu, qui voudrait se dédommager d'un mal moral par un mal physique. Le plaisir de la vengeance pourrait aussi être envisagé comme une satisfaction de ce genre, en sorte qu'il serait très possible qu'il y eût plus d'anthropomorphisme et de sensualisme qu'on ne pense dans la théorie métaphysique de la justice pénale absolue.

Il nous semble aussi que M. G..... ne détermine pas d'une manière assez précise la théorie de la *défense indirecte*, dont les principaux représentants, suivant lui, seraient Pastoret, Comte et M. Lucas. Ce système nous paraît avoir un caractère mixte, et pouvoir se formuler ainsi : La défense réglée par la justice.

Enfin, notre criminaliste philosophe oublie, dans l'énumération et l'examen des systèmes de pénalité sociale, celui qui se fonde sur l'amélioration possible du coupable, et qui fait à la société un devoir de l'essayer. Mais ce système présente deux faces, suivant qu'on nie que la société ait le droit de punir, ou que, tout en reconnaissant ce droit, on pense qu'elle doit aussi tenter l'amendement du condamné. Le premier de ces systèmes est professé par M. Henke, de Berne, entre autres; le second par la plupart des partisans du système pénitentiaire.

S'il nous était permis d'avoir une opinion dans une question aussi controversée, nous serions d'avis que la *peine*

¹ A moins de considérer la peine comme une défense préventive, ce qui est peu naturel.

entendue comme il a été dit précédemment doit être la base de tout code pénal ; qu'elle doit être régie par la *justice*, tempérée même par l'*humanité*, décrétée et appliquée seulement lorsqu'elle est *utile*, et servir d'occasion pour essayer de *ramener* le coupable au *bien*.

Si maintenant nous passons à d'autres points du livre estimable que nous examinons, nous partagerons pleinement l'avis de l'auteur lorsqu'il ne veut de peine que pour les délits sociaux. Il serait excessivement dangereux, en effet, de sanctionner la loi morale tout entière par le code pénal. La société n'a rien à voir à la manière dont je remplis ce qu'on appelle les devoirs religieux et les devoirs réfléchis ou envers moi-même : elle n'y est point intéressée directement. Elle ne peut pas davantage, licitement du moins, me forcer à la bienfaisance, parce que je n'y suis pas tenu au nom du droit, et qu'en refusant de l'exercer je garde le *mien*, sans préjudice aucun pour le *sien* d'autrui. Forcer à la bienfaisance, et punir autrement que par un juste mépris, c'est-à-dire moralement, celui qui s'abstient de tout acte de cette nature, serait commettre un attentat contre la propriété ou en nier le droit. Nous ne tenons ici aucun compte des considérations d'*intérêt public*, de *prudence*, de *solidarité* qui peuvent parfois, mais exceptionnellement, exiger que chaque citoyen fasse certains sacrifices dans un intérêt d'ordre public supérieur.

Du reste, en restant fermement attaché à la notion de droit dans la détermination de la justice pénale et des actes auxquels on peut légitimement l'appliquer, nous n'entendons pas en exclure un caractère de moralité au moins négative. Le droit pénal, comme le droit civil, comme tout droit possible, doit avoir ce côté moral négatif ; c'est-à-dire qu'il doit au moins n'être *pas immoral*. Mais tout ce qui est moral, d'une moralité positive surtout, n'est pas du ressort du droit. Il n'y a donc pas réciprocité entre le droit et la morale. Ajoutons que le législateur est quelquefois soumis à des nécessités telles qu'il est alors obligé, pour éviter un plus grand mal, de consacrer une injustice possi-

ble ; c'est ce qu'il fait en particulier quand il veut que la forme emporte le fond. Il est obligé, par respect pour la justice même, de fermer les yeux sur l'exercice d'un *summum jus* qui est souvent inique, et plus souvent encore inhumain. Enfin, il n'a pas le droit de s'opposer à ce que chacun dispose librement de ses droits. Et combien n'en est-il pas qui manquent, en usant de leurs droits, à la prudence et à d'autres vertus morales plus sacrées encore ! Or, cependant, la règle *Volenti non fit injuria* est vraie en droit, d'une vérité absolue, et ce n'est qu'en confondant le droit avec la morale qu'on a pu croire qu'elle était sujette à des exceptions. Je le répète donc, et après y avoir longtemps et mûrement pensé, ces exceptions n'existent pas en droit. Mettra-t-on maintenant le législateur, le juge dans la nécessité de se guider plutôt d'après la morale que d'après le droit, plutôt d'après l'équité que d'après la légalité, de consulter plutôt le devoir (*officium*) que l'obligation (*obligatio*) ? Qu'on essaie, et l'on ne tardera pas à voir l'arbitraire prendre la place de la justice et du droit ; on verra les religions positives pénétrer dans les codes, dans les tribunaux, et avec elles l'intolérance, l'inquisition et toutes les autres barbaries des temps d'ignorance et de superstition. Sachons-le donc bien, la justice seule, c'est-à-dire le droit social strict, doit inspirer le législateur et le juge. C'est à la conscience morale des particuliers à ne pas user de ce droit quand il se trouve répugner aux lois de la morale.

Si nous pensons avec M. G..... qu'il est nécessaire de distinguer la justice d'avec la morale, nous ne pouvons convenir avec lui que l'homme n'ait pas naturellement le droit de punir, et qu'il ne possède ce droit qu'en vertu d'une délégation que Dieu lui en aurait faite. Si la société est naturelle, si elle ne peut subsister convenablement sans une justice criminelle, la peine n'est-elle pas elle-même logiquement nécessaire, et par conséquent *naturelle* ? Qu'entend-on par délégation divine, et le terme n'est-il pas impropre en dehors de la révélation ? Et, d'un autre côté, y

mande à être reconnu, à passer dans les lois, dont les prescriptions sont les meilleures possibles, parce qu'elles sont les plus justes absolument, droit à l'entière application duquel le législateur doit tendre sans cesse, en améliorant son œuvre suivant que ses lumières et les circonstances sociales le lui permettent. Nous repousserions donc de toutes les forces d'une conviction profonde cette proposition que « tout droit n'est qu'un établissement purement humain, l'ensemble des règles constituées par la justice sociale, » si l'on voulait dire par là qu'il n'y a pas un droit naturel, indépendant de toutes les conventions, de toutes les législations humaines; qu'il n'y a pas une justice sociale *a priori*, en dehors des décisions humaines; que ces décisions portent, ou sur des principes, des lois, ou sur des conséquences, des applications des lois, sur des jugements.

Un point très important nous reste encore à examiner, c'est l'intimidation comme but principal de la peine. Déjà nous avons dit qu'à cet égard l'auteur est utilitaire. Mais il y a, ce nous semble, un reproche beaucoup plus grave à faire à ce système : c'est de n'avoir pas son point de départ dans la justice, et de ne pas pouvoir fournir d'unité de mesure pour établir une échelle de pénalité convenable. On veut intimider ! C'est là, dit-on, le but principal de la peine ! On laisserait donc impunis les crimes dont la peine n'intimiderait personne ! On laisserait impunis ceux qui seraient si atroces qu'on ne peut admettre qu'ils aient facilement des imitateurs ! — Nous ne savons pas, dit-on, s'il n'y aura pas d'imitateurs. — On ne punira donc que sur une simple présomption ! La raison principale de la peine est dans le délit, dans le passé, et on la cherche dans l'intimidation, dans l'avenir ! elle est certaine, et l'on en prend une incertaine ! — Allons plus loin. Si l'on veut, avant tout, intimider en punissant, convenons de deux choses : c'est que plus un délit ou un crime est fréquent, plus il importe d'intimider, et que ce motif s'affaiblit en raison de la rareté du fait ; c'est encore que plus la peine sera terrible, plus elle sera propre à in-

timider, et qu'il faudra l'élever jusqu'à ce qu'elle soit suffisamment redoutée.

Quelles sont maintenant les conséquences de pareilles prémisses ? C'est que les délits les plus vulgaires sont plus essentiels à punir que les crimes les plus atroces. C'est que la peine ne connaît de mesure que son efficacité extérieure même ; quelle doit se régler, quant à son degré, non sur la nature de la faute, mais sur l'effet qu'on veut obtenir. Le coupable ne sera donc, entre les mains du législateur, qu'un instrument, un épouvantail pour ceux qui seraient tentés de l'imiter. La peine ne serait plus édictée et infligée parce qu'elle est de droit, parce qu'elle est juste en soi, parce qu'elle est quelquefois nécessaire, mais uniquement, ou tout au moins essentiellement, à titre de moyen pour une fin qui lui est complètement étrangère. C'est là, il faut en convenir, faire trop bon marché de la justice et des droits mêmes du coupable ; c'est mépriser complètement ceux-ci, et vendre celle-là pour le profit qu'on en espère. Non, cela n'est pas possible ; et nous sommes sûr que l'éminent magistrat, en prenant, après d'autres, l'intimidation pour base du droit pénal, n'entend point descendre aux conséquences extrêmes que nous venons de signaler. Cette abstention suffit sans doute pour éviter les excès qui découlent d'un principe lui-même excessif, mais non pas pour en corriger logiquement le vice. Quoi qu'on en dise, nous pensons que la logique, en théorie, au point de vue de l'idéal, n'a jamais tort, et que lorsqu'on l'accuse des conséquences erronées ou inadmissibles absolument qui en découlent, on met sur son compte des torts qui ne lui sont pas imputables : ce sont les principes qu'il faut accuser, et non l'instrument qui leur fait rendre ce qu'ils contiennent.....

- Telle est la doctrine que déjà nous professons il y a plus de quinze ans sur les questions fondamentales en matière de droit pénal. Nos études ultérieures n'ont fait que les confirmer. Nous avons donc amplement mis en pratique le *nonum prematur in annum* d'Horace. Nous avons fait plus

et mieux, puisqu'il nous a été permis de soumettre notre travail à l'un des premiers corps savants du pays. Il a bien voulu reconnaître dans notre œuvre « un style ferme, une science profonde, une intelligence exercée aux méditations de la philosophie du droit, une méthode tracée d'une main sûre, un travail soigné et habile, un traité remarquable de doctrine, où la théorie et la critique marchent de front et se prêtent un mutuel secours pour faire connaître l'essence, les règles et les applications du droit criminel. » Nous serions heureux si ce jugement émané d'hommes dont la compétence est incontestable était confirmé par celui du lecteur. Il suffira du moins, nous l'espérons, pour nous faire excuser d'avoir une fois de plus affronté les périls de la publicité. Quoi qu'il arrive, nous croyons avoir fait œuvre utile. C'était du moins notre intention.

Nous aurions voulu, pour rendre notre ouvrage plus digne de l'attention des criminalistes philosophes, mettre plus largement à profit les estimables travaux qui se sont accomplis en Europe, particulièrement en Allemagne, sur cette branche du droit, dans ces derniers temps : ceux de Stubél, de Feuerbach, de Klein, de Kleinschrod, de Grolman, de Tittman, de Bauer, qui sont d'un caractère plus particulièrement philosophique; ceux de Klenze, Marzeoll, Abegg, Heffter, Luden, Koestlin, Berner, d'un caractère historique plus marqué; ceux de Martin, Henke, Mittermaier, Birbaum, Hepp, Welcker, Hufnagel, Werner, etc., où l'érudition, la connaissance des législations et de la jurisprudence pratique tiennent une plus grande place. Mais le temps et l'espace nous ont manqué. Et quand nous aurions eu les loisirs nécessaires pour mettre à profit tous ces ouvrages, d'autres œuvres non moins estimables seraient bientôt venues réclamer la même attention et nous sommer d'ajourner encore notre publication. De cette manière, le temps de parler pour notre compte ne serait jamais venu. Je veux bien qu'il n'y eût pas eu grand mal à cela; mais en voyant la chose de plus haut, en raisonnant

en thèse générale, il faut ou se condamner à un silence perpétuel, ou se résigner à ne pas connaître ou tout au moins à laisser ignorer des travaux estimables. Le principe de toujours apprendre sans essayer jamais d'enseigner, s'il était généralisé, aurait bien plus d'inconvénients que celui de parler sans connaître et sans faire connaître tout ce qu'il y aurait de bon à savoir et à répandre. Il suffit de laisser à chacun et à chaque génération la sache. Nous avons essayé jusqu'ici de remplir la nôtre, en oubliant trop peut-être ce qu'il y a de personnel dans cette maxime du sage Caton :

*Res age quæ prosunt; rursus vitare memento
In quæ error inest, nec spes est certa laboris.*

Heureux encore si ce désintéressement pouvait un peu désarmer la critique, et nous épargner le reproche de ne pas nous être assez pénétré de cette autre maxime du même sage :

*Quod potes, id tenta; nam litus carpere remis
Tutius est multo, quam velum tendere in altum.*

Dijon, le 16 novembre 1859.

LIVRE PREMIER.

DES DÉLITS.

CHAPITRE I.

Essence du délit; ses conditions.

SOMMAIRE.

1. En quoi consiste le délit dans le sens le plus étendu de l'expression. — Dénomination et définition provisoires.
2. Raison probable de la confusion du droit naturel et de la morale, même de la morale religieuse.
3. La morale religieuse et la morale privée sont en dehors du droit naturel, à plus forte raison en dehors du droit positif.
4. Le souverain n'a pas mission directe de faire régner les bonnes mœurs; en voulant les épurer par la force, il les corrompt.
5. Définition plus achevée du délit, et conditions qu'en conséquence il suppose.
6. Toutes ces conditions sont loin d'être respectées par les législations barbares.
7. Ce que la loi doit défendre ou ordonner en général.
8. Tous les droits sont également sacrés comme droits.

Il y a délit, dans l'acception la plus large du mot, toutes les fois qu'il y a manquement volontaire, suffisamment éclairé et suffisamment libre, au droit d'autrui.

Du reste, le mot *délit* reçoit ici une acception universelle qui n'est pas la plus ordinaire dans le langage juridique de notre législation. Le délit, tel qu'il est défini par le Code pénal, n'est qu'une espèce particulière d'infraction à la loi; il y en a deux autres encore, les contraventions et les crimes. Les délits proprement dits tiennent le milieu entre ces deux extrêmes. Nous reviendrons sur ce point en parlant de la division de délits en général. Il suffit de savoir dès maintenant que par délit nous entendons toute espèce de manquement à la loi¹.

¹ Le mot *infraction* semblerait, d'après l'article 1^{er} du Code pénal, avoir cette signification générique dans la pensée du législateur français. Mais outre que ce mot ne s'emploie guère sans complément, nos criminalistes, d'accord avec les criminalistes étrangers, n'ont pas fait difficulté d'employer le mot

C'est parce qu'on l'entendait ainsi, et qu'on ne distinguait pas d'ailleurs dans la loi naturelle, entre le précepte de l'honnête et celui du juste, parce qu'encore on sentait qu'il est convenable ou *juste* de remplir tous les devoirs qu'elle impose, et par conséquent *injuste* dans le même sens de ne les remplir pas, qu'on fut très-facilement conduit dès le principe à faire entrer dans les lois positives, expression plus ou moins fidèle de la loi naturelle, toutes les prescriptions de cette dernière.

On dut aisément tomber dans cette confusion, par la raison encore que l'on ne distinguait point dans les anciens temps le prêtre d'avec le prince, le sacerdoce d'avec l'empire, et que princes et prêtres étaient persuadés qu'il n'y avait rien de mieux à faire, dans l'intérêt public, qu'à mêler aussi étroitement que possible le culte, les mœurs et les lois, c'est-à-dire à faire entrer dans la législation, non-seulement les prescriptions qui ont la justice pour objet, mais celles encore qui ne concernent que la piété et l'honnêteté. Tout cela devint donc au même titre une affaire d'autorité publique, une question d'obligation civile ou de justice sociale. Et le pouvoir civil, qui est investi du droit de faire respecter la justice, devait, à ce compte, punir tous les manquements à la loi purement morale et religieuse, tous ceux du moins qu'il pourrait atteindre.

Comme il a de plus la mission de procurer le *bien public*, et qu'il n'y a pas de plus grand bien que les bonnes mœurs et la religion qu'il en regardait comme le principe ou la con-

délit dans le sens générique que nous lui donnons, quand ils ont senti la nécessité d'une expression de cette portée (par exemple dans l'article 1^{er} de la loi du 13 brumaire an IV; dans les articles 59, 226 et 227, 307 et 308 du Code d'instruction criminelle). C'est dans le même sens que l'emploient BECCARIA, BENTHAM et son traducteur, ROMAGNOSI, CARMIGNANI, ROSSI et d'autres juriconsultes. On est en cela d'accord avec la langue commune, qui donne cette acception générique au mot *délit* (Dictionn. de l'Acad. — RAUTER, *Traité de droit pénal*, t. I, p. 81). Le mot *delictum* des Latins avait une acception plus large encore, au moins dans la langue commune, ainsi qu'on peut le voir par l'emploi qu'en font les auteurs classiques, HORACE, par exemple. En droit romain il avait, comme chez nous, une acception générale et une spéciale; peut-être même la seconde était-elle plus usitée que la première. C'est le mot *injuria* qui répondrait le mieux, dans la nomenclature des lois romaines, à la signification la plus large de notre mot *délit*: *nam generaliter injuria dicitur omne quod non jure fit* (liv. I, D., *De injur.*). Le mot *méfait*, employé par quelques criminalistes, nous semble appartenir plutôt à la langue morale et commune qu'à la langue juridique et spéciale.

dition, les législateurs se persuadèrent aisément, par cette autre raison, qu'ils devaient faire entrer les délits *religieux* et *moraux* dans leurs Codes.

Il ne s'agissait pas seulement, à leurs yeux, des délits contre la religion et la morale naturelles, mais encore, mais particulièrement, des délits contre la religion positive et ses préceptes. En effet, la loi naturelle fait un devoir moral d'accepter une religion positive lorsqu'elle est révélée; les ministres de cette religion, surtout quand ils passent pour être inspirés, à l'abri de l'erreur, sont dès lors les dépositaires d'une très-grande autorité morale; ils sont donc par là au-dessus des princes. Ceux-ci le reconnaissent. Ils acceptent du moins la religion positive comme règle de leur conduite, et se croient obligés de la faire respecter et fleurir.

Ajoutons qu'une fois engagé dans cet ordre d'idées, on n'a pas dû s'en tenir là, et qu'il a été fort naturel de penser que la société est faite pour la religion et l'homme pour la société. Mais c'est l'inverse: la société et la religion sont instituées pour l'homme. Ayant pour but de l'aider à atteindre sa fin, elles ne sont pour lui qu'un moyen.

Toute la liberté compatible avec l'ordre public doit donc être laissée aux membres de la société. Liberté donc de suivre sa conscience dans le choix d'une religion positive, dans le culte public propre à cette religion; liberté de se détacher de toute religion positive et de tout culte, de rejeter jusqu'à la religion naturelle même; liberté d'appeler la critique sur ses opinions personnelles, avec la chance d'être dé trompé si l'on est dans l'erreur, ou d'être confirmé dans ses convictions ou dans sa foi si l'on est dans le vrai.

De même, en ce qui concerne la morale privée, l'individu ne doit compte qu'à Dieu et à sa conscience des actes qui ne portent aucune atteinte directe aux droits d'autrui, qui ne le lèsent dans aucun de ses biens, qui ne mettent aucune entrave à l'exercice de ses droits, à l'usage et au développement légitime de ses facultés.

Sans doute qu'en usant de cette liberté on peut se tromper et manquer gravement à la morale; mais les inconvénients du système répressif en ces sortes de choses sont bien autrement graves.

Le législateur n'a pas qualité pour imposer ses vues, ses

opinions en matière de religion naturelle : comme *homme*, il n'a sur ce point que les idées ou les préjugés du sens commun; comme *philosophe*, il n'a que des convictions systématiques qu'il peut chercher à établir scientifiquement, mais qu'il serait irrationnel d'imposer; comme *législateur*, il n'a pas d'autre mission que de faire régner la liberté par l'ordre, et l'ordre par la liberté, c'est-à-dire l'un et l'autre par la justice. Tout prétendu bon ordre qui serait contraire à l'exercice d'une liberté inoffensive serait donc une erreur et une injustice. Il serait un prétexte tyrannique si l'on s'en prévalait pour contrarier une liberté individuelle qui ne s'oppose pas au légitime déploiement des autres libertés de même nature.

Le prince a moins qualité encore, si faire se peut, pour imposer ses convictions religieuses positives. Il n'est pas infail-
lible; il n'a en principe que des opinions, des préjugés qui peuvent n'être pas plus fondés que ceux des simples particuliers.

Il ne suffirait pas d'ailleurs qu'il *fût* dans le vrai, ni même qu'il *sût* y être, pour qu'il eût le droit d'imposer ses croyances. Cet état serait un bonheur, un heureux privilège pour lui, mais ce privilège ne pourrait être un droit de le faire partager dans une certaine mesure par des moyens violents.

Il y a même contradiction dans l'énoncé : être *obligé*, contraint physiquement de partager des *croyances* ! Mais rien n'est moins accessible à la violence extérieure que la pensée.

Le législateur qui met la force à la place de la persuasion, qui veut faire du prosélytisme avec le glaive, n'est qu'un tyran fanatique, qui peut outrager ou avilir des consciences, faire des martyrs ou des hypocrites, mais qui ne fera jamais des hommes vraiment religieux.

La bonne foi avec l'erreur vaut mieux pour la moralité privée ou publique que le défaut de sincérité avec toutes les apparences de la vérité, avec la vérité même. Ce n'est pas la religion qu'on *professe* qui est le plus utile aux mœurs, fût-elle la plus vraie; c'est celle que l'on *croit*, fût-elle fautive en beaucoup de points. Or la contrainte suppose que la conviction n'existe pas; en sorte que celui qui la subit se trouve condamné à professer l'erreur, une erreur relative au moins, et par le fait à se mépriser soi-même comme coupable de lâcheté ou d'hypocrisie.

Le législateur veut-il, au contraire, arriver à son but par la persuasion, pourquoi donc employer la violence? Pourquoi y recourir, même pour forcer simplement à recevoir l'instruction? Est-il bien sûr d'abord qu'il ne prend pas sa *croyance* à la vérité de ses opinions religieuses pour la *certitude* de ces mêmes opinions? Comment pourrait-il avoir à cet égard la moindre assurance? De quelle autorité, d'ailleurs, pourrait-elle être à l'égard de ceux qui ne la partagent point? L'iniquité est bien autrement énorme lorsqu'il autorise un parti religieux à user de violence pour endoctriner les simples du parti contraire, sans accorder à ce dernier la même faculté. Il l'accorderait qu'il y aurait simplement égalité dans l'injustice, égale oppression de la liberté. C'est au contraire l'égalité dans la liberté que le souverain doit établir et protéger.

Une autre espèce d'intolérance qui n'est pas aussi universellement réprouvée que l'intolérance religieuse, c'est celle qui se prévaut du bien général pour faire régner les bonnes mœurs par la force publique.

Et cependant qu'est-ce qui fait la moralité d'une action, si ce n'est l'intention? Quelle prise Dieu a-t-il laissée au législateur sur le for de la conscience? Évidemment il s'est réservé à lui seul de nous juger à cet égard. Comment d'ailleurs atteindre les actes de la vie privée? comment les rechercher et les poursuivre sans se livrer à des investigations inquisitoriales, aussi odieuses qu'impuissantes, dont l'effet nécessaire serait de semer la haine et la division jusqu'au sein de la famille?

Le législateur n'a donc pas mission directe de faire régner la morale; sa grande affaire, c'est la justice, et encore la justice matérielle plutôt que la formelle.

Qu'il contribue de tout son pouvoir au règne des bonnes mœurs, en faisant répandre une saine instruction morale, convenable à tous les citoyens sans distinction de culte, c'est son droit, c'est son devoir; mais qu'il force par des peines au respect de la morale, dans les cas où la juste liberté d'autrui ne reçoit aucune atteinte, c'est ce qui dépasse son droit, son devoir et sa puissance.

Remarquons en outre que le législateur qui croit servir les mœurs par cette voie les corrompt. En effet, 1° on peut mettre en principe que la menace et la peine en général avilissent et indisposent l'homme, le rendent lâche et méchant. Raison de

plus de n'ériger en délit que les actes dont la liberté extérieure exige impérieusement la répression. 2° La contrainte, lors surtout qu'elle n'est pas d'une évidente nécessité, fait prendre en haine ce qui la provoque et celui qui l'exerce, par conséquent ici les bonnes mœurs et le pouvoir qui veut les répandre. 3° Pour exercer cette violence avec quelque succès apparent, il faudrait recourir à l'espionnage, à la dénonciation et aux autres moyens qui en sont les accessoires indispensables. Or il est certain que le lien social reçoit une bien plus forte atteinte de cet esprit de défiance et d'hostilité générale que de la liberté des mœurs. La meilleure preuve que la législation civile corrompt les mœurs et la religion quand elle les impose, c'est l'infériorité morale et religieuse des peuples où cet usage théocratique règne encore, par rapport aux nations où la loi civile est enfin rentrée dans les limites qui lui sont imposées par la raison et la justice.

Remarquons aussi qu'il y a pour les mœurs, privées surtout, une autre juridiction, celle de la conscience et celle de la religion. Quant aux mœurs publiques, l'opinion est un frein d'autant plus salutaire et plus puissant qu'elle est le produit plus libre d'une instruction plus générale, plus saine et plus forte; et si l'opinion est en contradiction avec la tentative du législateur, il échouera pitoyablement. Si elle lui est favorable, elle suffit. Tout ce qu'on pourrait tenter de plus aurait d'ailleurs l'immense inconvénient d'attenter à une liberté légitime, d'avilir les citoyens, de rendre la mesure odieuse, et de jeter par suite la défaveur sur les bonnes mœurs qu'on prétendrait servir de la sorte. En voulant faire le bien par des moyens illégitimes, non-seulement on ne l'obtient pas, mais on dénature l'homme en l'avilissant; on le pervertit en étouffant une liberté dont il abuse parfois sans doute, mais dont il use plus souvent encore d'une manière profitable pour lui-même et pour le reste de la société. Il faut savoir supporter un certain mal crainte d'un pire, et se bien persuader que les gouvernements ne sont responsables que du bien qu'ils peuvent faire sans sortir des limites de leur mission. Or cette mission, encore une fois, c'est de faire régner la justice ou le respect des droits stricts. Le surplus est une affaire d'éducation et d'encouragement de la part de l'État, mais pas de pénalité; c'est l'affaire de l'opinion publique et des efforts des particuliers; c'est enfin l'affaire de la liberté ou de la justice pour laquelle les gouvernements sont faits. Et comme elle n'est

pas possible sans l'ordre public, la grande affaire des gouvernements est de veiller au maintien de cet ordre, non pas pour lui-même ni pour eux, mais bien pour la liberté ou la justice.

L'homme n'est pas la chose de l'homme; il n'est pas même la chose de la société, du souverain; nul n'appartient à personne, et chacun a le droit, civilement parlant, de faire un mal qui ne nuit qu'à soi-même, quelque condamnable qu'il puisse être aux yeux de la morale.

Il n'y a donc lieu pour le législateur à déclarer un acte délictueux qu'autant non-seulement que cet acte est fait avec volonté, intelligence et liberté, mais encore qu'il porte sciemment atteinte à un droit strict, naturel ou légitimement acquis, qu'il est de nature à être constaté, et que la société a intérêt à le punir. Plus simplement, suivant Rossi, le délit est la violation d'un devoir exigible¹.

Nous entendons en général par *droits stricts* ceux qui ont pour objet le bien de chacun; droits qui sont fondés en équité ou en simple justice, et au respect desquels on peut être physiquement et juridiquement contraint². Cette condition ne peut être satisfaite qu'autant que la transgression est susceptible d'être prouvée et réparée.

Il faut donc pour qu'il y ait délit ou action punissable par la justice humaine :

¹ Ailleurs (t. II, p. 7 et 8 de son *Traité de droit pénal*), il définit le délit « la violation d'un devoir envers la société ou les individus, exigible en soi : et utile au maintien de l'ordre politique, d'un devoir dont l'accomplissement ne peut être assuré que par la sanction pénale, et dont l'infraction peut être appréciée par la justice humaine. » Il explique ensuite longuement cette définition. Le seul point où nous ne serions pas complètement d'accord avec cet illustre publiciste, c'est celui de la substitution du mot *devoir* au mot *droit*, plus généralement admis; par la raison, selon nous, que l'homme peut, *juridiquement*, disposer de tous ses droits. M. Rossi, comme presque tous les philosophes juristes, ne pense le contraire que parce qu'il confond trop encore la morale avec le droit. On ne peut, *moralement*, faire l'abandon de beaucoup de droits, il est vrai, mais il n'en est pas un seul dont on ne puisse *juridiquement* disposer. Une autre question est celle de savoir jusqu'à quel point la société doit prêter son concours pour faire respecter des engagements immoraux : ce concours devant, à notre sens, être refusé, nous nous retrouvons ainsi d'accord avec M. Rossi.

² Il y a toutefois un grand nombre de droits naturels stricts, par exemple dans les rapports de famille, au respect desquels il est presque impossible de contraindre civilement.

1° Qu'il y ait préjudice matériel ou moral occasionné ou en voie de l'être, avec plus ou moins de volonté¹;

2° Que le délinquant ait agi avec la connaissance réelle ou présumable qu'il faisait mal, et avec liberté², par conséquent qu'il soit responsable de son action, ou qu'elle lui soit imputable;

3° Que ce mal soit fait à autrui;

4° Qu'il soit positif, et non simplement un bien qu'on ne fait pas;

5° Qu'il soit de nature à être constaté;

6° Qu'il soit interdit, au moins implicitement, par la loi positive³;

7° Qu'il puisse être puni;

8° Enfin qu'il y ait utilité sociale à le punir.

Ces conditions sont loin de se retrouver toutes dans les lois ou les usages des peuples peu civilisés. On n'y distingue pas assez la matière du délit ou le préjudice occasionné, de la forme du délit ou de l'intention de nuire. On distingue encore moins le degré d'intelligence et de liberté de l'agent. On s'attache plus au mal abstrait de l'action qu'au préjudice porté, surtout chez les peuples qui ne distinguent pas entre le droit et la morale. C'est le contraire chez les peuples qui n'ont pas de culte public, ou dont la religion ne s'étend pas aux mœurs, comme aussi chez les peuples assez éclairés pour comprendre la nécessité de distinguer entre le droit et la morale. Ces deux extrêmes semblent se toucher. Ils diffèrent en réalité autant que l'ignorance ou l'indifférence diffère du savoir et du respect de la justice et de la conscience. Nous pourrions signaler dans la législation criminelle des peuples grossiers plusieurs autres vices opposés aux conditions que nous venons de poser pour qu'il y ait délit. Nous n'en mentionnerons plus qu'un seul, le défaut de publicité

¹ Quelquefois le préjudice n'est pas réel; mais en principe il est toujours censé l'être en ce qui regarde l'action publique ou la peine. Quant à l'action civile, aux dommages-intérêts, la question est différente.

² La volonté ne suppose pas nécessairement la liberté: le fou furieux veut ce qu'il fait; mais il serait dur de lui imputer directement et pleinement son action, alors même qu'il en connaîtrait le caractère illicite. Il en est de même dans certaines manies et dans l'état d'ivresse.

³ Mais il vaudrait beaucoup mieux qu'il le fût explicitement, à cause du danger de l'interprétation arbitraire de la loi, ou de l'impunité qui résulterait du sens littéral.

des lois pénales, la violence qui leur est faite par la coutume ou le caprice du moment, l'immobilité dont l'ignorance les frappe; en un mot le peu d'importance des lois écrites en matière criminelle et leur barbarie¹.

Ce que la loi ne défend pas est juridiquement permis; tout ce qu'elle interdit est juridiquement défendu.

Mais que doit-elle défendre, que doit-elle ordonner? Elle doit défendre tout ce qui porte atteinte aux droits des particuliers ou de la société, et prescrire tout ce qui est nécessaire au respect de ces mêmes droits.

La détermination des droits à reconnaître et à consacrer par la loi est une question de droit naturel privé et public, qui a été résolue différemment, suivant les époques. Dans les temps et les pays où la religion, la morale et le droit étaient plus ou moins confondus, et où l'autorité religieuse dominait à un degré quelconque l'autorité civile, les fautes qui ne regardent que l'agent et sa conscience, ou qui intéressent tout au plus la société spirituelle qu'on appelle communion religieuse, étaient mis au nombre des délits civils et punis comme tels.

Grâce à la profonde distinction qui a été justement reconnue entre les deux pouvoirs, les délits purement civils figurent à peu près seuls aujourd'hui dans nos codes criminels. L'autorité temporelle respecte de plus en plus les consciences et la foi des citoyens; elle reconnaît tous les jours davantage les justes limites de son empire, et acquiert tout à la fois plus de force et de respect, à mesure qu'elle se confine plus soigneusement dans son véritable domaine. Elle sait maintenant qu'elle a une mission propre, qu'elle ne la reçoit d'aucune autorité étrangère,

¹ D'après un travail curieux de M. CONSTANTIN SIEGWART-MÜLLER, inséré dans la *Revue de droit français et étranger*, sur le droit pénal actuel des cantons d'Uri, de Schwitz, d'Unterwald, de Zug et d'Appenzel, on peut voir non-seulement que les progrès en droit criminel de cette partie démocratique et catholique de la Suisse n'ont pas été considérables depuis le XVI^e siècle, mais encore que la connaissance des lois n'y est pas facile. La plupart des textes de lois de ces divers cantons sont à l'état de manuscrits renfermés dans des archives. Ces lois sont d'ailleurs modifiées de mille manières par des coutumes non écrites. La Caroline est encore aujourd'hui en vigueur à Schwitz et à Zug, mais on ne l'observe pas strictement. Dans les autres cantons désignés plus haut, la législation pénale est bien plus incomplète que celle de Charles-Quint, surtout lorsqu'il s'agit de délits graves. Ces délits ne sont ni énumérés ni définis, et les peines sont laissées à l'arbitraire du juge.

qu'elle ne relève par conséquent que d'elle-même ou de la raison, qu'elle ne doit écouter d'autres inspirations que celle de la justice absolue et des vrais besoins des peuples. En cessant de tyranniser les citoyens au nom de la religion, elle s'est affranchie d'une tutelle dont la raison publique, d'après la raison absolue, l'a reconquise essentiellement indépendante, et a reconquis du même coup tous ses droits sur les rapports sociaux ou politiques de l'Église ou de l'État.

Nous n'aurions donc à nous occuper, en droit naturel et positif, que des délits purement sociaux, si nous ne trouvions pas dans l'histoire des législations criminelles des peines portées contre les fautes en matière religieuse et morale. Nous devons donc reproduire les principales dispositions de ces lois barbares dans le tableau que nous donnerons des délits et des peines, et dans l'examen dont il sera l'objet. On saura seulement que ces deux premières catégories ne sont point des délits civils, qu'elles ne comprennent que des péchés et des fautes¹; qu'il y en a même qui ne sont qu'un usage moralement irréprochable de la liberté extérieure de penser et d'agir, usage d'autant plus innocent qu'il est l'expression de convictions pleines de sincérité, d'honnêteté, quelquefois même de piété².

Les gouvernements et les peuples ont eu d'autres torts encore envers les particuliers : ils ont cru mal à propos, surtout dans l'antiquité, que les individus étaient faits pour la société, et que l'intérêt public pouvait tout légitimer. Erreur grave, qui a été la cause ou le prétexte d'innombrables injustices. La société est faite pour l'homme, et non l'homme pour la société. L'homme est la fin, la société le moyen.

Sans doute la société a des droits, mais pas d'autres que ceux des particuliers; elle peut, comme eux, acquérir, posséder, administrer, aliéner, se défendre ou punir, en un mot se conserver. Mais à ces droits correspondent les mêmes obligations

¹ Franklin avait déjà dit dans son calendrier : « On distingue trois sortes de délits : les péchés, les crimes et les vices. Toute infraction de l'ordre divin est un péché; lorsque cette infraction de l'ordre est au détriment de notre prochain, on l'appelle crime; lorsque ce désordre n'est relatif qu'à nous-mêmes, on l'appelle vice. Le vice est puni par la honte; le crime par les supplices; la punition des péchés est réservée à Dieu. » — V. *Théorie des lois criminelles*, par J. F. BRISSOT DE WARVILLE, t. I, p. 101.

² Voir sur les délits en général, HOAST (L. V. D.), *De injuriis*, Lugd. Batav., 1710; JONCH (J. DE), *De injuriis*, ib., 1718.

dont les individus sont tenus, c'est-à-dire qu'elle doit respecter l'existence, la liberté, les biens et l'honneur des particuliers, tous leurs droits en un mot. Elle est même plus spécialement obligée de veiller au maintien et à l'intégrité de tous ces droits; c'est le but essentiel de son institution. Elle est naturelle, il est vrai; mais une des raisons fondamentales de son existence, c'est la protection active de tous ceux qui la composent en faveur de chacun de ses membres.

Il faut donc reconnaître qu'à son égard comme à l'égard des individus, les droits des particuliers doivent être sacrés; c'est-à-dire qu'ils doivent être respectés, quel qu'en soit le sujet, le titre ou l'origine et l'ancienneté; quel que soit l'intérêt que le public pourrait avoir à le violer, et les moyens par lesquels il pourrait le faire. Ce qui n'empêche point l'expropriation pour cause d'utilité publique, moyennant juste (et préalable) indemnité, où le prix d'affection est même pris en considération.

La société peut donc se rendre coupable envers les particuliers de plus d'une manière : par les atteintes directes qu'elle porte à leur liberté, à leurs propriétés; par la manière dont elle use de ses propres droits, dont elle les défend; en ne protégeant pas les droits des citoyens; en autorisant même des particuliers ou des corporations à les violer, sous prétexte d'utilité publique; en empêchant ces droits d'arriver à la connaissance de chacun¹.

CHAPITRE II.

Envers quels êtres on peut délinquer.

SOMMAIRE.

1. Si l'on peut délinquer envers les choses;
2. Si envers les êtres de raison;
3. Envers les animaux; législation de la Perse, de l'Égypte, de la Grèce, etc., à cet égard.
4. Dispositions analogues dans le Pentateuque, chez les barbares, en Angleterre, en Suisse. Esprit tout différent.
5. Ce qu'il y a d'excessif et d'erroné dans la manière de concevoir les animaux à l'égard des traitements que nous pouvons leur faire subir : analogie poussée trop loin par les anciens, ou niée systématiquement par des modernes.

¹ On peut voir, sur ce sujet, un excellent chapitre de la *Filosofia del diritto* d'Antonio ROSMINI SERBATI, t. I, p. 660-695.

6. L'homme seul peut avoir des droits à l'égard de l'homme; mais il est obligé, pour lui-même, de ménager la sensibilité de l'animal.
7. D'où vient que des animaux ont été défilés, et que leur vie a été placée sous la protection des lois religieuses.

On s'étonne, au premier abord, que certains peuples aient cru que les animaux avaient des droits; on est même tenté de sourire de pitié. Mais on ne fait pas attention qu'il y a plus d'extravagance encore à reconnaître des droits à des choses qui n'existent pas, ou qui, si elles existent, sont inanimées ou tellement au-dessus de l'homme, qu'elles en sont absolument inaccessibles. Ne serait-ce pas le cas d'appliquer le *mutato nomine de te fabula narratur*? Eh quoi! vous admettez des délits envers la religion comme telle, vous les punissez d'une manière atroce; vous prétendez qu'un morceau de bois découpé en forme de croix ou de madone peut être outragé, et l'être assez grièvement pour mériter le plus affreux supplice, et vous riez de l'Indien, du Persan et de l'Égyptien, qui font entrer dans leurs codes des peines contre ceux qui maltraitent certains animaux! Peut-être même cette réflexion vous indispose-t-elle contre celui qui l'écrit. Calmez-vous, cher lecteur, et raisonnons un peu, puisque vous et moi ne cherchons autre chose que la vérité et la justice, et que nous condamnons également à titre de péché, ou d'action très-inconvenante tout au moins, ce qu'il est convenu d'appeler des manquements à la religion, des irrévérences graves, des sacrilèges.

Je commence par vous accorder que la religion, en tant que droit des particuliers, est ou ne peut plus respectable civilement; qu'elle l'est infiniment aussi comme sentiment. Mais il faut que vous m'accordiez, à votre tour, que les législateurs qui croient qu'elle peut être outragée comme telle ou en soi, et qu'ils ont le droit de la venger, ne l'envisagent pas ainsi; ils la considèrent en elle-même comme une chose en soi. Eh bien! c'est là, vous le reconnaîtrez sans peine, une erreur grossière. La religion n'est point un être, une réalité vivante ou morte; c'est une idée générale purement et simplement, qui n'a d'autre objet que les sentiments religieux qui se trouvent dans chacun de nous à des degrés divers, et les réalités saintes auxquelles ces sentiments se rapportent. On ne peut donc pas outrager la religion, puisqu'elle n'existe pas à la manière dont l'entendent les législateurs dont nous parlons. Si l'emploi des tropes est

périlleux dans les sciences, il peut être funeste dans les lois.

Prétendrait-on que c'est le droit des particuliers outragés que l'on veut faire respecter par les lois de sacrilège? Mais comment, d'après ce qui vient d'être dit, pourrait-on le soutenir? Qu'y a-t-il de commun entre un droit véritable et une susceptibilité qui s'offense d'une opposition, d'une contradiction qui est pour ainsi dire dans la nature de l'homme, si féconde en diversités dans son unité même? Mais tout en accordant qu'il en soit ainsi, je nieraïs encore que cette susceptibilité religieuse eût le droit de s'exaspérer à ce point, et de faire respecter par le fer et le feu ses images et ses symboles, lors surtout que les manquements ne s'adressent à personne déterminément, qu'ils ne sont pour personne un obstacle à son culte, qu'ils n'atteignent illégalement ni son corps; ni son âme, ni ses biens. Sans doute il est pénible de voir que d'autres ne pensent et n'agissent pas comme nous en des choses qui nous sont ou ne peut plus chères; mais c'est une peine qu'il faut savoir accepter, qui est la conséquence légitime d'une liberté nécessaire, de la différence inévitable dans la manière de sentir et de penser. De quel droit, en effet, prétendre que tous les hommes doivent sentir, penser et agir comme nous? Pourquoi n'auraient-ils pas la même raison de vouloir nous faire penser et agir comme eux? Qu'il nous suffise donc à chacun de penser comme nous voudrions, ou plutôt comme nous pourrions; et si ce n'est pas assez, qu'il nous soit permis de répandre par la parole et par l'écriture nos opinions, de faire du prosélytisme tant qu'il nous plaira; car après tout, c'est un besoin, c'est un droit dont l'exercice ne fait violence à personne, et qui peut avoir l'immense avantage de rallier une foule d'esprits. Il en divisera d'autres, il est vrai; mais ce mouvement de va-et-vient, c'est la vie, la liberté; c'est la condition pour arriver au vrai. Des erreurs nombreuses, profondes nous séparent, soit; la vérité est tout entière de votre côté, soit encore. Mais laissez-nous dire pourquoi nous ne pensons pas comme vous, de même que nous devons vous laisser dire pourquoi vous pensez autrement que nous. Quel si grand mal y a-t-il à ce que chacun rende ainsi compte, à soi et aux autres, de ses croyances, de sa foi, de ses convictions?

Vous ne vous plaignez point, dites-vous, qu'on raisonne, mais bien qu'on vous outrage dans les symboles de votre foi.—

Remarquons d'abord que si la discussion était libre, les autres actes d'hostilité seraient parfaitement inutiles, et pourraient être plus rares, du moins de la part de ceux qui auraient ou qui croiraient avoir de bonnes raisons en leur faveur. Remarquons ensuite qu'il n'est point raisonnable de s'identifier ainsi avec les choses matérielles qui se rapportent à nos croyances, pas plus que de les identifier avec les réalités saintes qu'elles peuvent figurer. Remarquons enfin que tout en commettant cette dernière confusion, il n'y a pas de raison pour que la société civile sévisse contre ces sortes de délits, en tant que manquements à la religion, aux saints personnages, à la Vierge, à Dieu même, par la raison que la religion, les saints, la Vierge et Dieu ne souffrent aucune atteinte de ces actions répréhensibles, et que le contraire fût-il soutenable, la société n'a pas mission de venger Dieu ni ses saints.

Nous aurons, du reste, occasion de revenir sur ce sujet. Nous devons seulement faire voir ici qu'il n'y a pas plus de raison d'imaginer des délits envers des choses fictives ou réelles, mais dépourvues de sensibilité, ou envers des êtres sensibles, mais qui sont hors de nos atteintes, et dont le respect n'est d'ailleurs pas essentiel à l'existence sociale, qu'il n'y a de raison d'ériger en délits envers les animaux les mauvais traitements qu'on peut leur faire subir.

Nous comprenons fort bien qu'à d'autres égards, c'est-à-dire en tant que les hommes y ont un droit engagé, on punisse les manquements à l'occasion des choses consacrées au culte, à la religion, mais point du tout en tant que ces choses auraient un caractère religieux et par cette considération seule. Nous comprenons également les lois de police qui protègent, chez quelques peuples modernes, les animaux domestiques contre les brutalités de leurs maîtres; les lois de la Chine défendant de tuer un animal utile qui n'a pas encore atteint tout son développement; les lois des Angles, des Bavaïois, des Wisigoths, qui infligeaient des amendes pour avoir crevé un œil à un cheval, à un bœuf ou à tout autre quadrupède domestique.

Ce n'est pas là qu'est l'excès ou la bêtise. Mais à part la protection toute particulière que certains animaux très-utiles pouvaient retirer d'une sorte de consécration religieuse, l'erreur et l'absurdité consistent à regarder les animaux comme des dieux, à se porter vengeurs des attentats dont les particuliers

peuvent se rendre coupables envers ces divinités singulières. Ces erreurs sont d'autant plus abusives que l'État comme tel, c'est-à-dire comme personne morale ou fictive, n'a ni réalité, ni destinée, ni droit, ni devoir. Et comme l'État n'est personne en particulier, par cela même qu'il est tout le monde, il a la foi, la religion de tout le monde; c'est-à-dire toutes les religions, même les plus opposées; c'est-à-dire encore aucune religion positive. Entend-on par État le souverain, le prince? Si le souverain est collectif, même résultat. S'il est individuel, ce n'est point comme souverain qu'il peut, qu'il doit même avoir une religion et qu'il l'a en réalité: c'est en tant qu'homme ou comme personne morale déterminée, capable de croyances et d'actes, ou plutôt de motifs d'action qui ne regardent qu'elle-même dans ses rapports avec Dieu. L'État, et par conséquent le prince, doit donc protéger toutes les religions à titre de droits chez les particuliers et n'en imposer aucune. Il ne doit pas même faire de prosélytisme, puisqu'autrement il mettrait les moyens de tous au service des idées religieuses d'une partie des citoyens.

Si l'on est allé plus loin, c'est, d'une part, qu'on ne se faisait pas une juste idée des droits respectifs de l'État et des particuliers, des rapports juridiques qui doivent unir les membres d'une même cité, de la juste étendue des droits de la conscience, de ce que c'est qu'une religion et du rôle de l'État en matière de culte; c'est, d'autre part, qu'on ne s'est pas fait non plus une idée vraie de la nature animale, de ce qui la sépare de la nature humaine.

Cette erreur se remarque particulièrement aux époques et chez les peuples où la raison est dominée par l'imagination. C'est par suite de cette erreur, qui tend aussi bien à rabaisser l'homme au niveau de l'animal, en élevant l'animal au niveau de l'homme, que le législateur de la Perse, Zoroastre, menaçait de sept cents ans d'enfer et de sept cents coups de fouet quiconque oublie une promesse de récompense à un animal domestique qui a rendu des services, de huit cents si l'on ne rend pas les soins nécessaires à d'autres animaux qui ont servi longtemps, alors même qu'on ne leur aurait rien promis.

Il défend également de tuer de jeunes animaux utiles, de les frapper, de leur refuser la litière ou l'abri, à plus forte raison les aliments. C'est un crime capital à ses yeux de battre un

chien, de le blesser, de le tuer¹; comme c'est un acte de pitié au contraire, et l'un des plus méritoires, de prendre soin des animaux, des animaux domestiques surtout.

On pourrait penser d'après cela que Zoroastre n'était animé dans ces sortes de prescriptions que par des considérations économiques et morales. Mais ne serait-il pas possible de civiliser et de moraliser les peuples, en respectant la vérité et le bon sens? Une vérité et un bon sentiment sont-ils donc nécessairement au prix d'une autre vérité et d'un autre sentiment, et faut-il absolument tromper le peuple pour l'instruire, pervertir son intelligence pour améliorer son cœur? Mais quelle idée alors se ferait-on de la droiture naturelle de son esprit, de l'harmonie nécessaire entre la vérité et la raison, des desseins ou de la sagesse de la providence créatrice? Ce qui porte à penser que tout n'était pas calcul ou politique plus ou moins bien entendue dans cette législation de Zoroastre, et qu'une sorte de superstition n'y était pas étrangère, c'est qu'il traite les bêtes en agents moraux. N'était-ce encore là qu'une mesure politique, comme nous la retrouverons ailleurs, pour inspirer l'horreur du crime? Nous ne savons. Quoi qu'il en soit, il ne se borne pas à défendre de tuer les jeunes animaux domestiques, de les frapper, de les mal soigner, de les laisser manquer d'aliments, de litière ou d'abri; il veut encore que le chien qui mord ait l'oreille droite coupée, et s'il récidive, l'oreille gauche; s'il ne se corrige pas, la queue; puis une patte, puis une autre.

La réputation de sagesse, qui est comme l'aureole de l'antique Égypte, se soutient jusque dans ses lois criminelles, à l'exception de certains délits qui tenaient aux croyances superstitieuses de ce peuple, par exemple, l'action de tuer un des animaux sacrés, même involontairement. Cet accident, qui n'était pas même un délit dans l'hypothèse, n'en était pas moins puni, et quelquefois du dernier supplice. Tant il est vrai que la superstition et le fanatisme sont comme deux maladies de l'âme qui font également perdre le sens du vrai et celui du juste! Mais peut-être que la superstition n'explique pas seule ces croyances et ces usages, puisqu'on payait une amende aux prêtres pour avoir maltraité un animal ordinaire².

¹ PASTORET, *Zoroastre, Confucius et Mahomet*, etc., p. 89-91.

² DIOD., I, §§ 83 et 84.

Une loi de Triptolème défendait aussi de faire du mal (inutilement sans doute) à aucune créature vivante. Une loi d'Athènes punissait de mort quiconque avait tué un bœuf de labour³.

Des législations plus avancées, celle de Moïse⁴, des lois modernes même, celles de l'Angleterre, de la France et du canton de Vaud (Suisse) ont pris les animaux sous leur protection; mais c'est bien moins dans l'intérêt de l'animal, par respect pour son droit, que dans l'intérêt de la société humaine, de l'adoucissement des mœurs populaires.

Il a fallu, pour imaginer des droits aux animaux, que l'esprit oriental en fit d'abord des personnes.

C'est là sans doute un excès, qu'il soit dû à la fiction de la métempsychose ou à toute autre. Mais les animaux machides de Descartes ne sont-ils pas une autre hypothèse, dont les conséquences morales pourraient n'être guère moins fâcheuses?

On ne peut cependant justifier Zoroastre par les torts de Descartes. Il étend la sphère du droit au delà de ses vraies limites, et le philosophe du XVII^e siècle ne la restreignait point. L'hypothèse de la matérialité pure des animaux, de leur insensibilité, et surtout de leur défaut absolu de raison, laissait subsister le droit entre les hommes exclusivement.

L'homme seul peut donc être le terme du droit comme il en est le principe.

L'erreur contraire n'était-elle pas plus grande encore, lorsque, non content de donner aux animaux une âme douée de personnalité, on élevait cette âme au rang des divinités, de divinités mortelles il est vrai, et qui n'étaient pas à l'abri de la méchanceté humaine⁵?

Mais y a-t-il beaucoup plus de sagesse à rabaisser la divinité immortelle et impassible jusqu'à la croire outragée par l'homme, qu'à élever l'animalité au point d'en faire un dieu fini, sujet à la douleur et à la mort⁶? L'inconnu a ses mystères, et la nature animale avec ses instincts qui confondent notre raison a quelque chose d'assez divin pour que l'ignorance naïve des premiers peuples ait imaginé du dieu, un dieu, dans la brute. Elle l'a placé dans la plante, dans la pierre, pourquoi pas dans l'animal?

³ PAUSANIAS, I, 28; VIII, 2.

⁴ Lévitique, XXII, 24.

⁵ DIOD. DE SICIL., *ibid.*

⁶ V. BENTHAM, *Législation civile et pénale*, t. II, p. 8, note.

L'homme se connaît assez pour savoir qu'il n'est pas Dieu; mais il n'a pas ainsi conscience des autres espèces de la nature. Son imagination est donc à l'aise pour y supposer à l'état latent de cause divine ce qui n'y est qu'à l'état d'effet, si déjà la cause n'est pas éminemment partout où se manifeste son effet.

Quoi qu'il en soit des circonstances cosmiques et psychiques qui ont fait étendre le droit jusqu'aux animaux, cette extension n'en est pas moins abusive. L'homme n'est pas de même espèce que l'animal; l'un et l'autre cohabitent sur la terre, mais ils ne forment point une même société; ils ne sont pas seulement coordonnés l'un à l'autre par la création, mais l'un est au-dessus de l'autre, et appelé à disposer raisonnablement de son subordonné.

L'homme ne peut donc juridiquement être coupable qu'envers l'homme.

CHAPITRE III.

Qui est-ce qui peut délinquer?

SOMMAIRE.

1. Les animaux sont regardés comme coupables et punis.
2. Peines mieux graduées pour l'animal que pour l'homme : deux raisons possibles.
3. Différence entre la législation de Zoroastre et celle de Moïse à cet égard.
4. La législation athénienne faisait le procès aux choses inanimées elles-mêmes.
5. Trois périodes progressives dans la manière de faire porter la peine sur les choses ou les animaux.
6. Ces trois périodes ne sont successives que chez les mêmes peuples. Tous les degrés de civilisation parcourus dans un temps donné se retrouvent ici ou là. L'humanité ne marche sensiblement que par la tête.
7. Comment des institutions en désharmonie avec un nouveau degré de civilisation se perpétuent.
8. Motifs raisonnables, en dehors de l'hypothèse de la moralité des animaux et de l'exemplarité, qui expliquent encore les procédures dont il s'agit.
9. Raisons particulières pour certains délits-moraux.
10. Les hommes seuls peuvent délinquer; et les individus seulement, non les communautés. Cette question tient à la précédente, et s'explique par les mêmes raisons. Elle se résout de la même manière.

Zoroastre ayant donné aux animaux des droits dut leur reconnaître des devoirs, même envers l'homme.

Aussi avons-nous vu qu'il condamnait le chien bargeux qui continuait à mordre un autre animal ou un homme, à une mutilation successive, à perdre l'oreille droite d'abord, l'oreille gauche, ensuite la queue, une patte, puis une autre, puis la vie¹.

Mais une chose bien remarquable, c'est qu'il y a plus de longanimité dans la punition de ces délits que dans la répression des délits analogues commis par l'homme contre l'animal. Est-ce parce que l'homme sait mieux ce qu'il fait que la brute, ou serait-ce parce que la brute serait au-dessus de l'homme dans la pensée du législateur et demanderait plus de ménagement? Cette seconde hypothèse est invraisemblable.

Zoroastre n'est pas le seul législateur qui ait décerné des peines contre les animaux; Moïse avait décidé la même chose. Mais il y a cette différence, que Zoroastre semble avoir pris plus au sérieux la personnalité de la brute, tandis que le législateur juif ne voulait sans doute qu'inspirer l'horreur du crime, en le poursuivant jusque dans une cause innocente, quoique animée.

Cette interprétation, d'ailleurs justifiée par des textes positifs, semble surtout nécessaire en voyant la législation criminelle d'Athènes antérieure à Dracon, faire une sorte de procès à des objets inanimés, qui avaient par hasard occasionné la mort d'un homme. Elle poursuivait jusqu'aux instruments matériels du crime. A plus forte raison devait-elle faire le procès aux animaux qui avaient occasionné du mal à quelqu'un. C'est ainsi, par exemple, que Dracon avait ordonné la mise à mort de l'animal homicide. D'après la loi de Solon, le chien était livré à celui qui en avait été mordu².

La loi des Douze Tables avait statué d'une manière analogue en pareil cas. Le propriétaire d'un cheval vicieux (*calcitrosus*), ou d'un bœuf porté à frapper de la corne, pouvait, en cas d'accident de la part de ces animaux, se libérer en les abandonnant à la partie lésée. Du reste, cet abandon n'avait pas lieu à

¹ *Vendidad-Sadé* (Farg. 13, p. 383). Il y a quelque variante sur cette mutilation successive : des textes portent une blessure aux pattes en troisième lieu, en quatrième la perte de la queue, en cinquième lieu la mort. Nous avons suivi la version où la peine est le mieux graduée. Ce n'est cependant pas la plus vraisemblable : un chien dont une patte aurait été coupée, à plus forte raison s'il avait été privé de deux, n'aurait pu rendre aucun service.

² PLUTARQUE, in *Sol.* — V. MACCUBERT et M. GIRAUD, *Hist. du droit romain*, p. 489, édit. 1841.

titre de peine contre l'animal, puisque, suivant Justinien, l'animal manquant de raison ne peut commettre aucun délit. C'était donc à titre d'indemnité. La preuve, c'est qu'on n'en était pas quitte à si bon marché lorsque l'animal qui occasionnait un préjudice considérable était de sa nature malfaisant, tel qu'un ours, un lion, etc. Le maître d'un esclave qui avait commis un délit pouvait se libérer également de l'action noxale en l'abandonnant au plaignant¹.

On peut distinguer dans ce genre de poursuite quatre époques : celle où l'animal, ou même la chose, était regardée comme animée, et traitée sérieusement comme telle; celle où l'animal n'était poursuivi que symboliquement, pour ainsi dire, et dans le but de frapper l'imagination du peuple; celle où il était abandonné à titre d'indemnité; celle enfin où il est protégé dans l'intérêt des mœurs publiques.

Il faut rapporter à la première période les procès sérieusement intentés aux animaux. Moins l'homme a de raison, plus il en suppose aux bêtes. Sans donner positivement en partage la raison morale aux animaux, le peuple leur suppose tout au moins une sorte de raisonnement, en vertu duquel il cherche à former l'individu ou à se prémunir contre l'espèce. Ce qui fait dire à Leibnitz que les procédures criminelles contre les animaux seraient toujours bien fondées si elles servaient². Réflexion équivoque, car les résultats de la procédure pourraient être utiles sans que la procédure en elle-même fût raisonnable ou bien fondée, puisqu'elle partirait du faux principe que les animaux sont doués d'une raison morale. Pour mieux comprendre la justesse de notre observation, il suffit de lire les faits à propos desquels Leibnitz semble approuver au moins conditionnellement ces sortes de procédure. « Rorarius, dans son livre de *la Raison des bêtes*, dit qu'on crucifiait les lions en Afrique pour éloigner les autres lions des villes et des lieux fréquentés, et qu'il avait remarqué, en passant dans le pays de Juliers, qu'on y pendait les loups pour mieux assurer les bergeries. Il y a des gens dans les villages qui clouent des oiseaux de proie aux portes des maisons, dans l'opinion que d'au-

¹ *Instit.*, IV, 9, proœm., § 1; *ibid.*, 8, pr., §§ 1, 2, 3; — L. 1 et L. 8, fragm. 6, D., *Si quadr. paup.*; — L. 6, § 1, Dig., *De re judicata*. — V. aussi l'article *Deodand*, dans SAINT-EVRE, *Dict. de la pénalité*.

² *Théodicée*, 1^{re} part., n° 70.

tres oiseaux de proie n'y viendraient pas si facilement. »

A la seconde période de cette procédure criminelle appartiennent sans doute les lois de Moïse¹, de Solon et des Douze Tables. L'animal n'est plus un être moral dans la pensée du législateur. On ne songe même pas à l'effet de l'exemple sur les animaux; ce n'est pas sur leur esprit qu'on veut agir, c'est sur l'esprit des hommes.

A la troisième appartiennent les dispositions qui permettent au maître de la chose, de l'animal ou de l'esclave qui a occasionné le préjudice, si d'ailleurs on ne peut lui reprocher rien de plus, de se soustraire à toute poursuite en faisant l'abandon de sa chose. Il n'est plus tenu qu'à désintéresser le plaignant, soit en livrant l'animal, soit en le gardant. L'animal n'est donc plus en cause, et si le propriétaire peut se libérer en l'abandonnant, c'est parce qu'on regarde comme injuste qu'un objet par lui-même puisse être pour le propriétaire l'occasion d'une perte qui s'élève au delà de sa propre valeur². Cet état de choses est une transition à la plupart des législations modernes, qui non-seulement ne cherchent plus aucun effet moral à la fiction, parce que l'esprit contemporain serait plus frappé de l'absurdité de cette fiction qu'utilément impressionné par l'intention morale qui l'aurait dictée, mais qui ne permettent pas même de se libérer de l'obligation de réparer le dommage par l'abandon de la chose qui l'a causé.

La quatrième période se distingue par la nécessité où le législateur s'est cru placé de forcer les particuliers à ménager la sensibilité publique, en réprimant les excès auxquels ils pourraient se livrer envers des animaux domestiques. Ces sortes de dispositions font honneur à notre siècle, et prouvent une intelligence véritable des égards obligés envers les personnes douées d'une juste sensibilité.

Au surplus, et cette remarque s'applique à tous les faits qui, comparés entre eux, forment une série progressive, les améliorations qui s'introduisent dans un pays, à une époque donnée, ne sont pas immédiatement accueillies des autres pays. Le pro-

¹ *Exod.*, XXI, 28-36; — *Lévit.*, XXIV, 18, 21. — Le bœuf homicide était lapidé.

² *Instit.*, IV, 8, § 2. — Summa autem ratione permissum est noxæ deductione fungi, namque erat iniquum nequitiam eorum (servorum) ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse.

grès est local; il est circonscrit dans le temps et l'espace. Ce n'est qu'avec une peine infinie qu'il se répand et devient général. Il y a plus, c'est que tous les degrés inférieurs de civilisation sont contemporains d'un degré supérieur quelconque; tandis qu'un peuple avance, les autres restent en arrière. Si plusieurs se mettent en marche, il en reste toujours assez pour représenter les retardataires à tous les degrés. Changez de latitude ou de longitude, et la barbarie que vous aviez quittée au Nord ou à l'Occident se retrouvera au Midi ou à l'Orient. Traversez les siècles en changeant de nations, et vous retrouverez les mêmes erreurs, les mêmes abus; l'humanité semble être restée la même. Faites mieux: laissez passer le temps, restez sur place, attendez la guerre et ses fléaux, la conquête d'un peuple avancé dans la civilisation par un peuple barbare, et vous verrez cette civilisation s'évanouir avec les générations qui en portent les derniers fruits; la nation, tout en restant la même en apparence, redescendra l'échelle du progrès, et tombera au niveau de ses oppresseurs. D'autres fois cependant elle ne fera que la moitié du chemin; les conquérants par le fer seront à leur tour conquis par l'idée; et cette partie de l'humanité, grossie comme par alluvion, reprendra sa marche.

A une époque et dans des lieux où la loi romaine était sortie du symbolisme (à plus forte raison du panthéisme, ou de cet anthropomorphisme qui consiste à faire les animaux à l'image de l'homme, et qui inspira les premiers législateurs à l'égard des préjudices occasionnés par les animaux), on trouve des peuples nouveaux qui ont apporté avec eux leurs erreurs et leurs superstitions, et qui les ont transmises à leurs successeurs ou à leurs voisins. Des dispositions analogues à celles de Moïse, de Solon et des Douze Tables se rencontrent en effet chez les Burgondes et les Alamans¹. A une autre époque bien plus rapprochée de nous, Gypape raconte qu'en revenant de Bourgogne il vit un porc pendu aux fourches patibulaires de Châlon; et qu'il apprit que cet animal avait été condamné pour avoir tué un enfant². Le siècle de Louis XIV dut voir encore, à Paris même, des aberrations de ce genre, tant il est vrai que la plus grande culture littéraire n'est pas le signe complet de la civili-

¹ MICHELET, *Orig. du droit français*, p. 354.

² JOUSSÉ, *Traité de la justice criminelle en France*, t. I, p. VI. — GYPAPE est mort en 1472.

sation; il faut de plus un esprit de critique profond, c'est-à-dire l'esprit philosophique, le seul qui soit capable de signaler toutes les erreurs et tous les abus.

Remarquons encore que les institutions bizarres ou absurdes pour une époque, mais très-naturelles pour le temps où elles ont pris naissance, survivent souvent à l'esprit qui les a fait naître; elles durent parce qu'elles existent; elles sont maintenues parce qu'elles sont établies. Elles périssent par l'esprit longtemps avant de périr par le corps. Elles font partie d'un édifice qu'on ne veut pas, qu'on ne peut pas ébranler, et dont on laisse debout pour cette raison les parties les moins commodes et les plus inutiles. Qui croirait, par exemple, qu'Athènes, raisonneuse jusqu'à la témérité, jusqu'à l'impiété, ait respecté des procédures absurdes, antérieures à Dracon? Et cependant l'Εκκλ. πρυτανική était un tribunal qui avait mission de juger les événements meurtriers survenus par l'effet de quelque objet inanimé, comme par la chute d'une pierre, d'un arbre¹. Les objets qui, dirigés par une main inconnue ou par un accident quelconque, avaient occasionné la mort d'un citoyen, étaient transportés hors du territoire par les φιλοβοσκαίς². La première cause portée à ce tribunal, dont la création remonte à l'époque d'Erechthée, fut celle d'une hache, avec laquelle un prêtre avait donné la mort à un bœuf³.

Il faut du reste, nous le répétons, se garder de confondre un procès fait à un animal ou à une chose, et une formalité judiciaire ou religieuse destinée soit à confisquer régulièrement l'objet qui a servi d'instrument pour un crime ou qui l'a occasionné fortuitement, soit à inspirer une profonde horreur pour le mal; et à soustraire aux regards du peuple, et surtout des parents et des amis du coupable ou de la victime, des choses propres à rappeler des idées fâcheuses et des sentiments funestes. Il y a quelques années seulement qu'un particulier d'Autun fut tué d'une chute de cheval dans une course publique; son fils aima mieux faire abattre cet animal que de le vendre. On conçoit qu'il ne pouvait guère le garder, quelque innocente que pût être cette bête. Dira-t-on qu'il y a là une sorte de justice

¹ DÉMOSTH., in *Aristocr.* — POLYBE, VIII, 10.

² ÆSCH., in *Ctes.* — POLYBE, *ibid.*

³ PAUSAN. — ÆLIAN., *Var. hist.*, liv. VIII, 2. — V. ROBINSON, *Antiq. gr.*, t. I, p. 169.

criminelle rendue par le propriétaire contre son cheval? Ce serait abuser des termes.

Jousse pourrait donc bien tomber dans ce défaut lorsqu'il dit qu'on fait quelquefois le procès aux choses inanimées, comme quand on brûle des libelles et autres écrits séditieux; quand on brise des statues ou que l'on rase des châteaux, des forteresses et autres édifices, etc.¹.

Il faut donc reconnaître avec M. Rauter qu'on a mal à propos regardé beaucoup de cas de simple destruction d'un corps de délit comme des exécutions criminelles².

Si l'animal qui avait servi à consommer le crime de bestialité devait périr, c'était, on le comprend, par des raisons de moralité publique, et point du tout parce qu'il était coupable. Quand on se décide à donner de la publicité, et une publicité solennelle à de semblables turpitudes, il faut être conséquent.

L'exorcisme dirigé contre les animaux malfaisants porte aussi dans quelques cas le caractère d'un jugement criminel qu'il s'agit d'entendre : c'est la puissance divine qui est invoquée contre eux, alors même que la formule les apostrophe et qu'on les livre pour la forme au bras séculier³. Ces formalités ne nous semblent cependant pas complètement exemptes de ridicule, d'absurdité et même de superstition.

Il n'est pas non plus présumable que l'imagination populaire, celle même des premiers législateurs, ne se soit pas laissée emporter au point de concevoir une certaine personnalité dans les animaux, dans les choses (le fétichisme en serait une preuve au besoin), et que la notion de culpabilité n'ait été appliquée directement à des êtres irresponsables⁴.

¹ Jousse, t. I, p. IV.

² *Traité du droit criminel*, t. I, p. 94, note.

³ LEGENDRE, *Traité de l'opinion*, t. VI, p. 113, en rapporte une de l'official de Troyes, à la date de 1516.

⁴ Voir pour les procès faits aux animaux, entre autres ouvrages, un article de M. PRIGNOT, dans les *Mémoires de l'Académie de Dijon*, année 1831, p. 54-77, sur Chasseneux; — *Journal des savants*, année 1846, p. 640; — DULAURE, *Histoire de Paris*, t. III, p. 57; t. IV, p. 452; t. VII, p. 214; — CIBRARIO, *Della economia politica del medio evo*, t. II, p. 136, qui renvoie à GRIMM, p. 556; — SAINT-EDME, *Dict. de la pénalité*, v° Animaux; — BERRIAT-SAINTE-PRIX, *Rapport et recherches sur les procès et jugements relatifs aux animaux*, in-8°, Paris, 1829. — M. CHARMA, dans ses *Leçons de logique*, p. 330, renvoie sur ce sujet à SOMMER, *De penis brutorum*; à MAYER, *De peccatis et*

Il faut donc un progrès de la raison pour ne pas étendre les notions de devoir et de culpabilité au delà de leur sphère propre, au delà de l'humanité dans ses rapports avec elle-même.

Mais dans l'humanité même, il n'y a que les personnes véritables, les individus, qui puissent être coupables; les personnes morales ne peuvent l'être, parce qu'elles ne sont que fictives, parce qu'elles n'ont de réalité que dans les individus qui les composent. Que de fois cependant des cités, des tribus entières ont été punies pour les fautes de quelques-uns de leurs membres, quoiqu'il n'y eût ni mission donnée par tous ni même assentiment!

Qu'il y ait une sorte de solidarité entre les membres d'une même communauté, pour supporter des injustices venues du dehors, et qui ne sont proprement dirigées contre personne en particulier, qui sont plutôt exercées contre la communauté comme ennemie, cela se conçoit; mais que des peines proprement dites atteignent les innocents comme les coupables, voilà qui est souverainement injuste et barbare, quoique pas sans exemple encore dans les temps modernes. C'est quelque chose, toutefois, de reconnaître les caractères plus que barbares de pareilles vengeances. Le grand mot de *droit de la guerre* ne les justifie pas davantage.

penis brutorum; à SCHRADER, *De simulachris virtutum in brutis animalibus*, etc.

CHAPITRE IV.

De l'imputabilité du délit. — Des excuses péremptoires.

SOMMAIRE.

1. Distinction entre le délit matériel et le délit formel.
2. Conséquences de la confusion de ces deux choses.
3. Conditions de l'imputabilité.
4. Deux genres d'excuses : les péremptoires et les atténuantes.
 - a) L'âge,
 - b) La démence,
 - c) Le somnambulisme,
 - d) L'ivresse,
 - e) La contrainte physique et la contrainte morale,
 - f) La défense de soi-même et d'autrui,
 - g) L'accomplissement d'un devoir légal et même naturel,
 - h) L'alibi,
 - i) L'ignorance de la loi.
5. Degrés dans la plupart de ces faits justificatifs.

L'homme, et l'homme individuel seul, peut délinquer; mais tout acte matériellement préjudiciable n'est pas pour cela un délit.

Presque partout on distingue, quoique faiblement quand on ne les nomme pas encore de noms spéciaux, le délit matériel et le délit formel; c'est-à-dire le mal physique et le mal moral, le préjudice occasionné et l'intention de le commettre, le dommage pour celui qui l'endure et la méchanceté dans celui qui le cause.

Partout l'homme ne s'est reconnu coupable, tout en nuisant à l'homme, qu'autant qu'il voulait le mal; toujours il a distingué ses actes volontaires de ses mouvements fortuits. Mais il n'a pas toujours su ni voulu assez fermement appliquer la même distinction aux actes de ses semblables. Souvent des délits involontaires ont été punis comme s'ils avaient été voulus. Celui qui tuait fortuitement un animal sacré était encore puni de mort chez les Égyptiens. Au Japon, le supplice du feu ou de

la roue est réservé à l'homicide involontaire¹. Ailleurs le crime purement matériel était encore regardé comme une souillure, comme une faute contre les dieux, sinon contre les hommes. Les anciens étaient profondément imbus de ce préjugé. OEdipe n'était coupable ni de parricide ni d'inceste, et pourtant il croyait l'être.

On a tellement confondu parfois l'homicide matériel avec l'homicide moral, que l'exécuteur des sentences criminelles, malgré la nécessité, l'utilité et la légalité de ses fonctions, était regardé comme impur. Des cérémonies religieuses étaient nécessaires pour le laver de cette tache. Chez les nègres d'Is-sini, cet état d'impureté horrible dure trois jours. Pendant cet intervalle l'exécuteur a le droit de courir en furieux et de prendre tout ce qui lui tombe sous la main. Ce qu'il touche est regardé comme aussi impur que lui-même, et personne n'en voudrait. Après la cérémonie de la purification, et par un juste retour au bon sens, les hommes qui ont eu la hardiesse ou la cupidité nécessaires pour encourir cette flétrissure momentanée, se glorifient le reste de leur vie des services qu'ils ont rendus².

Le bourreau n'est-il pas encore frappé d'une sorte de réprobation universelle chez les peuples les plus civilisés? Malgré Rousseau et de Maistre, l'opinion n'a pu lui rendre la pureté qu'il est censé avoir perdue, et qu'une cérémonie religieuse a le pouvoir de faire revivre chez des sauvages. Si les sauvages sont plus superstitieux, ne sont-ils pas aussi plus équitables?

A Rome, l'exécuteur se tenait hors des murs³.

Pour qu'il y ait délit imputable, il faut donc, comme on l'a dit déjà, que l'agent soit une personne, que l'action soit réputée délictueuse par la conscience publique, ou, ce qui vaut mieux encore, par la loi. La loi n'est que l'organe de cette conscience; elle prévient l'arbitraire jusque dans les cas où il paraît le moins à craindre. De cette manière le délit prend un caractère légal nettement déterminé.

Il faut de plus que la personne, agissant avec volonté, soit suffisamment éclairée et suffisamment libre.

¹ DES ESSARTS, *Essai sur l'histoire des tribunaux*, v° Japon.

² *Hist. générale des voyages*, t. II, p. 443, 444.

³ PLAUTUS, *Pseudolus*, I, 3, v. 97. — CICÉRON, *pro Rab.*, V.

L'intelligence manque s'il n'y a pas discernement du bien et du mal moral, comme dans un âge trop tendre, dans l'imbécillité, ou dans l'idiotie, dans l'ivresse complète.

La liberté morale n'existe pas non plus s'il y a défaut d'intelligence, contrainte physique ou morale, nécessité de la défense, etc.

Ces principes sont faciles à poser, mais l'application présente de sérieuses difficultés, dans lesquelles nous devons éviter de nous engager.

Quoique les règles propres à diriger dans l'application ne puissent jamais être assez précises, et qu'elles soient par conséquent d'une utilité médiocre, la reconnaissance légale des principes n'en est pas moins précieuse. C'est au juge à étudier ensuite les faits avec soin et à prendre conseil de sa conscience.

Les jurisconsultes distinguent avec raison les excuses, quant au degré de leur vertu, en *péremptoires* ou justificatives, qui ôtent à l'action tout caractère de culpabilité, et en excuses qui ne font qu'*atténuer* la faute¹.

Ils distinguent de plus les excuses, quant à leur source ou à la nature de leur autorité, suivant qu'elles sont *légales* ou indiquées par la loi, ou qu'elles sont puisées dans l'intime persuasion du juge, dans sa conscience, excuses qu'on pourrait dès lors appeler *morales*.

Toutes les législations qui ont attaché quelque prix à la jus-

¹ Mais péremptoires ou non péremptoires, elles tiennent à ces trois circonstances :

1° L'intelligence de l'agent : — ignorance, erreur;

2° La volonté : — délibérée, spontanée.

3° Tout ce qui peut influer sur ces deux choses :

a) Sexe;

b) Âge;

c) Condition;

d) État de santé ou de maladie du corps;

e) État de santé ou de maladie de l'esprit (colère, frayeur, émotion en général, ivresse, folie, imbécillité, manie);

f) Motifs de l'action;

g) Misère, aisance, richesse;

h) Provocation ou non provocation;

i) Théâtre du crime (lieu solitaire ou habité; enclos ou libre, domicile);

j) Qualité et état des personnes lésées (parents, bienfaiteurs, maîtres, do-

mestiques, supérieurs, inférieurs, jeunes gens ou vieillards, malades ou enfants);

1) Temps (de jour, de nuit, en cas d'absence certaine);

2) Moyens qui ont servi à la perpétration du crime;

3) Manière dont il a été perpétré;

4) Habitude ou non habitude du crime;

5) Nombre, caractère et disposition actuelle des coupables;

6) Degré de perpétration;

7) Conséquences physiques, morales, privées, publiques du crime;

8) Degré de complicité (auteur principal, auteur secondaire, auteur accessoire).

¹ L. 3, D., *De injuriis*; *Instit. de obligat. quæ ex delict. nasc.*, etc.

² QUINTILIEN, *Instit. orat.*, V, 9.

³ Tab. II.

⁴ Lib. XXI, tit. 1, l. 23, § 2; Lib. XLVIII, tit. 10, l. 22; lib. XLIX, tit. 8, l. 12; lib. L, lit. 17, l. 108; Code, lib. IX, tit. 24, l. 1.

⁵ *Constit. singular.*, lib. I, tit. 13.

⁶ BLACKSTONE, II, § 1. — Au reste, la loi apporte souvent des distinctions qui mitigent cette rigueur de principe. Voir *Handbuch des englisch. Straf-*

le punissait autrefois que passé l'âge de douze ou même de quatorze ans. A la vérité elle laisse aux jurés la faculté de décider s'il y a complet discernement et intention vraiment coupable. Mais ces jurés peuvent ne pas user ou mal user de cette faculté. Pourquoi donc la leur accorder? Aussi a-t-on vu des enfants de neuf et dix ans condamnés à mort.

L'ancienne loi française ne voyait pas de coupables avant l'âge de dix ou onze ans, et ne punissait pas de la peine capitale ceux qui n'avaient pas atteint l'âge de puberté. Le Code actuel (art. 66-69) est encore plus indulgent et plus vrai.

C'est moins d'ailleurs par cette juste indulgence pour la faiblesse de l'âge que les législations modernes se distinguent des anciennes, qu'en étendant à tous les crimes le bénéfice qui en résulte. On n'admet plus d'une manière aussi absolue que la méchanceté tient lieu des années. Cette supposition, qu'un grand crime matériel suppose toujours un grand criminel, a subsisté dans les législations modernes jusqu'au dernier siècle. Dès le XIII^e siècle cependant, la loi danoise n'avait pas vu de coupables au-dessous de quinze ans¹.

Du reste, suivant Jousse, les mineurs de vingt ans ne doivent pas non plus être punis aussi sévèrement que s'ils étaient ma-

rechts, etc., von HENR. J. STEPHEN, aus dem englisch. ubers, etc., von ERNST. MÜLLER. Goetting., 1843, t. I, p. 7-8.

La loi tartare qui régit la Chine depuis la conquête de ce pays par les Mandchoux, est plus humaine en ce point que la plupart des législations chrétiennes. « Le coupable qui n'a pas plus de quinze ans ni moins de soixante-dix, ou qui a perdu un œil ou un de ses membres, pourra se racheter d'une peine qui n'est point capitale en payant l'amende établie (elle est si peu considérable qu'elle est presque fictive).

» Le coupable qui n'a pas plus de dix ans ni moins de quatre-vingts, ou qui est aveugle ou a perdu deux membres, sera recommandé particulièrement à la commisération de Sa Majesté Impériale, pour la décision de son sort lorsque le crime sera capital.

» Dans tous les cas où les personnes ayant les infirmités susdites auront volé ou blessé quelqu'un, ce qui n'emporte pas une peine capitale, elles s'affranchiront toujours de celle qu'elles ont méritée en payant l'amende établie; dans les cas d'une nature moins grave, elles ne seront nullement inquiétées.

» Le coupable qui n'a pas plus de sept ans ni moins de quatre-vingt-dix, ne subira de peine en aucun cas. (*Code pénal de la Chine*, traduit du chinois par G. THOM. STAUNTON, et mis en français par RENOARD DE SAINTE-CROIX, t. I, p. 52-53.

¹ KOLDERUP-ROSENVINGE, *Grundriss*, etc., p. 222.

jeurs, même dans les délits atroces, surtout quant leur âge est peu au-dessus de l'âge de puberté¹. Il invoque à l'appui de cette décision plusieurs lois romaines. Mais cette exception en faveur de l'impubère n'est pas complète, et les lois citées par Jousse prouvent plutôt contre sa thèse qu'en sa faveur². Muyart de Vouglans prétend au contraire que les crimes atroces étaient punis chez les mineurs comme dans les criminels plus âgés, et il se fonde également sur une disposition du droit romain (l. 7, *Cod. de penis*)³.

Quoi qu'il en soit, un fait est certain : c'est que les lois modernes sont plus indulgentes pour l'enfance, pour la jeunesse même, que les lois anciennes. Ainsi, tandis que la loi romaine ne voyait d'innocence légale que jusqu'à l'âge de sept ans, plusieurs lois modernes ont refusé de voir un coupable dans l'enfant au-dessous de dix ans et même de quatorze⁴. La loi russe elle-même est entrée dans cette voie⁵.

D'autres améliorations que présentent les législations modernes à cet égard, c'est 1^o d'avoir reculé l'âge jusqu'auquel la présomption légale est celle du défaut de discernement, d'avoir ainsi porté la présomption d'innocence de quatorze à seize et même à dix-huit ans; 2^o d'avoir réduit la peine dont les mineurs de cet âge et au-dessous pouvaient être atteints. Déjà une ancienne loi espagnole faisait au juge une obligation de diminuer la peine due au crime d'un mineur de dix-sept ans⁶.

La vieillesse avait aussi trouvé de la pitié chez les anciens,

¹ T. II, p. 617.

² V. l. 1, § *Impubes D.*, ad S. C. *Silvan*; l. *Excipiuntur D.*, eod. tit.; D., *De minorib.* XXV ann., l. 1, in princip.; D., *De questionibus*.

³ *Lois criminelles de France*, p. 27.

⁴ *Code pénal général d'Autriche*, 1^{re} part., art. 2, et 2^e part., art. 4. — *Code du Brésil*, art. 10, 11, 13 et 18. — *Code de la Louisiane* (projet), art. 29 et 30.

⁵ Elle reconnaît que les enfants au-dessous de dix ans ne sont passibles d'aucune peine, et que les crimes par eux commis ne doivent en rien préjudicier à leur avenir. Les enfants de dix à quatorze ans ne peuvent être condamnés ni aux travaux forcés, ni au knout, ni à la plecte (martinet) publiquement administrée. De quatorze à dix-sept ans, ils sont passibles des travaux forcés, mais ne subissent pas de peines corporelles infamantes. De onze à quinze ans ils encourent, pour délits de peu d'importance, les verges; de quinze à dix-sept, la plecte à la police (la correction). (*La Russie sous Nicolas I^{er}*, par M. IVAN GOLOVINE, p. 404.)

⁶ GOMEZ, *Tractatus de delictis*, l. 63, vers. *Sed hodie*.

et cette pitié était de la justice. Que le vieillard s'il est coupable soit puni, il le mérite assurément; mais il est des peines peu proportionnées à la faiblesse de ses forces, et qui seraient pour lui ou un supplice ou une peine capitale déguisée. Quant à la peine de mort, sans parler de ce qu'il y a de peu salubre pour la morale publique à voir monter sur l'échafaud une tête décrépite ou couverte de quelques rares cheveux blancs, il faut convenir que les hommes de cet âge sont peu dangereux pour les sociétés, qu'ils ne doivent pas être longtemps à la charge de l'État, et que si la peine de mort doit se fonder aussi sur la nécessité de la défense et l'intérêt public, ces deux motifs sont ici peu puissants. En Chine l'extrême vieillesse est à l'abri du supplice, comme l'enfance. On fait plus, on épargne en sa faveur un fils criminel, toutes les fois que le pardon ne doit pas être trop préjudiciable à l'État¹.

Il y aurait beaucoup plus à faire encore. Il n'est pas douteux qu'un mineur de plus de seize ans révolus ne possède pas toute la liberté, toute la réflexion de l'âge mûr; il y aurait donc justice à ne pas le punir aussi sévèrement que l'homme fait, lors surtout qu'il s'agit de la peine de mort² ou de peines perpétuelles, ou de peines infamantes.

Ne serait-il pas juste aussi qu'il y eût des excuses légales en faveur des sourds-muets³? A la vérité, la faveur des circonstances atténuantes ne peut guère manquer aux uns et aux autres; mais il serait mieux que celle de la loi leur fût assurée⁴. La coutume anglo-normande regardait le sourd-muet comme irresponsable, moins peut-être parce qu'il était innocent que parce qu'il ne pouvait être entendu dans sa défense⁵. La même excuse n'existerait plus aujourd'hui, au même degré du moins, surtout pour les sourds-muets qui ont reçu le bienfait de

¹ *Mém. concernant les Chinois*, t. IV, p. 157.

² Déjà les Codes de Parme, des États romains et de Naples sont entrés dans cette voie.

³ Le Code suédois l'exclut lorsqu'il n'a pas été capable d'apprécier l'illégalité de l'action.

⁴ Voir sur la question de l'âge en droit pénal, un article remarquable de M. Ortolan, *Revue de législation et de jurisprudence*, 1843, t. I, p. 463. — Cf. art. 66-69, 70, 71 C. pén.

⁵ Si quis mutus vel surdus natus sit, ut peccata sua confiteri nequeat nec iudicari, emendet pater scelera ipsius. Hovard, *Traité sur les coutumes anglo-normandes*, etc., 4 vol. in-4^e; Paris, 1766, t. I, p. 92. Lois d'Alfred.

l'instruction d'après les méthodes plus ou moins ingénieuses, inventées par le génie de la philanthropie.

II. La *démence* complète a toujours été regardée comme une excuse péremptoire. Mais si le principe est facile à reconnaître, l'application présente des questions de fait et même des questions de droit où l'erreur est très-possible.

On peut d'abord se laisser tromper : la démence peut être feinte, ou exagérée si elle est vraie.

Qu'entendra-t-on d'ailleurs par folie? Les hommes de l'art eux-mêmes ont-ils, à l'heure qu'il est, des idées assez nettes, des faits assez nombreux et assez bien constatés pour que le législateur et le juge puissent marcher avec certitude sur leurs traces? Je n'hésite pas à dire qu'il n'en est rien. Les observations et les raisonnements des médecins et des psychologues sur cette question sont loin d'être satisfaisants. La synonymie des mots destinés à caractériser les différentes maladies de l'esprit accuse déjà l'imperfection des classifications, et peut-être celle des observations et des raisonnements qui leur servent de base. Qu'on lise les travaux des deux Pinel, ceux de Georget, d'Esquirol, de Broussais, de Marc, etc., et l'on ne tardera pas à s'apercevoir que le flambeau de l'analyse intellectuelle n'a pas dissipé chez ces auteurs l'obscurité dont la question fondamentale est enveloppée. Y trouve-t-on, par exemple, des réponses satisfaisantes aux questions qui suivent et qui sont cependant essentielles dans la théorie : — La science de la perturbation des facultés ne suppose-t-elle pas une connaissance préalable de ces facultés dans l'état sain, et quelle est, à cet égard, la théorie de l'âme qui peut être regardée comme la vraie? — Jusqu'à quel point cette théorie brise-t-elle les rapports réguliers et sympathiques des facultés, et comment, dans l'application, remédier à cet inconvénient de l'étude analytique et de ses résultats? — N'y a-t-il pas une folie qu'on pourrait plus particulièrement appeler intellectuelle, et une autre qui mériterait plutôt le nom de morale, attendu que la première atteindrait moins la liberté que l'intelligence, et la seconde, au contraire, moins l'intelligence que la liberté? — Ne faudrait-il pas distinguer encore dans l'aliénation intellectuelle, suivant que ce sont les sens ou le jugement qui sont troublés; suivant que cette perturbation consiste à ne donner aucun résultat intellectuel ou à ne donner qu'un résultat erroné?

— Ce résultat erroné ne peut-il pas être de deux sortes, suivant qu'il n'est que l'altération du vrai ou qu'il est purement chimérique? — Ne faudrait-il pas distinguer aussi l'aberration totale des fonctions intellectuelles, y compris ou non compris l'hallucination dans les perceptions visuelles ou auriculaires, et l'aberration partielle appelée monomanie? — A-t-on bien remarqué s'il n'y a pas des hallucinations relatives aux phénomènes internes comme il y en a par rapport aux phénomènes externes? — Toutes ces aberrations ne peuvent-elles pas varier en étendue comme en degrés, et quelle est la loi de leur formation et de leur développement? — L'intelligence morale, ou plutôt les notions de l'ordre moral, peuvent-elles être perverties toutes seules? — La liberté peut-elle être ravie sans que l'intelligence en souffre, surtout l'intelligence pratique morale? — Ne peut-elle pas l'être pour certains actes seulement, et jusqu'à quel point? — Ce défaut de liberté est-il imputable? — L'est-il toujours, et jusqu'à quel point?

Je pourrais étendre beaucoup les questions de ce genre; questions graves en médecine légale, et que la science n'est pas, il s'en faut bien, en état de résoudre.

Cette ignorance n'est-elle déjà pas une puissante raison de traiter avec ménagement le malheureux qui a perdu l'esprit ou la liberté, et quelquefois l'un et l'autre?

Il y a incontestablement des degrés, en étendue comme en profondeur, dans ces maladies intellectuelles et morales; mais qui les appréciera? Et la conscience du juge ne doit-elle pas fortement appréhender ici de s'égarer soit par trop d'indulgence, soit par trop de sévérité? Mais si le doute existe, n'est-ce pas déjà une raison de mettre plutôt l'erreur du côté de la clémence que du côté de la rigueur?

Quoi qu'il en soit, les jurisconsultes distinguent depuis longtemps, suivant que la folie a précédé le crime ou qu'elle l'a suivi¹.

Dans le premier cas ils distinguent encore, suivant que le crime a été perpétré dans l'état de folie ou dans un intervalle lucide.

Il est clair que si l'état de folie était habituel et notoire avant

¹ N'y aurait-il pas lieu de se demander encore si le crime ne serait pas l'effet d'un premier accès?

le délit, la présomption serait que le délit a été commis dans cet état, et que s'il n'y a pas de preuves contraires administrées par celui qui poursuit le délit, l'acquittement doit être déclaré, et qu'il n'y a lieu à l'application d'aucune peine, ni afflictive, ni infamante, ni pécuniaire.

S'il est, au contraire, reconnu que le délit a été commis dans un intervalle lucide, ne faut-il pas distinguer encore, suivant que les intervalles sont plus ou moins sains, plus ou moins rapprochés et plus ou moins longs, et que le délit est plus près ou plus éloigné du moment qui peut être regardé comme le degré le plus parfait de lucidité? N'y a-t-il pas lieu, en tout cas, d'admettre une atténuation dans la culpabilité et par conséquent dans la peine, surtout si les intervalles lucides ne sont ni très-fréquents ni très-longes?

Les monomanies présentent bien d'autres difficultés dans lesquelles nous n'avons, du reste, pas besoin de nous engager. Disons seulement qu'il ne faut pas les admettre légèrement¹; qu'elles ne se présument point; qu'elles ne peuvent être établies que sur un grand nombre de faits moraux et autres qui concourent à montrer avec la dernière évidence la cécité morale de l'agent ou la fatalité de son action. L'origine morale de cet état, son degré de profondeur, doivent également être pesés; mais en supposant que l'individu atteint de cette affection morale ne fût pas exempt de reproche dans la manière dont il s'y est pour ainsi dire livré ou abandonné, peut-on le rendre complètement responsable d'actes qu'il n'aurait d'abord pas prévus, ou qu'il aurait prévus, mais qu'il aurait constamment cherché à éviter, jusqu'à ce que, emporté dans ses mouvements, à peu près comme l'hydrophobe, il exécute machinalement un acte dont l'idée fixe l'obsède, le tyrannise? Tel n'est point notre avis, alors même qu'à la fin l'horreur de cet acte aurait fini par disparaître, et que le désir en serait devenu frénétique. Cette frénésie même est une partie de la maladie.

La manie homicide peut bien être sans doute le résultat d'un désir coupable longtemps fomenté dans le secret de la conscience, et nul meurtre n'aurait alors été plus coupable dans le principe.

Mais faut-il punir les désirs, les actes intérieurs, occasion-

¹ V. sur ce sujet M. ELIAS REGNAULT, *De la compétence des médecins*, etc.

nels, éloignés, ou se borner à ceux qui sont médiatement (mais avec idée de la possibilité, de la probabilité même des actes) ou immédiatement voulus? Nous sommes de ce dernier avis, parce qu'on n'est responsable que de ce qu'on prévoit, de ce qu'on veut avec connaissance directement ou indirectement; parce que le contraire mettrait le législateur et le juge dans le danger imminent de faire entrer dans le droit la morale et une morale trop sévère; parce qu'enfin il y a quelque chose de trop inconnu aux hommes dans ces rapports des inclinations, des desirs, etc., avec les actions.

Ne faut-il pas tenir compte aussi d'une autre origine quelquefois possible de la manie homicide, par exemple, de l'infanticide? L'idée de tuer un enfant se présente à une mère; elle en est épouvantée et violemment affectée; elle la rejettera avec horreur: mais cette idée se représentera de nouveau; l'horreur sera la même; l'idée finira par devenir une obsession; l'imagination sera subjuguée; une sorte de fascination intérieure en sera la conséquence; la liberté disparaîtra presque complètement, et le meurtre sera consommé.

S'il y a là cause prochaine ou éloignée, n'y a-t-il pas aussi maladie, malheur à un très-haut degré? Et le *maximum* de la peine ne serait-il pas trop dur?

Que dire enfin du fanatisme? faut-il le punir comme si le jugement était sain? Nous ne le pensons pas; et cela, lors même que l'erreur serait imputable à beaucoup d'égards.

Les criminalistes distinguent encore les temps où la folie, postérieure au délit, vient à éclater. Est-ce avant l'instruction, pendant, après; avant le jugement, après le jugement? — On comprend toute l'importance de ces distinctions.

En général on ne peut punir qu'un coupable, et nul ne l'est qu'après jugement. D'un autre côté, il n'y a de jugement possible qu'après instruction, débats, et par conséquent défense. Si tous ces actes de la procédure criminelle ne peuvent pas avoir lieu, il n'y a pas de condamnation possible. Ils peuvent être suspendus et repris dans les intervalles lucides, cela est vrai; mais cela est rigoureux, et pas sans péril pour l'innocence ou la santé intellectuelle du prévenu ou de l'accusé. Le mieux, le plus humain et le plus sûr, serait donc d'attendre une complète guérison. Resterait à savoir quand elle serait censée l'être. C'est une présomption qu'il serait facile d'établir d'après la na-

ture et la marche ordinaire de la maladie. Les hommes de l'art pourraient d'ailleurs être consultés.

Si l'action publique ou la peine devait être prescrite, il n'y aurait pas même en cela dérogation aux principes, puisque le droit romain admettait avec raison que le fou est assez puni par sa folie même: *furiosus furore ipso punitur*.

Mais si le condamné a recouvré son bon sens avant la prescription de la peine, nul doute que la peine ne puisse être infligée, même la peine de mort. Il y aurait cependant de la rigueur à profiter d'un moment lucide pour infliger la peine capitale, et il y aurait de la barbarie à exécuter un homme en démence, comme le voulait Rousseau de la Combe pour le crime de lèse-majesté¹. Quel effet moral attendrait-on d'ailleurs d'une semblable exécution? La pitié seule s'emparerait du public; ou, s'il devait être saisi d'un autre sentiment, l'indignation ne laisserait rien à faire à la terreur.

Les législations anciennes et les modernes ont eu pour la démence à peu près la même équité², mais l'humanité n'a pas été partout la même. De plus, on ne s'est pas toujours fait la même idée de la démence, particulièrement de cette démence partielle admise sous le nom de monomanie, démence que la science médicale de nos jours reconnaît, et qui est admise à faire valoir son droit dans la pratique judiciaire. La folie est donc mieux comprise maintenant qu'autrefois, malgré tout ce qui reste encore à connaître pour avoir complètement tiré le voile qui recouvre cette affliction.

A une époque où les peines étaient arbitraires, le juge, comme aujourd'hui le jury dans les pays où cette institution existe, pouvait apprécier toutes les circonstances propres à réduire la culpabilité, et par conséquent la folie.

Les anciens criminalistes avaient aussi voulu qu'en cas de doute la présomption fût en faveur de l'accusé³. Mais on était

¹ Et comme l'ordonna le sanguinaire Henri VIII, dont le statut fut d'ailleurs rapporté par les statuts 1 et 2 de Philippe et de Marie, c. 10. V. BLACKSTONE, *Code crim. d'Angl.*, t. 1, p. 21.

² L. 3, § 1, D., *De injuriis et fam. lib.*; *constit. sicil.*, l. 13; — *Cod. pruss.*, art. 16 et 18; — *Cod. pén. d'Autr.*, art. 2, §§ 1, 2; — *Cod. ang.* — J. STEPHEN, *Summary of the crim. law*, c. 2, p. 8, t. 1, édit. allem. — *Les Codes des États-Unis*; — *Code de Naples*, Des peines et des règles, art. 61; — *Cod. Brésil.*, tit. 1, art. 3; — *Cod. pén. fr.*, art. 64.

³ FARINACIUS, *quest.* 98, n° 8.

loin de voir une affection mentale partout où elle existe réellement. La médecine moderne, par ses observations et ses analyses, tend donc très-manifestement à rendre l'appréciation des délits plus équitable, en faisant ressortir tous les jours davantage l'immense variété des aliénations, et leurs nombreux degrés¹.

III. Parmi les excuses péremptoires ou faits justificatifs, les anciens jurisconsultes plaçaient aussi le somnambulisme : *dormiens furioso æquiparatur*². La loi romaine compare le fou à un homme qui est enseveli dans le sommeil³; mais comparait-elle le somnambule à l'homme en démence ou à celui qui dort d'un sommeil tranquille? C'est ce que nous ne voyons pas.

Charlemagne, dans ses capitulaires, a résolu la question affirmativement : le somnambule homicide n'encourait aucune irrégularité; il était assimilé à l'enfant et à l'homme en démence⁴.

A la vérité, l'ancienne jurisprudence distinguait : si le somnambule connaissait son état, et qu'il ne se fût pas mis dans l'impossibilité d'exécuter un crime en se faisant surveiller, il en était responsable. Il l'était également s'il ratifiait son action criminelle dans l'état de veille. Cette seconde hypothèse ne souffre aucune difficulté. Mais la première n'est soutenable qu'exceptionnellement, c'est-à-dire pour le cas où le somnambule se croirait exposé au péril prochain de commettre un dé-

¹ V. les traités de médecine légale : ESQUIROL, GEORGET, ORFILA, GUISLAIN (Hollandais), STADK (Anglais). SEDILLOT, dans son *Manuel*, p. 97-119, regarde les passions violentes comme des états de folie. — PACKBUSCHUS, J. F., *De homicida delirante ejusque criteriis et poena*, Lips. 1723; MITTERMAIER, *De alienationibus mentis, oratio dicta Heidelbergæ*, 1825; HENKE, dissertation insérée dans le journal (*Zeitschrift*) de HITZIG, n° 10, p. 394; HOWITZ, *Om affindighed og tilregnelse, et Bidrag til psykologiæ og retslaeren* dans le *Juridisk Tidsskrift* d'ØKSTED, vol. VIII, n° 1, 1824; et surtout, SCHLEGEL, l'*Encyclopédie du droit public*, en danois, où se trouve une dissertation sur ce sujet, p. 549, vol. de 1825. On trouve d'autres indications bibliographiques précieuses sur ce sujet comme sur toutes les parties du droit criminel, dans J. M. F. BIRBAUM, *De peculiari ætatis nostræ jus criminale reformandi studio*, etc. Lovan. 1828. Nous ne parlons pas des *Archives du droit criminel* (en allem.) de M. MITTERMAIER, ouvrage le plus riche en documents de ce genre, qui existe.

² FARIN., *quæst.* 98, n° 70; JUL. CLAR., q. 60, n° 13.

³ L. 2, § 3, *De jure codic.*; l. 1, § 3, *De acq. vel amitt. possess.*

⁴ *Cap. si furiosus*. Extr. de homicid. vol. vel casu.

lit, et où il pourrait prendre les précautions nécessaires pour s'en garantir. Mais outre qu'un somnambule n'est pas toujours un grand seigneur qui puisse avoir à côté de lui un valet de chambre pour épier tous ses mouvements et l'éveiller, ne peut-il pas arriver que le crime soit conçu et commis pendant l'état de somnambulisme, soit volontairement, soit par accident?

Or la volonté du somnambule est-elle imputable à l'homme éveillé? Telle est la question. Il semblerait, d'après les observations modernes sur l'état de somnambulisme, sur ses affinités avec le sommeil magnétique, que les phénomènes de l'état de veille et ceux de l'état de sommeil forment comme deux courants distincts, parallèles, qui peuvent être fort différents l'un de l'autre, et entre lesquels la mémoire n'établit point de liens, à la différence des rêves dans l'état de sommeil ordinaire. S'il en était ainsi, comme tout porte à le penser, on ne pourrait punir dans l'homme éveillé les crimes commis par le somnambule.

Mais on comprend aussi combien l'application d'un pareil principe est délicate, et combien il serait difficile de prouver qu'un criminel n'était pas dans l'état de somnambulisme. Quels témoignages invoquer? Ceux de la famille, des amis? Mais ils seront favorables ou nuls. Pourra-t-on d'ailleurs les invoquer à un autre titre qu'à celui de renseignements, et que déciderait-on sur des preuves aussi faibles?

Ce serait donc au prévenu de prouver qu'il était dans un état de somnambulisme. Il peut l'affirmer; mais comment le prouvera-t-il, à moins que la notoriété publique ne puisse établir qu'il est sujet à cette espèce d'infirmité? Mais encore, n'a-t-il pas pu concevoir et commettre son crime en simulant son état habituel?

On comprend, en présence de difficultés aussi sérieuses, 1° que le Code pénal français n'ait pas voulu établir une présomption en faveur du coupable à l'état de somnambulisme; 2° qu'il ait gardé à ce sujet un silence complet, puisque, en tout cas, le prévenu qui se prétend somnambule est tenu de prouver qu'il était dans cet état au moment où il a commis le crime.

En supposant encore qu'il n'y ait point de relation, en vertu de la mémoire, des états de somnambulisme aux états de veille, n'y en a-t-il pas d'autres qui tiennent des idées, des senti-

ments, des passions, et qui permettent de regarder le criminel somnambule comme participant aux sentiments qu'il éprouve dans l'état de veille, et par conséquent comme continuant jusqu'à un certain point cet état même? En d'autres termes, il est possible qu'on ne sache pas dans l'état de veille ce qui se passe dans l'état de somnambulisme; mais la réciprocité n'est pas probable: il est reconnu en psychologie que l'imagination, dans les songes en général même, n'invente aucune perception; qu'elle reproduit, modifie, combine seulement les perceptions de la veille. La vie intellectuelle du somnambule ne peut donc être encore que la vie intellectuelle du même homme à l'état de veille, avec des modifications plus ou moins considérables. Qui croira, par exemple, qu'un individu qui aurait un ennemi auquel il en voudrait à mort, serait aussi peu coupable s'il venait à le tuer dans l'état de somnambulisme que s'il ne l'avait jamais connu, que s'il en ignorait la demeure, etc.?

Tout ce qu'on pourrait dire à sa décharge, c'est qu'il n'a pas joui de toute sa liberté, et qu'il a droit à quelque indulgence.

IV. Montesquieu a très-bien remarqué que l'usage des boissons enivrantes n'est pas également impérieux ni également dangereux partout, et que si la loi punit l'ivrognerie, ou même l'ivresse volontaire, il y a des raisons pour que la peine varie avec les climats et les usages des pays.

Il y en a aussi pour qu'elle sévise tantôt plus, tantôt moins sévèrement dans le même pays. On est plus répréhensible de s'enivrer si l'on peut compromettre dans cet état d'autres intérêts que les siens propres, surtout lorsqu'on a sollicité des fonctions qui rendent responsables à un plus haut degré de la gestion des affaires d'autrui. Il ne faut donc pas trop s'étonner si le plus léger soupçon d'intempérance était un obstacle suffisant à l'admission d'un archonte au sein de l'Aréopage, et si un autre archonte surpris en public dans un état d'ivresse fut condamné à mort¹; mais la peine fut trop forte.

Toutefois, l'ivresse n'est qu'une faute contre la morale, et qu'une occasion proprement dite de délit plutôt qu'un délit par elle-même. Elle n'est donc passible tout au plus que d'une peine de simple police.

Les anciens jurisconsultes n'étaient pas d'accord sur la ques-

¹ ATHEN., lib. XIV; *Ib.*, X; PLUTARQUE, *Vie de Solon*.

tion de savoir si l'ivresse devait excuser ou ne pas excuser. Des philosophes mêmes, tels qu'Aristote, précédé en cela par Pittacus, roi de Corinthe, et suivi des législateurs et des criminalistes modernes, sont allés jusqu'à dire qu'il y avait une double culpabilité dans le délit commis en état d'ivresse: le tort de s'être mis dans cet état, celui par conséquent d'avoir voulu implicitement l'acte coupable qui en a été la suite, et le tort de l'avoir réellement commis.

C'est là une décision qui ne serait pas même juste au point de vue purement moral; il est certain que celui qui s'enivre sans avoir l'intention de commettre un crime, et qui a cependant le malheur de le faire après avoir perdu le sens; est à peine coupable de s'y être exposé sans l'avoir prévu ni voulu; autrement il faudrait punir l'ivresse de tous les crimes possibles commis dans cet état.

La loi romaine, qui voyait dans l'ivresse une circonstance atténuante², était donc plus raisonnable que l'édit de Charles-Quint³, qui punissait le délit d'un homme pris de vin à double titre, comme le voulaient Aristote et Balde.

François I^{er} fut aussi très-sévère contre l'ivresse⁴, en décidant que si quelqu'un commet un crime dans cet état, il sera puni de la peine due au délit, et de plus, pour raison de l'ivresse, à l'arbitrage⁵ du juge⁶.

Suivant cette même ordonnance, l'ivresse qui n'était suivie d'aucun autre délit était punie pour elle-même, non plus alors à l'arbitrage du juge, mais de peines déterminées par l'ordonnance⁶.

² L. 6, § *Qui se vulner.*, D., *De re militari*; L. 2, D., *De penis*; L. 12, Cod., *De custod. et exh. reor.*

³ An 1531; DAMHOUDERUS, *Prat. crim.*, c. 84, n° 20.

⁴ Ord. du 31 août 1536, c. 2, art. 1.

⁵ A l'imitation des criminalistes du XVII^e et du XVIII^e siècle, on pourrait conserver au mot *arbitrage* le sens d'estimation consciencieuse ou de pouvoir discrétionnaire du juge, alors même qu'il n'est pas question de prononcer entre des intérêts opposés ou en matière de police. Le mot *arbitraire* est peu propre à rendre cette idée.

⁶ FILANGIERI, qui est loin d'être cruel, veut aussi que le crime commis dans l'ivresse soit doublement puni, liv. III, part. 5, c. 13, *Scienza della legisl.*

⁷ « Quiconque sera trouvé ivre soit incontinent constitué et retenu prisonnier au pain sec et à l'eau pour la première fois; et si secondement il est repris, sera, outre ce que devant, battu de verges ou fouet par la prison, et

En Angleterre, l'ivresse est frappée de l'amende; s'il y a délit commis dans cet état, le crime n'en est qu'aggravé. Un homme ivre, dit Ed. Coke, est un démon volontaire qui est responsable de tout le mal qu'il peut faire dans la chaleur du vin¹.

La loi romaine était donc plus sage que ces lois modernes. Aussi y est-on revenu. Le Code autrichien décide que « nulle action ou omission ne constitue un délit.... quand l'auteur est en état de pleine ivresse, à moins qu'il ne s'y soit mis dans l'intention directe de commettre le délit, ou s'il est en proie à d'autres perturbations des sens pendant lesquelles il n'est pas maître de son action². »

Cette exception, prévue déjà par les anciens jurisconsultes me semble peu rationnelle dans la manière de la concevoir : on suppose, d'une part, que l'ivresse est complète, et, d'autre part, que la présence d'esprit est assez grande pour que le projet conçu avant l'ivresse persiste dans l'esprit et soit suivi d'exécution. L'hypothèse ne serait pas quelque peu contradictoire, que l'exception nous paraîtrait assez mal fondée, par la raison que l'homme qui n'en est encore qu'à s'enivrer, et qui veut le faire au point de perdre la raison, ne fait que concevoir et préparer un crime; il n'en commence pas encore l'exécution. De plus, il s'y prépare de manière à l'oublier ou à le manquer, de manière à ne pas l'exécuter. Si donc il y a ivresse volontaire et complète, et que le crime ait lieu, qu'il soit consommé, ou manqué, ou interrompu, l'auteur d'un pareil attentat ou d'un pareil crime ne devrait encore être puni, si d'ailleurs il pouvait l'être à ce titre, que comme ayant conçu et préparé le crime.

la tierce fois fustigé publiquement; et s'il est incorrigible, il sera puni d'amputation d'oreille, d'infamie et de bannissement de sa personne. Et si est par après commandé aux juges, chacun en son territoire et district d'y regarder diligemment. » V. *Théor. du Code pén.*, t. I, p. 514, par MM. CHAUVÉAU et HÉLIE.

¹ *Code crim. d'Angl.*, BLACKST., t. I, p. 22; J. STEPH., *Summary of the criminal Law*, 1834, t. I, p. 10, de la traduct. allem. que nous suivrons. L'ivresse est punie d'une amende par la loi suédoise, *Rev. de légis.* de M. FOELIX, t. I, p. 334. Elle l'est également, et d'une amende assez forte, dans les cantons d'Uri et d'Underwald. On y punit aussi de la même peine ceux qui engagent d'autres à boire avec excès, et les aubergistes où l'on s'est enivré, ib. II, 90. En Russie, celui qui est surpris en état d'ivresse est condamné à l'amende et à balayer les rues (IVAN GOLOVINE, *La Russie sous Nicolas I^{er}*).

² *Code autr.*, part. I, sect. 1, ch. 1, art. 2, traduct. de M. FOUCHER.

S'il a fait quelque chose de plus, on reconnaît, par l'hypothèse, que c'est dans un état de complète ivresse; il n'y a donc pas délit intentionnel en ce cas, mais simplement délit matériel.

Reconnaissons que les criminels qui s'enivrent avant de commettre un attentat, le font bien plus pour s'enhardir et s'étourdir sur le danger, pour se prévaloir plus tard de leur état comme d'une excuse, que pour se mettre dans l'impossibilité d'exécuter leur dessein. Ils auraient tout à perdre à pousser trop loin leur état d'ivresse, puisqu'ils s'exposeraient sans chances de succès ni de salut. Ils n'auraient, au contraire, rien de mieux à faire s'ils voulaient se distraire de l'idée de la tentation du crime; ce serait un moyen de se mettre hors d'état de l'entreprendre, d'y penser même.

Si l'ivresse n'est pas complète, si elle n'est portée qu'au degré propre à donner le courage et les forces nécessaires pour échapper à la faiblesse ou à l'émotion qui accompagnerait l'état ordinaire, alors seulement l'exception présente un sens; alors le coupable est passible de toute la peine si d'autres circonstances ne militent pas en sa faveur. Alors encore, Aristote¹, Quintilien², les lois de Charles-Quint, de François I^{er}, les statuts de l'Angleterre, le Code pénal autrichien dans son exception et celui de la Géorgie ont raison, en ce sens seulement que la peine doit être la même que si l'ivresse volontaire n'eût pas eu lieu; mais ont tort ceux qui veulent que cette peine soit plus forte, ou qui ne veulent appliquer la même peine que pour les délits atroces³.

Ceux qui tiennent pour cette dernière distinction s'écartent encore du vrai lorsque l'ivresse est involontaire et incomplète, surtout lorsqu'elle est occasionnée accidentellement, par surprise⁴, et qu'elle est même exploitée dans un but coupable. Il est clair qu'alors les circonstances atténuent la faute. Et cette atténuation est indépendante de la nature du crime; elle tient uniquement à l'état de l'agent, quoi qu'il puisse faire d'ailleurs.

L'ivresse ne peut donc être un motif d'excuse que dans les cas où elle serait volontaire ou complète; dans le cas où, sans être complète, elle aura été volontaire encore, mais sans pré-

¹ *Ethic.*, I, 34.

² *Inst. or.*, VII, 1.

³ *Moy. de Vougl.*, p. 15.

⁴ Comme l'a prévu le Code de Géorgie, 1^{re} div., sect. 9.

méditation du crime commis. S'il y a habitude du crime dans l'état d'ivresse, cet état volontaire est moins excusable, si toutefois l'habitude même des spiritueux, la tyrannie de cette habitude, la perte progressive de la force intellectuelle nécessaire pour y résister, ne forment pas une compensation suffisante avec ce qu'il y a d'aggravant dans cette circonstance.

Quoi qu'il en soit, le Code brésilien veut, pour qu'il y ait circonstance atténuante dans l'ivresse, « 1° que le délinquant n'ait pas, avant de s'être mis en cet état, formé le projet du crime; 2° qu'il ne s'y soit pas mis pour s'animer dans la perpétration du crime; 3° que, plongé dans l'ivresse, il n'ait pas l'habitude de commettre des crimes¹. »

Il est des positions où l'ivresse peut être regardée comme une contravention, à cause des dangers auxquels elle expose, par exemple chez les marins. Des lois spéciales peuvent donc punir justement l'ivresse dans les cas prévus, comme l'a fait la loi française du 22 août 1790².

Le fait de l'ivresse, la manière dont elle a été occasionnée, son degré, son influence, tout cela rentre dans l'appréciation des faits.

Mais c'est à celui qui allègue l'ivresse, comme dans toutes les autres excuses, à la prouver. Il n'y a d'exception que pour les cas où la présomption naturelle est contraire, par exemple s'il s'agit d'un crime commis par un homme notoirement connu pour aliéné.

V. La *contrainte* physique, qui fait de notre corps, de nos membres, malgré tous les efforts de résistance dont nous sommes capables, un instrument de délit, nous met à l'abri de toute responsabilité; il n'y a pas d'action libre de notre part. Nous avons, au contraire, employé toutes nos forces à prévenir le délit; nous ne sommes donc pas plus coupables en ce cas que celui qui cherche à l'empêcher sans en être l'instrument.

Mais il est rare qu'un malfaiteur se serve ainsi d'un bras étranger pour commettre un crime : ce serait de la force dépensée en pure perte, une chance d'insuccès et de châtimement de plus.

La contrainte morale est beaucoup plus ordinaire; elle

¹ Trad. de M. FOUCHER, p. 12.

² Art. 18.

s'exerce sur la volonté par la crainte, l'autorité ou le respect, par l'imminence d'un grand péril. De là ce qu'on appelle *jus necessitatis*.

En morale, on reconnaît que la crainte, si grande qu'elle puisse être, n'est pas un motif suffisant pour faire le mal. Il faut convenir que le droit strict n'a pas un autre principe, et que l'injustice ne perd rien de son caractère pour avoir été commise sous l'empire d'un grand et puissant danger.

Toutefois, les législateurs, prenant en considération la faiblesse de la plupart des hommes, ont été généralement d'avis que si la crainte est de nature à ébranler un grand courage, s'il s'agit d'échapper par un délit à un grand mal physique ou moral, comme à la perte de la vie, de la liberté, d'un membre, à celle de l'honneur et quelquefois des biens, il peut y avoir excuse complète ou partielle. Mais il faut que le péril soit en outre très-pressant, qu'il ne puisse être évité d'aucune manière légitime, soit en y opposant la résistance personnelle, soit en invoquant l'appui d'une force étrangère, soit en différant l'exécution¹.

S'il s'agissait de commettre un meurtre commandé sous peine de la vie, mieux vaudrait déjà, toutes choses d'ailleurs égales, frapper celui qui imposerait un pareil crime que de porter une main homicide sur un innocent², à moins que celui qui commande le crime ne soit un personnage d'une très-grande utilité pour l'État.

C'est à celui qui allègue la contrainte à la prouver. Néanmoins il peut n'avoir aucun témoignage à produire. Dans ce cas, les juges doivent examiner attentivement les faits, et voir si des présomptions suffisantes ne permettent pas d'user d'indulgence. L'ordonnance de Charles-Quint, article 143, trace à cet égard des règles fort sages³.

Notre ancienne jurisprudence n'admettait pas en principe d'excuse péremptoire tirée de la contrainte en cas d'homicide;

¹ L. 184, D., *De reg. jur.*; L. 5, D., *Quod metus causa gest.*; L. 6, *eod. tit.*; L. 13, C., *De transact.*; L. *Si quis*, 49, § *fin.*, D., *ad. leg. Aq.*; L. 9, C., *De his quæ vi, metu, etc.*; L. 45, § 4, D., *ad. leg. Aq.*; L. 4, § 1; L. 5, D., *ad. leg. Aq.*; L. *Scientiam*, 45, § *penult. ad. leg. Aq.*; L. 4, D., *De vi et vi armata*.

² C'est aussi l'avis de BLACKSTONE, *Comm.*, t. 1, p. 25.

³ V. MUY. DE VOUGL., p. 33.

mais si la contrainte était suffisamment établie, et qu'elle eût d'ailleurs les caractères voulus pour excuser, le prince accorderait des lettres de grâce¹.

Notre Code pénal ne prend pas ce détour; la contrainte est une excuse péremptoire².

La plupart des législations modernes ne sont pas moins positives à cet égard³; elles indiquent les circonstances qui donnent à la contrainte le caractère d'excuse légale. — Il est juste de ne pas s'en tenir au point de vue absolu ou abstrait, qui paraît avoir été le seul des anciennes lois. Il faut aussi faire la part du sexe, du caractère, en un mot des dispositions particulières du sujet soumis à la crainte. On peut donc justement regarder l'article 1112, alinéa 2 du Code Napoléon, comme une explication de l'article 64 du Code pénal français.

On doit aussi comparer la nature du délit commis, son degré de mal, avec la nature et le degré du mal que l'agent a voulu éviter. Cette comparaison est très-importante. Elle a pu conduire l'agent à l'idée, et peut-être à l'intention de réparer facilement un plus petit mal pour en éviter un plus grand. Elle peut aussi donner au délit un caractère extraordinaire de gravité, par exemple si sous le prétexte qu'un gentilhomme ou un militaire ne peut prendre la fuite sans se déshonorer, l'un et l'autre étaient plus excusables de céder à une sorte de crainte en devenant criminels, que d'en braver une autre pour échapper au péril en restant innocents. Nous ne pouvons donc accepter l'avis d'un ancien criminaliste sur cette alternative⁴: Si l'on voulait rendre le militaire et le gentilhomme esclaves d'un devoir, il eût été mieux de les soumettre à la justice au péril de leur vie propre, qu'à l'opinion au péril de la vie d'autrui.

Les nécessités et les devoirs du service militaire ont fait demander si le soldat ne devait pas exécuter passivement, aveuglément, les ordres de son chef, quels qu'ils pussent être, sauf à faire retomber sur celui-ci toute la responsabilité légale et morale.

Il y a une sorte de fanatisme à prétendre que le principe de l'obéissance hiérarchique ne peut jamais avoir d'exception. Il

¹ *Ib.*, p. 84. V. aussi JOUSSÉ, t. II, p. 625-627.

² Art. 64.

³ Telles sont les lois de l'Angleterre, de l'Autriche, des États-Unis.

⁴ MUR. DE VOUGL., p. 32.

est des cas si évidemment immoraux ou injustes, que l'ordre, fût-il donné par un ange, devrait plutôt passer pour un rêve ou une hallucination que d'entraîner au mépris de la conscience. Un chef militaire peut d'ailleurs sortir de ses attributions, s'écarter à un tel point de la ligne de ses devoirs qu'il soit manifestement ou un insensé, ou un scélérat, ou un traître. Il y a donc une limite à l'obéissance militaire la plus absolue: c'est celle qui entraînerait une infraction évidente à la loi, que l'autorité militaire a mission de faire respecter en s'y soumettant elle-même d'une manière exemplaire. La décision de Grotius, de Benjamin Constant, de Rossi et autres, qui ne veulent point d'obéissance passive sans exception, nous semble donc préférable à celle de saint Augustin, qui soutient le contraire¹.

Il faut décider la même chose, et à plus forte raison, à cause de la supériorité des lumières dans les inférieurs et d'un degré d'obéissance moins nécessaire, dans les rapports de l'autorité civile ou religieuse avec les subordonnés².

Cependant, comme la loi ne peut ni conspirer ni délirer, et comme il importe encore plus qu'elle ne puisse être jugée par les citoyens que par les magistrats, nul ne peut être coupable *juridiquement* en faisant ce qu'elle ordonne. Il n'en est pas de même au point de vue moral. Toutefois, l'immoralité de la loi ne se présume pas; c'est le contraire.

Les ordonnances des princes qui ne possèdent pas à eux seuls le pouvoir législatif, les arrêtés administratifs, les jugements des tribunaux doivent aussi être présumés moralement justes, et l'on doit être juridiquement irrépréhensible en s'y soumettant.

Plus l'autorité descend, plus elle s'affaiblit, parce qu'en descendant elle est exposée à perdre de plus en plus de ses lumières et de son impartialité. Les intérêts qu'elle protège, les droits qu'elle fait valoir vont aussi en s'amoindrissant. Voilà pourquoi les abus de l'autorité paternelle, maritale, dominicale, sont des excuses moins puissantes que ceux du chef militaire ou du souverain. Cela est particulièrement vrai de l'autorité du maître;

¹ V. GROTIUS, *Du droit de la guerre*, etc., liv. II, c. 16, § 4; BENJAMIN CONSTANT, *Cours de politique constitutionnelle*; ROSSI, *Traité de droit pénal*.

² C'est sans doute pour cette raison que la loi anglaise est très-indulgente pour la femme qui délirait sous les yeux de son mari. (J. STEPHEN, *Summary of the criminal Law*, t. I, p. 11.)

le serviteur des pays civilisés n'est plus l'esclave des temps et des pays barbares; le pouvoir dominical d'aujourd'hui n'a rien qui ressemble au pouvoir des sociétés à esclaves. Un domestique ne peut donc guère plus qu'un étranger alléguer la contrainte morale de la part de ses maîtres.

Sous le régime féodal, un statut de Casimir le Grand, roi de Pologne, avait décidé que nul ne pourrait alléguer l'ordre de son seigneur pour se justifier d'un crime¹.

En cas de doute de la part de l'inférieur, du subordonné, la présomption doit être que les ordres du supérieur sont légitimes, et Barbeyrac a justement redressé Grotius en cet endroit.

A une époque, ou bien dans les pays où l'autorité paternelle, maritale, héréditaire, seigneuriale, etc., a un caractère d'omnipotence et de brutalité qu'elle ne possède plus partout où la personnalité humaine est comptée pour quelque chose, l'excuse doit être difficilement admise. Il faut aussi tenir compte des âges, de l'instruction, du rang relatif, en un mot de tout ce qui est propre à rendre la volonté de celui qui commande plus imposante pour celui qui obéit. Ces considérations expliquent suffisamment la trop grande facilité avec laquelle les anciens rejetaient complètement la faute des enfants sur les parents qui l'avaient commandée, celle des femmes sur les maris, celle des esclaves sur les maîtres. Ce n'était qu'une manière de réparer un peu l'extrême sévérité, l'injustice même de la constitution de la famille et celle de la société.

Il ne faut pas confondre la contrainte physique, telle que nous l'avons définie au commencement de ce paragraphe, avec la *force majeure*, qui est exercée par les choses inanimées ou par les êtres vivants. L'acte de l'homme peut s'y trouver mêlé; mais si l'intention de nuire ne s'y rencontre pas, en vain cet acte est dommageable, il n'est passible d'aucune peine, excepté d'une peine de police, s'il y a imprudence. La réparation du préjudice n'est pas une peine proprement dite.

On ne peut comparer l'extrême besoin de manger, de se vêtir, à un cas de force majeure ou de contrainte; tout ici est interne et personnel. Celui qui, pressé par des besoins de cette nature, commet un vol, peut-être plus ou moins excusable, mais il n'est pas innocent².

¹ *Statut Vislica* de 1347.

² Le Code suédois déclare innocent celui qui, pour éviter un grand dan-

Puffendorf et Grotius ont donc confondu la morale avec le droit, en décidant qu'il y avait ici excuse juridique. La raison qu'ils en donnent, celle d'un retour forcé en pareil cas à la communauté primitive, n'est qu'une vaine fiction. En supposant qu'on ait jamais été en communauté, on en est sorti; et chacun a d'abord reçu ce qui lui revenait. Il n'y a donc pas eu de réserve conditionnelle possible sur la part d'autrui. Cicéron, comme l'observe Blackstone, avait plus de sentiment du droit, lorsqu'il décidait que chacun doit supporter ses malheurs plutôt que de porter atteinte au bien-être d'autrui¹. Ce n'est là que du droit, et la loi anglaise l'a formellement reconnu²; ce qui n'empêche point d'admettre des circonstances atténuantes en pareil cas³.

VI. Au nombre des excuses péremptoires doit figurer aussi la nécessaire et légitime défense de soi-même et d'autrui⁴. Elle est nécessaire lorsqu'on ne peut recourir à la force publique ou à une force étrangère quelconque pour repousser la violence. Elle est légitime lorsqu'elle est proportionnée à l'attaque; elle l'est encore par cela seul qu'elle est motivée par la nécessité.

La défense de soi-même et d'autrui est sujette aux mêmes conditions, pour excuser un délit qu'elle aurait rendu nécessaire, que celles qui sont exigées dans le cas où le délit a été commis sous l'influence de la crainte.

Plusieurs législations étrangères ont compris que la défense énergique et violente dont on use au profit d'un enfant, d'une femme, en général d'une personne faible absolument ou relativement, n'était pas moins digne d'excuse que celle qui a pour objet de se protéger soi-même. Les excès de l'égoïsme sont, en effet, moins à redouter dans le premier cas que dans le second,

ger, s'empare de la chose d'autrui. La loi anglaise est moins indulgente (J. STEPHEN, *Summary of the crim. Law*, t. I, p. 12); mais elle suppose le jury et les circonstances atténuantes.

¹ *Suum cuique incommodum ferendum est potius quam de alterius commodis detrahendum.* (*De off.*, liv. III, c. 5.)

² BLACKST., p. 26 et 27; — CHARLEMAGNE, dans ses capitulaires, soumet en pareil cas le voleur à un jeûne de trois semaines; cap. 3, *De furtis*.

³ Le Code du Brésil admet comme fait justificatif le crime commis en résistant à l'exécution d'ordres illégaux, part. I, art. 14, § 5.

⁴ V. sur le droit de défense personnelle en général : FR. JAC. GOEBEL, *Dissertatio inauguralis juridica de legitima sui defensione*. Louv., 1824.

et il est plus présumable que la défense d'autrui n'a été prise que pour de bonnes raisons, et qu'elle n'a pas dépassé la mesure des exigences naturelles. Ainsi le Code du Brésil met au nombre des crimes justifiables ceux qui sont commis, non-seulement pour la défense de sa propre personne ou de ses droits, mais ceux encore qui sont commis pour la défense de la famille du délinquant ou d'un tiers ¹.

VII. C'est avec la même raison qu'on a mis au nombre des excuses péremptoires le préjudice matériel qu'entraîne pour le coupable l'exécution d'un devoir à son égard. Le cas est si simple qu'il ne peut former une question. Mais si le mal occasionné par l'exécution obligée d'une loi pénale dépasse celui qui était voulu par le législateur, c'est alors le juge ou le pouvoir exécutif qui devient coupable; il abuse d'un droit ou d'une mission que la société lui confie, pour faire un acte d'autant plus répréhensible qu'il aggrave un mal que la loi n'a déjà voulu qu'à regret. Il n'y a donc rien d'exagéré dans le mot de Bacon, que le juge plus sévère que la loi est un bourreau. Que sera donc le bourreau plus sévère que la sentence criminelle?

VIII. L'*alibi* enfin est une excuse péremptoire qui, à la différence de la plupart des précédentes, ne souffre ni plus ni moins.

IX. L'ignorance de la loi est une excuse péremptoire dans certaines législations, quand l'accusé peut établir qu'en effet il ne la connaissait pas et qu'il n'était pas d'ailleurs censé la connaître. En ce cas, et alors même que l'excuse ne serait pas établie par la loi, elle serait certainement dans son esprit, la loi ne pouvant rien vouloir en général que d'équitable. Ainsi, malgré la présomption fort juste en principe, que nul n'est censé ignorer la loi, présomption très-juste en fait également lorsque le législateur prend toutes les précautions nécessaires pour porter la loi à la connaissance de tous ceux qu'elle intéresse; malgré cette présomption, disons-nous, il y a des exceptions possibles: c'est ce qu'indique déjà le mot *présomption* lui-même, puisqu'il fait entendre que la connaissance de la loi n'est universelle que d'une universalité morale. Mais elle met la

¹ Part. 1, art. 14. On exige qu'il y ait certitude du mal, défaut absolu d'autres moyens moins préjudiciables, qu'il n'y ait pas eu provocation de la part du protégé ou du protecteur. V. aussi le nouveau Code pénal du canton de Vaud.

preuve de l'ignorance à la charge de celui qui s'en prévaut. Il faut, pour que cette preuve puisse être administrée, d'abord que la loi ait un certain caractère d'arbitraire ou de circonstance qui ne puisse être suppléé par le sentiment universel du juste; il faut de plus que celui qui prétend avoir ignoré cette loi établisse, prouve, par les circonstances exceptionnelles où il s'est lui-même trouvé, qu'il ne pouvait la connaître; par exemple s'il est étranger et arrivé dans un pays depuis peu, ou si, étant du pays, il ne fait qu'y rentrer, etc. ¹.

Il faut remarquer en finissant que l'âge, la démence, l'ivresse, la défense de soi-même n'ont rien d'absolu que dans les mots, et que ces faits, qui sont justificatifs lorsqu'ils atteignent un certain degré, ne sont que des circonstances atténuantes quand ils ne s'élèvent pas jusque-là. C'est ainsi, par exemple, que M. Ortolan propose avec raison de n'imputer aucun délit à l'enfant qui a moins de sept ans révolus; de poser la question de discernement pour le mineur de sept à seize ans, et, en cas d'affirmative, d'appliquer une peine d'un degré inférieur; d'imputer le délit, mais toujours avec circonstances atténuantes, au coupable âgé de seize à vingt et un ans; passé cet âge, il n'y aurait plus de considérations obligées de cette nature. Mais si judicieuse que soit cette gradation, elle n'est pourtant qu'une affaire de nécessité lorsqu'on s'élève d'un âge à l'autre. Il est certain que l'enfant âgé de sept ans précis n'a guère moins de discernement qu'il n'en aura vingt-quatre heures plus tard; et cependant son délit resterait impuni dans le premier cas, tandis qu'il pourrait entraîner une peine plus ou moins forte dans le second. Il ne suffirait donc pas peut-être de permettre au juge d'abaisser la peine d'un degré seulement. Mais si grande que soit la latitude qu'on lui laisse, il y aura toujours une différence énorme, et qui sera en désaccord avec les faits, entre l'impunité absolue et une peine quelconque. A moins donc d'étendre démesurément les pouvoirs du juge, on ne peut éviter un certain arbitraire. Mieux vaut encore qu'il soit dans la loi et en faveur de l'indulgence, que d'être laissé à la disposition du juge, qui pourrait en abuser, systématiquement au moins.

Indépendamment de certains faits justificatifs qui établissent

¹ Loi anglaise, J. STEPHEN, *op. cit.*, t. I, p. 12.

la non-culpabilité de l'individu, il y a, suivant certaines législations, d'autres faits qui, sans détruire la culpabilité, l'excusent totalement ou partiellement; c'est le cas des articles 321, 324, 325, 108, 114, 138, 190 du Code pénal français. Il ne faut pas non plus confondre ces sortes de faits avec ceux qui, tout en ayant la vertu d'atténuer la faute ainsi que la peine, ne sont d'ailleurs pas prévus par la loi, et qui, par cela qu'ils sont laissés à l'appréciation facultative du jury, peuvent n'être pas pris par lui en considération. Les excuses prévues par la loi sont au contraire de droit, et doivent être explicitement soumises à l'appréciation du juge du fait¹.

Le sentiment et la raison nous portent à tenir compte des degrés de gravité dans les délits. La colère et la vengeance, tout aveugles qu'elles sont, présentent des intensités diverses, suivant la gravité de l'offense. Une préoccupation systématique et fautive peut seule conduire à mettre sur la même ligne tous les délits. Dracon ne s'écarterait pas moins de la raison que du sentiment, lorsqu'il décidait que tous les délits étaient égaux et également dignes de mort, puisque tous étaient des transgressions de loi. Ce n'est là qu'un aperçu isolé, abstrait, commun à tous les délits, c'est vrai, mais qui ne peut logiquement donner naissance qu'à la peine comme peine, et nullement à sa qualité ni à son intensité.

De même donc qu'il n'y a pas d'infraction qui ne soit qu'infraction, de même il n'y a pas de peine qui ne soit que peine. De même donc que toute violation de la loi est telle ou telle, de même aussi la peine doit être telle ou telle autre, d'un certain degré plutôt que d'un degré moindre ou supérieur.

Il suffisait donc de suivre la proportion naturelle entre le délit et la peine, pour éviter l'erreur. Dracon s'en tint à une abstraction sans portée dans la considération du délit. Mais il fallait que la peine fût déterminée; et il manqua doublement de logique, et dans le choix non motivé d'une peine particulière, et dans l'intensité qu'il lui donna. Pourquoi, en effet, une peine afflictive plutôt qu'une peine purement infamante ou pécuniaire? Et pourquoi, parmi les peines afflictives, celles de mort plutôt qu'une autre du même genre?

¹ V. sur la différence entre les excuses et les circonstances atténuantes, BORTARD, *Leçons sur le Code pénal*, p. 232.

Sans partir d'un principe systématique et faux, les premiers législateurs, lors surtout que leur volonté du moment faisait toute la loi, n'ont cependant pas tenu compte de toutes les circonstances qui aggravent ou atténuent la faute. Ce vice tient à l'emportement de la pensée, à la paresse d'esprit, à l'impuissance d'analyser et de classer, à l'hébétéude du sentiment moral.

Aussi à mesure que l'intelligence se développe, que le sentiment acquiert plus de délicatesse et, pour ainsi dire, de précision, la théorie des circonstances se perfectionne.

Mais l'histoire comparée des législations criminelles présente à ce sujet un fait très-digne de remarque : c'est que l'esprit du législateur, une fois sur la voie des distinctions, les pousse fort loin dans la spéculation, dans la loi même, sans trop s'inquiéter de la manière dont le juge s'y prendra pour retenir et surtout pour appliquer toutes ces dispositions minutieuses, mais vraies cependant. Il lui arrive ici la même chose que dans la théorie des preuves; il distingue sans fin et sans mesure. Mais à la pratique il s'aperçoit tôt ou tard que ces distinctions sont d'une application difficile; que cette application ne peut guère être contrôlée par un tribunal supérieur; qu'il est par conséquent inutile de la prescrire; qu'elle est d'ailleurs sujette au grave inconvénient de jeter le juge dans un labyrinthe légal d'où il a peine à sortir, de multiplier les points de vue dont il doit rendre compte dans ses arrêts, de multiplier par là même les chances de cassation, etc. Aussi, après avoir établi sur ce point une législation fort circonstanciée, revient-il, pressé par le bon sens, à des lois beaucoup plus simples : il abandonne davantage aux lumières naturelles et à la conscience du juge. S'il est de l'avis de Bacon, que la meilleure des lois est celle qui laisse le moins d'arbitraire au juge¹, il sait cette fois distinguer les cas où il doit réglementer les mouvements et les pensées du juge, de ceux où cette rigueur offrirait plus d'inconvénients que d'avantages.

Nous assimilions tout à l'heure la théorie développée des circonstances atténuantes à celle des preuves, nous aurions pu l'assimiler encore à celle des blessures. Cette dernière fut poussée fort loin par les législations barbares du moyen âge. Le bon sens moderne a mis de côté ce bagage de distinctions, souvent arbi-

¹ *Optima est lex quæ minimum arbitrio judicis relinquit.*

traires d'ailleurs. Il a fait de même pour la théorie des preuves, créée par les juriconsultes scolastiques des siècles suivants, ainsi que pour celle des circonstances, à peu près contemporaines de celle des preuves. Il n'y a plus que les Codes des peuples encore à leur XVI^e siècle, tel que celui de la Russie, qui contiennent des détails regardés comme inutiles par des peuples plus avancés¹.

Quand je dis inutiles, je dois distinguer : inutiles dans les lois, oui ; dans la doctrine, non, bien au contraire ; et sous ce rapport la simplicité des doctrines de nos livres criminels est peut-être regrettable, parce qu'elle est excessive et qu'elle tend à réduire la science à rien. En évitant ainsi par paresse ou par indifférence les détails scolastiques, nous retournons insensiblement à la simplicité ignorante de la barbarie. Le juge, le juriconsulte doit avoir pénétré toutes ces distinctions ; aucun point de vue possible ne doit lui être inconnu ; il doit les avoir méditées tous, afin d'appliquer plus sûrement les dispositions simples et fécondes d'une loi toute de bon sens.

Nous ne pouvons nous résigner à devenir complice de cette ignorance systématique de certaines théories d'une incontestable utilité dans la doctrine, sinon dans les lois. On nous pardonnera donc les détails dans lesquels nous allons entrer à la suite des législateurs et des juriconsultes. Plus une science est détaillée, plus elle est complète, plus elle est près de la perfection, lors d'ailleurs que les vues d'ensemble, les principes, les liens systématiques ne font point défaut.

C'est donc une supériorité dans la doctrine pour une époque que cette profondeur de détails reliés systématiquement. Mais c'est peut-être une infériorité de n'avoir pas compris que ces détails, cette science, ne doivent pas sortir des livres qui les enseignent, qu'ils ne doivent pas pénétrer dans les lois. Le législateur n'enseigne pas ; il réglemente, commande et défend avec menaces.

Au surplus, lorsque les détails ne sont pas à l'état abstrait, lorsqu'ils se rattachent à des cas parfaitement circonstanciés, l'application en est très-facile. Qu'y a-t-il de plus simple, en

¹ Le Code du grand-duché de Bade, rédigé d'après les inspirations d'une forte doctrine, renferme beaucoup de détails concernant l'imputabilité, art. 72-87.

effet, que les dispositions très-particulières de la législation chinoise, en ce qui regarde les circonstances de la corruption ? Les prévisions du législateur sont si positives, si nettes, que le juge ne peut éprouver un instant d'hésitation, dès qu'une fois les faits lui sont bien connus ; et ces faits, tout circonstanciés qu'ils soient, sont si positifs, si nettement caractérisés par la loi, qu'il est difficile de s'y tromper. La corruption y est distinguée en active et en passive, pour nous servir d'un langage technique rigoureux ; en corruption effectuée et en tentative de corruption, et même en propositions illégales. Cinquante à cent coups pour ces dernières. La corruption effectuée est frappée pécuniairement en raison de la valeur des présents reçus ; la perte des offices, des rangs, des emplois, plus un certain nombre de coups, et enfin le bannissement, achèvent de satisfaire la vindicte publique en pareil cas. Les intermédiaires sont punis de la peine immédiatement inférieure à celle qui est réservée aux principaux coupables. La peine de celui qui fait les offres est moins forte de cinq degrés que celle réservée à celui qui reçoit. La loi distingue, en outre, suivant que la demande à l'appui de laquelle sont joints les présents séducteurs est juste ou injuste ; elle est naturellement plus sévère dans le second cas que dans le premier.

CHAPITRE V.

Des circonstances tant aggravantes qu'atténuantes proprement dites.

SOMMAIRE.

1. Il est naturel et juste de tenir compte des circonstances d'un délit.
2. Tout délit est déterminé; fausseté du principe de Dracon.
3. Marche de l'esprit humain dans la théorie des circonstances.
4. Leur importance en doctrine plutôt qu'en législation, mais dans l'intérêt d'une saine application de la loi.
5. Les circonstances portent moins sur l'imputabilité que sur le degré de liberté et d'intelligence.
6. Les circonstances aggravantes ne vont point jusqu'à changer la nature l'espèce du délit, ni par conséquent la nature de la peine; autrement elles ne seraient plus des circonstances proprement dites, mais bien des caractères essentiels et constitutifs d'une espèce particulière de délit.
7. Distinguer aussi les circonstances aggravantes d'avec un délit conjoint.
8. Conséquences dans l'application des peines.
9. Inconvénient à ce que le même juge prononce sur le fait et sur le droit.
10. Énumération des points de vue sous lesquels on peut étudier les circonstances qui militent pour ou contre un délinquant.
11. Premier chef : Conduite de l'inculpé dans l'information et la poursuite du délit.
12. Deuxième chef : État personnel de l'accusé.
13. Troisième chef : Motifs du délit.
14. Quatrième chef : Nature du mal commis, son degré.
15. Cinquième chef : Temps et lieux.
16. Sixième chef : Manière dont le crime a été commis.
17. Septième chef : Rapports entre l'offensé et l'offenseur.
18. Huitième chef : Danger probable pour l'avenir.
19. Combien de sortes de circonstances étaient admises par le droit romain.
20. Le droit canon ne pouvait manquer de les admettre.
21. L'ancienne législation européenne laissait beaucoup plus à désirer que la doctrine relativement aux circonstances : c'est que les lois sont déjà de l'application.
22. Les lois modernes sont généralement plus judicieuses et plus précises à cet égard.
23. Essai d'une définition des circonstances, tirée des considérations qui précèdent, particulièrement des réflexions qui se rattachent au n° 6.
24. Conséquences pratiques.

Il n'y a pas, à proprement parler, de degré dans l'imputabilité : un acte est volontaire ou il ne l'est pas. Mais il peut être

plus ou moins réfléchi, plus ou moins délibéré, plus ou moins libre. Il ne s'agit pas ici de subtiliser pour savoir si la liberté n'est pas absolue ou si elle a des degrés. Elle est absolue quant à son essence; mais la conscience universelle distingue la volonté délibérée de la volonté spontanée et de la volonté aveugle ou comme emportée par une force soudaine, par la peur d'un immense péril ou par le ressentiment d'un sanglant outrage. Il y a volonté encore dans ces sortes d'empchement; mais y a-t-il liberté, et jusqu'à quel point?

Les circonstances aggravantes ne sont que des accessoires du délit; elles n'en changent pas la nature. Elles ne peuvent donc motiver une peine différente de celle qui est édictée par la loi; elles peuvent la provoquer dans toute sa rigueur, il est vrai, mais elles ne doivent pas en motiver une aggravation arbitraire. Le législateur lui-même se montrerait passionné en imaginant des peines accessoires pour des circonstances purement aggravantes.

Il ne faut point confondre les circonstances aggravantes d'un délit avec un délit conjoint : dans le premier cas il n'y a toujours qu'un délit, dans le second il y en a deux ou un plus grand nombre. Le législateur peut donc appliquer ici deux peines, une peine principale et une peine accessoire, ou une seule peine d'un ordre supérieur; là, au contraire, il ne peut en appliquer qu'une seule, soit à son degré maximum, soit à un degré inférieur¹.

Le juge ne doit donc pas avoir la faculté d'élever la peine d'un ou de plusieurs degrés pour circonstances aggravantes; il sortirait de l'espèce. C'était pourtant l'avis de quelques jurisconsultes du XVI^e siècle; mais alors les peines étaient arbitraires dans leur application aux délits². Cette faculté allait si loin, que la peine de mort pouvait être prononcée, quoiqu'elle

¹ Le Code suédois, ch. 6, § 11, décide cependant que si l'action renferme plusieurs crimes, la peine encourue par le plus grand sera seule appliquée, et que les autres crimes seront regardés comme circonstances aggravantes. Dans le § 12, il est dit, au contraire, que l'infraction de plusieurs lois par une même action est passible de toutes les peines portées contre ces crimes toutes les fois qu'elles pourront être réunies. — V. aussi le Code du canton de Vaud.

² FAMINACIUS, qu. 17, n° 34 et suiv. — MENOCIUS, *De arbitr. quest. casu* 86.

n'eût pas été portée par la loi. Nous devons dire, toutefois, que cette opinion n'était pas unanime ¹.

Si c'est un défaut de trop abandonner à l'arbitraire du juge, c'en est un autre de ne pas lui laisser assez.

En vain, du reste, le législateur cherche à tout prévoir et à tout régler, à déterminer par conséquent les différents degrés de culpabilité dans un même délit, et à choisir un degré de peine correspondant; toujours les faits échapperont par quelque côté à ce cadre tracé à l'avance. Ce cadre fût-il aussi accompli que possible, et le Code eût-il distingué avec une parfaite sagesse, si c'est le même juge qui apprécie le fait et qui porte la sentence, il pourra toujours distinguer autrement que la loi, ou ne pas distinguer du tout avec elle.

Un Code aussi détaillé à cet égard que le nouveau Code russe, fait donc une œuvre à peu près inutile, à moins qu'il ne nomme des juges pour apprécier le fait, et qu'il ne les oblige à désigner le degré précis d'indulgence ou de sévérité qu'ils reconnaissent au crime, afin par là d'enchaîner l'arbitraire du juge du droit, arbitraire contre lequel cependant toutes ces distinctions minutieuses ont été faites.

Nous venons de poser nos réserves; nous pouvons maintenant entrer en matière, et nous occuper des circonstances du délit au point de vue de la doctrine et de l'histoire.

On pourrait classer les circonstances aggravantes et atténuantes sous trois chefs, comme les circonstances péremptoires; cette classification serait même fort naturelle. Mais nous avons cru devoir en adopter une autre moins générale, et d'une application plus facile. Elle nous a d'ailleurs été suggérée par l'histoire de la doctrine et de la pratique. Elle n'est logiquement pas irréprochable, puisqu'elle n'est pas faite d'un seul point de vue, et qu'elle a un caractère tout empirique. Mais les points de vue divers sont cependant distincts, et embrassent les circonstances personnelles et autres qui déterminent le délit.

Les circonstances qui militent pour ou contre un délinquant peuvent être prises :

I. *De la manière dont le prévenu se comporte à l'égard de la justice appelée à le juger :*

1° S'il se livre lui-même, ou s'il cherche à s'échapper;

¹ *Ordonn. Caroline*, ch. 101. — JULIUS CLARUS, qu. 83, n° 11.

2° S'il est dénoncé ou livré par ceux que la nature devrait porter à le secourir dans son infortune;

3° S'il est poursuivi par un ennemi puissant;

4° Si son délit est presque oublié, effacé, expié.

II. *De l'état personnel du prévenu lors de la perpétration du crime :*

1° L'âge;

2° Le sexe;

3° L'intelligence naturelle;

4° Les talents, les services rendus, la vie passée en général, les espérances ou les craintes pour l'avenir;

5° La constitution;

6° Les passions;

7° L'éducation;

8° L'effet de l'opinion, de l'habitude, les mœurs publiques;

9° La naissance, la position de famille, de société, de fortune.

III. *Des motifs de l'action :*

1° La bonne ou la mauvaise foi;

2° La bonne intention;

3° Les bons sentiments, une juste indignation;

4° La négligence ou la paresse;

5° Le besoin, la nécessité;

IV. *De la nature du mal commis et de son degré :*

1° Si c'est un mal en soi, ou un mal relatif;

2° Si c'est un malheur plutôt qu'une méchanceté;

3° Si le préjudice occasionné a été moindre ou plus grand en lui-même qu'on ne pouvait prévoir;

4° Si les suites en ont été bonnes ou mauvaises pour celui qui devait naturellement en souffrir;

5° La nature et l'étendue des conséquences pour l'ordre public.

V. *Des temps et des lieux.*

VI. *De la manière dont le crime a été commis.*

VII. *Des rapports du prévenu avec la personne qui souffre du délit :*

1° Parenté;

2° Tutelle;

3° Amitié;

4° Domesticité;

5° Subordination hiérarchique;

6° Force d'un côté, faiblesse de l'autre ¹.

VIII. Du danger probable pour l'avenir ².

¹ On peut voir d'autres classifications dans les criminalistes, particulièrement dans Jousse, t. II, p. 601-639; dans MUYART DE VOUGLANS, 19-25, 26-35, 37-49; PASTORET, *Lois pénales*, 3^e partie. Voici un extrait de celle de Muyart de Vouglans :

Il faut distinguer entre les causes qui font excuser le crime, et celles qui en font modérer la peine.

Les causes de cette dernière espèce sont de trois sortes :

1^{re} Celles qui accompagnent le crime :

A. État de l'accusé lors du crime :

- a) Agitation d'une passion violente;
- b) Ivresse extrême;
- c) Fougue de la jeunesse;
- d) Extrême vieillesse;
- e) Fragilité du sexe;
- f) Rusticité et inexpérience.

B. Motifs qui ont porté au crime :

- a) Affection naturelle;
- b) Crainte révérentielle;
- c) Pitié.

C. Manière dont le crime a été commis.

2^{re} Celles qui ont précédé le crime :

- a) Bonne conduite de l'accusé;
- b) Ses talents distingués;
- c) Services par lui rendus à la patrie;
- d) Noblesse d'extraction.

3^{re} Celles qui ont suivi le crime :

- a) Événement heureux du crime;
- b) Prompt repentir de l'accusé;
- c) Confession libre et volontaire avant la poursuite;
- d) Laps de temps considérable depuis l'accusation;
- e) Longue détention dans la prison;
- f) Multitude de délinquants.

Muyart de Vouglans, p. 41-44. Voir, de plus, le tableau donné précédemment.

L'auteur du *Miroir de justice* distribuait déjà en sept classes les circonstances du délit, suivant en cela le droit romain à très-peu près, qui se réglait lui-même à cet égard, selon toute apparence, sur la division de cette classe de lieux communs extrinsèques appelés circonstances par les rhéteurs : « Et comment, que l'on pesche en fait ou en dit, en tout jugements sur personall actions sont sept chose à peiser en ballance de sainte conscience; c'est à savoir : 1. la cause, 2. le person, 3. le lieu, 4. le temps, 5. le quantité, 6. le quantité, 7. le fine. » (*Miroir des justices*, c. 4, sect. 13.—HOUART, *Traité sur les coutumes anglo-normandes* (du XI^e au XIV^e siècle), 4 vol. in-4°. Paris, 1766, t. IV, p. 651-652.)

² Comparez ce que BENTHAM dit de l'alarme, de son étendue et de son degré, *Législation civile et pénale*, t. II, première partie.

La tentative, la récidive, la complicité pourraient aussi figurer à certains égards dans la liste des circonstances qui modifient le délit; mais ces trois points de vue sont trop importants pour n'être pas l'objet d'une étude à part. Il en est de même de plusieurs autres que nous avons déjà examinées dans le chapitre précédent. Nous allons donc reprendre les différentes classes de circonstances que nous avons indiquées plus haut; elles méritent quelques réflexions.

I. Un malfaiteur qui accepte franchement les conséquences de sa faute, qui ne cherche point à se soustraire à l'action de la justice, qui va de lui-même au-devant tout en se jugeant coupable, peut le faire ou par une sorte d'audace et de scélératesse rare, peut-être sans exemple, ou par l'espoir d'en finir avec la vie à l'aide du bourreau, ou par un sentiment de justice.

Dans le premier cas, il y a une certaine grandeur d'âme capable d'inspirer une sorte d'effroi mêlé d'une espèce d'admiration. — Dans le second, la perversité est moins grande que si le délit avait été commis par des vues d'un intérêt plus ordinaire, et moins suspect d'égarement dans la pensée. — Dans le troisième, il y a un repentir, qui n'est pas une raison de droit, je le sais, mais qui n'en décèle pas moins une bonne nature morale, et qui est propre à rassurer sur l'avenir du coupable. Aussi la loi chinoise en fait-elle un cas d'excuse et quelquefois de pardon ¹.

Le repentir qui suivait le délit, fût-il allé jusqu'à la restitution, en cas de vol, jusqu'à la réparation du mal causé, n'était pas généralement regardé par les criminalistes anciens comme digne d'excuse; il fallait, pour qu'il eût droit à cette faveur, qu'il eût empêché la consommation du crime; encore survenait-il alors inutilement pour le coupable dans les crimes de lèse-majesté, d'assassinat et de suicide. Jurisprudence aussi inhumaine qu'imprudente.

C'est une présomption de repentir ou de sincérité estimable que l'aveu du crime, de ses motifs et de ses circonstances. Il n'est pas nécessaire; pour faire un pareil aveu, d'avoir perdu l'esprit, comme le supposaient Quintilien et des criminalistes du dernier siècle; il suffit, au contraire, de n'avoir pas perdu

¹ *Code pénal*, I, p. 57 et suiv. — Il en est de même de la réparation spontanée du mal commis, *ibid.*

le sentiment de la justice ou de l'avoir recouvré. On éprouve quelque peine en voyant des jurisconsultes, philosophes ou chrétiens, méconnaître la nature morale de l'homme au point d'attribuer à l'égarement de l'esprit, et de faire à ce titre seul une raison d'excuse, de ce qui peut n'être dû qu'à la délicatesse de la conscience¹.

Il est plus naturel de ne pas condamner sur son aveu seulement celui qui se dénonce; non pas, il est vrai, parce qu'il y aurait dans cet aveu une sorte de folie, mais parce que le coupable s'offre à réparer le mal qu'il a fait si ce mal est réparable, et parce qu'il peut agir par des raisons de dévouement, ou même par des raisons d'égoïsme, telles que le désir de se faire emprisonner, en appelant sur sa tête la peine d'un délit qu'il n'a pas commis.

L'ardeur dans la plainte de la part d'un adversaire puissant, pour un délit de peu de gravité, surtout si ce délit est puni sévèrement par la loi, et s'il arrive assez fréquemment que celui qui aurait à s'en plaindre garde le silence, comme dans le vol de peu de valeur commis par un domestique; cette impitoyable sévérité fait naturellement prendre en pitié celui qui en est l'objet, alors encore qu'il ne serait pas très-digne d'intérêt par lui-même.

On éprouve quelque chose d'analogue quand on voit un fils poursuivi par son père, une femme par son mari, lors surtout que c'est le fils et la femme qui se font dénonciateurs. Les anciens jurisconsultes n'étaient pas indifférents en présence de ces duretés contre nature².

L'accusé inspire plus d'intérêt encore lorsque le droit de poursuivre est celui de tout le monde, comme à Rome, et que celui qui l'exerce est mû par des passions personnelles bien plus que par l'amour du bien public. Cet intérêt devrait naturellement s'accroître de toute l'injustice attachée à la poursuite, soit parce que le délit ne serait que l'œuvre d'une loi tyrannique, soit parce que les formes légales auraient été violées; parce

¹ Jousse, II, 635, et les lois qu'il cite : L. 1, *Cod. De his qui se deferunt*; L. 13, *in principio*, D., *De jure fisci*, et plusieurs coutumes. — La loi athénienne voulait que la peine fût réduite toutes les fois qu'il y avait confession de la faute avant le jugement. — DÉMOSTHÈNE, *in Timocr.*, p. 454.

² L. *Milites agrum*, § *Desertorem*, D., *De re militari*. — FARIN., qu. 98, n° 164 et suiv. — JUL. CLAR., qu. 60, n° 29.

que des témoins auraient été subornés; parce qu'un accusateur puissant voudrait perdre un citoyen faible, mais qui, dans d'autres circonstances, n'aurait pas été favorable aux projets ambitieux de son accusateur.

Celui dont le délit est resté longtemps ignoré, ou qui a été longtemps sans en être présumé l'auteur, alors surtout que sa conduite a été irréprochable depuis; alors encore qu'il a réparé spontanément le mal qu'il avait commis, ou qu'il a transigé avec l'offensé, ou qu'il n'a fait, par son délit, que tirer vengeance de celui qu'il avait souffert lui ou les siens; alors enfin qu'il a expié par l'exil ou par une longue détention préventive une partie de sa faute : celui-là, disons-nous, n'est pas sans titre à l'indulgence. Celle de toutes ces positions diverses qui en mérite le moins, la première, n'en est cependant pas tout à fait indigne, par la raison que le coupable est rarement sans inquiétude après son forfait, et que, d'un autre côté, plus un crime est éloigné, moins l'intérêt général souffre de son impunité, moins la conscience publique en est révoltée, moins l'exemplarité de la peine est efficace.

C'est sans doute par ces considérations que la poursuite d'un délit a pu être prescrite au bout d'un certain temps. Nous traiterons plus tard de la prescription en droit criminel¹.

II. Nous avons déjà parlé de l'indulgence attachée à la faiblesse de l'âge. D'après le droit des Assises de Jérusalem, les mineurs de quinze ans devaient être corrigés par les parents ou par le vicomte, s'ils étaient dans l'habitude de quereller et de battre. Il n'y avait pas de responsabilité civile au-dessous de cet âge².

La faiblesse du sexe a aussi ses droits; les femmes ont toujours été punies moins sévèrement que les hommes chez tous les peuples civilisés, excepté pour cause d'adultère ou d'autres délits contraires à la pudeur³. Si ce n'est pas là l'unique vertu

¹ FARIN., qu. 10, n° 84, 85. — JUL. CLAR., qu. 60, n° 32.

² Ch. 24.

³ L. *Quidquid*, § *ad filias*, *Cod. ad leg. Jul. maj.*; L. *fin.*, *Cod. De jur. et fact. ignor.*; L. *Si adulterium*, § 1 et seqq., D., *ad leg. Jul. De adult.*

« La femme ne prend que demy loi; par droit et par l'assise. » (*Assises de Jérusalem*, c. 257.) — A d'autres égards, non compris l'adultère, les législateurs sont loin d'avoir toujours été galants et même équitables à l'égard des femmes : ainsi la loi hongroise permettait au mari d'accuser sa femme de vol, et de la citer pour ce fait devant les tribunaux; la femme n'avait

que les hommes demandent des femmes, c'est au moins la première. N'y aurait-il pas un peu de passion et d'égoïsme dans cette exigence ?

C'est au nom de la pudeur encore et des vertus qui s'y rattachent, qu'il faut expliquer certaines lois romaines du temps de la république, ou certains usages fort sévères à l'endroit des femmes, par exemple la loi de Romulus qui permettait au mari de tuer sa femme pour avoir bu du vin, pour s'être rendue coupable d'adultère. A Milet, à Marseille, le vin était pareillement défendu aux femmes. Sulpitius Gallus répudia la sienne pour être sortie sans voile; Sempronius en fit autant parce qu'à son insu sa femme avait assisté à un spectacle ¹.

Mais cette dureté du législateur envers le sexe n'est pas universelle, même chez les Barbares. On connaît le respect des Germains et des Gaulois pour les femmes.

Par la loi des Thuringiens ², une femme accusée d'adultère n'était condamnée à l'épreuve par l'eau bouillante que lorsqu'il ne se présentait point de champion pour elle; ce qui arrivait rarement ³. La loi des Ripuaires ⁴ n'admet cette preuve qu'à défaut de témoignage justificatif ⁵.

Nos anciennes lois pénales exemptaient les femmes des supplices de l'écartèlement, de la roue, des galères et du bannissement ⁶. La décence ou le respect de l'opinion a pu avoir plus de part encore à ces ménagements que la justice et la pitié. La question et la flagellation avaient pu leur être épargnées au même titre, ou *propter reverentiam sexus*, si cette raison était effectivement la véritable. L'exposition, la peine de mort, les peines perpétuelles nous semblent aussi abusives contre les femmes.

L'ignorance grossière du coupable peut plaider en sa faveur. Il y a des intelligences épaisses qui sont à peine ouvertes aux notions morales, et qui ont bien peu d'empire sur une volonté

pas le même droit contre son mari. (MACIEJOWSKI, *Slavische Rechtsgesch.*, etc., t. IV, p. 327.)

¹ VALER. MAX., VI, 3. — AELIAN., *Hist. vari.*, II, 38.

² Tit. 14.

³ V. BEAUMANOIR, *Coutume de Beauvoisis*, ch. 41. — Lois des Angles, ch. 14.

⁴ Ch. 31, § 5.

⁵ MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, XXVIII, 17.

⁶ V. MUY. DE YOUGLANS, titre des peines. — JOUSSE, I, p. 41.

d'ailleurs stimulée par le besoin ou des appétits sensuels. Cette sorte d'ignorance est la grossièreté, *rusticitas*, des jurisconsultes romains ¹.

Cette espèce d'hébétéude à degrés indéfinis, depuis l'idiotie ou l'imbécillité absolue jusqu'à l'intelligence commune du bien et du mal, est un titre d'excuse, sinon du justification, dans les cas même où l'évidence du délit est frappante, c'est-à-dire dans les questions uniformément résolues par le sens commun, et où les jurisconsultes n'admettent pas d'excuses péremptoires.

Il y a un autre genre d'ignorance qui tient moins au défaut d'intelligence qu'à celui d'une instruction positive. Celle-là n'excuse que dans les cas où le délit n'est pas un manquement à la loi naturelle. Encore faut-il que celui qui l'allègue prouve qu'il ne pouvait pas connaître la loi positive par lui violée, et qu'ainsi la présomption commune, que « nul n'est censé ignorer la loi, » ne pouvait l'atteindre.

Si les faits incriminés sont des faits d'inadvertance, de négligence, d'inattention, en général des faits que le législateur est obligé de réprimer pour garantir plus sûrement des droits considérables qui, autrement, seraient trop exposés, la présomption d'ignorance ne peut jamais excuser complètement. L'intention criminelle n'est pas rigoureusement exigée lorsqu'il s'agit des délits de police, délits que la loi regarde moins comme des délits en soi, que comme des actes qui peuvent occasionner un grave préjudice, ou qui sont contraires à l'intérêt public, quoique cette atteinte n'ait rien de manifeste ².

Le mérite intrinsèque d'un individu, son mérite relatif, les services par lui rendus à sa famille, à son pays, ceux qu'on peut encore en attendre, sont aussi des raisons qui parlent en sa faveur ³.

La constitution du coupable, rapprochée de la nature et des

¹ L. *Si quis id quod*, § 1, D., *De jurisdict. jud.*

² RAUTER, *Traité du droit crim.*, I, p. 157 et suiv.

³ En Chine, on punissait moins sévèrement le fils qui devait être utile à ses parents, excepté dans les cas très-graves. — Les fils des veuves qui ont gardé la viduité, les chefs des anciennes familles qui n'ont pas d'autres héritiers, les descendants des grands hommes ou des citoyens illustres qui ont mérité des titres honorifiques en récompense de leurs services ou de leurs bons exemples, ainsi que les fils et les petits-fils des grands mandarins qui se sont toujours distingués dans leurs emplois, sont laissés à la clémence paternelle du prince. *Mém. concernant les Chinois*, t. IV, p. 157.

circonstances du délit, est aussi parfois une raison d'excuse. Une impressionnabilité excessive, un extrême penchant à la défiance, la susceptibilité, l'humeur chagrine et misanthrope, etc., sont des dispositions constitutionnelles involontaires qui n'excluent pas la liberté, il est vrai, mais qui l'affaiblissent, et qui troublent ou tendent à troubler le jugement.

Les passions proviennent en grande partie de la constitution; elles en sont des effets, que la liberté aidée de l'éducation ne parvient pas toujours à surmonter. Les tempéraments bilieux sont, par exemple, plus portés à l'ambition, au ressentiment et à la vengeance; les constitutions sanguines le sont davantage au plaisir.

Quoi qu'on ait dit avec une apparence de sagesse que ce n'est point la colère qui excuse, mais son juste motif¹, cela n'est vrai que pour les faits justificatifs, pour les excuses péremptoires. La justice du motif rend les moyens légitimes, lors surtout qu'ils sont proportionnés à la fin qu'on avait le droit d'atteindre, et qu'ils sont ou reconnus par la loi, ou abandonnés à la conscience publique et à celle des juges. Ainsi celui qui, dans un mouvement de colère, repoussant une attaque soudaine, sérieuse, défendant sa vie qu'il croit en péril, tue son agresseur, celui-là n'est point coupable : le motif de sa colère est légitime. Il a si peu besoin d'excuse, qu'ici la colère est superflue; il aurait tué de sang-froid son agresseur, s'il n'avait pas cru pouvoir autrement sauver sa vie propre, qu'il ne serait pas moins irréprochable.

La colère et les autres passions ne peuvent donc, à proprement parler, servir d'excuse qu'autant que l'excuse est nécessaire; c'est-à-dire précisément lorsqu'on en a besoin, parce que le délit commis est bien un délit formel encore. Ainsi, le mari outragé qui surprend sa femme en flagrant délit, surtout s'il est prévenu et qu'il cherche à constater son infortune, s'il venge lui-même son honneur, commet une véritable faute; il est réellement punissable, puisqu'il y a des lois protectrices, des magistrats préposés pour les faire exécuter, et qu'il n'est point dans la nécessité de se faire droit à lui-même, bien moins encore dans celle de se défendre. Les meurtres commis dans de semblables occasions ne sont donc pas justifiables, mais excusables seule-

¹ FARINACIUS, quest. 91, n° 13.

ment; ils devraient être punis, mais beaucoup moins sévèrement que des meurtres ordinaires. Ils devraient l'être non-seulement par la raison qu'on vient d'alléguer, mais encore parce que l'infidélité d'une femme, la séduction qui en est la cause, ne sont pas des crimes qui méritent naturellement la peine de mort. Toute société qui laisse faire en pareil cas, devient donc un peu complice de cet acte d'atroce barbarie.

Cela posé, reconnaissons avec la loi romaine¹ que tout ce qui se fait ou se dit dans l'emportement de la colère ne doit être regardé comme parfaitement voulu qu'autant qu'on y persévère de sang-froid.

Nous n'irons cependant pas jusqu'à dire avec Horace que la colère n'est qu'un délire de peu d'instant; il n'y a point là similitude, mais analogie seulement. On ne peut donc regarder l'emportement, quel qu'en soit le degré, comme une excuse légale et péremptoire, par la raison que nous sommes plus libres d'éviter les occasions de la colère, ou de comprimer ce mouvement à sa naissance, ou de le réprimer dans son excès, que nous ne le sommes de tomber en démence ou d'en sortir. Nous sommes aussi plus libres de nos actes dans l'emportement que dans l'état d'aliénation. Enfin notre jugement n'est que séduit et non point perverti par la passion, tandis qu'il est nul ou désordonné dans la folie.

Les jurisconsultes veulent encore, pour que la colère soit une excuse, que le motif en soit grave, qu'elle soit violente, qu'elle soit rapprochée de l'instant où elle s'est allumée, et que le crime ait suivi de près². Tout cela est juste sans doute; mais il ne l'est pas moins de remarquer aussi qu'il y a des colères contenues et dont l'explosion ne précède pas le crime; qu'il y a dans la cause de la colère un point de vue personnel ou relatif qui dépend soit de la position particulière du sujet, de son tour d'esprit, soit de son irascibilité propre. C'est un malheur de plus d'être porté à prendre ombrage de tout et à s'exaspérer pour rien; et ce malheur doit aussi être pris en considération. Une personne ainsi faite aura plus de peine à se contenir pour peu de chose, qu'une autre pour un sujet très-grave.

On peut dire de la douleur de l'amour, de la jalousie, des

¹ L. 48, D., *De div. leg. jur.*

² MUY, DE VOUGIANS, p. 14. — JOUSSE, II, 614-615.

autres passions, lors surtout qu'elles n'aboutissent au crime que par la colère, ce qui vient d'être dit de cette dernière.

Les bons ou les mauvais exemples qu'on a reçus au sein de la famille, par conséquent la naissance, les sentiments qu'elle suppose, la position de la famille tout entière, la société qu'elle fréquente, la fortune dont elle jouit; toutes ces circonstances, qui contribuent si fort à former l'homme moral ou à le corrompre, parlent pour ou contre lui¹. Il est vrai toutefois que celui qui a peu gagné à l'influence salutaire d'une famille et d'une société honnête, doit être par là même présumé d'une nature plus perverse. N'y aurait-il donc pas dans cette nature une circonstance atténuante propre à contre-balancer les circonstances aggravantes? Qu'il y ait des natures originellement meilleures ou pires que d'autres, des constitutions plus ou moins propres à se laisser imprégner de l'influence morale, c'est ce qui n'est point douteux. Cependant la présomption doit-elle être ici en faveur de l'excuse? S'il en était ainsi, que deviendrait la justice, quel rôle ferait-on jouer à la liberté et à l'intelligence? Non; si quelqu'un peut être coupable, c'est celui qui a reçu tous les secours du bon exemple, de l'éducation, de l'instruction, de l'honneur domestique; celui que n'excuse ni le besoin, ni la mauvaise compagnie, ni les mauvaises habitudes de l'enfance, ni la brutalité d'un homme resté sans éducation. C'était donc à tort que la noblesse et la dignité servaient autrefois d'excuse: ce sont là des circonstances aggravantes². Ce n'est pas une raison cependant pour infliger aux coupables d'un rang supérieur des peines plus sévères qu'aux autres: s'ils sont plus coupables, ils seront aussi plus humiliés et plus sensibles aux souffrances physiques: la justice ou l'égalité se trouvera par là rétablie. C'est donc une mauvaise loi que celle qui ménage le rang dans le criminel. C'était celle des barbares; celle de nos pères; c'est encore celle de la Russie et de tous les pays de castes. Cette inégalité est frappante dans les lois de Manou³. Partout où une classe privilégiée a fait la loi, elle a

¹ C'est le cas de dire avec Loxsel (*Instit. coutum.*, liv. VI, tit. 2, maximes 28 et 29): « Toutefois où le noble seroit convaincu d'un vilain cas, il sera puni comme vilain. »

² C'est ainsi que le décide le Code de la Louisiane. V. *Revue étrangère et franç. de légis.*, t. IX, p. 698.

³ Le droit romain avait aussi consacré cette injustice. L. 9, § 11, D., *De*

méconnu les droits de la nature humaine. Aujourd'hui même, dans les pays les plus éclairés du monde, s'il y a des esclaves, la loi tient pour eux un langage à part, et ce langage est celui de la cruauté. C'est là peut-être une conséquence forcée du système de l'esclavage, mais c'est une tache dans les codes des républiques américaines et des colonies.

C'était une autre injustice encore de ne pas étendre ce privilège à toutes les personnes élevées en dignité, telles que les prêtres, les religieux et hauts fonctionnaires¹.

Disons toutefois que ce privilège, réservé aux seuls nobles, n'était cependant pas sans exception; mais il est juste de remarquer en outre que l'orgueil de caste, plus encore que la justice, était le principe de ces restrictions².

Toutes choses d'ailleurs égales, la bonne éducation rend plus coupable, la mauvaise plus excusable³. Il faut aussi avoir égard à l'influence de l'opinion, suivant qu'elle fait un crime de ce qu'une saine instruction ne peut regarder comme tel, ou qu'au contraire elle commande ou permet ce que les lois défendent ou ordonnent. On est plus coupable quand on a tout à la fois contre soi l'opinion publique et la loi; on l'est moins évidemment quand on n'est en opposition qu'avec la loi. Toutefois, si la loi et l'opinion sont peu raisonnables, et que le délit qui leur porte atteinte soit comme une protestation contre une double tyrannie, il y a dans un pareil acte un caractère de réaction qui peut manquer de convenance et de sagesse, mais qui n'est cependant pas sans générosité ni sans grandeur.

Si un délit s'est souvent commis impunément à l'abri de l'opinion, c'est encore une raison pour être moins sévère à l'égard de celui qui croit pouvoir jouir également de l'impunité, lors surtout que le délit n'a pas de soi ce caractère.

L'entraînement de la multitude dans la perpétration d'un délit, le nombre simultané des délinquants excuse encore, quoiqu'à un moindre degré; mais il faut que ce nombre soit très-considérable, comme dans une émeute ou une révolte; s'il est

pœnis; L. 28, *eod. tit.*; L. 3, *Cod.*, *De pœnis*; L. 6, § 2, D., *De interd. et relegat.*

¹ Jousse, II, p. 631.

² Jousse, *ibid.*, p. 630 et 631.

³ C'est ainsi, nous le répétons, que M. LIVINGSTON l'a entendu dans sa rédaction du Code de la Louisiane.

petit, comme dans une association pour vol ou brigandage, le délit s'en trouve aggravé.

III. En tous cas, la bonne ou la mauvaise foi, l'ignorance ou la connaissance de ce qu'on fait, l'erreur ou le parfait discernement à propos du délit, sont autant de circonstances qui méritent d'être appréciées.

La mauvaise foi dans le mal prend le nom de dol. L'absence de la mauvaise intention (excepté en matière d'ordre public et de police), exempte de la peine, mais non de la réparation du dommage¹.

Le dol, dans une acception plus restreinte, implique l'idée de ruse et de machination dans le dessein de tromper ou de nuire².

La faute, si elle est exempte de mauvaise foi, n'est cependant pas irréprochable, mais elle l'est beaucoup plus que le dol. Elle a, comme le dol, des degrés qu'il est plus facile de nommer que de caractériser nettement, et plus facile de caractériser encore que de discerner avec justesse dans la pratique. La prestation des fautes a exercé depuis longtemps la sagacité des jurisconsultes. La science peut y avoir gagné quelque chose, la pratique fort peu³. Il s'agit, dans la gradation des fautes, de la divisibilité d'un continu; et toute question de cette nature n'a jamais rien de rigoureusement vrai. Laissons donc aux jurisconsultes leurs deux ou trois degrés de fautes comme des cases vides à peu près inutiles dans l'application, et reconnaissons que la véritable échelle ici, celle même qui servirait à estimer la faute d'après la mesure des jurisconsultes, c'est la conscience. Elle procède par approximation, en tenant un compte aussi exact que possible de circonstances diverses, nombreuses et délicates, presque aussi difficiles à énumérer qu'à décrire *a priori*, et qu'il resterait toujours à reconnaître et à juger dans la réalité. Disons seulement qu'il y a faute toutes les fois qu'une action ou une omission par imprudence, impéritie, faiblesse, négligence, porte atteinte aux droits d'autrui.

¹ PAPON, liv. IV, tit. 8, n° 3. — L. Cod. de Sicar.; — L. Qui injur., D., De furtis; — L. Quod reipublicæ, D., De injuriis; — L. Cum autem, § Excipiuntur, D., De ædit. ed.

² L. 1, § 1, D., De dolo malo.

³ Voir, sur ce sujet, l'ouvrage de M. HASSE, *Die culpa des Römischen Rechts*. Kiel, 1815.

Disons encore que ce n'est qu'en droit civil, dans les contrats ou quasi-contrats, que la faute grossière est assimilée au dol, *lata culpa dolus*, à moins qu'elle n'implique le dol. Ici, en effet, en droit criminel, on n'a rien promis, on n'a point pris d'engagement auquel on ait manqué.

La faute par omission, surtout si elle n'est pas grave, mérite plus d'indulgence que la faute par commission; il est ordinairement plus naturel et plus sage de s'abstenir que d'agir.

En général, le dol ne se présume point; il faut donc que celui qui l'allègue le prouve. La faute ne se présume pas davantage, à moins qu'elle ne soit la plus indulgente des suppositions possibles, comme dans le cas d'incendie.

C'est donc la bonne foi qui est la présomption du droit. Mais cette présomption cesse dès que le délit est évidemment tel; si la loi qui le défend est connue ou justement réputée connue du délinquant; si le délit se rattache à d'autres actes dont la culpabilité subjective soit certaine ou probable; si l'auteur du délit y est reconnu sujet; s'il cherche par des mensonges à décliner la responsabilité qui le poursuit; si les précautions par lui prises accusent une intention qui se juge coupable; si le délit est accompagné de violence, de lésion grave au droit d'autrui; si les rapports de l'auteur du délit avec celui qui s'en trouve lésé étaient de nature à produire de pareilles conséquences; si l'auteur du délit avait intérêt à le commettre, et s'il l'avait seul, etc.¹.

Les circonstances contraires engendrent naturellement une présomption différente.

La bonne foi dans le mal tient à l'ignorance de ce mal. Mais l'ignorance doit elle-même pouvoir se justifier; autrement elle n'excuse pas ou elle excuse moins.

L'ignorance en matière de délit est déjà une erreur; on peut dire cependant qu'il y a cette différence entre ces deux choses, que l'ignorance a lieu lorsqu'on ne croit point faire de mal, et l'erreur lorsqu'on croit faire un bien. Il y a la différence du négatif au positif.

Il en est de même de la bonne foi et de la bonne intention: la première est négative, elle n'est pas mauvaise; la seconde est positive, elle est bonne.

¹ FARINACIUS, quest. 89, n° 74, 75, 77, 81, 98, 104, 127, 130, 140, 141.

Ces différences sont réelles, et doivent être appréciées. Mais la bonne foi, la bonne intention, ainsi que l'erreur, lorsqu'il y a délit, tiennent à une cause commune, l'ignorance. Il s'agit donc, dans tous ces cas, d'en apprécier le degré de vraisemblance et d'innocence.

Il y a tel délit sur la nature duquel il n'est permis de se tromper qu'à un enfant, à un imbécile ou à un fou.

Il en est d'autres qui ne sont pas des délits naturels, mais dont il est peu excusable d'ignorer le caractère, parce que la loi, la coutume, la tradition, les usages de chaque jour, en proclament la nature. En vain le coupable se prévaudrait d'une instruction contraire, de l'autorité d'un maître quelconque; le bon sens dit assez que nul n'a le droit d'enseigner à mépriser les lois du pays; autrement, tous les intérêts, tous les fanatismes pourraient en renverser l'édifice¹.

L'ignorance du droit ne se présume donc point, et ne peut s'admettre que rarement. C'est à celui qui l'allègue à l'établir en fait et à montrer qu'elle est excusable.

L'ignorance du fait ne se présume pas davantage; mais dès qu'elle est établie, elle excuse du dol ou de la faute. Elle exempte donc de la peine; mais elle ne dispense pas de réparer le mal occasionné.

L'erreur est plus difficile à justifier que l'ignorance, soit lorsqu'on croit faire le bien tout en faisant le mal, soit surtout lorsqu'on croyait commettre un mal on en commet un autre. Dans ce dernier cas, il n'y a pas erreur de droit à proprement parler, mais erreur de fait. L'excuse complète en est impossible; les lois romaines en donnent plusieurs espèces².

La bonne intention, au contraire, peut excuser quelquefois, lorsqu'on commet une action mauvaise d'ailleurs, mais dans le cas seulement où l'erreur est juridiquement impossible.

Les bons sentiments ne sont pas nécessairement accompagnés de l'erreur de droit ou de fait. On peut, comme Horace vainqueur, se laisser emporter par l'indignation et commettre sciemment un délit, mais par un mobile qui n'a rien que de louable dans son principe ou son essence. L'acte seul est ré-

¹ Jousse, p. 614, n° 216.

² L. 45, § 2, D., *Ad leg. Aq.*; L. 5, § 1, D., *De servo corrupto*; L. 18, § 3, D., *De injur.*; L. 6, D., *De crim. expil. heredit.*

préhensible; mais tout répréhensible qu'il est, il peut mériter de l'indulgence.

Nous avons dit un mot de la négligence ou de la faute, en parlant du dol, et nous nous sommes demandé, en traitant de l'excuse tirée de la contrainte, si le besoin pressant pouvait prétendre à la même indulgence.

IV. Si nous portons notre pensée sur la manière dont le délit est perpétré, abstraction faite cette fois des motifs ou de l'intention, nous apercevrons aisément que certaines circonstances extérieures peuvent ajouter à sa gravité ou servir de titre à l'adoucissement de la peine, et qu'il convient de tenir compte de cet ordre de circonstances, sans, toutefois, entrer dans des détails trop minutieux, comme le faisaient certaines lois. Zoroastre distinguait par exemple, dans une blessure, le temps nécessaire à la cicatrisation; si elle avait été faite par derrière; si le sang avait coulé; si le corps avait été déchiré; si un os avait été fracturé; si un membre avait été séparé du tronc¹.

La manière dont le vol avait été commis entraînait déjà aux yeux du législateur romain des différences dans la peine. A Sparte, cette différence pouvait aller jusqu'à faire disparaître la culpabilité.

L'instrument du délit n'est pas non plus sans influence sur la peine. Aussi l'empoisonnement est-il plus odieux que l'assassinat, il joint la lâcheté à la scélératesse.

La loi des Bourguignons inflige une peine différente si l'on a pris un homme aux cheveux, d'une main ou des deux mains².

Si la violence est acharnée, persistante; si le poignard est retourné dans la plaie, si les coups sont multipliés, il y a là autant d'indices d'une rage qui ne pourrait trouver d'excuse que dans la colère la plus exaspérée et la plus légitime. Mais si un acte de scélératesse est commis de sang-froid, contre toute justice, sans le plus léger ressentiment; si la victime est mutilée, égorgée lentement, le chapelet d'une main, le couteau de l'autre, comme dans l'affaire des féroces trabucaires, ce n'est pas trop de toute la sévérité de la loi. Si la société se vengeait, le supplice n'aurait alors rien que de juste encore.

¹ PASTORET, *Zor., Conf. et Mahom., etc.*, p. 81-89.—ANQUETIL DU PERRON, *Zend-Avesta*.

² Tit. 5, L. 4, *Si quis ingenuum hominem per capillos arripuerit, si una manu 2 solidos inferat; si utraque 4.*

V. Des motifs d'aggravation ou d'atténuation sont également tirés de la nature et du degré de l'action punie. Un délit qui a naturellement ce caractère à tous les yeux est un mal plus grand que celui qui n'est tel que par le fait de la loi ou de circonstances qu'on peut ignorer. Dans les délits naturellement tels, ceux de même espèce, de même nom, tel que le vol, diffèrent singulièrement par ce qui en est l'objet, la qualité, la matière, par le *corpus delicti*, comme aussi par la quantité absolue.

La quantité relative peut encore aggraver la faute. Il y a plus de mal moral à voler le pauvre que le riche.

Ces distinctions ont toujours été senties, et si les législateurs ont paru quelquefois s'y tromper, en punissant plus sévèrement ce qui est moins coupable que ce qui l'est davantage, par exemple les délits contre le fisc plus que les délits contre les particuliers, c'est que l'intérêt des principes s'y trouvait plus engagé, et qu'on voulait compenser par un excès de crainte ce qui manquait naturellement à la conscience.

Un certain intérêt public, bien ou mal entendu, a pu exercer encore une certaine influence dans les répressions tenant à l'ordre ou au bien général. On s' imagine volontiers, surtout dans les républiques, que le délit est en raison du nombre de ceux qui en souffrent, quoique le degré de préjudice éprouvé par chacun ne soit qu'un infiniment petit. Ou bien on fait de la chose publique, de la patrie, une idole, et de toute atteinte contre elle, un sacrilège. Les Japonais punissent de mort la contrebande avec la Chine, et cette peine leur enlève quatre à cinq mille personnes dans un siècle¹, perte assurément plus grande que celle qu'éprouverait l'empire si la contrebande était un peu plus considérable ou la peine beaucoup plus douce; si, par exemple, elle n'était que pécuniaire. Je mets de côté, comme on voit, la question économique, celle de savoir jusqu'à quel point les nations sont intéressées à s'isoler commercialement, dans quelles circonstances et jusqu'à quel point.

La contrebande n'est qu'une sorte de vol public, quand elle en est un toutefois. Le bon sens du peuple regarde ce vol comme incomparablement moins coupable que celui qui atteint les particuliers; et le bon sens a raison. Les lois qui se mettent en contradiction avec lui ont donc ici un double tort. Si l'opinion

¹ KEMPFER, IV, 8.

générale, fût-elle erronée (je parle de quelque chose d'inférieur au bon sens), était opposée à une mesure législative, cette mesure serait déjà mauvaise par là même. Le législateur doit redresser l'opinion quand elle est fautive, et ne se mettre jamais en contradiction avec elle, excepté, toutefois, lorsqu'elle exigerait de lui une injustice; lors, par exemple, qu'inspirée par une humeur fanatique elle demande au souverain que tous les péchés soient punis comme des attentats juridiques, comme des méfaits sociaux.

Il y a de même une sorte d'iniquité à frapper le malheur, la faute même si l'on veut, comme on ferait la méchanceté et le dol; par exemple, de ravir à tout jamais la liberté à un débiteur insolvable. Il y aurait bien plus de cruauté encore à lui ôter la vie¹. Que le fruit du travail² d'un débiteur insolvable appartienne à ses créanciers, je le comprends; c'est là du droit strict; mais que sa liberté, sa vie, lui soient enlevées à ce titre, c'est ce qui n'est plus dans la justice. Il n'y a plus d'analogie entre la faute et la peine. L'analogie a pu conduire à des abus en matière de législation criminelle; mais si elle avait toujours été sagement suivie, elle en aurait plus prévenu qu'elle n'en aurait fait naître. Ce serait encore là toute la question, alors même qu'on pourrait prouver que l'analogie conduit parfois à des peines injustes; preuve qui, selon nous, est encore à faire. Ceux qui l'attaquent ne s'aperçoivent pas que l'analogie n'est que le principe du choix des peines; mais que ce principe n'est point responsable du degré de la peine ni de sa moralité. C'est la justice et la morale qui doivent donner les deux autres principes propres à régler l'application du premier.

VI. Les suites d'un délit, son issue heureuse ou funeste pour celui qui devait en souffrir, ou pour le public, sont aussi des causes qui portent à l'indulgence ou à la sévérité. Sans doute il est moralement vrai de dire avec l'empereur Adrien : *In maleficiis voluntas spectatur, non exitus*³; mais le mal réellement

¹ Je ne puis croire que ce soit là le sens vrai d'une certaine loi romaine sur lequel on a tant écrit. V. L. 6, tab. III. — Au reste, cette disposition ne serait pas la seule de cette espèce. Selon en dicta une analogue, et les Germains, suivant Tacite, n'étaient pas moins impitoyables envers les débiteurs impuissants à se libérer. Nous reviendrons sur cette question.

² Et par conséquent sa liberté dans une certaine mesure et à certaines conditions, mais non la liberté dans le sens absolu du mot.

³ L. 48, tit. 8, l. 14. — V. aussi L. 14, ad leg. Cornel. De sicariis.

occasionné doit aussi entrer pour quelque chose dans un système pénal qui ne tient pas seulement compte de l'intention. Je dis plus : il doit être la base première, essentielle de la culpabilité ; il suffit pour le reste que l'acte soit imputable.

VII. C'est par la même raison qu'il y a lieu d'être plus sévère pour l'auteur d'un délit, dont les suites probables doivent être plus ou moins fâcheuses, bien que ces suites ne soient pas nettement voulues par le coupable.

VIII. On punit plus sévèrement aussi les délits plus faciles à commettre, ou contre lesquels il est plus difficile de se prémunir, tel que le vol d'ustensiles aratoires et de bestiaux dans les champs, de récoltes sur pied ou coupées, d'objets mobiliers dans les lieux publics, dans les hôtelleries. « Dans l'île de Man, dit Blackstone, cette règle avait une si grande étendue que le vol d'un cheval ou d'un bœuf n'était point puni de mort, à cause de la difficulté de cacher le vol dans ce petit territoire ou de le soustraire hors de l'île ; mais le vol d'un cochon ou d'une volaille était un délit capital, par la raison contraire¹. » Il en est de même du vol sur les grands chemins, du vol organisé et à main armée, des violences exercées sur un enfant, une femme, un vieillard.

La violation du domicile a toujours été regardée comme cause aggravante, par la raison que la sûreté doit y être plus grande². Le droit lithuanien condamnait celui qui avait dérobé quelque chose, même de peu d'importance, dans le palais royal, à perdre une oreille pour la première fois, et la vie en cas de récidive³. En Pologne, le délit ou le crime commis non loin du monarque, dans sa demeure, dans la ville ou le village où il se trouvait, en était aggravé. Le droit lithuanien faisait même de cette circonstance un crime de lèse-majesté, lorsqu'il y avait usage d'armes et blessure dans le palais royal. S'il y avait blessure occasionnée sans armes et sans attaque à repousser, le coupable était con-

¹ Code criminel de l'Angleterre, part. I, p. 13.

² V. Statuts de Crema, III, p. 72. — Le domicile comprend non-seulement la maison, mais encore le jardin, le portique. Le statut de Ferrare étend le domicile à 10 pieds autour de l'habitation. (Statuta urbis Ferraris, lib. III, c. 80.) — V. aussi le statut de Tortona, lib. IV, p. 125. Celui de Milan excepte sagement de l'aggravation de la peine, par cette circonstance, les habitants mêmes de la maison. (Stat. crimin. Mediolani, c. 69.)

³ MACIEJOWSKI, Slawische Rechtsgesch., t. IV, p. 283.

damné à perdre la main⁴. Le temps de jour ou de nuit, de paix ou de guerre, de disette ou d'abondance, est encore une circonstance qui a son poids.

IX. Il faut aussi entendre par circonstances de temps et de lieu, les époques, les climats et les pays, les lieux publics ou les lieux qui ne le sont pas, ceux qui sont affectés à certaines réunions plutôt qu'à d'autres. La coutume de Montereau (art. 4) porte ce qui suit : « Le jour de samedi, qui est jour de marché, s'il est trouvé aucun délinquant en faisant battures et excès en la personne d'aucun, ou pour raison de pareil cas ou delict, l'amende serait ordinaire de v sols tournois ; pour raison du dit jour de samedi et marché, elle est de lx s. t.⁵. »

X. Les rapports du coupable à l'offensé peuvent également aggraver ou atténuer le délit. Un fils ne peut châtier son père, mais un père peut user d'une certaine sévérité envers son fils, encore enfant surtout. Les rapports de parenté, de tutelle, de mari et de femme, de maître et de domestique, de supérieur et d'inférieur, disent assez que les mauvais traitements commis dans ces conditions ont plus ou moins de gravité que lorsqu'ils n'ont lieu qu'entre personnes n'ayant d'autres rapports entre elles que ceux qui font de tous les hommes des êtres moraux de même espèce, ou qui les unissent de liens moins étroits que les précédents.

En comparant les lois des peuples barbares qui furent en vigueur du V^e au XII^e siècle, avec celles des républiques italiennes depuis le XII^e siècle, on trouve que, pendant la première période, les peines portées contre les délits envers les gens d'église étaient trois fois plus fortes que les peines ordinaires⁶, tandis que, dans la seconde période, elles furent mitigées et finalement réduites au niveau des peines ordinaires : la peine supérieure resta au profit de l'autorité civile. Ce degré d'exacerbation fut dans certains États du double⁷ ; il s'éleva dans d'autres jusqu'au quadruple⁸ ; la dignité de l'offensé, son ca-

⁴ Ibid. — V. aussi Laudensium statuta, c. 511.

⁵ La Conférence des coutumes, par P. GUENOIS, Paris, 1596, t. I, tit. 26, n^o 9 et 13.

⁶ CANGIANI, Leges Barbar., t. II, p. 326, id. 2, p. 360, col. 2 ; t. III, p. 198, col. 2.

⁷ Stat. crim. de Milan, c. 98 ; de Lodi, c. 576 ; de Monza, c. 17, 128.

⁸ Statuta curiæ Harebellæ Domi Ossulæ, p. 40. — Stat. de Novara, p. 129, 130.

ractère public, faisaient quelquefois porter l'amende jusqu'au sextuple¹.

Dans certains États, le degré de la peine fut tel qu'il changea la nature du délit, puisqu'il fut puni comme le crime de lèse-majesté². Le statut de Crémone met les avocats consultants, les patrons et les arbitres sur la même ligne que les juges; la peine était quatre fois plus forte pour les délits commis à leur égard que pour ceux qui ne l'étaient que contre de simples particuliers³. Des paysans qui manquaient à des citadins étaient punis d'une peine double de celle décernée pour les délits de bourgeois à bourgeois⁴. La richesse obtint des privilèges analogues⁵. L'instruction, l'éducation, les professions libérales jouirent des mêmes faveurs⁶. Quand les lumières furent remises en honneur, l'instruction valut d'autres immunités encore⁷.

La moralité des personnes a porté aussi quelques législateurs à être plus indulgents pour les uns, plus sévères pour les autres⁸. Il y a plus de mal, en effet, dans l'injure faite à l'homme de bien que dans le manquement à celui qui ne se respecte pas lui-même. Mais ces nuances sont partout difficiles à saisir, et les apparences peuvent être trompeuses. En tout cas, c'est manquer plus grièvement aux personnes respectables, que de les injurier sous les yeux de celles dont l'estime leur est chère⁹.

XI. Il faut dire encore que les délits paraissent plus ou moins graves, suivant qu'ils semblent menacer un plus ou moins grand

¹ Sainte-Croix, *Du gouvernement féodal*, p. 359.

² *Municipalia Cremæ*, p. 76.

³ *Stat. Cremonæ*, p. 56; *Stat. de Casalmaggi.*, p. 78; de Ferrare, III, 77, p. 143.

⁴ *Ibid.* p. 53, 54. — *Stat. de Ferrare*, III, 72.

⁵ Canciani, *Leg. Barb.*, t. IV, p. 239, col. 2. — Cf. MONTAIGNE, *Essais*; *Londres, la cour et les provinces d'Angleterre*, t. III, p. 196; *Leges nov. rei-publ. Genuæ*, c. 50.

⁶ V. la vie d'Alaric, celle d'Amalasonte et celle de Cassiodore.

⁷ V. tous les statuts des villes d'Italie, particulièrement ceux de Brescia, c. 210, p. 107; celui de Crémone, p. 94, 105; de Ferrare, lib. III, c. 67; de Crème, III, p. 76. — Cf. Sainte-Foix, *Œuvres*, t. V, p. 367.

⁸ *Municipalia Cremæ*, III, p. 77. — *Criminal jur. Genuæ*, II, 5. — *Leg. Barb.*, dans Canciani, t. I, p. 372, col. 2. — *Statut. comm. Placent.*, II, *De verbis injur.*

⁹ *Stat. de Crème*, III, p. 94; de Pavie, c. 18; de Lodi, c. 623; de Valseria, c. 36 et 37; d'Intra et de Pallanza, p. 101; de Valsasina, c. 30, p. 12; de Pontremois, III, c. 16, p. 72.

nombre de personnes, c'est-à-dire suivant qu'ils sont commis dans des circonstances qui se rencontrent plus ou moins fréquemment. C'est ainsi que celui qui empoisonne son père pour jouir prématurément de ses biens, ne paraît pas aussi dangereux que le brigand qui assassine pour voler, quoique son crime soit plus atroce. Tel qui empoisonne son père dans des vues intéressées, ne commettrait pas un meurtre ordinaire, et peu de pères de famille redoutent un pareil traitement de la part de leurs enfants. On comprend, du reste, que le sentiment de la sécurité peut porter plus facilement à l'indulgence, comme celui de l'alarme à la sévérité, et qu'ainsi une circonstance aggravante d'un côté, peut être paralysée par une circonstance atténuante de l'autre, et réciproquement.

Farinacius déduit encore une circonstance atténuante de l'incertitude où l'on est sur l'auteur du délit; lors, par exemple, qu'un crime est commis par un individu faisant partie d'un rassemblement¹. Nous ne pouvons admettre que si le rassemblement n'a rien d'illicite, tous ceux qui le composent puissent être frappés d'une peine, même inférieure à celle que mérite le délit commis. Nous faisons toutefois abstraction du cas où la dénonciation serait obligatoire. Mais encore ne faudrait-il appliquer que la peine portée contre le refus de dénoncer. Resterait toujours à savoir, cependant, si elle peut atteindre jusqu'à ceux qui n'ont pu apercevoir le coupable. Si, au contraire, la réunion est par elle-même un délit, si elle est séditieuse, par exemple, tous ceux qui la composent peuvent être accusés de réunion illégale pour cause de sédition, mais pas à un autre titre. Un autre cas où l'auteur présumé d'un délit était encore puni, mais moins sévèrement, c'est lorsque, sans faire partie d'un rassemblement, il se trouvait désigné par l'opinion publique, ou chargé par un certain nombre de faits propres à engendrer une vraisemblance plus ou moins grave. Mais dès qu'il est convenu qu'on ne peut condamner que sur des preuves, sur des preuves certaines et non sur des simples vraisemblances, il faut renoncer à punir l'auteur incertain du délit. Il ne peut donc pas être question de faire descendre la peine au niveau de l'incertitude²; il n'y a pas de peine raisonnablement possible alors.

¹ FARINAC., qu. 96, n° 14 et suiv.

² Des peuples modernes en sont encore là. Nous le verrons.

Nous aurions pu entrer dans de plus grands détails sur les circonstances atténuantes ou aggravantes; mais l'excès est plus à craindre ici que le défaut. Heureux même si nous pouvons échapper au reproche d'avoir été trop long, quoique les détails analogues, dans lesquels descendent plusieurs législations et l'intérêt seul de la question, semblent suffisamment nous justifier.

Les jurisconsultes romains distinguaient déjà sept classes de circonstances atténuantes, suivant qu'elles se rattachaient à la cause ou au motif, au lieu, au temps, à la qualité et au degré du délit, enfin aux personnes qui l'avaient commis ou qui en avaient souffert¹. Nos anciens criminalistes ont marché sur les traces des jurisconsultes romains; l'un d'eux, Tiraqueau, a fait un traité remarquable sur la matière². Il admettait quarante-quatre raisons d'atténuer ou de remettre la peine.

Le droit canonique, dans lequel la morale a une si grande part, ne pouvait pas manquer d'admettre des degrés dans les délits de même nature³.

Une des principales raisons de l'arbitraire des peines dans notre ancienne jurisprudence, c'est précisément la nécessité de les approprier non-seulement au délit, mais encore au degré de culpabilité propre au délit, degré qui varie suivant les cas.

Les lois modernes, dont le caractère est généralement plus doux, ont dû, à plus forte raison, accorder beaucoup à l'appréciation des circonstances. C'est ce qui est arrivé particulière-

¹ Aut facta puniuntur, aut dicta, aut scripta, aut consilia.... Sed hæc quatuor genera consideranda sunt septem modis: causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate et evento. L. 16, D., *Præm.*, et § 1, *De pœnis*. — SATURNIN développe ensuite sa division. — V. ULR., L. 13, D., *De pœnis*, et les observations critiques de M. RIVIÈRE sur ce passage, *Esquisse hist. de la législat. crim. des Romains*, p. 52.

² *De pœnis temperandis vel remittendis*, dans ses *Tractatus varii*, 1 vol. in-fol. — V. aussi FARINACIUS, *De delictis et pœnis*. Au nombre des circonstances qui doivent faire remettre la peine, il compte le cas où la corde d'un pendu vient à se rompre. Ce cas n'est point chimérique; il avait été prévu par une loi anglaise du moyen âge: « Si latro suspensus fuerit, et postea cadat de forca, quietus erit ulterius de illo furto. » — HOUART, op. l., t. II, p. 249. — Voir aussi, sur ce sujet: LYNDEN (J. C. C. P. van), *De moderanda pœna*, 1828; — MEKERSCH (J. F. van de), *De justo proportionalitate in pœnis infligendis moderamine*, Lugd. Bat., 1798; — *Revue de droit*, 1850, t. VII, p. 424.

³ *Corpus juris can.*, secunda pars, caus. 2, quæst. 3.

ment dans tous les pays où le fait a été soumis à des juges distincts.

Dans les pays même où le jury n'a pas encore été admis, les juges n'en sont pas moins appelés à se rendre d'abord un compte rigoureux du fait, à l'estimer à sa juste valeur morale, et à lui appliquer ensuite la peine méritée.

Le Code autrichien détermine cinq circonstances spécialement aggravantes, et treize circonstances atténuantes, dont dix sont tirées des personnes et trois des faits⁴. Il place au nombre des circonstances aggravantes celle d'avoir déjà commis d'autres délits de même espèce ou d'espèce différente.

Si le Code néerlandais n'a pas cru devoir investir le juge du droit d'abaisser la peine, en considération des circonstances atténuantes, en cas de délit capital, et cela sous le prétexte que le chef de l'État a seul le droit de grâce, n'est-ce pas s'achopper sur une difficulté créée à plaisir, ou refuser d'être conséquent? S'il y a des circonstances atténuantes, le crime peut n'être plus capital que de nom, et il n'y a là aucun droit de grâce à exercer d'abord en ne condamnant pas à mort, mais simplement droit de justice. C'est donc vouloir être trop sévère pour donner au chef de l'État une apparence de bénignité⁵.

Le Code du Brésil juge convenable, comme la plupart de ceux qui n'admettent pas de jury, d'énumérer avec quelque étendue les circonstances aggravantes ou atténuantes. Il en compte vingt-deux de la première espèce, entre autres si le délinquant a été payé ou s'il a compté l'être pour commettre le délit; s'il a usé de déguisement pour surprendre sa victime; s'il a, par son crime, ajouté à une affliction déjà existante⁶.

Les circonstances atténuantes énumérées dans ce même Code sont au nombre de dix⁷.

Le Code bolivien énumère aussi les circonstances légalement atténuantes. Toutes les fois que la loi spécifie les circonstances qui aggravent ou atténuent le délit, le juge, évidemment, ne peut en admettre d'autres, sans quoi l'énumération qu'en fait la

⁴ *Code autr.*, 1^{re} part., art. 37-40, trad. de M. FOUCHER.

⁵ Cette disposition du Code hollandais est justement blâmée par un jurisconsulte du pays, M. KOENIGSWARTER, *Revue étrang. et franç. de droit*, IV, p. 344.

⁶ Première partie, art. 15-17.

⁷ *Ibid.*, art. 18.

loi serait superflue. La sentence doit, de plus, mentionner la circonstance qui a été prise en considération. On pourrait bien aussi exiger d'un jury qu'il n'admit d'autres circonstances atténuantes que celles qui seraient reconnues par la loi, et par conséquent qu'il les fit connaître dans son verdict; mais le jury est plus capable de sentir que de penser, et l'on s'en rapporte à son impression confuse, plutôt que d'exiger de lui un discernement parfait.

Le Code de la Louisiane met sagement au nombre des circonstances aggravantes les fonctions publiques dont le coupable serait investi, sa position sociale élevée, son éducation, sa conduite précédente, sa fortune, etc. ¹.

Le Code belge, sans doute par imitation du Code néerlandais, n'a pas étendu la faculté d'atténuation à toutes les affaires du grand criminel ².

D'après tout ce qui vient d'être dit sur les circonstances qui augmentent ou diminuent la culpabilité, il semble qu'on peut très-bien définir les circonstances aggravantes : des faits accessoires à l'élément essentiel du délit, et qui le rendent juridiquement plus ou moins grave, par conséquent plus ou moins punissable, sans toutefois être jamais par eux-mêmes des délits distincts.

De cette manière nous écartons tous les faits qui n'ont aucune connexion avec le délit, ou qui, tout en s'y rattachant, constituent par eux seuls des délits distincts ³. Peu importe que l'un de ces délits ne soit qu'un moyen et l'autre une fin, que l'un soit principal et l'autre accessoire. Ce sont deux délits, passibles chacun d'une peine spéciale.

Nous n'ignorons pas que cette manière d'envisager les circonstances aggravantes des délits s'écarte de celle qui est admise par la plupart des jurisconsultes et des législations : on est généralement porté à regarder deux délits connexes, l'un comme le délit unique, comme le délit proprement dit, l'autre comme une simple circonstance aggravante du premier. Nous y voyons, nous, ce qui s'y trouve réellement, deux délits, dont le moindre serait déjà par lui seul punissable. Nous y voyons

¹ *Revue étrang. et franç.*, t. II, p. 698.

² *Ibid.*, t. VII, p. 729.

³ Est délit essentiellement distinct celui qui est déclaré tel par la loi, dans le cas où il n'est pas connexe.

concours de délits, et par conséquent cumulation possible de peine. Nous reviendrons bientôt sur cette question. — Nous voulons bien, du reste, que la justice humaine ne soit pas impitoyable, qu'elle n'use pas de tout son droit; mais, dans l'intérêt de la vérité, de la perfection de la doctrine, de la justice et de la morale même, il faut distinguer ce qui doit l'être; il faut que l'on n'ajoute point à une peine déjà suffisante, et qu'on sache si l'on n'augmente pas celle qui pourrait l'être, qu'on fait de la générosité et non de la justice. Il est également bon que les criminels eux-mêmes n'ignorent point que la société ne les frappe qu'à regret, qu'elle ferme les yeux sur une partie de leurs fautes, et qu'elle est indulgente jusque dans ses apparentes rigueurs.

L'admission des circonstances atténuantes, alors même que les juges du droit sont aussi les juges du fait, présente ces avantages incontestables : 1° que l'accusé n'est point acquitté par la répugnance que les juges éprouvent à le voir frappé d'une peine trop forte; 2° de rendre ainsi la répression plus sûre, plus générale, plus puissante, par la certitude où est l'accusé de ne pas échapper aussi facilement à la peine; 3° d'habituer la conscience publique à discerner les nuances des crimes, à se perfectionner par la réflexion; 4° de prouver aux peuples que la justice n'est point arbitraire, que la vie de l'homme, même du coupable, a son prix, et un grand prix aux yeux du souverain : « Lorsque le peuple ne voit point de gradation dans les peines, dit Blackstone, il est porté à croire qu'il n'y en a point dans les crimes ¹. »

D'après la définition que nous avons donnée des circonstances qui modifient la gravité du délit en le déterminant, il est clair : 1° que toute peine destinée à punir un délit plus ou moins grave, doit être susceptible de division ou avoir des degrés; 2° que le maximum doit être réservé aux délits de l'espèce les plus gravement caractérisés, et le minimum pour ceux qui le sont le moins.

Deux réflexions néanmoins trouvent ici leur place : 1° les peines indivisibles, si elles sont jugées suffisantes, et qu'elles soient d'ailleurs une sorte de minimum relatif ou pour les cas prévus, ne font point regretter leur indivisibilité, puisque, par

¹ *Comment. sur le Code crim.*, p. 16.

hypothèse, ce sont les peines les plus légères qu'on puisse infliger sans compromettre la dignité de la justice; 2° si l'on veut y voir, au contraire, un maximum que la société n'entend point dépasser, alors même qu'elle pourrait le faire sans manquer à la justice, il est inutile encore que ces peines soient susceptibles d'être aggravées, qu'elles aient des degrés supérieurs, comme en avait la peine de mort dans l'ancienne législation française. Cette peine se distinguait en cinq espèces, accompagnée qu'elle était d'autres peines qui la rendaient plus ou moins atroce. La loi nouvelle fait grâce de ces degrés d'exacerbation, et son plus grand châtement n'a plus pour cortège des tourments qui pourraient être mérités, je le veux, mais qui ressemblent trop à de la vengeance, et qui déconsidèrent la justice en même temps qu'ils la font prendre en horreur.

Remarquons encore que si la peine affectée par la loi à un délit ne peut s'élever, même d'un degré, quelles que soient les circonstances aggravantes (ce qui a lieu lorsqu'elle ne peut être infligée que dans son maximum), il n'en est pas ainsi de la même peine considérée dans son minimum; le plus bas degré peut être dépassé. C'est qu'alors l'espèce du délit se trouve changée. Il y a un terme nécessaire aux circonstances aggravantes, puisque, d'une part, le délit est défini par la loi, et que, d'un autre côté, les circonstances aggravantes ne sont point par elles-mêmes des délits prévus, définis et punis d'une peine propre. Il peut bien y avoir délits conjoints, mais c'est un tout autre cas, je le répète. Au contraire, il n'y a pas de limite assignable au *minimum*; car depuis les *faits justificatifs* ou les excuses péremptoires jusqu'aux *qualifications* les plus graves d'un même délit, il y a d'abord tous les degrés qui séparent le maximum du minimum; il y a, en outre, une série de faits qui ne laissent du crime proprement dit que le nom¹, mais qui constituent encore un délit; ils font disparaître le dol, mais en laissant subsister la faute. Ils peuvent même être quelque chose de moins, et n'avoir qu'un caractère de pure contravention, malgré le crime matériel auquel ils se rattachent.

Il ne faut pas dire alors avec des criminalistes très-distingués d'ailleurs, que le juge, en faisant descendre la peine si bas,

¹ Et encore faut-il changer ce nom, qui n'est d'abord donné que sur l'apparence du fait principal.

détermine plus équitablement la nature du délit, l'espèce qui lui était soumise en apparence; il n'y voit que ce qu'elle renferme, et ne se laisse point abuser par une première dénomination. Toute dénomination d'un fait aussi complexe qu'un délit, porte essentiellement sur une abstraction. Le fait au contraire, c'est-à-dire le délit à juger, est essentiellement concret ou déterminé, et doit être apprécié comme tel; peu importe ensuite que la dénomination qu'il avait d'abord reçue fût plus ou moins propre; elle n'était jusque-là qu'un préjugé susceptible d'être redressé; le juge est chargé d'apprécier un fait, et non de donner raison à une dénomination, ou de renvoyer impuni un délit mal nommé¹. Ce serait un reste de ce vieux pharisaïsme des formules d'action, où l'esprit succombait sous la lettre, où la forme emportait le fond, où la procédure semblait être la fin et la justice le moyen. Dans ce sens, il est vrai, nous sommes revenus aux peines arbitraires. Mais que vaut-il mieux, ou qu'il n'y ait pas de peines du tout pour certains délits, ou qu'elles soient trop fortes? Toute la question est là. Or la poser ainsi, c'est la résoudre. Et comme c'est la loi qui donne au juge ce pouvoir, on ne peut pas dire que les peines, une fois descendues à un certain degré, sont appliquées au gré du juge et non à celui de la loi. Les deux derniers paragraphes de l'article 463 de notre Code pénal sont donc parfaitement fondés en raison².

Quelle différence, d'ailleurs, entre l'arbitraire des anciennes lois pénales et celui des nouvelles! Les législateurs anciens, surtout dans les États despotiques, n'avaient rien fait, ou avaient incomparablement moins fait pour restreindre cet arbitraire; l'indifférence, le mépris de l'humanité, l'ignorance, le désir

¹ Il est évident que si la dénomination péchait dans le sens opposé, par exemple si l'on appelait un parricide de la dénomination bénigne d'injure, le juge supérieur aurait la faculté de redresser l'erreur.

² Si la dénomination provisoire du délit est trop faible, le tribunal qui est saisi de l'affaire, en conséquence de la qualification même du délit, qui est attributive de juridiction, peut toujours se déclarer incompétent, et renvoyer l'affaire à un tribunal supérieur. Si, au contraire, la dénomination spécifique et provisoire est trop forte, le tribunal devant lequel l'accusation est portée peut être investi du droit de prononcer sur tous les délits qui ressortissent à une juridiction inférieure quelconque, pour éviter les lenteurs et les frais, et par la raison que pouvant le plus il peut le moins, ou bien encore renvoyer aux juges spéciaux. Cette dernière mesure vaudrait déjà mieux que l'impunité.

secret de pouvoir se venger sous prétexte de punir, l'utilité prétendue de la crainte continuelle d'une peine excessive pour les uns, comme aussi l'espoir pour d'autres d'échapper plus aisément à la juste peine de leurs crimes, ou de n'en porter qu'un châtement dérisoire; la satisfaction intérieure que le juge devait éprouver à se sentir armé d'une puissance aussi redoutable, sa docilité entre les mains du pouvoir, tels sont les motifs qui expliquent en grande partie l'arbitraire des anciennes lois pénales.

Mais outre que l'arbitraire qui est laissé au juge par les lois nouvelles est incomparablement plus restreint, il n'est dû qu'au respect même de la justice. La loi ne lui donne autant de liberté que pour le livrer plus étroitement aux exigences de sa conscience. Elle ne veut pas que le juge soit une machine; elle lui laisse sa nature et sa responsabilité morale; seulement elle l'éclaire et le dirige. Elle fait assez pour qu'il ne s'égare point, mais elle ne veut rien faire qui ressemble à une violence morale, ou qui enlève au juge sa juste part de responsabilité. Elle ne le croit point infallible, ni peut-être à l'abri de toute faiblesse. Aussi lui donne-t-elle des règles qui l'obligent et le soutiennent en l'éclairant, mais elle ne le suppose ni aveugle ni pervers.

Une autre considération relative aux circonstances graves qui caractérisent les délits, c'est qu'il peut y en avoir d'aggravantes et d'atténuantes tout à la fois. Ce concours donne lieu à un calcul approximatif de plus et de moins, ou d'égalité, qui ne peut être réglé utilement par le législateur; car il préférera vainement qu'on prononce des circonstances atténuantes si elles dépassent les aggravantes, ou réciproquement; il faudra toujours qu'il s'en réfère à la conscience du juge pour faire cette appréciation comparative.

Le Code autrichien nous semble donc avoir pris un soin superflu, lorsqu'il recommande de faire attention à celles de ces circonstances qui prédominent, et de se prononcer en conséquence¹.

Est-il bien facile, du reste, de comparer des choses aussi différentes que le bien et le mal moral, avec toutes les formes qu'il revêt? L'esprit peut s'égarer et se perdre en cherchant à se

¹ Art. 41, première partie.

faire une idée précise, en cherchant autre chose que cette impression dernière qui est comme la résultante de toutes les impressions particulières survenues pendant les débats. Elle est peu raisonnée, je le veux, mais elle n'en est peut-être que plus naturelle et plus vraie: nous sommes alors moins actifs, nous y mettons moins du nôtre; le résultat possède donc un caractère moins artificiel.

Lorsque la peine est indivisible, qu'elle n'a ni maximum ni minimum, elle est censée n'être qu'un minimum; autrement, si elle avait un caractère moyen, elle pourrait être trop sévère pour les cas où il y aurait des circonstances atténuantes dans l'espèce. Cependant, ce caractère moyen présenterait moins de danger si le juge avait la faculté d'appliquer une peine inférieure d'un degré ou même de plusieurs.

CHAPITRE VI.

De la tentative.

SOMMAIRE.

1. La tentative est, en tout cas, une faute morale. C'est une faute civile, un délit, alors même qu'elle n'est suivie d'aucun effet matériel, en ce qu'elle trouble la sécurité.
2. Trois moments à distinguer dans l'exécution d'un délit.
3. Conséquences pratiques de cette distinction.
4. La méditation d'un délit n'est pas un délit; ce n'est qu'une mauvaise pensée, une intention coupable, un péché. Elle peut cependant exiger des mesures préventives.
5. État de plusieurs législations sur la tentative.
6. État de la doctrine à cet égard.
7. Déjà la loi romaine était entrée dans la distinction entre la tentative et le délit consommé.
8. D'où vient l'erreur en ce point.
9. Conclusion.

Nous avons fait entendre plus haut que le délit existe déjà lorsque l'action n'est que tentée: nous devons donner quelques explications sur ce point.

On peut distinguer, avec M. Rossi, trois moments dans l'exécution d'un délit: sa préparation, son exécution proprement dite et sa consommation.

Ces trois moments sont plus ou moins distincts, suivant la nature des délits.

La préparation est interne ou externe.

Dans le premier cas, elle est méditée purement, simplement; et alors elle échappe à l'action judiciaire.

Dans le second cas, elle est visible, constatable.

Mais il faut, pour qu'elle puisse être punie préventivement, et dans l'intérêt de la sécurité publique, deux circonstances : la première, que cette préparation ait une connexion certaine avec le délit; la seconde, que l'agent n'ait point renoncé à son projet.

Il faut, en tous cas, que la peine soit inférieure à celle qui frapperait un commencement d'exécution ou le délit consommé.

Cette distinction est importante, par la raison que le délinquant peut renoncer à son dessein tant que ce dessein n'est pas accompli sans retour, et qu'il faut lui ménager un intérêt à revenir sur ses pas.

De plus, il est évident que, sous le rapport matériel, celui qui n'en est qu'à la préparation ou à l'exécution d'un crime, porte moins de préjudice jusque-là que celui qui l'a complètement perpétré.

Ajoutons enfin que si le législateur était trop sévère, il serait moins sûr d'être obéi; la conscience du juré se décide difficilement à reconnaître la culpabilité devant une peine qui lui semble trop forte. De là l'impunité, et le scandale qui l'accompagne. Mais que décidera-t-on si le criminel manque son but par l'effet du hasard, de la maladresse, ou par quelque autre raison contraire à sa volonté? Il est sans doute moralement aussi coupable que s'il avait réussi, mais il ne l'est pas autant sous le rapport matériel. Or comme cette dernière considération est très-importante pour la société, qu'elle est d'une appréciation bien plus facile pour les hommes que celle du degré de culpabilité morale, il nous paraît raisonnable de ne point punir aussi sévèrement dans ce cas que lorsque le crime a été consommé matériellement.

Il ne faut pas, du reste, donner pour raison absolument valable de cette différence, qu'un criminel qui manque son coup est déjà puni jusqu'à un certain point par le regret, par le défaut de satisfaction qu'il éprouve de ne pas avoir réussi, tandis que celui qui est plus heureux éprouve au contraire une satisfaction qui doit trouver sa compensation dans la peine. Si ce raisonnement était juste, il faudrait moins punir l'auteur d'un délit consommé qui éprouverait des remords, que celui d'un

d'un délit manqué qui n'en éprouverait point. D'ailleurs, il reste toujours à celui qui n'a pas réussi dans sa tentative criminelle l'espoir de recommencer, s'il persévère dans son dessein, et cet espoir est bien propre à calmer ses regrets coupables, tandis que celui qui a commis un mal irréparable n'est souvent frappé que d'une chose, de l'irréparabilité même de sa faute.

Il serait prudent néanmoins de laisser au juge la faculté d'appliquer le maximum de la peine méritée au crime matériellement consommé, pour le cas où la tentative avortée démontrerait une très-grande perversité.

En reprenant tous les moments qui constituent la série entière de la tentative, nous dirons donc, premièrement, que les actes internes ne sont jamais susceptibles d'être punis, *cogitationis pœnam nemo patitur*¹, puisqu'ils ne sont que de mauvaises intentions; mais ils autorisent, quand ils sont très-sérieux et bien avérés, non pas une peine proprement dite, mais des précautions ou actes défensifs, tels qu'emprisonnement, bannissement ou exil.

Si cependant on tenait à donner le nom de peines à ces précautions défensives, ces peines auraient leur fondement juridique dans la juste crainte qu'inspirent des résolutions criminelles; le trouble volontaire de la sécurité d'autrui est un délit.

Quant aux actes préparatoires, il faut distinguer encore, suivant qu'ils sont par eux-mêmes des délits ou qu'ils ne le sont pas. Dans le premier cas, ils peuvent toujours être punis, abstraction faite du but auquel ils devraient servir; dans le second, ils ne pourraient être atteints qu'à cause de la fin même qu'ils seraient destinés à préparer. Telle est, par exemple, l'organisation d'un complot. De pareils préparatifs sont une menace à l'ordre public; ils décèlent au moins une intention très-coupable, un péril social plus ou moins grand, et méritent une répression propre à sauvegarder l'avenir².

Le commencement d'exécution, si l'acte est indivisible, est aussi la consommation du délit, et il n'y a lieu de distinguer

¹ L. 18, *De pœnis*.

² La préparation du délit n'a pas toujours été distinguée de la tentative; plusieurs peuples l'ont punie comme accusant une intention coupable. C'était donc cette intention qui était atteinte. — V. PAILLON, *De spec. leg.*, ad 6 et 7, *præcept. decalog.* — JOSEPH, IV, 8, 34; XII, 10, 36; XVII, 5, 5. — *Vendidad-Sadé*, p. 291.

ici qu'entre la tentative manquée et la perpétration même. Mais si l'acte criminel n'est pas indivisible, s'il y a progression possible, la culpabilité est d'autant plus grande que le crime est plus près de son terme. Il peut arriver cependant qu'il n'y ait de criminel en soi que le dernier moment de la série. Il faut donc, pour être autorisé à punir les actes qui le précèdent, être parfaitement sûr qu'ils se rattachent au dernier, qu'ils en étaient des moyens, des moyens efficaces, et non des moyens chimériques comme un certain nombre de ceux qu'employaient les prétendus sorciers.

Les jurisconsultes qui sont d'avis que la tentative non suivie d'effet, le délit tenté ou le délit manqué¹ est cependant punissable, conviennent toutefois que la peine doit être moindre que si l'effet s'en était suivi. Ils n'admettent d'exception que pour le crime de lèse-majesté, d'assassinat, de parricide, d'emprisonnement, pour les crimes qu'ils appellent atroces en général². Cette exception peut avoir sa raison dans la gravité du délit, et cependant la gravité de la peine est au contraire une raison suffisante pour faire disparaître cette exception. Il y en a une autre encore, dictée par la prudence : c'est de ne pas désespérer l'auteur d'un attentat, de lui ménager, au contraire, un intérêt constant à renoncer à sa coupable entreprise.

Suivant Jousse, le juge n'avait pas la faculté, pour les délits ordinaires, de punir la tentative comme le délit consommé ; il était obligé d'adoucir la peine³. Notre législation est devenue

¹ Le délit tenté proprement dit ou interrompu est celui qui est empêché dans son exécution (qu'il ne faut pas confondre avec sa préparation) par une force étrangère, volontaire ou non. Le délit manqué est celui qui n'a pas été empêché, mais qui n'a pas réussi, quoique les moyens propres à le consommer aient été employés. Tout délit tenté est un délit manqué dans le sens large de ce dernier mot, mais tout délit manqué n'est pas un délit tenté dans l'acception propre du mot tentative. Du reste le délit tenté et le délit manqué sont tous deux opposés au délit consommé. Le délit suspendu est opposé à tous les trois, ainsi que le délit abandonné. Ces deux derniers cas n'ont pas besoin d'explication. Il est, de plus, évident que le délit suspendu ne peut être puni comme le délit consommé. Le délit abandonné ne doit pas l'être du tout. Il faut remarquer encore que la suspension ou l'abandon peut porter sur les préparatifs ou sur l'exécution, comme dans les préparatifs d'un empoisonnement lent ou dans l'administration successive du poison, et qu'il importe de ne pas confondre ces deux situations.

² JOUSSE, t. II, p. 637-639.

³ JOUSSE, t. II, p. 639.

plus sévère. Elle a, quant à la lettre, le même esprit que les capitulaires de Charlemagne⁴, que les ordonnances de 1579, de 1670 et le Code pénal de 1791. Néanmoins, elle est plus douce quant à l'esprit, puisqu'il résulte de la discussion des Chambres en 1832, que les dispositions de cet article du Code de 1810 n'ont été maintenues que parce qu'on a compté sur les circonstances atténuantes que le jury ne manquerait pas de faire valoir. Le législateur eût peut-être mieux fait de compter sur lui-même, et de ne pas se décharger de ses obligations sur le pouvoir discrétionnaire des jurés⁵.

Le Code belge punit de la même peine le délit manqué et le délit commencé ; il est moins sévère pour la tentative proprement dite. Celui du grand-duché de Bade distingue, au contraire, entre le délit tenté ou interrompu et le délit manqué.

Le Code autrichien ne mentionne que la tentative⁶ ; il est vraisemblable qu'il entend par là le délit manqué. En général, la tentative est punie moins sévèrement par les différentes législations que le délit même⁷.

Les criminalistes modernes sont presque unanimes sur ce point, surtout si le délit est suspendu⁸.

Nous n'avons pas parlé des dispositions de la loi romaine à cet égard, parce que la doctrine n'en paraît pas exempte de contradiction. Toutefois, les maximes suivantes sont fort claires : « Qui hominem non occidit, sed vulneravit ut occidat, pro homicidio damnandum. — Qui ea mente alienum quid contractavit ut lucri faceret, tametsi mutato consilio, id postea domino reddidit, fur est. — Is qui cum telo ambulaverit hominis necandi causâ, sicut is qui hominem occiderit, legis Corneliæ de sicariis poena coercetur. — Maleficiis voluntas spectatur non exitus⁹. » En voici d'autres qui ne sont pas plus obs-

⁴ Lib. VII, cap. 151.

⁵ V. sur ce point la *Théorie du Code pénal*, t. I, p. 373 et suiv.

⁶ P. 6, art. 7 ; p. 231, art. 6, trad. franç.

⁷ Code des Deux-Siciles, p. 273, art. 70, trad. franç. — Code néerlandais, Revue de M. FOELIX, t. IX, p. 959 et 960. — Code suédois, ibid., t. III, p. 197 et suiv. — Code du Brésil, art. 16. — Code du canton de Vaud, Revue de M. FOELIX, avril 1844.

⁸ BECCARIA, CARMIGNANI, FEUERBACH, MITTERMAIER, WEBER, HANS, BAUER, LEGRAYEREND, CARNOT, ROSSI.

⁹ L. 13, *de vi*, D., ad leg. Corn. de Sicar.; L. 65, D., *De furtis*; L. 7, Cod. ad leg. Corn. de Sicar.; L. 14, D., ad leg. Corn. de Sicar.

cures : « Eventus spectetur. — Perfecto flagitio punitur capite, » imperfecto in insulam deportatur. — Qui furti faciendi causâ » conclave intravit, nondum fur est, quamvis furandi causâ in- » travit¹. » Nous n'avons pas à concilier ces textes, en distinguant soit les espèces, soit les temps, soit les hommes. Il est au moins évident que des jurisconsultes romains distinguaient parfois entre la tentative et le délit, et que cette distinction aboutissait à un allègement de la peine pour la tentative.

Il ne faut pas être surpris que la distinction entre la tentative et la perpétration du délit ne soit pas plus marquée dans les législateurs anciens, si universellement admise par les modernes. La raison en est à la confusion de la morale et du droit, confusion qui ne cesse d'obscurcir les idées, et qui égare les esprits les plus fermes. Parce qu'on sent dans sa conscience que la culpabilité morale ou subjective est absolument la même dans le cas où, contrairement à sa volonté, bien manifestée d'ailleurs, le délinquant ne peut arriver à ses fins, et dans celui où la fortune seconde ses vœux criminels, nous prononçons sans hésiter qu'aux yeux de la société, comme à ceux de la conscience et de Dieu, il doit être puni de même.

Cette solution est entachée d'un autre défaut dans les législations qui ne punissent pas la pensée, la mauvaise intention, la résolution criminelle, alors même qu'elle est indubitablement attestée. Il y a effectivement inconséquence, puisque cette volonté a été mauvaise, criminelle peut-être, surtout si l'individu n'en a pas changé. Et quand même il aurait renoncé à ses desseins pervers, n'est-ce pas un coupable qui a voulu le crime dans un temps, et qui ne le veut plus dans un autre? Et la société se contente-t-elle d'un changement de volonté? Comment d'ailleurs pourrait-elle jamais en être parfaitement assurée? Si donc elle pardonne au mauvais dessein, quand elle frappe la maladresse ou l'impuissance, elle manque à la logique; elle met entre la volition d'un acte et cet acte même une différence morale qui n'y est point. Mais ici, comme en beaucoup de choses, la logique recule devant ses extrêmes conséquences, parce qu'elle y voit un vice qui ne la frappe pas au même degré dans ses déductions premières².

¹ L. 10, § 8, D., *De poenis*; L. 1, D., *De extr. crim.*; L. 21, § 7, D., *De furtis*.

² CONRAD FRANZ ROSSKIRCH, *Geschichte und System des deutsch. Strafrechts*, t. 1, p. 342, § 208. — Cet auteur fait de la tentative un délit à part.

En résumé, la culpabilité va croissant dans l'ordre suivant : tentative abandonnée, suspendue, tentée ou interrompue et manquée¹.

CHAPITRE VII.

Du concours des délits et du concours des peines.

SOMMAIRE.

1. Autant de délits, autant de peines méritées.
2. Délits composés, complexes, réitérés, collectifs.
3. Distinction entre le concours des délits et leur connexion.
4. Distinction entre le concours des délits et la complicité.
5. Ce qu'en général les législateurs ont statué à cet égard. Exception.
6. Autre sens du cumul des peines. — Réflexions critiques à ce sujet.
7. Conclusion.

Un même individu peut, relativement au même but criminel qu'il se propose, commettre deux ou plusieurs délits, par exemple assassiner pour voler, assassiner deux ou plusieurs personnes. C'est un délit *composé*.

Il est évident qu'en stricte justice, il mérite tous les châtimens réservés par la loi à tous ces forfaits pris séparément. En principe donc : autant de délits distincts, quoique connexes, quoique aboutissant à un résultat unique, autant de peines méritées, qu'elles soient ou non de nature à être subies simultanément ou l'une après l'autre.

Il y aurait également double culpabilité et double peine méritée, alors même que les deux délits seraient simultanés, ou distincts par la pensée seulement, par exemple si un fils militaire se livrait à de mauvais traitements à l'égard de son père qui serait aussi son chef dans la hiérarchie. Ici l'acte matériel est unique. On pourrait appeler *complexes* les délits de cette espèce.

Un délit peut encore être multiple à un autre égard, à savoir, lorsqu'il est répété contre la même personne; on l'appelle délit *réitéré*. Il faut distinguer ce cas de celui de la récidive.

Lorsqu'un délit n'est puni que comme acte habituel ou collectif, par exemple l'habitude d'usure, il forme un délit *collectif*².

¹ Sur ce chapitre, ROMAGNOLI, *Genesi del dritto penale*, t. I, p. 216-244.

² Ces dénominations diverses sont parfois différentes de celles qu'on ad-

Si l'usure est un acte civilement coupable, il n'est pas nécessaire que cet acte soit réitéré pour mériter une peine.

Le délit légalement collectif ne ressemble pas mal aux sophismes que les anciens appelaient le *sortite*, le *tas*, le *chauve*, etc. Il présente deux autres inconvénients : c'est qu'il semble n'être qu'un délit fictif, et que si la loi détermine le nombre d'actes nécessaires pour constituer le délit, on pourra en approcher impunément, tandis que si elle ne le détermine pas, il y a une sorte d'arbitraire à le faire pour elle.

Il y a *concours* de délits, à proprement parler, lorsqu'il n'y a pas entre eux *connexion*, lorsque l'un n'est pas le moyen ou la fin de l'autre; lors surtout qu'ils n'ont pas été commis dans le même temps ou envers la même personne¹.

Il ne faut pas confondre ce concours des délinquants dans la perpétration d'un même délit avec le concours des délits : plusieurs individus peuvent ne commettre ensemble qu'un seul délit, c'est le cas de la complicité; de même qu'un seul individu peut en commettre plusieurs dans le même temps.

Il n'y a concours de délits de la part de plusieurs individus agissant ensemble, qu'autant que l'acte de l'un est distinct de celui de l'autre. Il n'y a plus complicité pure et simple. Du reste, la complicité peut avoir lieu, dans un délit composé pour l'un des délits partiels, et la non-complicité pour d'autres délits connexes au premier.

En tout cas, le droit strict permet que la peine soit proportionnée au délit, et c'est pure bénignité de la part de la loi de n'infliger que la peine la plus forte de toutes celles qui sont méritées.

Cette indulgence n'a pas été admise par tous les législateurs. Le Code brésilien décide que « lorsqu'un coupable sera convaincu de plus d'un délit, on lui infligera les peines établies » par les lois pour chacun d'eux; il supportera les peines corporelles l'une après l'autre, en commençant et en continuant » de la plus forte à la moindre, et en ayant égard au degré d'in-

met ordinairement, ou prises dans d'autres acceptions. — Cf. RAUTER, t. I, p. 226 et suiv.

¹ NICCOLA NICOLINI définit la connexion : « un rapport existant dans l'intention du délinquant, et qui a pour but, dans l'exécution, de faire servir le meurtre à l'accomplissement d'un autre crime ou délit, ou *vice versa*. » (*Principes phil. et prat. de droit pénal*, trad. franç., p. 83.)

» tensité, non à la durée. Cependant, s'il a encouru la peine de » mort, aucune autre peine corporelle ne pourra lui être infligée; celle de l'amende pourra seule y être jointe¹. »

S'il n'y a pas d'injustice dans la cumulation des peines, il y a du moins peu d'humanité; nous ne pouvons donc qu'applaudir à la mansuétude de la plupart des législateurs, qui ont laissé dans l'oubli les peines dues aux moindres délits pour ne frapper qu'un seul coup. Mais cette indulgence, il faut bien le reconnaître, n'est possible qu'en dehors des systèmes fanatiques de l'expiation, de la justice absolue, de l'obligation morale pour la société de faire payer au coupable jusqu'à la dernière obole. La société n'est pas moralement *obligée* de punir, elle y est seulement *forcée* par son intérêt; elle a peut-être le droit de le faire sans cet intérêt; mais ce droit, elle peut en faire l'abandon total ou partiel, quand elle croit avoir suffisamment pourvu à sa sûreté.

On peut encore entendre par concours des peines, le cumul de peines de nature différente, par exemple les peines afflictives jointes aux peines pécuniaires seulement, ou les unes et les autres aux peines infamantes.

Il y a, sous ce rapport, plus de connexité entre les peines infamantes et les peines afflictives qu'entre les peines pécuniaires et les peines corporelles. L'infamie morale est la conséquence nécessaire de toute peine grave. L'infamie civile, ou l'incapacité d'exercer certains droits domestiques, civils ou politiques, est moins étroitement attachée à la peine afflictive ou pécuniaire, et pourrait quelquefois en rester séparée.

Mais on comprend à merveille que celui qui paye de sa peau peut être dispensé de payer de sa bourse, ou réciproquement. Aussi les lois d'Athènes proscrivaient-elles la cumulation des peines afflictives et des peines pécuniaires.

L'essentiel est moins cependant de disjoindre ces peines que de les bien choisir pour chaque espèce de délits. Si un délit est de nature complexe, et que l'analogie commande une peine mixte, pourquoi ne tempérerait-on pas la peine corporelle par

¹ Art. 61, première partie. — V. aussi le Code autrichien, art. 82, 83, 84, 87, 88. — La loi de l'État de New-York admet aussi le cumul des peines. — Le Code pénal chinois est plus indulgent que beaucoup de Codes chrétiens; il ne prononce que la peine du plus grand des délits commis. — V. Code pénal chinois, t. I, p. 60; cf. p. 51.

la peine pécuniaire, et celle-ci par celle-là, de manière cependant que les deux, prises ensemble, ne fissent qu'une peine totale qui n'excédât point la mesure du délit?

En résumé, la culpabilité va croissant du délit complexe au délit composé, en passant par le délit connexe. Quant au délit répété, il appartient à la question de la récidive. Le délit collectif est peu admissible; il appartient plus à la morale qu'au droit, et ressemble trop à une incrimination de tendance ou d'intention. Il est d'ailleurs mal défini par la loi, et ne peut guère l'être que d'une manière arbitraire.

CHAPITRE VIII.

De la récidive.

SOMMAIRE.

1. Ce qu'il faut entendre par récidive.
2. La récidive, qu'on l'entende dans le sens générique ou spécifique, a été prise en considération de très-bonne heure.
3. Elle n'a pas été envisagée partout de même.
4. Les différentes manières dont on la considère ne sont pas sans difficultés.
5. Le surcroît de peine qui l'atteint n'en est pas exempt lui-même. — Développement à ce sujet. — Thème à discussion. — Huit arguments :
 - a) Si la récidive suppose un degré supérieur de perversité? Conséquences.
 - b) Si la récidive est plus coupable comme telle que la complexité des délits?
 - c) Si la peine qui atteint la récidive, comme telle, ne tombe pas dans le vice non bis in idem?
 - d) Si l'élément moral du délit, en cas de récidive, peut motiver l'aggravation de la peine?
 - e) Si l'indice qu'on prétend tirer de la réitération d'un délit prouve plus de dépravation morale que la diversité des délits chez un même agent?
 - f) Autres bizarreries découlant de l'aggravation de peine attachée à la récidive.

¹ La complexité (ou la connexion, et surtout la composition) devrait bien plutôt attirer deux peines, ou une peine plus grave que la récidive, suivant la maxime fort applicable en ce sens : « Actiones præsertim penales, de eadem re concurrentes, alla aliam nunquam consumit. » L. Nunquam actione, 230, De divers. reg. juris.

- g) Si cette aggravation peut être motivée sur l'insuffisance de la peine pure et simple?
- h) Si elle peut l'être sur l'intérêt public?
6. Objection contre ces considérations. — Réponse.
7. Difficultés d'un autre genre soulevées par la question de la récidive.
8. Elles se retrouvent, partiellement au moins, dans l'histoire de la législation criminelle.
9. Comment s'explique et s'excuse cependant l'aggravation de la peine en cas de récidive.
10. Danger prochain de cette théorie.
11. Moyen de le prévenir.
12. Résumé.

Le mot *récidive* signifie rechute. Mais il y a rechute dans le délit en général et dans une espèce particulière de délit. Ce second sens est le plus naturel. Pour qu'il y ait rechute, dans le sens le plus strict du mot, il faut donc que le nouveau délit soit de même espèce que l'ancien. Il faut, de plus, que la rechute soit certaine, c'est-à-dire que les délits aient été constatés judiciairement, qu'il y ait eu condamnation définitive¹. Mais il n'est pas nécessaire, évidemment, que la peine ait été subie.

Suivant Hérodote², les Perses faisaient entrer dans l'estimation de la peine que pouvait mériter un crime, la conduite passée du coupable; cette considération amenait une peine ou plus forte ou plus faible, ou même un acquittement.

Aristote³ était d'avis que la rechute mérite un plus grand châtimement. Puffendorf s'appuie sur ces autorités⁴ et professe la même doctrine.

Les lois romaines punissaient plus sévèrement le délit habituel⁵. Il suffisait même dans le Bas-Empire et en matière religieuse, deux circonstances à remarquer, de la récidive simple pour qu'il y eût habitude aux yeux de la loi⁶. Les relaps étaient traités plus rigoureusement que ceux qui tombaient pour la première fois dans l'hérésie⁷.

¹ Le Code napolitain punit la récidive dans le cas même où un premier délit n'a pas été constaté judiciairement. *Rev. crit. de légist.*, t. II, p. 373 et s.

² Hérodote, I, 13; VII, 194.

³ *Rhet.*, I, 14.

⁴ *Droit de la nat. et des gens*, VIII, 22.

⁵ L. 28, § 3, D., De pœnis; L. 1, D., De jure patronatus, etc.

⁶ L. 3, Cod., De jure episc.

⁷ C. ad abolend. 1, De hæret.

Les législateurs modernes, sans excepter l'empereur de la Chine, ont suivi les anciens sur ce point. Mais parfois ils changent la nature de la peine, parfois ils l'aggravent seulement, soit en la portant à son maximum, en la doublant même, soit en y ajoutant des circonstances qui en accroissent la rigueur¹. La récidive n'est considérée, dans ce dernier cas, que comme une circonstance aggravante, tandis qu'elle aurait la vertu, dans le premier cas, de changer la nature du crime.

Le Code de Suède², dans le projet du moins; ceux des Pays-Bas³, de l'Autriche⁴, de la Prusse⁵, de la Norvège, du Danemark⁶, de la Hongrie⁷, du Brésil⁸, du canton de Vaud⁹, sont pour l'aggravation sans changement de peine.

Il y a sur ces législations deux remarques à faire : 1° les unes, comme celles de la France, de l'Autriche et des Deux-Siciles, voient un cas de récidive dans les délits du même genre, quoique les espèces soient différentes; d'autres, au contraire, ne voient de récidive qu'autant que les délits sont de même nature; 2° les uns prévoient le cas où il y aurait plusieurs récidives, comme le Code de la Louisiane et celui du canton de Vaud, les autres ne s'arrêtent qu'à la récidive en général, sans tenir compte du nombre. Ce sont là des différences notables.

Mais les dispositions les plus remarquables des Codes modernes en matière de récidive sont peut-être celles du Code badois. La peine propre à ce cas ne doit avoir lieu qu'autant que le nouveau délit est du même genre ou d'un genre analogue au premier délit; et cela même, seulement quant à neuf classes de délits indiqués par la loi, et qui ont paru au législateur de nature à dégénérer en habitude¹⁰.

¹ C. pén. français, art. 56-58. — Code des Deux-Siciles, art. 78-91.

² *Revue étrang. et franç. de légis.*, etc., t. III, p. 200.

³ *Ibid.*, t. IX, p. 965 et 966.

⁴ Art. 37, n° 1 et 2; art. 42.

⁵ Art. 52 et 46.

⁶ *Sommaire des législat. des États du Nord*, par ANGÉLOT.

⁷ *Inst. jur. crim. hungar.*, par MATHIAS VACHETICH, p. 167.

⁸ Art. 16 et 62.

⁹ *Rev. de dr.*, avril 1844, p. 295.

¹⁰ C'est-à-dire pour vol, escroquerie, faux par cupidité, usure, détournement, brigandage, concussion; — crime de fausse monnaie et faux en matière de papiers du trésor; blessures faites avec préméditation, homicide et

La peine de la récidive ne peut consister que dans une aggravation du premier châtement; jamais elle ne peut s'élever à une peine d'un degré supérieur. De plus, le juge du second délit a la faculté de reviser un premier jugement qui aurait emporté condamnation.

Cette dernière disposition est fort étrange. Ce singulier droit de révision, accordé par le législateur à un tribunal de même ordre, sur simples pièces sans doute, est une latitude inouïe. Les preuves, les témoignages peuvent être périmés; la physiologie, par conséquent l'impression morale des débats, ne sauraient être les mêmes. Et si cette révision conclut à la cassation pour simple vice de forme, quel pouvoir exorbitant ne donne-t-on pas à un tribunal non moins sujet à l'erreur que celui dont il peut révoquer la sentence!

Au surplus, ces conséquences pourraient être beaucoup plus fâcheuses si elles devaient aboutir à autre chose qu'à ne pas aggraver la peine réservée au délit pur et simple. A une époque plus reculée, et chez les peuples où le droit romain avait jusque-là exercé moins d'influence que chez la plupart des autres peuples de l'Europe, l'aggravation légale de la peine pour cause de récidive était inconnue. Ainsi, en Danemark, les lois du Jutland furent les premières à punir la récidive. Jusqu'au XIII^e siècle le législateur n'avait pas pris cette circonstance en considération¹.

Depuis les temps païens jusqu'au IX^e siècle, la récidive dans le vol n'était punissable, chez certains peuples slaves, qu'à la troisième fois. Elle entraînait le déshonneur, alors même qu'il y avait eu restitution. En Bohême, l'infamie encourue pour vol réitéré jusqu'à deux fois, emportait la perte du droit de paraître en justice. Encore faut-il noter que l'infamie jointe à la peine pécuniaire était une sorte de grâce, puisque le vol d'une chose importante était puni de la potence, alors même qu'il

blessures graves faites en rixes, ou disputes avec violence; violence, viol de personnes au-dessous de l'âge adulte ou privées de sentiment, séduction d'enfants au-dessous de quatorze ans, débauche contre nature; — crime d'incendie, dégradation de propriétés par méchanceté, vengeance ou cupidité; — braconnage; — vagabondage et mendicité; — rébellion, violences publiques, sédition; forfaiture par motif de cupidité. (*Ibid.*)

¹ KOLNER-ROSENKING'S *Grundriss der dänischen Rechtsgeschichte* etc., p. 222.

avait lieu pour la première fois. Mais comme il aurait été dangereux de faire perdre l'honneur pour peu de chose, et peut-être fort injustement, l'accusation de vol, en récidive surtout, n'était accueillie que sur un nombre déterminé de témoignages; si ce nombre n'existait pas, quand même le fait eût été certain d'ailleurs, l'infamie n'atteignait pas le coupable. Plus le rang de l'accusé était élevé, plus le nombre des témoins devait être considérable¹.

Si le but de notre travail l'exigeait, nous aurions à rechercher : 1° jusqu'à quel point est juste une loi qui, comme celle du royaume des Deux-Siciles, veut qu'il y ait une sorte de récidive dans le cas même où il n'y a pas eu de première condamnation²; 2° quelles combinaisons amène le principe admis par le Code pénal français, que la récidive légale a lieu encore dans le cas où les délits ne sont pas de même nature, et quelles doivent être les conséquences pénales de ces combinaisons; 3° pourquoi, punissant la récidive, certaines lois ne punissent pas la double, la triple, etc. récidive; 4° enfin si la récidive simple peut mériter une peine d'un degré supérieur³ ou celle du double⁴. Mais toutes ces questions deviendraient superflues si l'aggravation de la peine en cas de récidive était peu soutenable en équité.

Sans affirmer une supposition qui semble être condamnée par le sentiment universel, et par la pratique de la plupart des peuples, nous avons cependant cru devoir développer les raisons qui semblent militer en faveur de la peine pure et simple, même en cas de rechute.

Disons tout d'abord qu'au point de vue du sentiment nous inclinons à voir dans le récidif⁵ une plus grande culpabilité.

¹ MACIEJOWSKI, *Slavische Rechtsgeschichte* etc., t. II, p. 100.

² Art. 85. — Mais aussi le Code napolitain distingue entre la récidive et la réitération. NICCOLO NICOLINI, *op. cit.*, p. 30.

³ Code pénal français, art. 56.

⁴ Ou celle du double, par exemple, comme dans les lois lombardes, reproduites plus tard dans les statuts de plusieurs républiques du moyen âge. CANGIANI, *Leges barbaror. antiquæ*, etc., t. I, p. 72, col. 1. — Le Code pénal français est aussi dans ce cas, art. 56, 57, 58.

⁵ Le mot est français; quoique moins en usage que celui de récidiviste, il est beaucoup plus dans l'analogie de notre langue. Récidiviste est régulièrement l'adjectif qui correspond à récidivisme, comme socialiste correspond à socialisme. Récidif, au contraire, est dans la même analogie avec récidive que

Sous ce rapport, nous nous trouvons d'accord avec la plupart des législateurs et des criminalistes philosophes. Mais la réflexion nous semble soulever les nombreuses difficultés suivantes :

1. Si la récidive est une circonstance aggravante, parce qu'elle suppose, dit-on, un degré de perversité de plus, pourquoi une double récidive ne serait-elle pas une circonstance plus aggravante encore, et ne devrait-elle pas être punie, comme le veulent très-logiquement certains législateurs, de peines supérieures à celles qui sont réservées à la simple récidive?

Serait-ce parce que plus les récidives se multiplient, plus l'habitude du mal s'invétère, et que, moins l'homme est libre, moins il est coupable? L'ivrogne éprouve beaucoup plus de peine à ne pas s'enivrer quand il en trouve l'occasion; il y est entraîné bien plus fortement que l'homme qui a des habitudes de sobriété. La vertu de celui-ci peut ne rien lui coûter; elle peut même être un besoin pour lui; tandis que celui-là peut gémir de sa faiblesse, en souffrir, tout en y cédant après avoir essayé de la combattre. Où sera la vertu? Du côté du délinquant, on est obligé d'en convenir.

Mais on fait, avec Puffendorf, de l'habitude même un délit, sous prétexte qu'il n'aurait pas fallu la contracter. — Cela est facile à dire. Sans disputer sur les débuts du vice, sur les penchants divers plus ou moins prononcés, sur les positions différentes où se trouvent les hommes, sur les divers degrés d'inclinaison de la pente du vice, suivant les circonstances, etc., ne peut-on pas soutenir avec assez de vraisemblance qu'il n'est pas équitable d'imputer à crime toutes les mauvaises conséquences possibles d'une funeste habitude qui se contracte, au moment et par le fait seul qu'elle se contracte, de la même manière précisément que si toutes ces conséquences criminelles étaient d'abord commises avec une pleine liberté? Non, elles ne sont pas voulues dès le début de l'habitude, puisqu'elles ne sont pas même prévues. Une fois l'habitude contractée, ces conséquences mauvaises sont voulues sans doute, mais sous l'influence tyrannique de la passion.

Si ce sont là les raisons qui ont fait fermer les yeux à la plu-

craintif avec crainte, hâtif avec hâte, pensif avec pensée, etc. La terminaison *if* indique plutôt l'habitude et la faculté; la terminaison *iste* la qualité de savant, de sectaire, etc.

part des législateurs sur les récidives multipliées, nous le concevons; mais nous ne pouvons pas les trouver conséquentes si, d'accord avec le Code de Justinien, ils regardaient déjà la récidive simple comme une habitude. Ou ne punissez pas l'habitude, ou punissez-la. Mais si c'est bien elle que vous punissez, soyez d'autant plus sévère qu'elle se montrera plus persévérante. Et alors, loin de vous laisser vaincre par elle, armez-vous de rigueurs toujours croissantes. Si ce n'est pas elle, au contraire, que vous prétendez frapper, ne voyez donc plus que chaque délit en lui-même, et ne parlez plus de récidive.

2. Une autre contradiction, c'est qu'il vous plaît de ne voir qu'un délit dans une foule de cas où il y en a plusieurs, et vous n'appliquez qu'une seule peine sous prétexte que les autres ne sont que des circonstances aggravantes. Ici, au contraire, un délit qui a été commis, il y a plus ou moins de temps, des mois, des années, qui a été expié, vous le faites revivre, tout effacé qu'il est du livre de la justice, pour y trouver un prétexte de sévir plus fortement contre le délit nouveau! Dans un cas, vous ne punissez pas tel délit parce qu'il est conjoint; dans un autre, vous le punissez doublement parce qu'il est isolé, disjoint! Je dis que vous le punissez doublement, puisqu'en effet il a été puni déjà, et qu'il devient encore par une sorte de connexion forcée, le prétexte d'un plus grand châtimement à l'égard d'un second délit. Vous ne voulez pas voir la connexion quand elle existe, ou vous n'en tenez qu'un compte secondaire, tandis que vous l'opérez violemment quand elle n'existe pas, pour avoir occasion de vous montrer plus rigoureux.

3. Ce n'est pas, dit-on, le premier délit qui se trouve ainsi ressaisi; ce n'est pas non plus le second, qui n'est pas plus grave en lui-même que le premier. Qu'est-ce donc que vous punissez alors? C'est, dites-vous, l'excès de perversité, un plus haut degré de méchanceté, qui se trahit par le fait seul de la récidive. C'est là votre raison capitale, en voici l'appréciation :

a) Vous convenez que vous ne devez point punir les intentions, la volonté, les désirs, quelques répréhensibles qu'ils soient moralement. Ces faits internes ne sont pas en eux-mêmes des délits, bien qu'ils soient des péchés. Sans doute, on ne doit punir que les délits commis avec intention, avec connaissance légale de cause; mais vos lois n'exigent rien de plus; elles ne

s'occupent pas du degré de la volonté, du désir, de l'intention. Elles ne pourraient le faire alors même qu'elles le voudraient. Il suffit donc, pour qu'il y ait peine applicable, qu'il y ait imputabilité légale. Le surplus des sentiments de l'agent est abandonné à son for intérieur ou au jugement de la divinité, qui seule est capable de l'apprécier avec une parfaite justesse. Qu'est-ce donc que la loi punit en général? Quelle est la seule chose qu'elle doive punir? Le préjudice occasionné par un acte imputable, la lésion actuelle d'un droit acquis.

C'est donc la matière du délit volontaire qui est la mesure de la peine et nullement le *degré* de méchanceté dans l'intention¹; autrement, je le répète, vous frappez ce qui n'est pas un délit; vous oubliez le droit pour la morale, vous vous trompez de mission; vous tombez en contradiction avec vos propres théories sur la tentative, théories où vous avez parfaitement reconnu qu'un crime conçu, projeté, à l'état de résolution pure et simple, à l'état interne, n'est pas susceptible d'être puni, alors même qu'il vient à se trahir par des faits d'ailleurs innocents en eux-mêmes.

b) Prétendre mesurer le degré de méchanceté, et non simplement l'acte méchant, et au degré où cette méchanceté se révèle par ce qu'elle contient d'attentatoire aux droits d'autrui, c'est oublier que la justice criminelle n'a pas pour objet la rétribution du mal physique pour le mal moral, qu'elle ne repose point non plus sur le principe de l'expiation; ces principes erronés ont été désavoués; ils ont dû l'être. La justice humaine, en matière pénale, est la rétribution du mal physique pour le mal physique méchamment occasionné, dans la mesure permise par la justice ou l'égalité, ou dans une mesure inférieure, puisque la société a le droit de remettre une partie de la peine qu'elle pourrait justement infliger.

c) Elle n'est donc pas tenue à une stricte rétribution, à la justice absolue; cette justice pousserait d'ailleurs à l'atrocité. Ce n'est donc pas non plus au nom d'un semblable principe que vous pouvez réclamer un surcroît de sévérité dans la peine qui va frapper le récidif. Autrement votre législation serait mille fois surprise en défaut, mille fois elle mériterait le re-

¹ Sauf le bénéfice des circonstances atténuantes, qui n'est point en cause, il ne s'agit ici que d'une chose, de savoir si la récidive peut être une circonstance aggravante.

proche de manquer à la justice, particulièrement lorsqu'elle laisse cumuler les délits sans cumuler les peines.

d) Vous punissez l'excès de perversité dans la récidive! Et moi, je vous dis que cet excès peut n'être qu'imaginaire. En effet, tel individu qui commet un premier délit peut être passible déjà du *maximum* de la peine, tandis que le second délit, s'il était seul, ne serait passible que du *minimum*. Vous voyez là un surcroît de perversité! Moi, j'y vois, malgré la récidive, un amendement. Et cet amendement est d'autant plus considérable que la passion pourra être devenue plus forte par l'habitude, que le besoin serait plus pressant, etc. Qu'on se rappelle ce qui a été dit d'abord au sujet de l'habitude.

L'habitude! Punir l'habitude! Y pense-t-on? Il y a trois choses dans l'habitude active : le *fait extérieur*; le *mouvement interne* qui y porte avec plus ou moins de force par suite de la répétition plus ou moins fréquente de l'action, espèce de mouvement automatique; puis enfin, pour ceux qui jugent, l'*identité* et la *succession* de ces actes comme étant de même nature, comme s'enchaînant dans le temps, comme ayant des causes particulières psychiques et organiques profondes, peu connues. Or, je le demande, où est ici cette perversité dont on parle, punissable pour elle-même, ou parce qu'elle se trouve suivie d'un acte dommageable? Est-ce dans le fait extérieur? Non, il est par lui-même dépourvu de toute moralité. Est-ce dans l'impulsion interne? Non, elle n'est pas légalement imputable; elle ne l'est pas même moralement en tant que mouvement automatique ou habituel proprement dit. Est-ce dans ces jugements, ces abstractions qui nous distinguent des animaux et qui engendrent la notion de l'habitude? Bien moins encore, puisqu'un tiers peut les porter fort impunément. Il n'y a cependant pas autre chose dans l'habitude. Faites encore la part de l'intelligence, de la passion, de la liberté, vous ne trouverez rien là qui soit un délit, rien en soi de punissable.

L'habitude n'est donc pas punissable en elle-même.

Le serait-elle parce qu'elle serait accompagnée d'un acte dommageable? Eh quoi! cette connexion par elle-même serait un crime!

C'est donc l'acte injustement dommageable qui peut seul, qui doit seul être puni, et pour autant qu'il est nuisible. Voilà le vrai.

4. On insiste et l'on prétend qu'il y a deux choses dans un délit, deux éléments, l'un matériel et l'autre moral, et que c'est le second qui doit servir de base à la peine. — J'accorde bien la première de ces propositions, mais je nie la seconde. Indépendamment des raisons déjà alléguées plus haut, je ferai remarquer que l'on se méprend sur le rôle que doit jouer en droit criminel l'élément moral. On ne voit pas que la justice humaine ne peut et ne doit s'occuper à cet égard que de la question de savoir si le fait a été volontaire et suffisamment éclairé, mais que la question du degré de la volonté, des motifs de cette volonté, ne peut être prise en considération pour aggraver la peine, du moment qu'il y a intelligence suffisante ou présumée telle. S'il fallait tenir compte des motifs divers, moralement innocents, moralement bons même, au point de vue de la conscience individuelle de l'agent (et quel est celui qui, en définitive, ne juge pas par sa propre conscience?), il n'aurait pas fallu écarteler Jean Châtel, ni Ravillac, ni Damiens, ni les autres fanatiques, mais tout au plus les enfermer. Ce n'est pas l'exécution de la postérité qu'ils auraient méritée, mais les palmes et les honneurs du martyr. Voilà cependant à quelles conséquences aboutit le principe que la peine doit être la suite de l'immoralité subjective de l'action et du degré de cette immoralité.

Prétendrait-on par hasard que la moralité de cette action ne doit pas être prise de la conscience de l'agent, mais de celle du public ou des juges? D'abord on sortirait de l'hypothèse; ensuite on se placerait sur un terrain qui, pour être nouveau, ne serait pas plus tenable. Il y aurait premièrement une injustice souveraine à punir, au nom de la morale, des actes dont on mettrait cependant de côté la seule chose qui leur donne un caractère moral, l'intention de l'agent. Il faudrait, en second lieu, admettre alors que la conscience de l'individu n'est point une règle d'action qu'il soit obligé de suivre, et que si l'opinion (et quelle opinion!) lui suggère un crime, il peut le commettre en toute conscience, quelle que soit sa propre manière de voir. Comment se ferait-il encore qu'il y eût une morale publique s'il n'y avait pas de conscience morale individuelle? Cette hypothèse, on le voit, sape la morale dans ses derniers fondements, et renverse ainsi le principe qu'on voudrait établir, à savoir, que la peine et son degré doivent être la conséquence de l'élément moral qui se rencontre dans le délit.

En résumé, c'est oui ou c'est non; si c'est oui, outre que vous entreprenez sur les jugements de Dieu, que vous tentez l'impossible, que vous tombez dans l'arbitraire, que vous confondez des sciences pratiques fort distinctes, vous donnez un blanc-seing au fanatisme de toutes les couleurs; si c'est non, vous succombez sous le poids d'une contradiction.

Nous ne sommes ni le seul ni le premier qui ayons aperçu ce danger. M. de Rotteck dit très-bien : « C'est une témérité de déterminer le degré de la peine d'après des raisons morales, et une témérité dix fois plus grande de prétendre donner à une pareille détermination la vertu d'une loi juridique, par conséquent une autorité extérieurement répressive (*Zwangsweis zu handhabende Giltigkeit*). Il est absolument impossible ici d'arriver à une vue claire, incontestable, et d'une valeur objective; c'est donc ouvrir toutes les portes à l'arbitraire le plus déplorable chez le législateur et le juge, que de déterminer les peines d'après une estimation morale¹. »

Ce n'est pas à dire que la morale ne doive pas être respectée dans les lois pénales, dans le choix des peines comme dans leur degré; mais ce n'est là qu'une barrière, un principe négatif, et nullement le principe positif qui sert de base à la pénalité. Ce principe, suivant le même auteur, est celui d'une *juste rétribution*, c'est-à-dire, d'une rétribution *proportionnée à la gravité du délit*, gravité qui s'estime par le mal occasionné volontairement. Ce n'est pas là, dit-il, la loi du talion, absolument pas : le talion se règle sur le fait sans le comprendre; le principe de la rétribution proportionnelle est lui-même subordonné à celui de la justice, et ne sert qu'à déterminer la nature et la mesure de la peine sous la direction du principe de justice. Ces deux principes doivent toujours être réunis².

Cette doctrine est, comme on voit, celle que nous professons.

5. Qui n'aperçoit une autre contradiction encore dans le principe que nous combattons? Si la récidive ne doit être punie plus sévèrement que parce qu'elle est un indice d'une plus grande perversité, que va-t-il arriver? C'est que partout où cet indice se révélera, il faudra punir ainsi.

¹ *Lehrbuch des Vernunftrechts* etc., t. III, p. 236.

² *Ibid.*, p. 231 et suiv.

Or, il faut en convenir, celui qui commet plusieurs forfaits de différentes natures, n'a pas même pour lui l'excuse de cette sorte d'habitude qui tient à la perpétration d'un délit de même espèce : il n'y a plus ici que l'habitude du genre, mais pas celle de l'espèce. En sorte que si l'on admet avec quelques législations le principe, que la récidive n'est un cas d'aggravation qu'autant qu'elle a lieu dans l'espèce et non dans le genre, un individu pourrait épuiser dans sa conduite toutes les catégories de crimes enregistrées dans le Code pénal, sans être punissable d'un surcroît de châtement pour cause de récidive, alors même qu'il aurait choisi dans chaque espèce le cas le plus grave. A côté d'un pareil saint pourrait se trouver un malheureux récidiviste qui n'aurait de sa vie commis que deux délits, et des moins qualifiés, et il serait cependant jugé assez pervers pour mériter le maximum de la peine affecté à son délit, et peut-être encore le double de ce maximum, et peut-être même une peine supérieure et d'une autre nature! O justice! sainte justice! que deviens-tu entre les mains des jurisconsultes si inviolablement attachés à la morale! Et la morale elle-même n'aurait-elle pas aussi quelque raison de se plaindre? C'est ainsi qu'en confondant ces deux sciences on les dénature l'une et l'autre, on corrompt le droit par la morale et la morale par le droit.

6. Veut-on voir d'autres déplorables bizarreries sortir du système de l'aggravation pour cause de récidive, surtout dans le système où il n'y a de récidive aggravante qu'autant que le délit est de même espèce, de même dénomination, ou de même catégorie de gravité aux yeux de la loi? En voici quelques-unes encore :

a) Un voleur a été condamné une première fois au *maximum*. Une seconde fois, son vol est plus grave, moins excusable : *maximum* encore par conséquent. Je ne m'occupe plus du côté moral de la question; mais je me demande où est l'aggravation de la peine par suite de la récidive. Je pourrais demander aussi ce que devient la logique.

b) Un autre individu assassiné d'abord; plus tard, il vole¹.

¹ On me répondrait peut-être par l'article 57 du Code pénal; mais outre que je n'ai point affaire à une législation plutôt qu'à une autre, je répliquerais que la disposition de cet article est contraire au principe qui veut que la récidive n'ait lieu que pour des délits de la même espèce.

Pas de récidive, pas de *maximum* cette fois. Mais un autre encore qui n'a pas assassiné, qui n'a fait que voler, même peu de chose, et dans des circonstances telles, qu'en vérité il a fallu la loi, et une loi stricte pour le condamner, volera de nouveau et dans les mêmes circonstances. Cette fois il y a récidive; et quoique son vol soit plus excusable que celui de l'autre voleur, quoiqu'il n'ait jamais trempé ses mains dans le sang, il sera condamné au maximum! le tout au nom de la morale et parce qu'il est plus pervers!

c) Un troisième est récidiviste, sans doute; mais il a droit, d'ailleurs, à des circonstances atténuantes. Voilà le juge plus embarrassé que l'âne de Buridan. Dirait-on bien comment il pourra appliquer le maximum et le minimum tout à la fois? Il s'en tirera, sans doute, par un juste milieu. Mais un peu d'injustice et un peu de justice, par malheur, est encore de l'injustice. Que fera-t-il donc? Je sais bien ce qu'il y aurait à faire dans notre législation, par exemple, si l'article 56 n'existait pas, et le juge ne serait pas plus embarrassé que moi. Il le fera taire, sans doute, au nom de l'article 463¹, et du principe *favores sunt ampliandi*: mais l'*in dubio abstine*, qu'en fera-t-il? Il ne peut pas ne pas juger. Il complètera l'*in dubio* en ajoutant *si agere non necesse est*; c'est du moins ce que nous ferions.

7. On se fonde encore sur l'insuffisance démontrée de la peine soufferte, puisqu'elle n'a pas corrigé le récidiviste. — Cet argument est l'un des plus faibles, des plus faux et des plus odieux.

a) La peine n'a pas civilement pour but essentiel de corriger.

b) Elle aurait pour but de corriger qu'elle ne pourrait encore dépasser la juste mesure marquée par la gravité même du dé-

¹ La Cour de cassation a varié à ce sujet: arr. cass. 3 février 1814 (*Bull.*, n° 11); arr. cass. 22 septembre 1820 (Bourguignon, t. III, p. 48); 2 février 1827 (*Bull.*, p. 25). Pourquoi cette dernière jurisprudence, qui étend le bénéfice de l'article 463 aux cas des articles 57 et 58, ne profiterait-elle pas également aux cas de l'article 56? C'est cependant ce qui semblerait n'être pas d'après MM. HÉLIE et CHAUVEAU, t. I, p. 308, 2^e édit. Nous pensons néanmoins le contraire, et, nous fondant sur la nature des choses, nous raisonnons à fortiori des dispositions des articles 57 et 58 à celles de l'article 36, et nous arguons des paroles du rapporteur à la Chambre des députés, lors de la révision du Code pénal en 1832. — V. *Théorie du Code pénal*, p. 318 et 340; ouvrage d'ailleurs excellent, d'un esprit vraiment philosophique, et où nous nous sommes inspiré plus d'une fois.

lit, aux yeux de ceux qui admettent que la justice doit servir à mesurer la peine, en ce sens que la peine ne peut excéder cette mesure, alors même qu'elle peut rester au-dessous.

c) Si l'on admet, sans cette restriction voulue par la justice, que la peine doit être portée au degré nécessaire pour corriger le coupable, qu'elle n'est censée suffisante qu'à cette condition, voici les belles conséquences qui découlent de cet équitable principe.

Il faudra élever vos peines, non-seulement au maximum, comme vous le désirez, mais à un degré quelconque, jusqu'à la peine de mort s'il y a lieu; et cela pour tout délit réitéré quel qu'il soit, fût-ce la plus légère contravention. Acceptez-vous ces conséquences, vous qui blâmez déjà, non sans raison, la sévérité de vos propres lois, mille fois plus indulgente cependant que votre principe?

Ce n'est pas tout, il faudra que vous éleviez toutes vos peines, dans l'application, même pour le cas où elles sont violées pour la première fois. En effet, quiconque viole la loi n'est point suffisamment effrayé de la peine qui l'attend. Cette peine n'est donc pas suffisante.

Direz-vous qu'elle le sera peut-être quand il l'aura endurée, et qu'il la connaîtra mieux? Je l'accorde, mais je vous prie d'être conséquent. Qui vous dit que la même peine, endurée une seconde, une troisième fois, ne sera pas suffisante aussi pour prévenir une nouvelle rechute? Vous supposez le contraire, parce qu'elle n'a pu contenir une première fois le coupable, et qu'il est à présumer, dites-vous, qu'elle n'aura pas plus d'empire une seconde fois que la première. Cette présomption ne me semble point légitime, d'abord parce qu'une peine devient d'autant plus intolérable qu'elle est plus réitérée, à moins qu'elle ne perde, par l'habitude de la supporter, toute son efficacité.

Cette présomption a un autre tort encore, c'est d'en être une. Il n'est pas juste de punir préventivement ou pour un délit qui n'est pas commis. On tombe alors dans le faux système qui place la défense préventive ou la peine anticipée à la base du droit criminel. On convertit toute la législation pénale en lois contre des suspects.

Il est inutile de répondre que cette suspicion n'a lieu que contre les récidivistes; car elle est légitime, même à leur

égard, ou elle ne l'est pas. Si elle ne l'est pas, pourquoi cette iniquité ne pourrait-elle pas également s'étendre à d'autres? Si elle l'est, qui donc aurait le droit de s'en plaindre, et à quoi bon dès lors une distinction?

Mais non, encore une fois, il n'est pas juste de punir un délit possible, un délit même probable. Et c'est ce que vous faites cependant lorsque vous sondez l'aggravation prise de la récidive, sur la crainte d'une rechute nouvelle, sur un défaut suffisant de correction.

Notez, en outre, que si vous faites entrer l'exemplarité dans le but des peines, il faudra les élever par cette raison encore contre tous les délinquants qui seront à leur début; car il sera prouvé par le fait que l'exemple n'a pas été assez frappant. Et alors dans quelle voie de terreur n'êtes-vous pas engagés et jusqu'où ce système d'atrocité ne vous conduira-t-il pas?

8. Tout à l'heure c'était l'intérêt de l'individu, sa moralité qu'on alléguait, son immoralité plutôt; à présent, c'est l'intérêt public, la sûreté commune qui, dit-on, n'est pas suffisamment sauvegardée sans cette aggravation de peine.

Mais encore une fois si cette sûreté est la mesure de la peine, soyez donc atroce, draconiens, vous serez peut-être plus assurés de votre fait. Je dis peut-être; je devrais dire qu'il n'en est rien, puisqu'il est prouvé par les faits, comme par l'analyse du cœur humain, que plus une législation est cruelle, plus elle est détestée, plus les mœurs sont féroces, plus les lois sont méprisées, plus il y a de scélératesse.

Faut-il donc tant de paroles pour établir que la peur n'est pas la base légitime du droit de punir? Prenez toutes les précautions propres à vous rendre la sécurité, mais que ces précautions n'aillent pas jusqu'à frapper des délits encore imaginaires, si probables qu'ils puissent vous paraître.

La sûreté publique (je ne dis plus la sécurité) n'est pas même la mesure de la peine, sans quoi il faudrait punir d'autant plus fortement que le délit serait plus probable, parce qu'il est plus commun, alors même qu'il serait peu grave en lui-même. Or il n'appartient pas à la société de punir ainsi en raison du nombre, abstraction faite de la gravité; car c'est alors punir un individu non-seulement pour son propre méfait, à lui, mais encore pour le méfait de ses concitoyens. Qu'on élève la peine si elle est susceptible de l'être, c'est-à-dire si elle n'est déjà pas

proportionnée à la gravité du délit, mais qu'on ne voie point une gravité supérieure dans une sorte de maladie endémique qui rend le délit contagieux. Si c'est là un mal, il doit être guéri par d'autres moyens mieux en rapport avec la véritable cause du mal.

Voilà les grands torts, au moins apparents, de l'aggravation prise de la récidive. Un célèbre criminaliste, Carnot, avait déjà fait remarquer qu'il n'est pas juste de se rappeler qu'un premier délit a été commis et d'oublier qu'il a été puni; que d'ailleurs un premier délit n'est point une circonstance d'un second; qu'infliger à celui-ci une peine plus grave à cause de celui-là, c'est violer la maxime *non bis in idem*¹.

Toutes ces considérations ne nous semblent sujettes qu'à une seule difficulté sérieuse, celle de savoir comment on les concilierait, d'une part, avec les circonstances atténuantes ou aggravantes prises du caractère moral de l'agent; d'autre part avec la peine qui atteint la tentative, même dans le délit manqué.

Cette objection n'est cependant pas insoluble. On peut dire relativement à la première difficulté :

1° Qu'il est bien permis de tirer de la moralité présumée du sujet des motifs d'atténuer sa peine, puisque la peine proprement dite, et surtout un certain degré de peine, n'est pas d'obligation pour la société qui l'impose.

2° Que les circonstances de cet ordre qui paraissent aggravantes devraient toujours être écartées, et le degré de la peine n'être déterminé que d'après la douleur ou le préjudice occasionné, la difficulté ou l'impuissance où était celui qui en a souffert d'y échapper. Cette manière d'envisager le délit dans toutes ses circonstances et ses effets relativement à celui qui en souffre, conduirait tout aussi sûrement au maximum de la peine que les considérations morales d'un autre genre. Tout serait donc concilié, et l'on ne serait pas exposé à faire de la vengeance en rendant la justice.

Les mêmes principes nous conduiraient à ne punir dans le délit tenté, manqué, etc., que le mal commis réellement, et jamais l'intention, ni la préparation, ni l'exécution inoffensive en soi. Mais on pourrait considérer comme un mal punissable la frayeur occasionnée, le trouble et l'inquiétude jetés dans l'es-

¹ Comment. du Code pénal, t. 1, p. 162.

prit de celui contre qui la tentative aurait eu lieu, l'alarme répandue au dehors, en un mot tout le mal qui a été fait réellement. De cette manière encore, la tentative suspendue ou empêchée par une puissance étrangère (délit tenté ou manqué) serait punie dans sa juste mesure, et l'on ne s'égèrerait pas dans de subtiles et dangereuses distinctions.

Quoi qu'il en soit, il y a d'autres questions fort importantes à décider dans la récidive : 1° Le temps ne fera-t-il rien à l'affaire, ou ne sera-t-on réputé récidif qu'autant qu'il y aura rechute dans un intervalle de temps déterminé ? 2° Sera-t-il encore indifférent d'avoir entièrement subi sa peine, ou de ne l'avoir subie qu'en partie, ou de l'avoir prescrite ? 3° Suffira-t-il même de l'avoir méritée, et d'avoir prescrit l'action publique ? Quel sera enfin le surplus de la peine affectée à ce surplus de culpabilité ?

On sent toute l'importance de ces questions. Si par exemple on fixe une durée de six mois, d'un an, etc., passé lequel temps un individu n'est plus exposé à se voir condamner plus sévèrement pour cause de récidive ; il s'ensuivra que celui qui sera assez habile, assez maître de lui-même pour attendre que cet intervalle de temps soit expiré, pourra récidiver impunément tant qu'il voudra, quant à la circonstance aggravante du moins ; tandis qu'un autre plus faible, plus excusable, ayant peut-être, en somme, récidivé moins de fois, sera cependant puni plus fortement, quoique moins coupable. Nouvelle raison de renoncer à se prévaloir de l'état moral de l'individu dans ce système.

On a varié beaucoup sur cette question de temps. Le tort est peut-être d'avoir voulu la résoudre. Il aurait au moins fallu alors appeler l'attention du juge sur la question de savoir si l'individu qui n'a pas récidivé dans le délai voulu a pu ou n'a pas pu faire autrement. Il est vrai qu'on ne peut conclure de cette heureuse impuissance qu'il y aurait eu récidive dans le cas contraire ; mais c'est peut-être aussi une raison d'être moins sévère pour ceux qui ont succombé plus tôt à une tentation de tous les jours et de tous les instants.

D'un autre côté, ne rien décider en fait de temps, c'est s'exposer à faire perdre le fruit de tous les efforts qu'a pu déployer un coupable pour ne pas retomber plus souvent. Ce n'est là, il est vrai, qu'un mérite moral négatif, qui n'est pas toujours très-évident, et que la société n'est point tenue de récompenser.

Il vaut donc mieux, en définitive, que le législateur garde le silence à cet égard, et qu'il abandonne ce côté de la question à la conscience du juge.

Quel que soit le temps qui sépare un premier délit d'un second délit de même nature, la présomption du changement moral est démentie par le fait ; et dès qu'on est sur la mauvaise pente de ce genre d'aggravation, il faut avoir le courage de s'y tenir, et de punir une récidive comme telle, si tard qu'elle puisse venir. Il y aurait de fortes raisons *morales* à l'appui de cette thèse, mais ce seraient des raisons morales seulement.

S'il est indifférent, pour être condamné comme récidif, d'avoir subi entièrement sa peine, ou de ne l'avoir subie que partiellement, ou de ne l'avoir pas subie du tout, ce qui est notre avis dans le système, comment peut-on argumenter en faveur de ce système, en motivant l'aggravation de la seconde peine sur l'insuffisance de la première ? Comment peut-on savoir qu'elle a été insuffisante, puisqu'elle n'a pas été subie, ou qu'elle ne l'a été qu'en partie ? — Nouvelle déraison encore.

Nul n'est censé coupable s'il n'a été condamné ; et dès lors celui qui a prescrit l'accusation à l'occasion d'un premier délit, ne peut être regardé comme récidif quand il est poursuivi pour un second.

Le surplus de la peine affectée à la circonstance de la récidive doit être, au jugement des plus sages jurisconsultes et des législateurs les plus intelligents, le *maximum* de la peine affectée au délit : la circonstance de l'aggravation, disent-ils, ne change pas la nature du délit ; on ne peut donc le frapper d'une peine réservée à un délit supérieur. On pense bien que ce moindre mal est aussi préféré par nous à un plus grand. Nous ne serions pas moins disposé à voir la circonstance de la récidive paralysée par une réhabilitation qui serait une *restitutio in integrum*, une reconnaissance de l'égarement de la justice. La grâce fait présumer qu'elle est méritée, et semblerait devoir procurer les mêmes avantages. Quant à l'amnistie, c'est une mise en oubli avant jugement, comme la grâce est un pardon après jugement. Même raison donc de décider semblablement, d'autant plus qu'il n'y a pas eu de condamnation. Nous ne faisons ici que du droit théorique pur ; nous n'interpré-

tous point le Code pénal français; on est prié de ne point l'oublier.

Nous avons reproduit sincèrement tout ce qui a été dit, à notre connaissance, en faveur de l'aggravation, et nous croyons l'avoir apprécié à sa juste valeur. On nous réfutera difficilement, croyons-nous; mais nous sommes persuadé aussi que nous aurons convaincu peu de monde, et qu'on restera avec le préjugé de la convenance de l'aggravation de la peine. C'est là plus qu'un préjugé; c'est une sorte d'instinct très-explicable par le ressentiment de la vengeance et par la persuasion où l'on est qu'en frappant plus fort on corrigera plus sûrement. Mais si la vengeance est un mauvais sentiment, et si la correction n'est pas un bien qu'il s'agisse d'obtenir à tout prix, il est clair qu'on ne justifiera pas l'aggravation pénale par cette double raison. Il faut en chercher une autre.

Reportons-nous donc à une question plus élevée, celle qui est le fondement du droit criminel : la société a-t-elle le droit de punir, ou n'a-t-elle que le droit de se défendre? Comme nous traiterons ailleurs cette question plus convenablement, il nous suffira d'en anticiper ici la solution, et de raisonner en conséquence.

Si la société n'avait que le droit de punir proprement dit, c'est-à-dire d'infliger un mal pour un autre, sans aucun intérêt d'ailleurs, ou même en se proposant pour but l'amendement moral du coupable, elle ne pourrait, sans injustice, lui faire plus de mal qu'il n'en a fait, ou plutôt qu'il n'en a voulu faire; elle ne pourrait plus même lui en faire aucun, du moment qu'elle le croirait repentant, si le changement moral était la fin recherchée par la peine. Dans le système du droit de punir, l'aggravation pénale de la récidive est donc absolument inexplicable.

Reste le droit de défense. On dit avec raison que le droit de défense est indéfini. En effet, il n'a pas sa mesure en lui-même, mais bien dans le degré d'énergie rendu nécessaire par l'attaque et pour la repousser. Quelles que soient la nature et l'importance de l'objet du droit attaqué, par cela seul qu'il y a droit, que tout droit est sacré, celui qui le possède est par là même investi du droit de le défendre par tous les moyens rendus nécessaires. C'est l'agresseur qui se fait cette position plus ou moins fâcheuse; c'est à lui seul qu'elle est imputable. Et

pour porter de suite les choses à l'extrême, s'il doit succomber dans la protection du droit le plus minime qu'il attaque, c'est-à-dire si ce droit ne peut être efficacement protégé qu'à cette déplorable condition, celui qui le défend par de semblables moyens n'est pas moins innocent en droit strict, si répréhensible qu'il puisse être en morale, que le propriétaire qui aurait entouré son verger d'une grille armée de pointes, si un maraudeur qui aurait voulu la franchir venait à s'y embrocher.

La défense est non-seulement un droit, mais elle est, de plus, inséparable du droit d'être, en principe, suffisante ou efficace.

Or, le législateur qui est en présence d'une récidive possible après un premier châtement enduré, peut raisonnablement penser que les moyens de défense établis pour le premier délit, et fondés uniquement sur le principe de l'équité pénale ou de la réciprocité, ne sont pas suffisants pour garantir la société; il n'a pas du tout à s'occuper du degré de liberté, de moralité du récidif. Il n'en est pas, il n'en peut pas être juge. Il n'a qu'une mission, celle de protéger le droit des citoyens par les mesures rendues nécessaires. Et cette protection comprend même les droits du coupable, qui ne doit être puni que dans une juste mesure. Or, cette mesure est juste d'abord quand elle ne dépasse point le mal occasionné par le délit; elle l'est encore et ensuite quand, dépassant le mal occasionné par la récidive, elle n'est cependant regardée, par une raison saine et calme, que comme purement suffisante pour contenir un ennemi plus ou moins déclaré de la justice.

On ne peut pas dire qu'à ce compte, si le législateur s' imagine qu'une peine qui dépasserait le préjudice est nécessaire pour protéger suffisamment la société, il a le droit d'en frapper les premiers délits. C'est là une présomption qu'il ne peut établir équitablement. Il n'y a jamais lieu de penser, en effet, qu'une société se compose généralement d'hommes qui veulent leur mal, qui le préfèrent à leur bien, et qui, placés entre deux maux, choisissent volontiers le pire. Pas donc de raison suffisante pour sortir des bornes de la justice dans les dispositions pénales destinées à réprimer de premiers délits.

En vain l'on arguerait encore du prétendu fait que ces dispositions sont démontrées insuffisantes, puisqu'elles n'empêchent pas en réalité les méfaits qu'elles atteignent. Ce ne serait là qu'un sophisme. On ne tiendrait aucun compte des faiblesses

et des passions humaines, de l'espoir de l'impunité, etc. Toutes choses qui, sans être des crimes en elles-mêmes, peuvent néanmoins y porter. On ne fait pas attention que l'atrocité des peines serait encore insuffisante pour prévenir tous les délits, et qu'en outre elle démoraliserait les peuples par son arbitraire, en même temps qu'elle tendrait par sa cruauté à les rendre féroces.

Il faut donc mettre en principe qu'il y aura toujours des délits, si sévères que puissent être les lois, et sans doute alors surtout qu'elles seront le plus sévères. Il faut donc prendre son parti d'un état de choses qui tient à la nature humaine, et se borner aux moyens répressifs dictés ou permis par la justice. L'insuffisance de ces moyens est un de ces malheurs nécessaires, partage inévitable de la condition humaine, et qu'il serait plus nuisible qu'utile de vouloir extirper radicalement.

Mais ce n'est pas une raison de dire : il y aura toujours des récidives, quelle que soit la gravité de la peine destinée à les réprimer ; cette aggravation est donc inutile. — Sans doute il y aura toujours des récidives. Mais si l'on peut raisonnablement espérer qu'il y en aura moins en ajoutant à la peine, sans du reste le faire avec colère, sans mesure ou sous l'empire d'une terreur déplacée, il est certain qu'on peut, par ce moyen, pourvoir à une plus sûre protection.

L'erreur possible n'est donc point dans l'aggravation même de la peine, mais dans son excès.

Quelle doit être maintenant la règle de l'aggravation, pour ne pas excéder les bornes de la justice ? On ne peut rien dire de bien précis à cet égard. Une fois sorti du principe de la réciprocité pour se rattacher à celui de la nécessité d'une défense efficace, on tombe inévitablement dans un certain arbitraire. Cet arbitraire peut être injuste, s'il dépasse les moyens de rigueur nécessaires pour protéger raisonnablement la société. Il semble toutefois, qu'à moins de circonstances qui changeraient l'espèce du délit, il est juste : 1° de ne pas changer l'espèce de la peine ; 2° de la porter simplement à un degré plus élevé, dans le cas où étant divisible, elle n'aurait pas d'abord été portée au maximum ; 3° si elle a été portée au maximum, de l'aggraver par des circonstances accessoires, dans la manière de la faire subir, par exemple, dans un régime plus dur, etc. Mille moyens

peuvent entrer à cet égard dans le règlement des maisons de détention, quelle qu'en soit l'espèce.

Nous dirons donc, en résumant les points capitaux de ce chapitre, que si la plupart des législateurs ont puni plus sévèrement la récidive que la première chute, c'est qu'ils ont cédé ou à un sentiment qui tenait de l'irritation et de la vengeance, ou à l'effroi d'un plus grand danger pour la société, en face de l'habitude du mal, ou à la persuasion de l'insuffisance de la peine pour un coupable qu'elle n'arrêtait pas, quoiqu'il l'eût endurée déjà, ou à la supposition d'une plus grande perversité dans celui qu'un châtiment éprouvé était incapable de contenir. Toutes ces considérations sont insuffisantes pour motiver l'application d'une peine supérieure ou d'une autre espèce ; elles suffisent difficilement, même dans les cas les plus graves, pour motiver le maximum de la peine affecté au délit non répété.

L'aggravation de la peine en cas de récidive nous semble généralement motivée en fait sur la présomption d'un plus haut degré de perversité, c'est-à-dire sur une considération morale qui aurait dû rester étrangère au législateur, d'autant plus que cette présomption pourrait bien n'être qu'une fausse apparence, soit que l'habitude du mal, et du même mal surtout, tienne à une sorte de manie, soit que la passion qui en est le mobile porte une atteinte d'autant plus profonde à la liberté qu'elle est elle-même plus forte et plus habituelle¹. En sorte que le coupable, loin de l'être davantage moralement avec le temps, le deviendrait de moins en moins à mesure qu'il perdrait de plus en plus de sa liberté par l'habitude du même crime. Si ce n'était pas là une raison de traiter l'habitude de la récidive comme une monomanie, à moins que cette monomanie ne fût clairement établie, ce ne serait pas non plus une raison de la traiter plus sévèrement que le simple et unique délit de son espèce. Ce qui nous a fait concevoir une sérieuse prévention contre l'aggravation de peine pour cause de récidive².

Toutefois, l'opinion et la pratique contraires à peu près gé-

¹ Les théologiens moralistes ont eux-mêmes reconnu que les passions sont parfois si violentes, que le libre arbitre s'en trouve singulièrement affaibli, outre que l'intelligence peut en être obscurcie ou offensée. — V., par exemple, le cardinal Gousset, *Théologie morale*, t. I, c. 2, p. 7, éd. 1853 et passim.

² Cf. sur la récidive en général : HOOREBEKE, *De la récidive dans ses rapports avec la réforme pénitentiaire* (étude de législation comparée), 1846, in-8.

nérales, ne laissent pas d'être imposantes, et doivent être prises en très-sérieuse considération. Elles sont inexplicables, excusables même si l'on donne pour base au droit criminel, le simple droit de punir; il faut, pour leur trouver une raison suffisante et légitime, partir du droit de défense, plus étendu dans ses moyens que le droit de punir. Mais ce droit, s'il n'est pas réglé, tempéré par le principe de la réciprocité, devient d'un emploi fort dangereux; l'arbitraire est imminent, et si la douceur des mœurs ne venait y mettre un frein, l'humanité et la justice même pourraient en souffrir. Mais il est plus sûr encore d'avoir ici pour règle des principes clairs et certains, que des sentiments obscurs et douteux. On peut donc indiquer quelques règles destinées à régler l'aggravation de la peine en matière de récidive. C'est ce que nous avons fait.

CHAPITRE XI.

De la complicité.

SOMMAIRE.

1. Définition de la complicité; — ses espèces.
2. Complicité négative, complicité positive.
3. Différentes manières de concevoir la complicité négative, fournies par l'histoire.
4. Complicité positive; ses espèces.
5. Trois principaux degrés de complicité.
6. De la complicité morale; — ses espèces.
7. Du recélé.
8. Des degrés différents de culpabilité dans les complices de même ordre.
9. Les peines, les amendes par conséquent, sont personnelles. Solidarité pour la réparation civile.
10. Opinion des docteurs sur la complicité. Confusion de la morale et du droit. — Autre exagération.
11. Confusion analogue dans le droit.
12. Trois degrés principaux du progrès des lois en cette matière, marqués par les lois athéniennes, mosaïques et romaines.
13. Les législations modernes, à dater du moyen âge, expriment un progrès plus ou moins marqué dans le degré atteint déjà par la loi romaine. Exemples divers.
14. Exception pour les crimes de haute trahison.

La complicité est en général la participation à un délit, quel que soit le degré de cette participation.

Mais il y a une foule de manières de participer à une mau-

vaise action, et toutes ne sont pas également répréhensibles aux yeux de la justice.

On peut prendre part à la conception du délit, à la manière ultérieure d'en préparer l'exécution, à l'exécution même, à la soustraction du corps du délit ou des coupables.

Il y a même une participation négative, qui ne peut être imputée justement qu'aux personnes ayant autorité pour empêcher le délit, ou qualité pour en dissuader ou pour en dénoncer l'intention ou l'exécution. Cette espèce de responsabilité se reconnaît particulièrement chez les peuples despotiques, où le pouvoir est plus ombrageux que fort. Elle va même jusqu'à rendre responsables de certains délits ceux qui auraient pu les prévenir s'ils en avaient connu le projet, alors même qu'ils l'ont vraisemblablement ignoré! C'est ainsi, par exemple, qu'en Chine, au Japon, des familles entières, des magistrats peuvent être condamnés pour n'avoir pas prévenu les délits de leurs enfants ou de leurs administrés, malgré la vraisemblance qu'ils en ont ignoré les desseins coupables. Nous en avons vu des exemples au chapitre de l'imputabilité. On s'inquiète peu des liens du sang, des faiblesses qu'ils entraînent, faiblesses si excusables en certains cas qu'elles sont presque des devoirs.

Chez d'autres peuples, la responsabilité ne va que jusqu'à la réparation civile. Cette solidarité tient encore à la supposition d'une sorte de complicité au moins négative. Chez plusieurs peuples slaves, avant le XIV^e siècle, les autorités civiles et les anciens du village étaient tenus de prévenir tout délit de vol ou de le réparer. Le vrai complice du voleur, son complice dans le sens positif, devait payer sept fois la valeur de la chose volée. Le propriétaire de la maison où s'était réfugié le voleur était traité comme complice, à moins qu'il ne livrât le voleur à la justice¹.

Un autre genre de complicité négative plus ordinaire que celle dont il vient d'être question, c'est celle qui consiste à ne pas dénoncer le coupable. Mais il y a ici deux positions fort distinctes, suivant qu'on est instruit du délit sans y avoir trempé ou pour y avoir pris part. Le silence, dans le premier cas, n'est pas louable assurément; mais il ne mérite pas la même peine que la complicité proprement dite. La révélation, dans

¹ MACIEJOWSKI, Op. I., t. II, p. 162 et 163.

le second cas, mérite plus d'éloge avant la perpétration du délit qu'après. Elle peut n'être, dans la seconde position, qu'une lâcheté. C'est peut-être la payer plus cher qu'elle ne vaut, que de promettre l'impunité à son auteur, comme le fait la loi russe. Les mœurs publiques ont moins à y gagner que l'ordre matériel.

Pour qu'il y ait complicité positive, il faut ou la participation morale et matérielle, ou la participation morale seule. Il n'y a pas de participation matérielle seule. La participation morale se distingue en morale proprement dite et en intellectuelle. En d'autres termes :

Quand on ne prend part qu'à l'idée ou au projet en le formant, la participation est *intellectuelle*.

Quand on conseille, qu'on exhorte, qu'on persuade; quand on paye ou qu'on promet de payer pour commettre le délit; quand on l'ordonne ou qu'on le commande, la participation est *morale*.

Quand on prend part à son exécution, elle est *physique*.

La participation physique n'est pas toujours également coupable : il faut, pour qu'il y ait culpabilité au plus haut degré dans l'espèce, que le crime n'ait pu être consommé sans cette intervention. Alors la peine doit être la même pour les coopérateurs. Si au contraire le secours donné n'est pas essentiel à la consommation du délit, la peine doit être moindre, puisque, sans ce secours, le mal aurait encore pu être le même.

Il est clair que celui qui ne participe physiquement qu'à la préparation du délit, ne peut pas être coupable si cette préparation n'est pas punissable par elle-même, ou si elle n'est pas au nombre des actes préparatoires qu'il est nécessaire de punir.

On peut encore participer à un délit, en empêchant que ceux qui le commettent soient troublés dans leur opération, ou en les prévenant s'ils sont exposés à être surpris. Cette participation, si elle n'a aucun but violent, par exemple, de contenir certaines personnes qui pourraient aller au secours, si elle ne consiste qu'à faire le guet dans la rue, à l'entrée d'une maison, ne nous semble coupable tout au plus qu'au second chef.

Il y a plus de difficulté à décider pour le cas où la participation physique est postérieure au délit. Il faut alors distinguer,

suivant que la soustraction du corps de délit ou celle des coupables devait être ou n'être pas jugée nécessaire pour échapper aux recherches de la justice, et que cette soustraction ne pouvait avoir lieu sans l'intervention de ceux qui l'ont opérée ou favorisée. Si ces auxiliaires ont connu le projet des malfaiteurs, s'ils leur ont librement promis leur assistance, ils sont coupables au second chef. S'ils n'ont rien su d'abord, ils ne sont coupables qu'au troisième. Si, tout en ayant connu le projet, ils sont intervenus sans qu'il y eût nécessité pour les auteurs du délit, ils ne sont encore coupables qu'au troisième chef, à moins que cette intervention ne soit habituelle, et n'encourage ainsi, en les favorisant, des entreprises criminelles. Malgré cette habitude dans le recel des hommes ou des choses, s'il est fait par une sorte d'égard plutôt que par complicité de la part des proches, de ceux-là surtout chez lesquels il doit y avoir plus de respect que d'autorité, par des femmes, par des enfants, il y aurait lieu de baisser la peine d'un degré encore.

Nous distinguerions donc des auteurs *principaux* ou coauteurs, des auteurs *secondaires* et des auteurs *accessoirs*. Il y aurait ainsi trois degrés de complicité et de peines possibles. Plus on distinguera, plus aussi on sera d'accord avec la justice, plus on rendra difficile la connivence des coupables à cause de la différence pénale des rôles, plus on multipliera les chances d'aveu de la part des moins punis.

La participation morale par conseil, par exhortation, n'est pas coupable, si elle a lieu, par une personne sans ascendant, sans autorité, et si elle s'adresse d'ailleurs à une intelligence saine et développée. Mais si elle est exercée par une personne considérée, au nom d'une autorité respectée; si le conseil, l'exhortation s'adresse à une intelligence bornée, à un cœur aigri, passionné, dépravé, la responsabilité juridique peut être complète, et le conseiller atteint d'une peine plus forte même que celui qu'il a eu le malheur de persuader.

Celui qui promet une récompense à l'auteur d'un délit à commettre, est, en tous cas, passible au moins du second degré de la peine réservée au délit, pourvu que le mandat soit accepté et mis à exécution.

Si le mandat est retiré avant tout commencement d'exécution, et que celui qui l'a reçu n'en persiste pas moins dans

l'idée de commettre un crime auquel il ne songeait pas d'abord, le mandat peut être regardé comme l'occasion du délit, et être puni du troisième degré de la peine, ou d'un degré inférieur, d'une peine de police.

Si le mandat est outrepassé, et que le mandant ait pu facilement prévoir cet excès, comme une conséquence probable ou très-possible du délit commandé, il peut être justement puni du second ou du troisième degré de la peine affectée à ce délit. Je dis second ou troisième, parce qu'il y a effectivement ici des degrés de culpabilité divers. Mais à moins que le délit commandé ne supposât comme moyen un délit qui n'a pas été tel, qui n'a pas servi, quoique plus grave, il nous semble difficile de décerner la peine du premier degré contre le mandant.

Lorsqu'un crime est commandé, il l'est ou par un supérieur ou par un étranger. Par un supérieur, il prend un caractère de culpabilité d'autant plus grand, que l'autorité elle-même est plus absolue, et que le commandement est plus irrésistible, par exemple, s'il est accompagné de violence. Celui qui commande ainsi peut être non-seulement puni de la peine principale, mais il peut encore l'être seul. Il est difficile qu'il ne soit pas atteint de la peine du second degré au moins. Mais, s'il est sans autorité, s'il n'emploie aucune violence, il n'est tout au plus que l'auteur accessoire ou occasionnel du délit, et, comme tel, passible du troisième degré de la peine seulement. Si, au contraire, il recourt à la menace, à une menace propre à faire céder un caractère d'une certaine fermeté, il est passible de la plus grande peine; il devient moralement l'auteur principal du délit; autrement il n'en est que l'auteur accessoire.

Un genre de complicité moins grave en général que celui de la participation, c'est le recélé.

Il l'est d'autant moins : 1° que le délit a été ignoré; 2° qu'il a été commis par les proches de ceux qui donnent asile aux coupables et cherchent à les soustraire à la justice; 3° qu'il est plus désintéressé; qu'il a moins de connexion avec un délit passé ou des délits possibles à l'avenir. Mais si, loin d'avoir ces caractères, le recélé entraine dans un plan de brigandage ou de vol organisé; s'il était un moyen intéressé de la part de ceux qui s'y prêterait, de soustraire les criminels et les traces du crime à la recherche de la justice, de favoriser l'écoulement

de ses produits ou leur consommation; s'il devenait ainsi un encouragement au forfait; s'il n'avait en sa faveur aucun sentiment de pitié, de respect ou d'honnêteté; en un mot, s'il avait tous les caractères d'une connivence coupable, il nous semblerait mériter une peine voisine de celle qui atteint le délit lui-même. Mais toutes ces circonstances aggravantes peuvent n'être point réunies, et dès lors il y aurait lieu d'abaisser encore la peine pour cette espèce de complices.

Il peut y avoir complicité réelle, et des complices peuvent être mis sur le même rang, être regardés ou comme principaux, ou comme secondaires, ou comme occasionnels, comme accessoires, sans toutefois que la culpabilité soit exactement identique pour tous les prévenus d'une même catégorie. Il faut avoir sans cesse présent à l'esprit que des hommes sont en cause, et jamais des abstractions. Or, des complices de même degré peuvent être plus ou moins coupables cependant; il n'est ni juste ni nécessaire de leur infliger une même peine. Pareillement la peine de l'un ne fait rien à la peine de l'autre. La peine est personnelle. Il ne doit donc pas y avoir solidarité pour l'amende, et les dispositions de l'article 55 du Code pénal sont contraires aux véritables principes.

Mais ce qui n'est pas personnel, c'est la réparation du dommage causé : chacun des condamnés l'a voulu tout entier; ils doivent donc être condamnés solidairement à le réparer, mais en commençant par la première catégorie. Ceux de la seconde et de la troisième peuvent donc opposer le bénéfice de discussion¹. Il peut donc y avoir ici des débiteurs principaux, solidairement tenus entre eux, quelles que soient les circonstances atténuantes ou aggravantes qui les distinguent d'ailleurs, et des débiteurs secondaires, également tenus solidairement à défaut des premiers, et enfin des débiteurs de troisième ou même de quatrième ordre soumis aux mêmes conditions. Tels sont, à notre avis, les véritables principes de la matière. Voici maintenant ce qu'ont pensé les criminalistes philosophes, et ce qu'ont décidé les législateurs.

Les uns et les autres ont souvent confondu le point de vue moral et le point de vue juridique; confusion que j'ai relevée tant de fois déjà, et qui a entraîné les législateurs dans des

¹ Cf. GROTIUS, II, 17, § 11; PUFFEND., III, 1, § 5; Code du Brésil, article 27-32.

excès déplorables. Ce n'est qu'à l'égard du for intérieur qu'on peut dire avec saint Augustin que Saul, gardant les habits de saint Etienne pendant son supplice, était aussi coupable que ceux qui le lapidaient¹. Sous le rapport juridique, il faut dire au contraire avec Barbeyrac, que saint Etienne n'en aurait pas moins été lapidé, alors même que Saul n'aurait pas consenti à ce rôle tout à fait secondaire. On ne peut donc mettre ce dernier au rang des principaux coupables.

Il faut dire la même chose de l'opinion qui veut qu'on soit coupable de vol pour ne pas révéler le voleur à celui dont la chose a été dérobée².

Est-il plus vrai de dire que celui qui loue une mauvaise action est pire que celui qui la commet³; que ne pas l'empêcher lorsqu'on le peut, c'est en assumer la responsabilité⁴, c'est la commander⁵? Sous le rapport moral ces décisions peuvent se soutenir jusqu'à un certain point; mais en droit elles seraient difficiles à justifier.

Les législateurs ont aussi plus d'une fois confondu ces deux ordres d'idées pratiques. Une ancienne loi d'Athènes punissait de la même peine celui qui avait conseillé le délit et celui qui l'avait exécuté⁶.

Les législations présentent, en ce qui regarde la complicité, trois degrés de progrès. Les unes, comme celle d'Athènes, infligent la même peine aux complices qu'aux délinquants principaux. Les autres, comme celle de Moïse⁷, abaissent la peine pour tous les auteurs du même délit; ce qui est encore les mettre sur la même ligne, mais en reconnaissant toutefois que la culpabilité peut différer, et faire profiter le plus coupable du bénéfice réservé à celui qui l'est moins. Les législations d'un

¹ SAINT AUGUSTIN, *Serm.*, V, *De sanctis.*, ch. 4; *Serm.*, I, 3; XIV.

² SAINT JÉRÔME, ou celui dont l'ouvrage est attribué à ce père: *Comment. in parabolas*, XXIX, p. 53, t. VII. Edit. Frob. 1537.

³ CHRISOST., I, *ad Rom.*, t. 3, p. 28.

⁴ CASSIODOR, in *Psalm.*, LXXXI, vers. 4; SAINT AUGUST. sur ce même verset; CICÉRON, *Épistol. ad Brut.* IV.

⁵ SALVIEN, *De gubernat. Dei*, VII, 19.

⁶ ANDOCID., *Orat.* I, *De mysteriis*, p. 219, ed. Vech.

⁷ Dans un délit commis par plusieurs, on ne distingue pas encore dans la législation mosaïque, les différents degrés de participation et de culpabilité, mais tous étaient punis moins sévèrement que ne l'aurait été un seul coupable qui aurait agi avec préméditation.

troisième ordre distinguent entre les auteurs principaux et les complices, comme aussi entre les complices eux-mêmes. C'est la sagesse plus ou moins grande de ces distinctions qui fait le mérite relatif des lois pénales à cet égard.

La loi romaine et la plupart des lois modernes, surtout de celles qui ont subi l'influence du droit romain depuis la renaissance, appartiennent à cette troisième catégorie.

On retrouve dans le moyen âge d'honorables tentatives de ce genre, par exemple, au XII^e siècle, en Angleterre, sous Henri I^{er}. Ce prince voulut que celui qui, dans un meurtre, aurait porté le coup mortel, payât le wergeld, la composition aux parents, l'amende de *l'homme* au suzerain, et une amende (*uite*) au juge. Les complices payaient le *hlolebote*¹ qui s'évaluait d'après le wergeld.

Quand on n'avait participé qu'indirectement au meurtre, par exemple, en prêtant une arme ou un cheval, on était exposé à payer tout ou partie du wergeld, faute de pouvoir prouver qu'on n'avait pas prêté la chose dans ce but. Quand on avait prêté une épée, on payait le tiers du wergeld; si une lame, la moitié; si un cheval, le tout.

Il faut remarquer à ce sujet le côté barbare de cette disposition: c'est à l'accusé de prouver son innocence; l'accusation ne se charge point d'établir la vérité de son assertion; car elle affirme non-seulement que le cheval ou les armes ont été prêtés, mais aussi qu'ils l'ont été dans un but coupable. Cette observation s'applique également aux dispositions suivantes tirées de la même loi.

Il fallait encore se purger, par un serment, du soupçon de complicité quand le meurtre avait été commis par un autre avec des armes qu'on avait donné à réparer à l'armurier. On se justifiait aussi par serment quand quelqu'un par accident s'était tué, ou avait été tué avec des armes déposées en lieu sûr. Même principe lorsqu'on avait porté sa lance ou d'autres armes de manière qu'un autre pût se jeter dessus et se tuer².

La loi romaine distinguait les divers moments où la complicité

¹ Terme saxon qui signifie amende à payer par celui qui avait fait partie d'une bande armée, illégalement rassemblée, Cf. DUCANGE, *Glossar.*, v^o *hloth*.

² *Leges Henrici primi*, 88: *Si quis in arma alicujus, etc.* V. Philipps. *Englisch Rechtsgeschichte seit der Ankunft der Normannen*, t. II, p. 318, note 539.

cité avait eu lieu; si c'était avant, pendant ou après l'exécution du délit. Elle distinguait encore entre le genre d'assistance, suivant qu'elle avait eu lieu par actes ou par paroles, ou par ces deux choses à la fois, *ope et consilio*. Le simple conseil ne formait pas un acte de complicité¹.

Le mandataire et le mandant étaient réputés également coupables². Pas de garanties en cette matière : *en crime point de garant*³. Ceux qui commandaient le crime, s'ils étaient investis d'une certaine autorité, étaient regardés comme principaux coupables, et punis plus sévèrement que leurs subordonnés trop dociles⁴.

Une loi des Lombards punit de la même peine celui qui encourage une action coupable en voie d'exécution et celui qui la commet⁵.

Les capitulaires de Charlemagne imputent jusqu'à un certain point, au mandant d'un délit les excès auxquels peut se porter le mandataire, même contre la défense expresse du mandant⁶.

La participation à l'exécution emporte le plus souvent la même peine pour les complices sans distinguer les temps⁷. Mais la simple présence, ou le recélé par des proches, sont où réputés innocents, ou excusés, ou punis moins sévèrement. L'ancienne loi criminelle de France décidait à peu près la même chose⁸.

Les jurisconsultes distinguaient, suivant que le complice avait ou n'avait pas été la cause prochaine du délit; s'il y avait eu ou non complot avant l'exécution collective; si le complot était incertain ou douteux; si la participation au délit avait eu lieu sciemment, librement, etc. Était regardé comme appartenant à la cause prochaine du délit, celui qui en surveillait la

¹ Instit. IV, t. I, § 11; Cf. L. 50, D. De furtis; L. 1, § 3 De servo corrupto; L. aut facta 10, D. De poenis.

² L. Si quis § 5, D. De jurisdict. omn. judic.; L. 8. cod. ad leg. Jul. De vi publ.

³ L. 1, § 2. D. ad leg. Aq.; LORSEL, Instit. cout. L. VI, tit. 1 max. 8.

⁴ L. 157, D. De reg. jur.; L. 37, D. ad leg. Aq.; L. 17, § 7, De injur.; L. 4, D. De reg. jur.; L. 8, Cod. ad leg. Jul. De vi publ., etc.

⁵ L. 1, tit. 9, § 25.

⁶ Cap. is qui: EXTRA, De homicid., in 6°.

⁷ L. 50, D. De furtis; ib., L. 54; L. 11, D. De injuriis; L. 11, D., § 1, ad leg. Aq.; L. 1 et 2, D. De receptat. L. 45, D., ad leg. Aq.

⁸ Capit. sicut dignum. EXTRA, De homicid. vol. vel cas; Ord. de Blois; Coutume réformée de Bretagne; Ord. de 1670. V. MUY, DE VOUGL., p. 7-11.

tranquille exécution. Le mandant et le mandataire, leur intermédiaire parfaitement renseigné sur la nature de la commission, étaient tous regardés comme auteurs principaux du délit. La ratification d'un délit commis était assimilée au mandat, sous certaines conditions seulement. Il y avait à toutes ces règles générales des exceptions assez nombreuses, et qui en tempéraient un peu la rigueur. Toutefois cette rigueur est généralement maintenue pour les cas de crime atroce, précisément ceux où elle est le plus regrettable¹.

La loi chinoise entre dans des distinctions pleines de sagesse, qui permettent de faire peser sur le complice des circonstances aggravantes personnelles à l'un ou à plusieurs des codélinquants. Elle distingue avec soin le coupable principal et le coupable accessoire. Les complices sont confrontés avec les principaux auteurs du délit, afin de mieux connaître le degré de pénalité afférent aux uns et aux autres².

Les lois des peuples modernes se distinguent de celles des peuples anciens sur ce sujet, par un examen plus attentif des degrés de culpabilité, et par une justice plus approfondie et plus exacte³. Néanmoins la loi anglaise⁴, l'ancienne loi française, n'admettent que des complices principaux dans les crimes de haute trahison, à cause, dit-on, de l'énormité du crime; comme si le résultat matériel d'une action, sa gravité intrinsèque, était la seule mesure de la culpabilité! Le recéleur était puni en France de la même peine que le voleur; en Angleterre il l'était moins. Blackstone fait très-bien ressortir l'utilité de la distinction entre l'agent principal et l'agent accessoire d'un délit, alors même qu'en principe la loi décerne une peine identique. Il regrette, du reste, que cette distinction n'ait pas de conséquences pénales plus marquées.

La loi polonaise est toujours moins sévère pour les complices que pour les auteurs principaux⁵. La loi suédoise n'est guère moins indulgente⁶. Le Code autrichien voit un acte de compli-

¹ JOUSSE, I, p. 22-35.

² Cod. pén. de la Chine, I, p. 35, 60, 69, 79.

³ V. BLACKSTONE, p. 28-32; J. STEPHEN, Summary, etc., t. I, p. 13-22 et surtout p. 20.

⁴ Ib., p. 31-32.

⁵ Rev. étrang. et fr. de législat., t. I, p. 307.

⁶ Ib., III, p. 199.

cité dans l'omission d'empêcher méchamment un délit; du reste, le complice y est en général moins rigoureusement traité que l'auteur principal¹. Le législateur des Deux-Siciles, après avoir fait une énumération des cas de complicité, veut que la peine soit la même pour les complices en général que pour les auteurs principaux, sauf les exceptions qu'il signale. Mais il déclare que les circonstances aggravantes ou atténuantes sont personnelles². Plus sage en cela que la loi française qu'il avait copiée jusque-là, le Code hollandais distingue des auteurs intellectuels et des auteurs matériels du délit. La première classe comprend ceux que nous avons appelés auteurs *moraux*. Le complice n'est puni que de la moitié de la peine réservée à l'auteur principal. Les receleurs et autres complices, dont l'intervention n'a lieu qu'après le crime consommé, sont punis comme dans le Code français, article 62; mais si l'auteur principal est puni de mort, les complices de la catégorie dont nous parlons sont condamnés au premier degré de la reclusion, précédée de l'exposition sous la potence. Les circonstances qui modifient la culpabilité des individus sont déclarées personnelles, et par conséquent ne nuisent ou ne profitent qu'à ceux qu'elles concernent³.

M. Livingston, dans le Code de la Louisiane, a reconnu plusieurs degrés de complicité, depuis la conception du délit jusqu'à la soustraction des coupables ou des traces du crime. Il distingue des adhérents avant le fait et des adhérents après le fait. Les premiers, quoique absents du théâtre du crime, sont punis comme les auteurs principaux. Les adhérents, après le fait, sont regardés comme accessoires et punis d'une peine moins grave que les premiers⁴.

La législation du Brésil contient cette disposition qui rappelle notre ancienne jurisprudence⁵, mais érudée peut-être au nouveau monde comme elle l'était dans l'ancien : « La satisfaction complète de l'offense sera toujours préférée au paiement des amendes pour lesquelles les biens des délinquants

¹ Cod. autrichien, prem. part., art. 190-200.

² Liv. I, Des peines et des règles, art. 74-77.

³ Revue étrang. et fr. de législation, t. IX, p. 961-963.

⁴ Revue étrang. et fr., II, p. 210-217.

⁵ V. Jousse, I, 117-127.

» demeurent aussi hypothéqués, comme il est dit article 27¹. » Cet article porte que la réparation du dommage causé par plusieurs délinquants réunis, reste à la charge d'eux tous, et solidairement, que leurs biens en répondent d'une manière spéciale, et sont frappés à cet effet d'une hypothèque légale².

Il résulte de toutes ces dispositions pénales, qu'il y a toujours eu de la tendance à distinguer deux classes d'agents dans les délits, les auteurs principaux et les auteurs accessoires, et à punir plus sévèrement les premiers que les seconds. Plusieurs législations modernes sont entrées franchement dans cette voie. Le Code français est un des moins avancés sur ce point. Ici, comme à beaucoup d'autres égards, sa simplicité n'est pas toujours une qualité qui n'en fasse pas regretter une autre bien supérieure. On se rappelle involontairement à ce sujet les réflexions judicieuses d'Ancillon sur la simplicité des lois³.

CHAPITRE XII.

De la responsabilité pénale.

SOMMAIRE.

1. La question se complique par la confusion du droit et de la morale.
2. L'extension excessive de la responsabilité est due à l'impuissance, à la crainte et à la vengeance.
3. Dans quel cas et dans quel sens la responsabilité peut atteindre des individus ou des communautés qui n'ont d'abord point trempé dans le crime.
4. Exemple d'une législation abusive en ce point.
5. Responsabilité doublement abusive, en ce qu'elle atteint l'innocent soumis au coupable, et soustrait celui-ci à la peine.
6. De l'intimidation ou de la contrainte psychique comme mobile de la plupart de ces législations injustes.

¹ Cod. du Brésil, art. 30.

² *Ib.*, art. 27. — V. en outre sur la complicité M. ALA. DUROIS, *Hist. du droit criminel*, t. II, p. 283, 618.

³ *De l'esprit des constitutions civiles, et de son influence sur la législation*, Berlin, 1835.

⁴ On peut voir dans les excellentes leçons de BOITARD sur le Code pénal, art. 56 à 63, p. 176-206, plus d'une critique fort juste sur cette partie de nos lois criminelles. V. aussi la *Théorie du Code pénal* par MM. CHAUVENET et HÉLIE, ainsi que le *Répertoire général et raisonné du droit criminel*, par M. Achille MORIN. On peut consulter sur chaque question les différentes sources auxquelles nous renvoyons une fois pour toutes. On trouvera également des renseignements curieux sur la plupart des questions dans le *Dictionnaire de la pénalité* par SAINT-ROME.

Si l'on posait ainsi la question de la responsabilité pénale : « Qui doit être puni ? » La réponse serait si simple que la question même semble pour le moins superflue. Et cependant l'histoire des législations criminelles la complique. Sans doute, c'est le coupable qui doit être puni ; mais n'y a-t-il pas une sorte de complicité morale au moins, qui étend la responsabilité à d'autres agents qu'à celui qui a perpétré le délit ? Les membres de la famille, ceux-là surtout qui ont charge d'élever les autres, les membres d'une même communauté, les supérieurs en particulier, ne doivent-ils pas répondre des actions de leurs proches, de leurs coassociés, de leurs subordonnés ? Le maître n'est-il pas responsable des méfaits de ses esclaves ? le mari de ceux de sa femme ? surtout quand elle est considérée à peu près comme une esclave¹ ? Un roi, un souverain ne doit-il pas payer pour ses sujets, etc. ?

Ne sachant à qui s'en prendre, souvent des peuples offensés ont puni tout un autre peuple pour les délits commis par quelques-uns de ses membres. Dans la même nation, des magistrats sont quelquefois punis pour les délits qu'ils n'ont pas empêchés quoiqu'ils n'aient pu le faire, mais sans doute pour stimuler leur vigilance. Dans la même commune, tous les individus répondent solidairement de leur conduite respective, parce qu'ils sont chargés de se surveiller et de se contenir mutuellement. Dans une famille, les délits du fils sont mis à la charge du père, de l'oncle, etc.

Cette extension de la responsabilité peut avoir un fondement moral ; mais elle est injuste en droit criminel, si elle ne peut être fondée sur la complicité. Elle accuse le besoin de la vengeance, la peur d'un mal futur, et peu de scrupule dans l'application de la peine. Sans doute, si un peuple, une communauté repousse un coupable, elle doit le punir ou le livrer, pour être châtié, au peuple ou à la communauté qui se plaint justement d'une offense reçue. Le peuple, la communauté, qui refu-

¹ Dans les îles Mariannes, le mari répondait des fautes de sa femme, et le cas échéant, lui seul pouvait être jugé et puni. FREYNET, *Voyage, autour du monde*, II, p. 479. Dans d'autre pays un événement fâcheux, qui peut être le résultat d'un crime ou l'effet de la nature, est imputé comme délit, sans distinction dans la manière dont il survient, à ceux que leur position oblige particulièrement d'y parer autant que possible, par exemple, la mort, même naturelle, d'un proche.

seraient cette satisfaction, encourraient une sorte de complicité et mériteraient le châtiment réservé à ceux qui participent aux délits.

Mais si le coupable n'est pas connu, que peut-on exiger autre chose qu'une réparation civile ? Et s'il est connu, pourquoi ne supporte-t-il pas seul la peine que seul il a méritée ?

Ce n'est pas ainsi cependant que les choses se sont passées toujours et partout. Sans parler de la confiscation des biens des condamnés, de la démolition de leurs maisons, vraies peines pécuniaires supportées par les enfants ou les héritiers, il y avait, il y a dans certains pays des peines plus directement dirigées contre des innocents.

A Sparte, la peine s'étendait quelquefois à la femme, aux enfants, à l'ami du coupable².

Au Japon, lorsqu'il s'agit de crimes qui intéressent la tranquillité de l'État ou la majesté du souverain, tous les parents de l'accusé sont enveloppés dans sa ruine. Le gouverneur d'une petite province ayant commis quelques exactions, ordre lui fut donné, à lui, à ses enfants, à ses frères, à ses oncles, à ses cousins, de s'ouvrir le ventre. Ces personnes étaient dispersées et éloignées de cinquante lieues les unes des autres. Toutes durent périr le même jour et à la même heure³.

La même solidarité se retrouve en Chine entre le coupable et ceux qui ont dû prendre soin de son éducation, sa famille et les magistrats sous l'autorité desquels il a vécu. Dans le crime de lèse-majesté, les parents mâles sont légalement atteints de la même peine que le coupable : la mort lente et douloureuse, s'ils sont très-proches parents ; aux degrés plus éloignés, ils deviennent les esclaves de l'empereur.

D'autrefois cette injuste responsabilité admet comme condition certains actes libres, il est vrai, mais qui ne sont pas des actes de participation, ou qui ne supposent qu'une participation négative. C'est ainsi que les lois de Manou décident que l'auteur de la mort d'un fœtus communique sa faute à la personne qui mange des aliments qu'il a préparés⁴ ; qu'une femme

² XÉNOPH. *Rep. Lacéd.*

³ DES ESSARTS. *Essais sur l'histoire des tribunaux, etc.*, t. II, p. 20.

⁴ *Lois de Manou*, VIII, 317. Cf. IX, 238 et 239. — Cf. sur ce chapitre ROMAGNOSI, *Op. cit.*, t. I, p. 184-211.

adultère communique la sienne à son mari lorsqu'il en tolère les désordres; un élève qui néglige ses devoirs pieux, la sienne à son directeur¹.

On trouve le pour et le contre dans les Mémoires concernant les Chinois sur la question de l'imputabilité personnelle. Il paraîtrait toutefois qu'il existe une sorte de responsabilité entre parents². Mais il n'y aurait rien là de plus sévère, ni même d'aussi sévère que ce qui se pratiquait en France autrefois envers les parents des condamnés pour crime de lèse-majesté.

La confiscation et l'hérédité de l'infamie étaient aussi une manière très-commune de punir les innocents, et les Athéniens faisaient supporter aux enfants une partie du malheur ou de la faute de leurs pères pour les grands crimes envers la patrie³.

Malgré ce qui est dit dans l'Exode⁴, il n'est pas douteux que la peine était personnelle chez les Juifs. Le père même n'était pas garant de son fils : « qu'on ne le fasse point mourir pour ses enfants, dit le Deutéronome, ni les enfants pour leur père, mais que chacun périsse pour son péché, et qu'on évite en punissant l'extrême rigueur⁵. »

La loi romaine est formelle en ce qui regarde l'imputabilité personnelle des fautes⁶, du moins jusqu'aux empereurs Arcade et Honorius, lesquels même revinrent à la justice peu de temps après s'en être écartés. Les temps de proscription et de guerres civiles ne comptent que pour le malheur des peuples; ce n'est pas d'après ces époques qu'il faut juger de la législation d'un

¹ *Lois de Manou*, VIII, 317; t. I, p. 189, t. VII, p. 26 et 27.

² V. t. VII, p. 36 et 37; t. I, p. 189; t. VII, p. 26 et 27. Cette contradiction n'est pas la seule qui se rencontre dans les récits des missionnaires : des critiques en ont fait depuis longtemps la remarque.

³ *LIBAN. Argum. orat. in Aristog.*; *ULPIEN, in Timocr.*

⁴ XX, 5, etc.

⁵ XXIV, 16; IV *Reg.* XIV, 6; II. *Parall.*, XXV, 4; *Ezech.*, XII, 20. Voir sur la manière dont se concilie ce passage avec celui précité de l'Exode, les *Lettres de quelques juifs*, etc., par l'abbé Guénée. Cf. II, *Reg.*, XII, 13-15; XVI, 1-16; XXIV, 16; *Parall.* XXI, 7; *Reg.*, XII, 4; XI, 31-37; *Daniel*, VI, 24; *Exod.*, XXIII, 23; XXXIII, 2; *Deut.*, VII, 2.

⁶ L. 20. D. *De poenis*; L. 22, *Cod. de poenis*; L. 1, § 1. D. *De delictis*. L. 5; *Cod. ad legem Juliam*. Cf. 4, 22, *Cod. de poenis*.

pays. On peut dire la même chose des périodes où le despotisme est capricieusement tyrannique¹.

La plupart des lois modernes, celles-là surtout qui ont été inspirées par la législation romaine, tendent visiblement à dégager l'innocent de toute solidarité; mais il faut reconnaître qu'elles sont parvenues difficilement et bien tard à ce degré de simple justice. La nécessité bien ou mal comprise, de pourvoir à la sécurité publique, celle de prévenir des attentats réputés d'une gravité extrême, a rendu longtemps le législateur plus accessible à l'utilité de l'intimidation qu'à la nécessité morale et absolue de la justice.

Waldemar II, roi de Danemark (1202-1241), essaya d'affranchir du payement de l'amende les membres innocents de la famille; mais l'ancien usage prévalut sur la volonté royale et se maintint jusqu'au XVI^e siècle².

En Espagne, les peines ne sont pas assez personnelles afin que l'infamie légale, attachée au crime de lèse-majesté, ne se transmette pas au fils³. Des peines afflictives ont pu remonter des fils au père, des peines pécuniaires descendre des pères aux enfants; mais il n'y a pas de sens à faire retomber l'infamie du père sur la tête du fils : l'autorité descend, elle ne remonte pas.

Ce qui révolte plus que tout le reste, plus que l'esclavage lui-même, avec tous les abus que le mauvais génie du despotisme domestique ou civil avait rattachés à cette grande iniquité, c'est qu'un maître eût le droit de rendre son serviteur responsable de ses propres crimes devant la justice, sans que l'infortuné pût s'en défendre. Cet abominable privilège, capable, à lui seul, de déshonorer une nation, règne peut-être encore en Bohême depuis le XVI^e siècle : « Le serviteur ne pouvait jamais élever de plainte contre son maître, et celui-ci, lorsqu'il était accusé, même justement, pouvait rejeter le crime sur son serviteur et le livrer aux tribunaux. La déclai-

¹ *SUÉTONE, Vie de César*, § 1, et *Vie de Tibère*, § 61.

² J. L. A. KOLDERUP-ROSENVINGE'S *Grundriss der dänisch Rechtsgeschichte aus dem Dänisch uebersetzt von Dr C. HONEYER*, Berlin, 1845, 8, § 114.

³ *Institutiones del derecho civil de Castilla que escribieron los doctores ASSO Y MANUEL, emendados por el Dr D. JOAQUIN MARIA PALACIOS*, in-4^o, Madrid, 1806.

» ration par laquelle le domestique cherchait à établir son innocence n'était point reçue; le maître avait à cet égard le droit d'être cru sur parole¹. »

En Allemagne, les empereurs Charles IV et Charles-Quint voulurent que l'infamie du père pesât, dans certains cas, sur toute sa postérité. Dans le cas d'attentat à la vie d'un électeur, dit M. Hantalte², la Bulle d'Or et la Caroline décident qu'on épargnera la vie des enfants du criminel par suite et comme un effet de la clémence singulière de l'empereur; mais en même temps la loi prescrit de priver ces enfants de tous les avantages civils et de les livrer à l'ignominie, afin, dit la Bulle, que, toujours pauvres et nécessiteux, ils soient partout accompagnés de l'infamie de leur père, et que la vie soit pour eux un supplice et la mort une douceur.

Toutes ces législations ne se sont écartées avec tant de persévérance de l'équité la plus simple et la plus frappante, que par la prétendue nécessité d'intimider, même au mépris de la justice; bon moyen d'enseigner le respect de la justice, et de rendre l'intimidation salutaire! Le principe de l'intimidation a été de nos jours encore la base d'une théorie de droit pénal, exposée avec plus de subtilité que de vérité par Feuerbach sous le titre de *Contrainte psychologique*. Cette pénalité préventive est très-conséquente, dès qu'on admet comme base unique du droit de punir l'abstention du mal par la crainte de la peine. Il faudrait au moins admettre deux ou trois degrés de peine, suivant que le mal ne serait que présumable ou qu'il serait certain, si ce n'était déjà trop de punir une simple présomption sans vraisemblance, sans probabilité, comme on le pratique chez les naturels de la Nouvelle-Galles du Sud. A la mort d'une personne, homme ou femme, vieille ou jeune, les amis du défunt reçoivent un châtement, comme si la mort avait

¹ MACIEJOWSKI, *Op. cit.*, p. 277, voici le texte: « Man gab auch dadurch grossen Schutz für der Verübung von Verbrechen, dass der Diener niemals gegen seinen Herr Klagen dürfte, und dass Herr, wenn er sich von der Schuld reinigen wollte, dann das Verbrechen, welches er selbst begangen hatte, auf den Diener überwältzte, und ihm der Gewalt der Gerichts überlieferte. Die Erklärung des Dieners, dass er unschuldig sei, wurde nicht gehört; denn der Herr hatte in dieser Rücksicht vollen Glauben », p. 277.

² *Revue de droit*, etc., 1849, p. 55.

été occasionnée par leur négligence¹. Ces sauvages n'ont pourtant pas lu la théorie du fameux criminaliste badois. Faut-il en conclure que cette théorie en est d'autant plus naturelle?

CHAPITRE XIII.

De la responsabilité civile.

SOMMAIRE.

1. Distinction entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale.
2. Caractère non pénal de la responsabilité civile.
3. Les coutumes et les lois pas toujours d'accord avec les principes.
4. Coutumes de certains sauvages — et des peuples barbares.
5. Législations du moyen âge plus positives encore à cet égard.
6. La responsabilité civile des communes dans certains cas est une affaire de nécessité et de police.
7. Il en est de même des mesures analogues entre nations.
8. Responsabilité érigée alors en solidarité.

Tous les moralistes conviennent que les fautes sont personnelles, que ceux-là seuls doivent en être punis qui les ont commises². Nul, à la rigueur, n'est donc responsable de la faute d'autrui, s'il n'y a point participé positivement, ou négativement au moins. Si celui que la nature ou la loi charge de diriger et de surveiller les actions d'un autre, qui est censé manquer d'intelligence ou de moralité, est parfois responsable du mal qu'il n'a pas empêché, cette responsabilité a un caractère purement civil; elle ne porte généralement que sur le dommage occasionné, et non sur la peine qui pourrait être méritée par l'acte dommageable.

La réparation civile n'est donc pas une peine proprement dite, quoiqu'elle puisse souvent dépasser les amendes. On ne peut regarder comme peine que le surplus de ce qu'il en coûte au délinquant pour réparer le mal physique occasionné par lui ou par ceux qui agissent sous ses ordres, ou dont il répond

¹ DUMONT-D'URVILLE, *Voyage de l'Astrolabe*, t. 1, p. 422. — Une coutume analogue, mais analogue seulement, existait chez les Gaulois. *Ces. Bell. Gall.*, VI, 19.

² V. GROTIUS, I, 21, § 12 et s.; PUFFENDORF, VIII, 3, § 23.

dans une mesure déterminée par la nature des choses ou par les lois¹.

Les usages et les lois n'ont pas toujours été conformes à ces principes. Au lieu de n'envisager que les personnes réelles, on n'a vu souvent que des personnes collectives, morales, dont tous les membres ou quelques-uns d'eux pris indistinctivement ont été déclarés coupables des délits commis par d'autres, par l'un des membres quelconque de la famille ou de la communauté.

En Guinée, si un coupable ne peut payer l'amende, et qu'il ait des proches consanguins ou par alliance soumis à la même souveraineté, ils sont tenus de payer pour lui, s'ils n'aiment mieux s'expatrier ensemble et même avec leurs amis. Cet exil dure jusqu'à ce que l'amende soit payée. Mais ceux qui payent pour un autre ont recours contre lui².

Le système de garantie et de responsabilité mutuelle, dit Le Hüerou³, était tellement dans les idées et les habitudes des Germains, qu'il finit par dépasser les limites déjà si vastes de la famille, pour s'étendre de proche en proche, et pour ainsi dire de cercle en cercle, de la famille à la dizaine, de la dizaine à la centaine, de celle-ci aux divisions supérieures, jusqu'à celle du comté ou du duché, qui les dominait toutes. Ces sortes de divisions, à la fois judiciaires et administratives, sont bien anciennes parmi les Germains, puisque nous les trouvons dans Tacite (German. XII), et bien universelles, puisqu'il ne fait à cet égard aucune distinction entre les tribus; mais c'est chez les Anglo-Saxons qu'elles se sont le mieux conservées et qu'on peut en suivre le tracé, pour ainsi dire, avec le moins d'embarras. Voici, relativement aux lois d'Édouard le Confesseur sur les *friborgs*, des renseignements qui ne laissent rien à désirer sur ce sujet : « Il existe dans ce royaume un moyen suprême, et le plus efficace de tous, d'assurer la sécurité de chacun de la manière la plus complète; c'est à savoir, l'obligation où est chacun de se mettre sous la sauvegarde d'une

¹ BENTHAM voit dans le défaut de vigilance que le supérieur doit exercer sur l'inférieur une raison suffisante de punir le premier pour les délits du second; à moins qu'il ne prenne pour une peine proprement dite la réparation civile. *Théorie des peines*, t. I, p. 414.

² LINTSCOT, *Ind. Orient. descriptio*, VI, part., p. 63, éd., Francf., 1601.

³ LE HÜEROU, *Histoire des institutions méroving. et carlov.*, t. II, p. 23-25.

espèce de caution que les Anglais appellent une libre garantie, et que les seuls habitants du pays d'York nomment *ten men's tale*, ce qui signifie une division de dix hommes. Voici la manière dont cela se pratiquait : tous les habitants de tous les villages du royaume, sans exception, étaient classés dix par dix, de telle sorte aussi que si l'un des dix commettait un délit, les neuf autres répondaient de lui devant la justice. Que s'il disparaissait, on accordait un délai légal de trente et un jours pour le représenter. Si dans l'intervalle on le trouvait, il était traduit devant la justice du roi. Aussitôt il était condamné à réparer de son bien le dommage qu'il avait causé. Que s'il retombait dans sa faute, on faisait justice sur sa personne même. Mais si on ne pouvait le trouver dans le délai prescrit, comme il y avait dans chaque *friborg* un chef que l'on appelait *friborges heofod*, ce chef prenait avec lui deux des plus considérables de son *friborg*, puis dans les trois *friborgs* les plus proches, le chef et deux membres les plus considérables, s'il le pouvait; puis il se justifiait, lui douzième, en son nom et au nom de son *friborg*, déclarant qu'il n'était pour rien dans le méfait, ni dans la fuite du malfaiteur. Que s'il ne pouvait le faire, il venait lui-même, à la tête de son *friborg*, réparer le dommage, et cela avec le bien du malfaiteur, tant qu'il y en avait; et lorsqu'il n'en restait plus, il y suppléait de son propre bien et de celui de son *friborg*, jusqu'à ce que satisfaction complète eût été faite devant la loi et la justice. Que s'ils ne pouvaient accomplir les prescriptions de la loi, en ce qui concernait le nombre de jureurs à prendre dans les trois *friborgs* voisins, ils devaient au moins jurer eux-mêmes qu'ils n'étaient pas coupables, et que, s'ils parvenaient jamais à mettre la main sur le malfaiteur, ils l'amèneraient à la justice ou découvriraient à la justice le lieu de sa retraite.

Ce principe, dit Le Hüerou, ne cessa jamais d'exister chez les Anglo-Saxons, et les Francs qui l'avaient laissé tomber en désuétude, se virent dans la nécessité de le rétablir. Le décret de 595, du roi Clotaire II, contient à cet égard de *curieux renseignements* : « Comme il est constant que les gardes nocturnes ne réussissent pas à s'emparer des voleurs de nuit, il a été décidé qu'on établirait des *centaines*. Si quelque chose vient à être perdu dans la centaine, celui qui l'aura perdu en recevra la valeur, et le voleur sera poursuivi. Que s'il se montre

dans une autre centaine, et que les habitants mis en demeure de le livrer refusent de le faire, qu'ils soient condamnés à payer cinq sous d'amende, et que le citoyen volé n'en reçoive pas moins de la centaine le prix de la chose perdue¹. »

Nous trouvons dans Blackstone l'origine immédiate de cet usage. « La terre seigneuriale sur laquelle le meurtre avait été commis, ou, si elle était pauvre, tout le canton était condamné à une forte amende appelée *murtrum*. Cet usage, ajoute le jurisconsulte anglais, fut emprunté aux Goths de Suède et aux Danois, qui supposaient que tout le voisinage, à moins qu'il ne produisit le meurtrier, s'était rendu coupable du crime, ou du moins y avait connivé. Il fut introduit en Angleterre par le roi Canut pour protéger ses sujets danois contre les Anglais, et fut maintenu par Guillaume le Conquérant par un motif analogue. Si le mort était anglais, on déchargeait le canton de l'amende. Cette inégalité fut supprimée par le statut 14^e d'Édouard III (1327-1377)². »

En Russie, jusqu'au XIV^e siècle, la commune était passible d'une peine pécuniaire pour un meurtre commis dans le territoire. En Bohême, chaque maison payait en pareil cas cent deniers. Cette somme était acquittée, ou par la commune seule, ou par la commune et le coupable si celui-ci était saisi dans la localité, et que sa fortune ne lui permit pas de payer intégralement l'amende. Encore fallait-il qu'il prouvât que le meurtre n'avait pas été prémédité, qu'il avait eu lieu dans une rixe ou dans l'ivresse. La commune était responsable de l'avoir laissé libre s'il n'était pas dans son bon sens, et devait supporter la peine aussi bien que lui³.

En Pologne, en Bohême, comme en Russie encore, la communauté répondait de la chose volée, et devait réparer le délit, si la personne volée suivait les traces du coupable jusqu'au village, excepté le cas où les traces conduisaient à un lieu dé-

¹ LE HUEROU, *Hist. des instit. méroving. et carlov.*, t. II, p. 23-25.

² Il faut voir Hallam, *l'Europe au moyen âge*, sur ces institutions de police judiciaire, t. III, p. 27-34.

³ MACCIEIOWSKI, *Slavisch. Rechtsgeschichte*, etc., Alex. VON REUTZ, *Versuch über die geschichtliche Ausbildung der russischen Staats und Rechtsverfassung*, etc., 8^e, Mittau, p. 194, fait régner cette législation du XI^e au XVI^e siècle.

sert ou dans une auberge. Alors le droit russe et le droit morave libéraient la commune de cette solidarité⁴.

L'ancienne loi française astreignait à la responsabilité civile, le père, le tuteur, le curateur, le mari, l'héritier, le maître (à cause du serviteur), les fermiers (en ce qui regarde leurs domestiques), les curés (par rapport à leurs vicaires), les propriétaires (à l'égard de leurs animaux), les aubergistes, hôteliers, etc.⁵. Nos lois postérieures ont peu dérogé à ces anciennes dispositions⁶. La loi du 16 vendémiaire an IV, qui rend les communes civilement responsables des dégâts et des déprédations commises sur leur territoire⁷, avait aussi son analogue dans la coutume du Maine et dans les statuts de plusieurs cités italiennes du moyen âge, ceux de Brescia, de Tortone, d'Intra et Pallanza, qui sont aussi formels que curieux⁸.

Les nations diverses considérées entre elles, n'étant soumises à aucun pouvoir commun, ne peuvent que s'en prendre les unes aux autres, quand un délit est commis par des citoyens de l'une contre les membres ou le corps de l'autre, et que le délinquant s'est réfugié parmi ses compatriotes. Il n'est pas étonnant que les peuples civilisés ne soient guère plus avancés à cet égard que ceux qui le sont le moins. Entre peuplades sauvages, si un préjudice est occasionné de l'une à l'autre, la réparation en est demandée à la tribu dont le coupable fait par-

⁴ MACCIEIOWSKI, *Op. cit.*, t. II, p. 162. Époq. du moyen âge.

⁵ V. Jousse, t. I, p. 594-596.

⁶ Cod. civ., art. 1382, 1386; Cod. pén., art. 73, 74 et les lois spéciales.

⁷ *Bullet.*, 188, n° 1142.

⁸ *Statuta criminal.*, C., CXVI, p. 149, 150; *Stat. civit. Torton.*, VII, p. 257; — *Stat. burgi Intri*, etc., lib. IV c. 32, p. 103, 106. En voici quelques passages : après avoir dit que les habitants de la commune devront livrer l'auteur ou les auteurs du délit, le statut ajoute : « Alioquin commune, et homines, nobiles, vicini illius burgi vel loci teneantur et debeant damnum restituere, et resarcire damnum passo in duplum, secundum examinationem et estimationem... Et si erit dubium de ejus territorio esset ille locus, in quo damnum datum fuerit, intelligatur, quoad contenta in presenti statuto, esse de territorio illius terrae, loci, vel burgi, cui proximior fuerit ille locus, in quo damnum datum fuerit... Salvo quod commune et homines praedicti, qui ad ipsam restitutionem compulsi fuerint, regressum habeant liberum et efficacem et summarium usque ad quantitatem quam restituerint... contra illos... qui illud damnum vel guastum fecerint. » Les statuts d'Intra et Pallanza dispensent de la solidarité ceux qui sont incapables d'arrêter des malfaiteurs : les absents, les femmes, les malades, les vieillards de 70 ans et les mineurs de 15 ans.

tie; si elle refuse, si elle ne veut pas livrer l'auteur du délit, la guerre devient une sorte de nécessité. Il n'en peut pas être autrement chez les peuples civilisés. Toute la différence est que les sauvages commencent assez souvent par se battre, tandis que nous négocions d'abord, sauf à nous battre ensuite. Cette responsabilité de tous ou de quelques-uns pour un seul, alors même qu'ils ne seraient ni coauteurs, ni complices, mais par cela seul qu'ils sont censés ne faire, pour ainsi dire, qu'une seule personne avec lui, par suite d'une fiction plus ou moins naturelle, plus ou moins violente, entraîne une sorte de solidarité qui peut être plus ou moins étendue, plus ou moins juste, ou même tout à fait injuste, lors surtout qu'on n'a pas fait tout son possible pour que le châtiment ne tombât que sur le coupable¹.

CHAPITRE XIV.

De la manière dont les délits se réparent et s'effacent, et en particulier de la réparation civile.

SOMMAIRE.

1. Ce qui constitue l'existence légale du délit.
2. Comment le délit disparaît au physique, au moral.
3. Comment il cesse d'exister en droit.
4. Influence des circonstances à cet égard.
5. Développement sur la réparation civile.

Le délit n'existe légalement qu'à la condition d'être constaté judiciairement. Tout acte postérieur à celui-là, et qui met fin au délit, qui fait disparaître les conséquences pénales, l'efface pour ainsi dire.

Au moral, le délit n'existe plus *matériellement*, du moment qu'il est réparé²; il n'existe plus *formellement*, dès qu'il y a repentir, que la réparation s'ensuive ou ne s'ensuive pas, mais à la condition que si elle n'a pas lieu, ce soit par impuissance absolue de la part de l'auteur du mal.

En droit le délit disparaît par la mort³, par l'amnistie, par

¹ Cf. Ce qui est dit ci-dessus de quelques cas de solidarité, et ce que dit M. ALB. DU BOIS, de cas analogues, p. 273, 578, 584, 681 de l'ouv. cité. — V. aussi les *Essais historiques sur les lois*, trad. de l'anglais par BOUCHAUD, p. 21-42, Paris, 1766; ROSMINI, *Filos. del dritto*, t. I, p. 750-753.

² Voir sur la réparation civile, ROSMINI, *Filosofia del dritto*, t. I, ch. 5, p. 758, *in finem*.

³ Il est d'autant plus odieux de faire le procès à un cadavre, que c'est contraire au principe : que nul ne peut être condamné sans avoir été en-

l'acquiescement, par la grâce, par la prescription de l'action publique ou de la peine, par l'intervention d'une loi qui fait disparaître avant le jugement le délit poursuivi. Il y aurait une sorte de justice à étendre cette faveur à ceux qui, ayant été condamnés d'après cette loi maintenant abrogée, subiraient leur peine, puisque la loi nouvelle reconnaît que ce qui était un délit d'après une disposition légale antérieure n'en est pas un, et qu'il n'y a pas intérêt pour la société à ce qu'il ne se commette pas, à ce que la peine serve de moyen de correction pour les uns et d'exemple pour les autres. Il en serait un peu différemment, si le délit avait été réellement de circonstances et s'il ne cessait d'en être un que par le changement même de ces circonstances.

Pour qu'il y ait droit à la réparation civile, ou à la satisfaction, il faut qu'il y ait eu lésion, c'est-à-dire préjudice occasionné volontairement et malgré celui qui l'endure. La lésion physique demande une réparation physique, et la lésion morale une réparation morale. Il n'y a lieu à compenser l'une par l'autre qu'autant que l'une ou l'autre ne peut avoir lieu, comme la nature des choses le demande : c'est alors une satisfaction par substitution.

Le droit de satisfaction est la conséquence du droit de propriété, et du droit accessoire de défendre son droit.

Pour l'exercer, il faut que le dommage soit constaté, que l'étendue en soit estimée, que l'acte dont il résulte soit imputable et que l'agent soit connu².

CHAPITRE XV.

De la réhabilitation.

SOMMAIRE.

1. Ce que c'est, d'après le vœu des lois qui l'admettent.
2. Ce qu'elle est en réalité.

tendu; que la vengeance doit expirer sur le seuil de la vie; que le motif en est moins sérieux. Tel est le cas d'Étienne VI, qui fit exhumer son prédécesseur, le pape Formose, en fit porter le cadavre devant un synode assemblé pour le condamner, lui et ses actes, et le faire dégrader. Là on revêtit ce cadavre, déjà en dissolution, des habits pontificaux; Étienne l'interrogea, le condamna et l'excommunia. Alors il le fit dépouiller des marques de sa dignité, lui fit couper les trois doigts avec lesquels il avait donné la bénédiction papale, et lui fit trancher la tête. Le cadavre ainsi mutilé fut abandonné aux eaux du Tibre. *Revue du droit*, 1849, p. 57. V. aussi MÉNAULT, *Hist. de France*, édit. Walkensier, t. I, p. 111.

² On peut voir sur ce sujet GIOIA, *Dei danni et delle pene*; — ROSMINI, *Filosofia del dritto*, t. I.

3. Son utilité.
4. Admise déjà chez les Romains.
5. Pratiquée en Chine. — Détails à ce sujet.
6. On trouve quelque chose d'analogue chez les peuples barbares.
7. Autre espèce de réhabilitation; vraie réparation (*restitutio in integrum*); — n'a pas d'autre nom plus propre.
8. Demande en révision.

La réhabilitation relève le condamné, qui a subi sa peine, des incapacités perpétuelles qu'il avait encourues, ou des incapacités temporaires qui doivent encore peser sur lui après l'expiration de sa peine. Elle lui rend de plus la bonne renommée. Tel est du moins le vœu de ceux qui l'admettent.

Mais il faut reconnaître : 1° qu'elle ne fait que mettre fin à la partie de la peine qui restait à subir, puisque l'incapacité encourue par le délit est prononcée à titre de peine. A cet égard la loi est impuissante; elle n'effectue pas du moins tout ce qu'elle entreprend.

Cependant, comme elle peut exciter à de très-louables efforts, comme elle relève de l'incapacité légale l'ancien condamné, et qu'elle améliore réellement sa condition politique, civile et de famille, elle est un bien véritable¹.

Elle était admise déjà chez les Romains, sous le nom de *restitutio in integrum*. Cette réhabilitation était même plus complète qu'elle ne l'est chez nous², puisqu'elle rétablissait le réhabilité jusque dans ses titres, ses dignités et ses fonctions. Les Athéniens avaient aussi une réhabilitation à laquelle concouraient le peuple et le sénat³.

Une réhabilitation analogue dans ses résultats à la restitution *in integrum* se pratique chez les Chinois. Si un fonctionnaire supérieur manque grièvement à ses devoirs, l'empereur le fait venir à la Cour où il le laisse sans dignités, mais où il doit vaquer à différentes occupations sous prétexte d'*apprendre ses*

¹ L. I, *Cod. De sententiam passis et restitutis*.

² V. Jousse, II, p. 414-416; p. 375-414. *Cod. inst. crim.*, art. 619-634. Voir une excellente monographie sur ce sujet : *De la réhabilitation des condamnés*, rédigée par l'ordre du garde des sceaux, pour être soumise aux délibérations de la commission chargée de préparer un projet de loi sur cette matière, par M. FAUSTIN HÉLIE. Octobre, 1839. — Ceci était écrit avant l'état actuel de notre législation. V. *C. inst.*, art. 619-634.

³ DÉMOSTR., in *Timocr.*

devoirs. S'il se conduit bien, l'empereur lui pardonne et lui accorde de nouvelles faveurs. S'il ne se montre pas obéissant, il est solennellement déclaré rebelle par l'empereur entouré d'une grande assemblée. L'empereur rapporte les torts du coupable, les tentatives infructueuses qui ont été faites pour obtenir son amendement, et demande qu'il soit puni. L'assemblée conclut unanimement à la mort du rebelle, et au châtimement de tous ceux qui lui étaient dévoués, s'ils n'abandonnent promptement son parti. Puis, après une courte prière, on s'adresse aux ancêtres de tous les rois, des princes, des grands et des mandarins, pour les avertir de ce qu'on va faire, et l'on dit : « Ce n'est que malgré nous que nous nous déterminons à renverser, à détruire et à verser du sang; que la faute en soit à celui qui nous met dans cette triste nécessité; nous sommes certains de ses crimes et de son obstination; sa rébellion est manifeste; nous devons au ciel, aux esprits, à nous-mêmes et à tout l'empire, de détruire ce qui mérite si peu d'être conservé, et de mettre à mort celui qui est si peu digne de vivre. » La punition dont on parle ici, observe le missionnaire qui la rapporte, est de temps immémorial; elle est encore en usage aujourd'hui à l'égard des mandarins que l'empereur ne veut pas perdre entièrement. On les révoque de leur emploi, et on les laisse dans quelque tribunal, ou sous la direction de quelque grand, qui s'en sert, comme bon lui semble, pour le service de sa majesté. Des mandarins ainsi punis ne manquent pas d'être bientôt rétablis, si ceux auxquels ils ont été confiés en rendent un bon témoignage¹.

Quelque chose d'analogue s'observe chez des peuples bien moins civilisés. Les Achémois regardent comme d'une justice rigoureuse, que la peine rétablisse dans ses droits sociaux celui qui l'a subie. La peine est une dette acquittée par lui à la société, qui n'a plus rien à lui reprocher une fois cette dette payée. Sans doute que le condamné qui a subi sa peine n'est pas impeccable, et les récidives sont loin d'être sans exemple; sans doute le vol, l'assassinat peuvent dégénérer en une sorte d'habitude, et qu'il en est un peu du crime comme du vice, celui qui s'en est une fois rendu coupable est en général plus sujet à faillir grièvement que celui qui s'en est garanti. Nos pré-

¹ *Mémoires concernant les Chinois*, t. VII, p. 237 et 238.

ventions ont donc bien leurs fondements, mais elles peuvent être injustes par fois. En tous cas, elles sont logiquement en désaccord avec le principe de l'expiation sociale. On aime donc à voir des peuples à demi barbares être assez logiciens, au profit de la justice, pour s'interdire toute injure à propos d'une condamnation ou d'un crime expié, surtout lorsqu'il l'a été cruellement¹.

Il y a une autre espèce de réhabilitation, qui est une vraie réparation et qui doit être une complète restitution *in integrum*, sous peine d'injustice. C'est celle qui consiste à reconnaître le mal-jugé définitif en matière criminelle, et qui a pour but de réparer des erreurs de fait qui auraient entraîné la confusion des innocents avec les coupables.

Cette espèce de réhabilitation devrait porter un autre nom, puisque la position de ceux qui doivent en profiter est toute différente de celle de ceux qui sont appelés au bénéfice de la première. C'est une vraie réparation qui doit aller jusqu'à l'indemnité². Il ne s'agit pas seulement de reconnaître à celui qui a été injustement condamné des droits dont il n'aurait jamais dû être privé, il faut de plus réparer autant que possible le mal et le préjudice qu'il a soufferts³.

La demande en révision devrait même être ouverte aux récidifs, sauf à exiger d'eux une plus longue épreuve; aux condamnés au bannissement; aux condamnés correctionnels frappés d'incapacités perpétuelles ou temporaires.

¹ Les mutilations de toute nature sont du reste des peines très-fréquentes chez les Achémois; le patient est admis à composer avec le bourreau pour être tué ou mutilé proprement. Le châtement chez eux expie la faute, et un homme puni, mutilé, aurait le droit de tuer impunément ceux qui lui feraient un reproche de son ancienne faute. La justice y est acceptée avec une résignation exemplaire. Un criminel arrêté par une femme ou par un enfant n'ose prendre la fuite et demeure immobile. — *Description de l'île de Sumatra*, p. 100, par BEAULIEU.

Malgré cette protection accordée au mutilé, la législation qui veut de pareilles peines n'en est pas moins barbare. Il vaudrait mieux ne pas imprimer une éternelle et visible flétrissure, et ne pas être si sévère pour ceux qui auraient le tort d'en rappeler la cause.

² Dont la société serait chargée au besoin comme le veut Bentham : la solidarité sociale va jusque-là.

³ Cf. Art. 443-447. *Cod. inst. cr.*, *Demande en révision*.

LIVRE II.

DES PEINES EN GÉNÉRAL.

CHAPITRE PREMIER.

Ce que la peine doit être; — sa nature, son but.

SOMMAIRE.

1. Nécessité de déterminer la nature de la peine.
2. Les langues n'apprennent qu'un fait, mais rien sur la légitimité de ce fait. — Désaccord entre elles.
3. Les jurisconsultes ne sont guère plus d'accord.
4. Les philosophes non plus.
5. Ce qu'il convient d'appeler peine.
6. Questions diverses qui se rattachent à la précédente.

L'idée de *peine* n'est pas moins importante à bien déterminer que celle de *délit*, mais la difficulté en cela n'est pas moindre.

Si nous consultons les langues, les étymologies, nous n'y apprendrons, comme toujours, qu'un fait, mais rien sur la justice de ce fait.

Suivant les uns, le mot *peine* vient de *ποινή*, qui signifierait proprement l'amende payée pour un meurtre, et, par extension, la réparation d'un délit, la satisfaction pour une offense; la vengeance; le châtement, l'expiation, la victime expiatoire; la peine, le chagrin, la douleur, le prix, la récompense, etc. De là les locutions grecques et latines : *ποινὰς δοῦσαι* ou *τίσαι*, *pœnas dare*, *lucrer*; *ποινὰς ἀπατεῖν*, *pœnas repetere*; *ποινὰς λαβεῖν*, *pœnas sumere*.

Suivant les autres, le même mot vient de *πόνος*, travail, fatigue, souffrance; ou de *pendere*, payer, d'après Varron.

L'allemand *strafen*, punir, vient de *streifen*, battre, lequel aurait son origine dans *στρίψαι*, tourner, agiter, tourmenter.

Si nous consultons les jurisconsultes, Ulpien nous dira que

la peine est la vengeance d'un délit ¹. Les glossateurs la définissent : « La satisfaction des délits, qui est imposée par la loi ou par son ministre » ².

Les canonistes s'en font une idée analogue : « C'est, disent-ils une lésion destinée à venger une faute : *Læsio quæ punit, vindicans quod quisque commisit* » ³.

Ces définitions diverses reviennent en grande partie à celle-ci : *Malum passionis, quod infligitur ob malum actionis*, qui est aussi celle de Grotius et de Puffendorf.

Les philosophes ont cherché la raison de la peine soit dans la justice absolue, soit dans le but intéressé qu'on peut se proposer en punissant, soit dans ces deux choses réunies.

Suivant Platon, l'injustice est un grand mal, l'impunité un plus grand mal encore; d'où il conclut que la peine est un bien pour le coupable. Il voit aussi dans la peine deux grands effets : la correction, l'amélioration du coupable, et la frayeur salutaire que le châtimement peut inspirer à ceux qui seraient tentés de l'imiter.

Aristote distingue deux intérêts dans la peine : l'intérêt du patient, qui peut en être amélioré (c'est la correction), et l'intérêt de celui qui inflige la peine (la peine proprement dite), qui serait une sorte de satisfaction.

Plutarque ne voit essentiellement dans la peine qu'un remède de l'âme ⁴. Idée toute platonicienne de l'ordre moral plutôt que de l'ordre du droit, mais qui pourrait bien faire remonter la conception fondamentale du système pénitentiaire un peu plus haut qu'on ne le croirait d'abord.

Sénèque, qui cite Platon à ce sujet, était dans les mêmes sentiments ⁵.

C'est d'après ces deux philosophes que Cujas a dit : « *Pœna est delictorum sive crinum coercitio inducta ad disciplinæ pu-*

¹ *Noxæ vindicta*, D., *De verbor. signif.*, l. 131.

² Glos. 1, *In rubr. de pœnis*.

³ C., *Pœnitentia est quedam*, Diss. 3.

⁴ *ταπεινά τῆς ψυχῆς*.

⁵ Ce philosophe a de très belles pensées sur la pénalité : « Hoc semper in omni animadversione servabit, ut sciat, alteram adhiberi ut emendet malos, alteram ut tollat. » (*De ira*, II, 3.) — « Nil minus quam irasci punientem decet : quom eo magis ad emendationem pœna genus remedii loco admoneo. » (*Ib.*, I, 15 et 16.) — V. aussi *De Clementia*, I, 22. — Pour Platon, voir le *Gorgias*. Cf. AULU-GELLE, *Nuits attiq.*, VI, 14.

blicæ emendationem, et ut exemplo cæteri deterreantur, et non quia peccatum est, sed ne peccetur, quia præterita revocari non possunt, sed caventur futura » ¹.

Au XVIII^e siècle, lorsque les philosophes criminalistes accordaient moins à la société le droit de punir que celui de se défendre, la peine ne devait être que l'action de repousser la violence par la violence, le mal par le mal ; idée qui, bien comprise, diffère peu de celle des jurisconsultes : elle implique réparation et intimidation. C'était la façon de penser de Beccaria, de Mably, de Rousseau, de Blackstone. C'est encore l'opinion d'un grand nombre de criminalistes de nos jours, par exemple de Philipps, de Romagnosi, de Rosmini ².

Kant et plusieurs autres philosophes de l'Allemagne voient dans la peine, dans l'infliction d'un mal physique pour un mal moral, quelque chose de nécessairement juste, d'obligatoire même pour la société, n'eût-elle absolument plus rien à craindre ni du coupable ni de ceux qui pourraient l'imiter : la peine est alors une dette que la société ne peut ni remettre ni commuer ; la justice absolue veut être payée, satisfaite, et la société, qui est chargée d'opérer ce paiement aux dépens de ses membres coupables, assumerait la faute qu'elle laisserait impunie. La justice criminelle serait donc absolue, inflexible, obligatoire pour elle-même de la part du pouvoir appelé à l'exercer, et indépendante de toute considération intéressée. Kant pense donc que la peine est l'effet juridiquement nécessaire d'un délit ³. Nous craignons qu'il ne confonde le côté juridique de la peine avec son côté moral, et que, de plus, il n'accorde à l'homme une autorité, un droit en morale, qui n'appartient qu'à Dieu seul.

Nous ne rapporterons plus qu'une seule définition, celle d'Ancillon : « La peine est un mal physique, positif ou négatif, attaché à une action pour en détourner l'auteur, ou, si cette action est déjà commise, pour en détourner d'autres agents, ou pour obtenir une réparation proportionnée au dommage causé » ⁴.

¹ V. la *Glose*, au titre *De pœnis*.

² Mais celui-ci exige certaines conditions et restrictions.

³ V. *Principes métaphys. du droit*.

⁴ *De l'Esprit des constitutions sociales et de leur influence sur la législation*.

On le voit, les étymologies ne disent qu'un *fait*, et jamais le *droit* de ce fait. Encore ne sont-elles pas toujours d'accord; preuve que le peuple, qui fait les mots et les idées qu'ils expriment, n'est pas moins divisé avec lui-même que les savants. Les définitions de ceux-ci ne sont guère plus instructives que les dénominations de celui-là. Et alors même qu'ils seraient d'accord, il resterait toujours à les comprendre, à les juger, à se mettre soi-même d'accord avec eux.

Laissons donc là et les mots et les définitions; examinons par nous-même ce qu'il convient d'appeler peine, ce qu'elle doit être, si d'ailleurs elle est possible, ce que nous ne préjugeons point. Comment, en effet, pourrions-nous juger de la légitimité de la peine, de sa possibilité juridique, si nous n'en avions aucune idée, ou si l'idée que nous en aurions était fautive?

Avant tout, qu'est-ce que la peine?

La peine est susceptible d'être envisagée sous bien des aspects; c'est la raison pour laquelle on l'a définie bien diversement.

La peine se présente à tous les esprits comme une souffrance qu'on fait endurer à un agent, parce qu'il a porté atteinte au droit d'autrui. Telle est l'idée générale qui se trouve au fond de toute peine.

Mais dans quel but faire souffrir ainsi celui qui a lésé son semblable?

Est-ce pour se satisfaire soi-même par le plaisir qu'on éprouve à faire ou à voir souffrir celui qui nous a causé du mal? — La peine serait alors la *vengeance personnelle*.

Est-ce pour satisfaire le même besoin ressenti par tous les membres d'une société, par suite de l'esprit de communauté et de sympathie qui les unit, besoin qui est alors ressenti profondément, mais aussi qui risque moins de s'égarer? — La peine serait donc la *vengeance publique*.

Est-ce pour rétablir une espèce d'ordre troublé, pour rétablir une sorte d'égalité entre un mal physique qui n'aurait pas dû être et un mal physique qui devrait être par suite du premier? — La peine serait donc une *justice distributive du mal physique* d'après la notion d'égalité.

Est-ce, au contraire, pour compenser un mal moral par un mal physique? — La peine serait, en ce cas, une *expiation*.

Est-ce dans un intérêt de sécurité individuelle et publique?

— La peine ne serait alors que la *défense personnelle et publique*.

Est-ce dans l'intérêt moral du coupable, pour faire revivre en lui des sentiments d'honnêteté qui n'auraient jamais dû s'effacer? — La peine n'est, en ce cas, qu'un *régime moral*.

Est-ce, enfin, par plusieurs de ces considérations à la fois, ou par toutes réunies?

C'est ce qu'il faut examiner ¹.

§ I.

Si la peine a sa raison dans la vengeance personnelle.

SOMMAIRE.

1. Ce que c'est que la vengeance.
2. Sentiment d'autant plus vif et plus difficile à contenter que l'homme est moins civilisé.
3. La vengeance ne connaît ni le choix ni la mesure raisonnable de la peine.
4. Si l'homme isolé a le droit de punir.
5. Raison de l'excès des châtements en dehors des sociétés civilisées.
6. Même raison du même fait dans les guerres internationales.
7. Progrès du droit de punir en passant de l'état d'isolement à l'état de horde sauvage.
8. La vengeance y est déjà soumise à certaines lois quant à sa nature et à son intensité. Elle est encore une passion, mais une passion humaine déjà.
9. Différence entre la vengeance et l'instinct analogue de la brute.
10. Différence entre la vengeance et la peine proprement dite.
11. Conséquences de l'identité faussement supposée entre ces deux choses.

La vengeance est un sentiment vif et profond qui nous porte à maltraiter celui dont nous avons reçu quelque injure. C'est un besoin de faire du mal parce qu'on en a reçu; et à celui

¹ Voir en outre, sur la nature, l'origine, le but, la mesure et la classification des peines, les ouvrages spéciaux suivants : AV. D. R. RODALMUS, *De origine juris puniendi*; L. B., 1742; — HOLTER (G.-G. DE), *De natura poenarum*; Troj., 1754; — G.-C. HOOPF, *De poenarum origine et distributione*; Lugd. Bat., 1763; — L.-J. NEPVEU, *De origine et mensura poenarum*; Maestr., 1773; — S.-F. HONORE, *De fine poenarum*; Lugd. Bat., 1763; — C.-S. VERMING, *De fine poenarum*, 1826.

dont on l'a reçu. Il semble avoir d'autant plus de douceur pour l'homme de la civilisation qui est moins avancée, ou que les sentiments nobles sont moins développés et moins puissants. Les sauvages y trouvent un irrésistible attrait, et sacrifient tout à cette passion terrible. « J'ai connu, dit Adair, des Indiens qui, pour se venger, ont fait mille lieues à travers des forêts, des montagnes et des marais de roseaux, exposés à toutes les intempéries de l'air, à la faim et à la soif. Leur désir de vengeance est si violent qu'il leur fait mépriser tous ces dangers, pourvu qu'ils aient le bonheur d'enlever la chevelure du meurtrier ou d'un ennemi, afin d'apaiser les ombres irritées de leurs parents massacrés »¹.

Dans l'état d'isolement, les hommes n'ont d'autres lois que celles dont le germe a été déposé dans la raison de tous par les mains de la nature. Encore ces germes ont-ils besoin du milieu social pour éclore.

C'est donc à peine s'il existe une loi naturelle même pour des hommes qui ne sont presque pas dignes de ce nom. Il n'y a pour eux que des instincts; et des instincts moins sûrs que ceux des animaux, parce que les hommes sont destinés à se conduire par raison et non par instinct.

Si l'homme isolé, l'homme dans l'état de nature, n'était pas une hypothèse toute gratuite, il serait donc une sorte de monstruosité; il ne serait ni homme ni bête.

Supposons, toutefois, qu'après avoir vécu plus ou moins longtemps avec ceux dont ils ont reçu l'existence, des hommes se dispersent et s'isolent; que sera leur droit criminel s'ils viennent à se rencontrer et à se disputer une proie?

Un pareil droit ne sera ni écrit ni convenu; il n'y pas de société, par conséquent pas de lois. Sera donc réputé délit tout acte qui paraîtra tel à celui qui en souffre.

La défense sera proportionnée à la colère et aux forces de l'attaqué, plutôt qu'à la culpabilité de l'agresseur.

Nul choix dans la peine, pas plus que dans sa mesure; la vio-

¹ ADAIR, *Hist. of Amér. indien.*, p. 150. Robertson fait de ce besoin le caractère distinctif des hommes dans l'état qui précède la civilisation. Il explique ce sentiment par la constitution même de la société sauvage. Il cite à l'appui de son assertion : Boucher, Charlevoix, Lery, Lozano, Hennepin, Colden, Herrera. (ROBERTSON, *Hist. d'Amér.*, liv. 14, p. 560 et 561, édit. panth. Littér.)

lence, les coups, les blessures, le meurtre, voilà la manière de punir dans cette situation.

Si la notion de peine emporte celle d'une défense préventive, celle de faire perdre à l'agresseur l'envie de revenir à la charge, il est certain, cependant, que l'homme isolé a le droit de punir en ce sens, et qu'il peut en avoir la pensée. Sous ce rapport, la peine est possible en dehors de la société. Mais comme la sécurité est ici la fin cherchée, plus l'individu qui veut l'obtenir est faible, plus ses moyens peuvent être extrêmes, moins il peut mettre de modération dans le châtement. Il faut même reconnaître que le droit de défense l'y autorise.

Cet état d'imperfection, de néant du droit criminel entre des hommes isolés, est pourtant celui qui règle trop souvent les rapports internationaux; c'est l'état de guerre. Il y a cependant ces différences : celle d'un intérêt mieux entendu quelquefois; celle qui tient à un plus haut degré de civilisation, aux négociations diplomatiques, à l'intervention pacifique ou armée de puissances amies, alliées ou jalouses; celle des traités existants, qui sont un commencement de société quand ils ont été librement consentis, mais qui manquent toujours d'une autorité souveraine capable de les faire respecter.

Les peuplades sauvages, par cela seul qu'il y a une autorité souveraine ou quelque chose qui en approche, sont déjà susceptibles d'un droit pénal moins imparfait que celui qui règne entre les nations les plus civilisées. Ces nations entre elles sont encore à l'état de nature, à l'état sauvage.

Toutefois, au sentiment passionné de la vengeance qui anime le sauvage, se mêle déjà une certaine notion de justice, puisque le meurtrier reconnaît qu'il est coupable et se livre sans difficulté, qu'il accepte la mort avec courage, moins comme expiation que parce qu'elle est méritée.

Chez les naturels de la Nouvelle-Hollande, si les lois ont été transgressées par un membre de la tribu, la punition qu'on lui inflige est en raison de la gravité même du délit; mais il ne paraît pas que jamais la peine de mort soit rigoureusement infligée comme on le fait dans l'ancien monde, puisque l'adresse du coupable peut presque toujours le soustraire au châtement. Dans quelques cas le bannissement est prononcé, et ce genre de punition est toujours vivement redouté des

naturels doués, en général, d'un amour extrême pour le sol natal ¹.

Il n'est pas rare, cependant, qu'ils s'exilent volontairement de la peuplade pour éviter un châtement mérité. S'ils reviennent dans la suite, c'est qu'ils jugent que la colère des personnes lésées est apaisée; alors ils subissent la peine de leur délit, peine qui, n'étant plus infligée avec passion, est nécessairement moins rigoureuse ².

D'après les principes reçus que tout délit exige une réparation, on doit peu s'étonner des voies de fait, et surtout des duels qui en sont la suite ³.

Toutes les fois qu'un naturel a été victime d'un assassinat, ses parents, et, à ce qu'il paraît même, ses amis, sont en droit, si le véritable coupable leur est inconnu, d'appeler au combat les personnes qui, ayant été présentes à l'événement, doivent répondre des conséquences, soit que l'homme attaqué ait été tué, soit qu'il n'ait été que blessé ⁴.

La vengeance est donc déjà une passion humaine; l'animal se défend, la vue de son ennemi l'irrite; mais se venge-t-il? Il faudrait, pour qu'il se vengeât, dans le sens propre du mot, qu'il eût la notion du juste et de l'injuste; car la vengeance n'est pas une passion purement instinctive et aveugle: elle suppose des idées, des droits; elle a certains rapports avec la justice pénale, ainsi que nous le verrons plus tard lorsque nous parlerons du talion. Mais comme on peut s'exagérer ses droits, se croire même lésé quand on ne l'est pas; comme la passion peut aveugler ici de plus d'une manière, on comprend que, malgré tout ce qu'il peut y avoir de juste dans la rétribution du mal pour le mal par sentiment de vengeance, la société ne puisse la permettre, et prenne en main les droits de l'offensé.

Il suffirait que la vengeance ne se distinguât de la justice que par le défaut de mesure, et surtout par le plaisir attaché à punir soi-même celui dont on a reçu quelque offense, pour qu'elle différât de la peine, qui est toujours présumée juste et appliquée sans passion et même avec regret.

¹ FREYCINET, *Voyage autour du monde*, t. III, p. 785.

² *Ibid.*, id., p. 786.

³ *Ibid.*, id.

⁴ *Ibid.*, id.

Si le droit de punir consistait, comme le pensent Bruckner ¹ et Schmlza ², dans la nécessité d'apaiser le besoin de vengeance excité par le crime dans celui qui en a été la victime, il résulterait de ce principe des conséquences pratiques inadmissibles:

1° La peine n'aurait plus de raison suffisante, si l'offensé n'existait plus et qu'il n'eût laissé personne qui sentit le besoin de le venger; en sorte que le plus sûr moyen d'être irréprochable aux yeux de la justice serait alors de tuer celui dont on aurait lésé les droits: un nouveau crime contre sa personne, le plus grand des crimes, assurerait légitimement l'impunité, puisqu'il rendrait juridiquement innocent, attendu qu'il détruirait la raison de la peine, le besoin de la vengeance.

2° Ce besoin étant, par hypothèse, la base du droit de punir, sa raison, il suffirait qu'il n'existât pas, comme chez l'idiot ou le petit enfant, pour qu'il n'y eût pas de peine possible, même pour les crimes contre les personnes; à plus forte raison pour les crimes contre les choses appartenant aux personnes incapables de concevoir du ressentiment contre ceux qui portent atteinte à leurs biens.

3° Une autre conséquence de la même hypothèse, mais bien différente de celle qui précède, c'est que la soif de la vengeance devrait être l'unique mesure de la peine; et nul autre que celui qui l'éprouve n'en connaissant le degré, personne ne pourrait dire à sa place: « C'est assez » ³.

¹ *Essai sur la nature et l'origine des droits, ou Déduction des principes de la Science philosophique du droit*; Leipz., 1810.

² *La science du droit naturel*; Leipz., 1831 (all.). En droit, dit cet auteur, p. 69, la peine ne diffère pas de la vengeance.

³ Voir en outre sur ce sujet: SAINT-EDME, op. cit., *vo Vengeance*; CIBRARIO, *Della economia del mediocro*, t. II, p. 92, 108 et suiv.; ALB. DUBOIS, op. cit., t. II, p. 13, 46, 248, 264, 577, 581; DAUMAS, *Mœurs et coutumes de l'Algérie*, p. 181.

§ II.

Si la peine est la vengeance publique ou sociale.

SOMMAIRE.

1. Pas plus qu'elle n'est la vengeance privée.
2. Conséquences admissibles du contraire.

On prévoit la solution de cette question : si la peine ne peut légitimement consister dans la satisfaction donnée au ressentiment personnel, il n'y a pas de raison pour qu'elle puisse raisonnablement se définir : *la vindicte publique*. Que ce soit là une manière oratoire de la caractériser, à la bonne heure ; mais que ces expressions puissent être prises à la lettre, c'est ce qu'il n'est pas permis de penser.

Autrement, en effet, le coupable dont l'action aurait pour complice la faveur publique ne serait plus coupable.

De même l'innocent, l'homme de bien, celui dont la vertu même a contribué à susciter la jalousie et la haine du peuple, serait légitimement atteint par l'animadversion publique.

Il faudrait dire encore que le coupable pourrait être justement puni dans toute l'étendue des exigences passionnées d'une multitude aveugle.

On sortirait déjà de l'hypothèse, si l'on parlait d'une vengeance qui devrait avoir sa raison légitime et sa juste mesure ; ce serait cette raison même et ces justes limites qui seraient alors le véritable motif de la peine : la vengeance n'en serait que le mobile, et la satisfaction qu'elle réclame une simple conséquence.

En un mot, si la peine avait sa raison dans le besoin de la vengeance, personnelle ou publique, il suffirait que ce besoin existât, qu'il fût porté à un degré quelconque, pour que la peine qui devrait en être la satisfaction fût toujours légitime en soi, toujours juste dans son étendue, comme il suffirait aussi que ce besoin n'existât pas ou ne pût être satisfait pour que la peine fût sans raison.

§ III.

Si la peine consiste dans la rétribution du mal physique pour le mal moral, dans l'expiation.

SOMMAIRE.

1. Transformation de la question.
2. Importance de cette question.
3. Trois manières de l'envisager. — Conséquences.
4. Premier aspect : Si l'on peut regarder le coupable comme hors la loi.
5. Si la peine consiste dans la réparation du mal moral par le mal physique.
6. Si la peine consiste dans la satisfaction à une sorte de justice personnifiée, satisfaction qui résulterait de l'infliction de la peine.
7. Manière synthétique et mystique de concevoir encore le rapport de la peine au délit.
8. Si la peine est nécessaire d'une nécessité absolue.
9. L'expiation religieuse ou cérémonielle mise à la place de l'expiation juridique et morale.

Poser ainsi la question, c'est demander s'il y a quelque rapport d'identité entre ces deux sortes de maux, et quel est ce rapport : quelle dose de mal physique, par exemple, il faudrait pour compenser un mal moral d'un degré donné. La question ainsi posée se résout d'elle-même.

Toutefois, comme ce système est encore adopté par un grand nombre d'hommes de mérite, et qu'il a joui longtemps d'une certaine autorité, nous devons l'examiner avec quelque soin.

Il représente trois points de vue ou trois degrés de résultats, suivant qu'on prend le coupable dans l'état extra légal où il s'est placé, et qu'on le traite en conséquence, sans songer à le maintenir dans l'ordre social par la peine ; suivant qu'on le tient, au contraire, en dehors de cet ordre, où il ne rentrerait jamais si l'on était conséquent ; suivant, enfin, qu'on le retient dans l'ordre social, mais à l'écart et avec la résolution, l'espoir au moins de lui rendre sa position première par l'emploi de la peine comme moyen curatif.

Le désordre moral engendré par le crime ne ramènerait l'ordre, dans le premier cas, que par la génération régulière de ses conséquences, toutes contraires au coupable. Ce serait

là comme un ordre négatif parallèle à l'ordre moral positif. Nous ne tarderons pas à nous expliquer.

La seconde manière de procéder à la réparation du désordre moral consiste à regarder le délit comme un mal qui peut être effacé par la peine; c'est une dette sociale que la peine seule peut payer. C'est le système de l'expiation.

Enfin, la troisième manière de faire sortir le méchant du désordre moral où il est entré par le délit, c'est de faire servir la peine à changer ses intentions, ses sentiments, et à faire naître au dedans de lui le remords, la haine du mal, l'amour du bien et la résolution de le pratiquer désormais. La peine n'est plus alors qu'un remède, un moyen diététique pour arriver à un résultat si désirable. Reprenons ces trois systèmes subordonnés.

1^o Peut-on réellement regarder le coupable comme hors la loi et le droit, par le fait seul de son crime? Cette tendance de quelques philosophes criminalistes ¹ à dépouiller le coupable de tous ses droits, en le mettant hors de la société, ne prive-t-elle pas en même temps et nécessairement le souverain du droit de le punir? Lui laisse-t-elle du moins une autre peine à infliger que celle du bannissement, de l'*extermination civile*, pour nous servir d'un mot de Pasquier très significatif? Si le coupable n'est pas de cette manière retranché du corps social, et qu'il n'y ait cependant plus aucune communion civile avec lui; qu'il n'ait plus de droit, la peine capitale, ou tout au moins la servitude, deviendrait toujours légitime envers lui. L'homme qui n'a plus de droit n'est plus une personne juridique, n'est plus un homme social; c'est à cet égard une bête féroce qu'il faut détruire, ou un mur qui menace ruine et qu'on peut abattre. C'est un animal ou une chose. Et ce qu'il y a de plus remarquable, c'est que tous les mauvais traitements qu'on peut lui faire subir, fussent-ils encore juridiquement permis, ne méritent plus le nom de peine, ou tout au moins ne sont plus soumis à cette raison de justice qui veut des peines différentes suivant la diversité des délits, et qui, dans tous les cas, impose une mesure au-dessous de laquelle on peut rester sans doute, mais qu'il n'est jamais permis de dépasser.

L'homme ne perd pas sa qualité d'homme en cessant de se

¹ Fichte, *Fondement du droit naturel*, II^e part., p. 95 et 98 (all.); de Rotteck, *Manuel de dr. nat.*, t. 1, p. 257, Stott, 1829 (all.).

conduire d'une manière raisonnable. Il perd bien quelques-uns de ses droits; mais il ne peut les perdre tous. Il n'est donc pas vrai qu'il se trouve placé en dehors de tout droit: il ne perd tout au plus que ceux qu'il méconnaît; tous les autres il les conserve. Nous le verrons plus tard.

On ne peut donc le punir, si la chose est d'ailleurs possible, que suivant la nature et le degré de son crime. Nous disons si la chose est possible, parce qu'il s'agit précisément ici de la raison de la peine. C'est cette raison que nous cherchons.

2^o Quant au système qui donne pour but à la peine la réparation directe du mal moral (social) par le mal physique, il a plus d'une affinité secrète avec la vengeance et avec le talion. Il est remarquable en effet que, suivant cet ordre d'idées, les mots: être puni, c'est-à-dire payer des peines (*luere, solvere pœnas*), donner des peines (*dare pœnas*); punir, c'est-à-dire réclamer, demander, exiger, prendre, recevoir des peines (*repetere, poscere, reposcere, sumere, accipere pœnas*) expriment une sorte de contrat de paiement, de restitution, de substitution de la peine à la faute, comme si la peine était de même nature que le bien moral, et que ces deux choses pussent se suppléer, se compenser, tenir lieu l'une de l'autre ¹.

Assurément la peine est un bien moral, en ce sens qu'elle est juste, méritée, puisqu'elle n'est que l'application à l'agent de sa propre maxime d'action. Mais cette justice ne répare rien, et tous les supplices du monde n'ôtent rien à un délit quelconque, ne font rien à l'intention de celui qui l'a commis, et ne diminuent en rien le préjudice qui s'en est suivi.

La peine proprement dite, et considérée seule par rapport au mal qu'elle est censée faire disparaître, n'a donc aucune vertu compensatoire, si ce n'est la triste jouissance que l'on peut ressentir en voyant souffrir celui qui nous a fait du mal.

Mais ceux qui parlent de la vertu expiatoire de la peine ne pensent pas à cette compensation, et s'imaginent, au contraire, que la faute et la peine envisagées dans un seul et même individu, le coupable, sont de telle nature que la seconde fait disparaître, pour ainsi dire, la première, la rachète,

¹ On dit aussi, d'après la même analogie, recevoir sa récompense, ce qu'on mérite, le prix de ses actions, pour: être puni. C'est un sens du mot *trouva*, comme si la peine était une bonne chose absolument.— V. le *Gorgias*.

l'expié, en purifié. De là l'idée pratique de recourir à des moyens de purification corporels symboliques, pour se laver d'une faute. De là encore une certaine identité entre la peine, la prière (*supplicium, supplicare*), l'hostie (*hostia piacularis*), le prix de l'expiation, les moyens d'expiation, le sacrifice en général, la prière et l'expiation même ¹.

Il s'agit de voir si cette théorie mystique de la peine est soutenable.

Est-il vrai, d'abord, qu'il y ait une compensation possible entre deux choses aussi absolument différentes que le mal physique et le mal moral? Comment le premier disparaîtrait-il immédiatement en présence du second? Comment une intention mauvaise, des sentiments pervers, qui constituent le mal moral, seraient-ils compensés par une sensation douloureuse? Qu'y a-t-il de commun entre ces deux choses, et comment l'une pourrait-elle remplacer l'autre?

Notons bien en effet que, dans ce système, peu importe le sentiment moral du coupable; il suffit, pour qu'il y ait expiation, pour que la peine produise son effet, qu'elle soit appliquée, soufferte. On n'exige pas même qu'elle soit acceptée par le condamné. Une fois que la peine a été endurée jusqu'au bout, qu'elle ait été supportée volontairement ou involontairement, qu'il y ait eu ou non repentir, qu'on soit resté coupable au fond de l'âme ou qu'on soit devenu un homme nouveau, qu'un changement, une *conversion* se soit ou ne se soit pas opérée dans la nature morale du patient, il a juridiquement expié sa faute.

Dans ce système, en effet, le respect de la justice commutative ou de rétribution n'est pas le motif de la peine ²; on veut seulement faire disparaître dans celui qui endure la peine je ne sais quelles traces d'un mal moral passé, sans prétendre le moins du monde faire disparaître le mal moral actuel.

¹ GRESNIUS, *Lexicon. man. hebr. et chald.*, p. 499; b, p. 331; b, 498; b, 690; b; etc.; Leips., 1833. — V. aussi Vico, *De constantia philologie*, p. 291 et 339, édit. Milan, 1835, op. lat.

MANOU dit, dans ses lois, que « les hommes qui ont commis des crimes et auxquels le roi a infligé des châtements vont droit au ciel, exempts de souillure, aussi purs que les gens qui ont fait de bonnes actions. » (VIII, 318.)

² Si peu, suivant Fichte, que la notion d'expiation et celle de droit sont contradictoires. (*Elem. de dr. nat.*, II^e part., p. 127) (all.)

S'il en était différemment, il faudrait, en effet : 1^o que l'on fût aussi sûr de la disparition du mal moral passé par la peine présente, qu'on est sûr de l'existence même de ces deux choses; 2^o que la peine cessât dès que l'inefficacité en serait démontrée, ou, ce qui est peut-être plus grave encore, qu'elle s'accrût indéfiniment en durée comme en intensité, jusqu'à ce que l'effet fût produit; 3^o que cet effet pût être constaté.

Or, comment un pareil effet pourrait-il être observé? Qu'y a-t-il là de sensible, de phénoménal? Y a-t-il même un effet quelconque? Qu'est-ce, enfin, que l'expiation sinon une métaphore dangereuse, grossière même, dès qu'on cesse de la confondre avec la justice pénale, dont nous parlerons plus tard, ou avec l'amélioration du coupable, amélioration qui va nous occuper?

Que la peine produise un effet moral sur celui qui l'endure ou qu'elle n'en produise point, elle se conçoit toujours légitime ou possible; toujours juste au point de vue de la réciprocité, ou du droit, mais il n'en est plus de même de l'expiation, qui ne signifie rien en droit, et qui n'est pas même soutenable en morale si elle est prise comme fin et non comme moyen pour obtenir le changement moral du coupable.

Il y a d'ailleurs dans le système de l'expiation je ne sais quelle obscurité sombre, quel mauvais reflet de dureté, de barbarie et de fanatisme qui le rend justement suspect à l'esprit lucide, positif et raisonnable de notre époque.

Pourquoi, de plus, si la société avait mission de purifier le coupable, et non de le punir seulement, qu'il reste ensuite pur ou impur; pourquoi toutes les fautes morales extérieures, quelque indifférentes qu'elles soient immédiatement aux droits d'autrui; pourquoi, disons-nous, toutes ces fautes ne rentrent-elles pas légitimement dans nos codes criminels, comme aux terribles époques du régime théocratique?

Disons-le donc : la rétribution du mal physique pour le mal moral est absurde, parce qu'elle admet une compensation entre choses de nature essentiellement différentes. Aussi les hommes les plus religieux, et qui tiennent encore au système de l'expiation, mais qui l'entendent de telle sorte que le mot seul reste et que la chose est changée, rejettent le châtement pour le châtement, c'est-à-dire la rétribution du mal physique pour le mal moral. « Il ne peut y avoir expiation

par le châtement que lorsque le coupable lui-même acquiesce à la peine. Dieu sans doute veut qu'il en soit ainsi pour sa propre justice, car il veut le progrès. Si le coupable peut quelquefois ici-bas chercher à s'y soustraire, ailleurs il s'y soumet. Plusieurs ont eu le tort de croire à l'efficacité du châtement comme châtement : la terreur de la déchéance leur avait caché que la peine du crime ne peut effacer le crime qu'à la condition que le criminel accepte la peine. Joseph de Maistre est tombé dans cette erreur ¹.

Ballanche tombe dans une autre ; ce n'est pas l'acceptation de la peine qui fait l'expiation. Il y a ici trois cas possibles : ou la peine est jugée méritée par celui qui l'endure sans qu'il s'y soumette volontiers, par respect pour la justice seule ; — ou elle est jugée méritée, et acceptée par sentiment de justice ; — ou bien, enfin, elle est détestée par le cœur et niée par l'esprit.

Dans le premier cas il n'y a pas expiation, et bien moins encore dans le troisième. Pourquoi, si ce n'est parce que l'amour de la justice n'est pas ressenti, qu'il n'a pas repris naissance dans la première de ces hypothèses, et que l'idée même en a disparu dans la seconde ? Pourquoi, au contraire, dit-on qu'il y a expiation dans le second cas, si ce n'est parce qu'il y a tout à la fois idée et amour du bien ? — Mais alors c'est précisément cet amour éclairé qui constituerait l'expiation ? Or, comme il serait possible sans la peine, comme il s'en distingue profondément, c'est abuser des mots et tout confondre que d'appeler la peine une expiation. La peine n'est qu'un moyen ; et l'expiation comme effet, comme changement moral, comme conversion, peut être due, et plus sûrement parfois, à une toute autre cause que la peine, par exemple au pardon.

Le mot mystique d'expiation indiquerait donc une conversion morale par la peine. Il n'a pas d'autre sens raisonnable. Or, il faut convenir que la fin seule est ici la chose désirable, la chose précieuse ; et que le moyen n'est par lui-même d'aucun prix ; au contraire, il est, ainsi envisagé, essentiellement mauvais, semblable aux poisons qui n'ont de prix qu'à titre de remèdes, mais qui restent des poisons pour les constitutions saines, et qui en sont encore pour les constitutions

¹ BALLANCHE, *Paléog. soc.*, 2^e part., p. 219.

malades, qu'ils altèrent davantage quand ils ne les guérissent pas.

Je veux bien que l'on conserve ce mot mystique et d'un sens obscur ; mais je voudrais aussi que l'on en condamnât le sens fanatique qu'y attache Joseph de Maistre, et que l'on distinguât mieux les idées complexes qu'il exprime lorsqu'on fait de la pénalité une sorte de médication morale. Il faudrait aussi reconnaître que la santé morale peut se recouvrer par un autre moyen, et qu'en tout cas le régime est inutile lorsqu'il a produit son effet.

Il faudrait, de plus, distinguer profondément la notion de justice qui s'attache à l'idée de peine, de la notion toute morale de l'expiation.

3^e Un système qui ressemble beaucoup à celui de l'expiation, qui n'en diffère que par un caractère plus religieux et plus mystique encore, c'est celui qui donne la peine comme la satisfaction à la justice absolue, à la justice personnifiée dans Dieu même, et qui la représente plus ou moins sensiblement animée d'un sentiment de vengeance dont l'homme ne peut absolument pas connaître la mesure.

Mais il suffit de remarquer : 1^o que la satisfaction à la justice absolue, tout en personnifiant cette justice en Dieu, est absurde, ou n'a pas de sens, si l'on entend par là faire que ce qui a été n'ait pas été, rendre à la justice, à Dieu, ce qu'on lui a ravi, ou établir une sorte de réciprocité entre lui et le coupable. De semblables propositions n'ont besoin que d'être énoncées pour être jugées ¹ ; 2^o que si la satisfaction à la justice absolue était entendue dans le sens abstrait, extra social, exposé plus haut, elle ne pourrait tout au plus appartenir qu'à la morale, ou plutôt à la théodicée, mais pas au droit, parce que la société n'y serait pas intéressée.

Pour dire toute la vérité à cet égard, une pareille satisfaction ne fait partie d'aucune science humaine, et elle peut être exigée de Dieu, lui seul sait comment et jusqu'à quel degré. Il n'a pas besoin des hommes pour venger sa justice outragée. En admettant même que la peine fût pour l'homme un moyen

¹ V. notre *Ethique ou Science des mœurs*, p. 384-395. La même doctrine a été par nous reproduite et développée sous certains rapports dans la *Revue de législation et de jurisprudence*, p. 387 et s., t. V, 1842.

de corriger son semblable, ce moyen n'est rien moins qu'indispensable pour Dieu. Pourquoi dès lors y recourir, quand lui-même le dédaigne ou en ajourne l'emploi?

Il ne reste plus qu'une voie pour tenter la justification de la peine en dehors de l'utilité et de la nécessité sociale jointes au principe de la réciprocité : c'est de dire qu'elle s'impose primitivement, absolument au délit. C'est de faire de cette proposition : « Tout mal social (moral même) mérite châtement, » une de ces propositions synthétiques *a priori* qu'il faut admettre sans en chercher la raison, précisément parce qu'elles sont primitives. Et alors cette proposition devient un principe universel, nécessaire, absolu, inscrutable, une loi de notre intelligence morale, un impératif catégorique absolu ¹, comme le voulait Kant.

Si ce principe revient à celui de la réciprocité, c'est-à-dire si on le fonde sur l'idée de l'identité de la nature humaine, et sur cette autre idée encore, qui n'est, du reste, que la conséquence de la première, à savoir que nos maximes d'action peuvent être justement retournées contre nous, que la loi par nous faite aux autres nous nous la faisons par là même et nécessairement aussi à nous-mêmes; alors je l'adopte pleinement. Mais il conviendrait d'en modifier la formule de manière à n'y pas comprendre la morale et à prévenir toutes les difficultés qui s'attachent au principe d'expiation.

Il faut bien reconnaître cependant que, s'il y a un rapport de coordination ou plutôt de subordination entre l'ordre physique ou sensible et l'ordre moral ou pratique, c'est celui-ci : que le bien moral appelle le bien physique, et le mal moral le mal physique. Mais c'est là une proposition synthétique dont il ne faut pas s'exagérer la force, et dont il faut comprendre la juste sphère d'application. Elle ne veut assurément pas dire qu'il répugne à la justice divine de rendre un être heureux sans le faire passer par l'épreuve du mérite. Le bien physique, le bonheur, peut exister à titre purement gratuit. Cela ne signifie pas davantage que le souverain soit dans la nécessité de récompenser toutes les vertus, de punir tous les vices. C'est

¹ Kant lui trouve un caractère hypothétique, puisqu'il suppose la faute; mais ce n'est là, comme RETZKE le remarque justement, qu'une dispute de mots.

donc là une proposition synthétique qui appartient à la morale et à la théodicée, mais qui n'est pas du ressort du droit.

Que la société puisse faire du mal à un homme parce que cet homme en a fait lui-même à un autre, et le même mal, rien de plus juste; mais que ce soit une *nécessité* juridique, ou que la société ne puisse en aucun cas se dispenser de frapper le coupable sans assumer sur elle-même le crime qu'elle a le droit de punir, c'est ce qui n'est soutenable qu'en théodicée tout au plus. Je dis tout au plus, parce qu'au point de vue de l'ordre absolu le mal physique ne pouvant pas empêcher que le mal moral ait existé, s'il n'est pas infailliblement un moyen d'amener le coupable à résipiscence, si la peine n'a pas ainsi une vertu cathartique infaillible, elle ne répare rien, n'expié rien, n'aboutit à rien : elle n'est plus qu'une vengeance inutile, qui a bien son *occasion* dans le mal moral, mais qui, par cela seul qu'elle ne peut aboutir à rien, se trouve sans raison; car la raison d'un acte est essentiellement la fin, le but de cet acte. Or, par hypothèse, le but est nul dans le passé, nul dans l'avenir. Donc il est nul, absolument nul; donc il n'est pas. J'ajoute : donc il n'est pas possible.

Si la peine était nécessaire d'une nécessité absolue, ce serait moins peut-être au point de vue moral, théologique même, qu'au point de vue métaphysique. C'est-à-dire que Dieu n'aurait pas pu faire le monde sans que, suivant les grandes lois qui le régissent, lois qui sont elles-mêmes nécessaires dans les idées divines, toutes contingentes qu'elles nous paraissent être, l'agent qui trouble l'ordre ne doive en souffrir. Il faudrait un miracle pour soustraire la sensibilité aux lois qui la régissent en elle-même et dans ses rapports. Ce miracle, Dieu peut-il le faire, si les lois qui gouvernent le monde physique et le monde moral ne sont point arbitraires, si elles ont leur raison et une raison nécessaire comme leur origine, dans la nature divine elle-même?

A cette hauteur, tout donc peut être nécessaire. Ce n'est qu'en brisant les rapports qui relient les faits aux lois, les lois à la nature des choses, la nature des choses à la volonté divine, la volonté divine à sa suprême intelligence, cette intelligence, enfin, qui ne peut se tromper, ni par conséquent être sujette à deux façons opposées de concevoir le monde, que nous trou-

vous du contingent, de l'arbitraire, du contraire possible ; selon toute apparence, il n'y en a donc pas pour Dieu.

Il existe encore une autre manière d'entendre la peine par l'expiation, manière toute mystique, disons le mot, manière toute superstitieuse, imaginée par les prêtres des fausses religions, par erreur ou par cupidité, mais aussi contraire à la religion véritable qu'à la morale et à la justice. Elle consiste, de la part du coupable, à se soumettre à certaines cérémonies qui ne sont plus que l'ombre d'une peine, mais auxquelles il croit attachée une vertu divine, vertu expiatoire qui fait disparaître le mal comme l'eau fait disparaître la souillure physique. Illusion fondée sur l'abus des images, sur celui de la religion qui fait agir Dieu au degré des intérêts et des passions de l'humanité ; et qui, tout en supposant la puissance divine, tend à présumer trop de sa bonté, et à rendre sa justice dérisoire.

De toutes ces sortes d'expiations, celles qu'on employait pour l'homicide étaient les plus solennelles, et quand le coupable était de distinction, les rois eux-mêmes ne dédaignaient pas d'en faire la cérémonie. Ainsi, dans Apollodore, Capréus, qui avait tué Iphite, est expié par Euristhée, roi de Mycènes. Dans Hérodote, Adraste vient se faire expier par Crésus, roi de Lydie. Hercule et Thésée se soumièrent aussi aux cérémonies de l'expiation. Jason, pour expier l'assassinat de son beau-frère, coupa les extrémités du cadavre, et lécha trois fois le sang qui en sortait, selon l'usage des meurtriers. D'autres fois on se baignait à se laver dans une eau courante. Ce qui a fait dire à Ovide (*Fast.*, l. II) :

Ah! nimium faciles, qui tristia crimina cædis
Fluminea tolli posse putatis aqua !¹

¹ Voir sur les expiations : *Mém. Acad. inscr. et belles-lettres*, t. I, in-4^e, p. 41. — Cf. SAINT-EDME, op. cit., et VOLTAIRE, *Dict. philosoph.*

§ IV.

Si le but de la peine consiste dans l'amélioration du coupable, dans le repentir et la bonne résolution, par le moyen de la rétribution du mal physique pour le mal moral.

SOMMAIRE.

1. Cette théorie est fondée sur la confusion du droit et de la morale.
2. Elle suppose l'impossible et l'injuste.
3. La peine tend néanmoins, dans le progrès de la civilisation, à prendre le caractère d'un moyen de moralité, mais sans préjudice pour le droit social et privé.
4. Utopie de Platon réalisée.
5. La moralisation par la peine est un but accessoire en droit.
6. Conséquences dangereuses ou terribles du principe contraire.

Supposons actuellement que le changement moral du coupable soit la fin principale, essentielle, de cette espèce de compensation qu'on cherche au mal moral par le mal physique.

Cette théorie de l'ordre moral peut-elle servir de raison et de base à la justice criminelle ?

Si l'on ne veut pas confondre ce qui, de sa nature, est distinct, si l'on veut distinguer la peine, au point de vue du droit, de la peine, au point de vue de la morale, et ne s'en occuper d'abord que sous ce premier aspect, il faut répondre hardiment par la négative.

Non, car l'amendement du coupable est un changement d'état tout moral, en dehors de la sphère du droit, et qui échappe au for extérieur.

Certes, la société est grandement intéressée à ce que tous ses membres soient honnêtes, mais on ne peut mettre en principe qu'elle ait le droit de les y contraindre par la peine ; autrement, les hommes qui ne seraient encore que suspects pourraient déjà être punis. Et cependant ce n'est pas pour un fait possible que les peines sont établies ; c'est pour des faits réels.

On ne saurait, toutefois, disconvenir que la peine, envisagée comme régime moral, tend à prendre de plus en plus ce caractère dans les sociétés les plus civilisées des deux mondes ; les systèmes pénitentiaires, les mitigations apportées à la rigueur des lois, la défaveur attachée à la peine capitale ; un senti-

mentalisme exagéré peut être, mais qui démontre que la conscience publique pénètre plus avant chaque jour dans le mystère de notre nature, y découvre la part plus ou moins large d'une sorte de fatalité dans la destinée sociale de chacun de nous; la pitié, qui tend à se substituer à l'indignation pour le coupable: tout prouve que l'homme est, de nos jours, fortement porté à la miséricorde pour l'homme, et que, sans désarmer la société à l'égard du crime, on le réprimera avec calme, avec générosité même. On ne cessera pas de voir un homme, un frère dans un criminel; et l'on pensera, avec Socrate, qu'il n'est devenu méchant que parce qu'il ignorait le bien. On le trouvera malheureux et presque assez puni, j'allais dire trop puni même, de haïr ses frères, de ne pouvoir les aimer.

La charité, et c'est le mot, puisqu'il y a grande tendance au pardon, la charité tend d'une manière évidente à se substituer à la peine, la morale à prendre ici la place du droit.

Ce fait accuse un instinct éminemment humanitaire, éminemment social dès lors. C'est un admirable progrès que la substitution de la loi d'amour, de miséricorde, de grâce à celle de droit ou de justice. Mais, enfin, la morale n'est pas le droit, et c'est le droit que nous cherchons.

Ajoutons qu'il serait très dangereux, dans l'état général de la moralité publique actuelle, de donner un trop large et trop subit essor à des sentiments généreux.

Reconnaissons, toutefois, que les sublimes utopies de Platon se trouvent encore ici réalisées. Ce philosophe admirable était déjà de l'avis que la peine n'a pas sa raison dans le passé, mais dans l'avenir; qu'il faut punir non parce qu'il y a eu délit, mais pour qu'il n'y en ait plus, du moins de la part du coupable. La peine n'était donc pour Platon qu'un régime moral, nous l'avons vu déjà. C'est à ce titre qu'il voulait qu'elle fût acceptée comme un bien par le coupable¹. Le mal physique

¹ Voir aussi sur l'acceptation de la peine: KLAUSING, *Diss. de oblig. supplic.*, Witt., 1742; — J. JOACH. LANGE, *Diss. de oblig. delinquentis ad pœnam corporis*, Hall., 1736; — P. DOERRIG, *De oblig. delinq. ad confess. criminum propr. coram magistr.*, Leips., 1718; — J.-H. HEDINGER, *Quæstio an obligatio ad pœnam delictis sit intrinseca*, Giess., 1698; — MART. LANGE, *Diss. de obl. delinq. ad sustin. pœnas jure divin. et hum. pœnscript.*, Leips., 1688; — J.-PH. PALTHER, *Diss. de oblig. rei ad sanct. pœnalem pœnamq. ipsam*, Gryph., 1703.

était un moyen de délivrer du mal moral, le plus grand de tous les maux.

Des auteurs sont allés si loin sur cette voie, qu'ils ont nié que Dieu lui-même eût le droit de punir sans profit moral pour le méchant¹.

D'autres ont pensé que la société n'a pas ce droit, parce qu'elle n'a pas l'obligation de chercher à moraliser le coupable par la peine. Ils ne voient dans ce qu'on appelle le droit de punir que le droit de défense².

Revenons. L'amélioration du coupable par la peine peut fort bien être ambitionnée par le législateur; mais elle ne peut pas être son principal but, par cette nouvelle raison qu'il n'aurait pas le droit de punir l'accusé qui se repentirait ou qui semblerait se repentir: toute peine appliquée cesserait d'être légitime dans sa durée du moment qu'elle serait suivie du changement moral qui en est le but.

Elle aurait, au contraire, une éternelle raison d'être, tant qu'elle n'amènerait point ce changement.

Il y a plus, son intensité devrait s'accroître par la raison même de son insuffisance et de sa durée, sans cependant qu'il y eût la plus légère aggravation dans le délit, à moins, toutefois, qu'on ne préférât renoncer absolument à la peine comme à un moyen jugé impuissant d'améliorer un coupable.

Telle est donc l'alternative imposée par la logique dans le cas de l'inefficacité de la peine: ou l'impunité, ou des supplices qui pourraient être horribles.

Comment, d'ailleurs, juger de la sincérité du repentir? Ne se trouverait-on pas encore ici placé dans la triste alternative ou de punir l'innocent, ou de relâcher mal à propos le méchant, après avoir fait naître ou développé en lui un vice de plus, celui de l'hypocrisie? Voilà pourtant où conduit le système qui donne pour base unique à la peine l'amélioration du coupable.

Et puis, si la société est investie d'un pareil pouvoir, pourquoi ne l'étendrait-on pas aux simples fautes, aux simples

¹ KRUG, *Dict. phil. (all.)*, art. *Peine*. — Cf. son *Droit naturel*.

² ROMAGNOLI, *Genèse du droit pénal (ital.)*, 2 v. in-8°, Firenze, 1834, seconde partie, c. 16 et 18. — V. aussi J.-K. SCHMID, *Des fondements du droit pénal, Essai philosophico-juridique (all.)*; Augsbourg, 1801.

péchés, aussi bien qu'aux délits? — Pourquoi la justice morale tout entière ne ferait-elle pas une partie du droit pénal?

Sans doute que la peine infligée pour de bonnes raisons, pour des actes civilement répréhensibles, peut-être convertie en un traitement moral, soit du reste qu'on pense exercer par là une sorte de rétribution, soit qu'on prétende procurer purement et simplement à la société un repos et une sécurité qu'elle a le droit d'exiger de la part de tous ses membres. Mais ne faudra-t-il pas toujours qu'il y eût une règle au moyen de laquelle on déterminât la nature et le degré de la peine? Et cette règle peut-elle être prise du but uniforme qu'on voudrait alors atteindre?

§ V.

Si la peine a pour but exclusif l'utilité privée et publique par l'intimidation, la protection du droit par la souffrance, la sûreté en un mot.

SOMMAIRE.

1. Pas de droit sans le droit de le faire respecter, sans le droit d'employer à cet effet les moyens approuvés par la raison.
2. Distinction entre le droit de se défendre, de se protéger et celui de punir.
3. Le droit de la défense peut-être infini, *jus belli est infinitum*; celui de la peine est fini.
4. Preuve que le droit de punir n'a pas sa raison unique dans le droit de sécurité.
5. Conséquences inadmissibles du principe d'intimidation comme principe unique de la peine.
6. L'intimidation est un principe d'utilité, un principe intéressé. — Il conduit à celui de l'agrément. — Conséquences.
7. Résumé de la question.

Le droit d'être et de posséder, — le droit de la propriété dans l'acception la plus large du mot, — suppose nécessairement le droit de *protéger* ce qui nous appartient, de le *défendre* contre toute entreprise illégitime, de *prévenir*, dans une certaine mesure, toute nouvelle atteinte qui pourrait y être portée dans notre personne ou notre chose, enfin le droit de forcer à la *réparation* (réintégration ou compensation) du préjudice par nous souffert. C'est le droit de faire respecter le droit.

Mais celui qui répare le préjudice par lui occasionné n'est pas pour cela puni; seulement il ne nuit pas à autrui. La peine est quelque chose de plus que la réparation de l'injustice, c'est celle du mal physique affectif dans certaines limites.

Aussi distingue-t-on l'action civile de l'action-criminelle : par la première on réclame l'indemnité; par la seconde, la peine. Et souvent elles s'exercent concurremment contre la même personne à l'occasion d'un seul et même acte.

Le droit de défendre son droit, de repousser une injuste agression, de rentrer en possession de ce qui nous appartient ou de l'équivalent, n'est donc pas la peine, alors même que le besoin rigoureux de la défense entraînerait la mort de l'agresseur.

Le droit de se défendre contre un ennemi, joint à celui de le prévenir en le mettant dans l'impossibilité de nous nuire par suite de la contrainte exercée sur sa personne, s'appelle proprement droit de *coercition*.

Le droit de le forcer à la satisfaction, à la réparation du mal qu'il a fait, est proprement le droit de *coaction*.

Par la coercition, le mal est empêché; par la coaction, il est réparé.

Du reste, cette synonymie n'est pas tellement rigoureuse que l'un de ces mots ne se prenne pas souvent l'un pour l'autre. En forçant quelqu'un de renoncer à la perpétration d'un crime qu'il avait commencé à exécuter, on exerce réellement sur lui une coaction, qui ne diffère de la coercition que par le but qu'on se propose, c'est-à-dire par une idée. De même, en empêchant quelqu'un de laisser une injustice sans réparation, on exerce une coercition.

La conscience publique, la conscience individuelle même, abandonnée à sa spontanéité rationnelle et vraie, n'a jamais confondu le droit de défense et le droit de châtiment. Ce sont là deux idées différentes, exprimées par des mots divers dans toutes les langues un peu développées.

La défense se dirige contre la menace et la tentative, et finit avec elles. La peine commence quand le délit est commencé ou consommé.

La défense est exercée légitimement par l'individu attaqué quand il ne peut recourir à la force publique, on en convient;

tandis qu'on dispute sur la question de savoir si la peine n'est pas du ressort exclusif du pouvoir souverain.

Le droit de défense existe entre égaux, d'inférieur à supérieur même. On distingue, en effet, de la part de l'autorité ce qui est abus de pouvoir, l'attaque, de ce qui est exercice du droit de punir, la peine.

En tous cas, la défense ne peut s'entendre de tout être qui aurait le droit de punir, et particulièrement de l'être auquel le droit est conçu appartenir réellement de Dieu. Dieu n'a point à se défendre, mais il peut avoir à punir. C'est, du moins, ainsi que le conçoit le sens commun par rapport à l'homme.

Le choix des moyens de la défense et la mesure de leur efficacité dépendent des circonstances extérieures et personnelles où se trouve celui qui est attaqué : il est irréprochable lorsqu'il s'exagère (sans le vouloir) l'imminence et la grandeur du péril, la faiblesse de ses moyens pour le repousser, et qu'il en dépasse la mesure absolument nécessaire. Il lui est d'ailleurs permis de recourir à tous les expédients propres à faire respecter son droit, pourvu que la nécessité l'y autorise, quelque faible que soit ce droit. Il n'en est pas de la mesure de la peine comme de la mesure de la défense, elle n'est pas un moyen qu'il faille proportionner à des obstacles à vaincre, mais une fin déterminée par un fait connu et lui-même déterminé. On ne peut plus dire ici : *Jus belli est infinitum*. Les peuples s'attaquent, se font la guerre; mais ils ne se punissent pas, à proprement parler, quelque mal qu'ils se fassent d'ailleurs.

Si la peine n'avait sa raison que dans la sécurité de l'offensé, celui-ci aurait toujours le droit de se donner lui-même cette garantie de la manière la plus complète; mais, encore une fois, les moyens propres à se mettre à l'abri du danger regardent l'avenir, tandis que la peine appartient essentiellement au passé. On retombe donc, suivant cette hypothèse, dans le cas de la confusion de la peine du délit avec la prévention¹.

Quelle serait, d'ailleurs, la raison de punir un meurtrier, lors surtout qu'il ne serait plus à craindre, par exemple, dans l'hypo-

¹ J'entends par ce mot, ici et dans plusieurs autres endroits, l'acte de se prémunir contre un délit imminent. Cette acception et le mot même sont dans l'ordre naturel des idées et dans le génie de la langue.

pothèse où il pourrait être laissé seul dans une île qu'on quitterait? On sait, d'ailleurs, qu'il avait une raison particulière de commettre le meurtre dont il s'est rendu coupable, et que cette raison ne se représentera probablement plus, au moins en ce qui le regarde, et que si d'autres se trouvent dans le même cas, ils ne seront point retenus, selon toute apparence, par l'exemple de la peine attachée à un pareil attentat. Et dans le cas où il s'agirait seulement de la sécurité de celui qui a été offensé par un premier délit, de quel droit punirait-on le coupable si la victime a succombé? Singulière base de la peine que celle qui rend logiquement impossible le châtement du plus grand crime!

De quel droit, dans ce système encore, punirait-on celui qui se trouve dans l'impuissance de récidiver s'il est tombé en paralysie, par exemple, s'il s'est jeté dans un couvent, s'il s'est expatrié, ou s'il s'est tellement amendé qu'il n'inspire plus aucune inquiétude?

De quel droit punirait-on celui qui serait incorrigible ou qu'on croirait tel?

Si l'on frappe le coupable pour *intimider* ceux qui pourraient être tentés de l'imiter; en d'autres termes, si l'*intimidation*, l'*exemplarité* est toute la raison de la peine, le moindre soupçon suffira pour autoriser à sévir, et le plus haut degré de châtement n'aura rien que de licite, d'excellent même, si, quelque faible que soit le délit, l'intimidation s'ensuit jusqu'à la terreur.

Il faut en dire autant de la sécurité publique comme raison exclusive de la peine. Dans ce cas encore la peine n'est qu'un moyen, et un moyen n'est jamais meilleur que lorsqu'il est le plus propre à atteindre la fin qu'on en attend.

Ajoutons à toutes les raisons qui précèdent relativement à la sécurité individuelle garantie par l'intimidation, raisons qui s'appliquent également à la garantie de la sécurité publique par les mêmes moyens, que la peine serait logiquement impossible dans ce dernier cas, si le crime était si atroce qu'il fit horreur à tous les membres d'une société, et qu'on fût moralement certain qu'aucun d'eux ne sera tenté de le renouveler; ou bien encore si la société se trouvait si fort corrompue ou si féroce elle-même, que l'exemple ne fit sur elle aucune impression, ou même la révoltât au point de la provoquer à des crimes semblables.

Le principe de l'intimidation pris en lui-même n'est, d'ailleurs, qu'un principe d'intérêt, et non de justice. Tout intérêt donc qui se rattacherait à une peine pourrait dès lors légitimer le choix et l'étendue de cette peine. On pourrait donc faire servir les coupables au plaisir d'un tyran ou d'un spéculateur sans entrailles, au passe-temps d'un despote ou à la curiosité d'un physiologiste; on pourrait repaître de leurs douleurs une populace avide d'émotions sanguinaires¹. Quel est de nos jours, dans notre France civilisée, l'homme qui consentirait à fonder la peine sur des bases aussi arbitraires, aussi révoltantes²!

En deux mots :

La peine ne rentre pas plus dans la défense préventive ou anticipée que dans la défense proprement dite.

Elle n'est d'abord point la *prévention* contre les attaques possibles de la part de personnes indéterminées, prévention dont le mot propre serait *précaution* si ce mot n'avait pas une acception beaucoup plus large. Toute peine doit tomber sur des individus déterminés et pour un fait déterminé, par conséquent accompli.

La prévention ne suppose qu'un attentat probable ou un attentat commencé; la peine suppose un délit consommé, ou tout au moins un commencement d'exécution.

La prévention regarde essentiellement l'avenir; la peine le passé. La prévention se dirige contre le coupable possible, futur et plus ou moins, mais probable; la peine tombe sur un coupable réel, actuel, certain.

Si la peine n'était que le droit de prévenir un délit possible à l'occasion d'un délit accompli, elle serait parfaite si elle atteignait infailliblement son but. Et comme la mort est le moyen le plus sûr de mettre les méchants dans l'impuissance de nuire aux gens de bien, la meilleure peine, la seule excellente, infaillible, serait la peine de mort.

¹ Il faut le redire, dans l'intérêt de la civilisation et de la morale publique, il s'est trouvé de nos jours un peuple assez barbare pour traiter un prisonnier de guerre en coupable, et pour donner sa mort en spectacle sur la scène en guise d'intermède, après annonces : ce peuple est celui de Buenos-Ayres! — V. *Rev. de dr. ancien*, 1849, p. 68.

² Cf., sur le droit de prévenir une lésion à nos droits menacés, c'est-à-dire sur le droit de défense en général, au point de vue privé comme au point de vue international, ROSMINI, *Filosofia del diritto*, I, c. 4, p. 698 et suiv.

La bonté d'une peine ne serait plus estimée que par rapport au but qu'on voudrait atteindre, en punissant par rapport à la sécurité individuelle et générale. Il n'y aurait donc plus lieu de distinguer les peines en *justes* et en *injustes*, mais seulement en *suffisantes* et en *insuffisantes*¹.

Si la prévention n'a sa raison que dans un danger plus ou moins probable, la peine n'a la sienne que dans le délit; la première cesse avec le danger, tandis que la seconde recommence, au contraire, après que le mal est arrivé.

¹ Il en est de même de toutes les théories pénales qui donnent à la peine un but à atteindre, qui en font un moyen; elles sont toutes exposées à être ou inconséquentes, ou inutiles, ou exagérées. — V. HARTENSTEIN, *Esquisse fondamentale des sciences morales*, Leipsa., 1844 (all.).

§ VI.

Si la peine consiste dans la rétribution proportionnelle du mal physique ou affectif pour le mal physique.

SOMMAIRE.

1. Le principe de réciprocité ou de justice commutative donne raison à cette base de la pénalité.
2. Elle est d'accord avec les maximes les plus anciennes et les plus universellement admises.
3. D'accord avec la conscience du genre humain, avec celle des malfaiteurs même.
4. Différence entre ce principe et celui du talion brutal.
5. Le talion intelligent et juste est fondé sur l'analogie et la proportion, et non sur l'égalité absolue, apparente et objective.
6. Deux sortes d'analogies dans les lois pénales.
7. Fausse analogie de l'Ontogénie.
8. Condition pour que l'analogie véritable soit respectée.
9. La juste réciprocité dans la peine n'entraîne pas la nécessité de l'application; cette justice est une limite qu'on ne peut dépasser, mais dont on peut approcher plus ou moins à volonté.
10. Remise possible de toute la juste peine ou d'une partie.
11. Le principe du talion sainement entendu n'est que celui de la réciprocité ou de la justice commutative et même distributive; principe suprême de toute justice.
12. Les criminalistes les plus autorisés inclinent fortement à cette opinion.
13. Les sages de l'antiquité avaient déjà compris le principe de la réciprocité en matière criminelle comme il doit l'être.
14. Résumé de la question. — Le droit de punir n'existe pas, à proprement parler, pour l'homme, mais bien le droit de défense, qui va parfois plus loin que celui de punir. Celui-ci peut modérer le premier et lui servir de règle. En tout cas, il a sa limite marquée par celle du délit. Utilité du principe de la réciprocité dans l'hypothèse encore admise du droit de punir, qui n'est que le droit de vengeance soumis à une règle, celle de la justice absolue.

Il est incontestable qu'il y a équité, justice égalitaire absolue à étendre à un agent qui sait et veut ce qu'il fait, dans la mesure où il le sait et le veut, la règle de conduite qu'il s'est faite, ne fût-ce qu'une seule fois, à l'égard de l'un quelconque de ses semblables. De là cette maxime, vieille comme le monde : Ne fais pas à autrui ce que tu ne voudrais pas qu'il te fût fait. Elle ne se trouve pas seulement dans le livre par excellence des chrétiens : on la rencontre dans Pythagore, dans

Confucius, dans tous les penseurs qui ont fait reposer la justice sur le principe de l'égalité¹. On la retrouve plus ou moins nettement conçue dans l'esprit et le cœur de tous les hommes. Cain, le premier meurtrier, est aussi le premier qui ait reconnu et proclamé le principe de la rétribution du mal par le mal, l'égalité. Sa condamnation par lui-même est trop remarquable pour que nous ne devions pas nous y arrêter un instant. Ce dialogue entre Dieu et Cain est de la plus haute signification, quelque opinion qu'on ait d'ailleurs sur le caractère divinement inspiré ou non du livre de Moïse. Il est difficile, en tous cas, de n'y pas voir une inspiration naturelle, profonde, une admirable expression de la nature morale de l'humanité. Écoutons :

« Qu'as-tu fait, dit Dieu à Cain ? la voix du sang de ton frère crie de la terre jusqu'à moi.

« Tu vas donc être maudit sur la terre, qui s'est entreouverte et qui a reçu le sang de ton frère répandu par ta main.

« En vain tu la cultiveras ; elle te refusera ses fruits. Tu seras errant et vagabond sur la terre.

« Cain dit à Dieu : Mon iniquité est trop grande pour que je puisse être pardonné.

« Voilà donc qu'aujourd'hui vous me poursuivez en tout lieu sur la terre, et qu'il faudra partout me cacher à vos regards, et je serai errant et vagabond sur la terre : *Quiconque me rencontrera me tuera donc* : OMNIS Igitur qui inveniet me, occidet me. » (Genèse, IV, 10-14.)

Cain l'a compris, il mérite la mort, puisqu'il l'a donnée. Il parle d'un droit *igitur* ! C'est bien là le cri de la conscience humaine². Aussi, combien ne voit-on pas de meurtriers non

¹ Ἀποδοῦναι ἰσότητος ἴσον ; ARIST., *Magn. Mor.*, I. 1. Cf. II, 6 ; V. 5 ; DIOG. LAERT., VIII, 33 ; JAMB., *Vita Pyth.*, c. XXX, sect. 167.

² Les Septante portent : Καὶ ἔσται, πᾶς ὁ ἐπιδραῶν μοι, ἀποκτενεῖ με : *Et erit omnis qui invenerit me, occidet me*. Les mots καὶ ἔσται expriment la même idée de nécessité juridique rendue par l'*igitur* de la Vulgate.

On ne saurait arguer de là que l'Écriture condamne la peine de mort ; une foule d'autres textes prouveraient le contraire ; en voici deux seulement : « Quiconque aura répandu le sang humain, son sang sera répandu, car l'homme a été fait à l'image de Dieu. » (Nomb., IX, 16.) — « On n'acceptera pas de compensation de celui qui se sera rendu coupable de meurtre ; qu'il meuve lui-même sur-le-champ. » (Nomb., XXIV, 31.)

seulement qui sentent la justice de la sentence capitale qui les atteint, mais qui la subissent avec une sorte de satisfaction, pénétrés qu'ils sont de l'idée que la justice s'accomplit en eux, que le désordre moral se répare, surtout quand la peine est acceptée avec résignation, avec intention, avec une sorte d'amour pour la justice absolue ! C'est ainsi que Platon, dans les pages sublimes du *Gorgias*, conçoit l'acceptation morale de la peine.

Ce n'est pas tout ; cette admirable scène nous représente encore deux choses du plus haut intérêt : la protection qui est due au coupable lui-même contre tout mouvement désordonné de vengeance, et la remise par celui qui a le droit de punir de toute la peine ou d'une partie de la peine méritée, c'est-à-dire la morale, la générosité se mettant à la place du droit ou de la stricte justice :

« Et Dieu lui dit : Il n'en sera pas ainsi : Quiconque tuerait Caïn en serait très sévèrement puni. Et Dieu imposa un signe à Caïn, de crainte qu'il ne fût tué par celui qui l'aurait rencontré. » (*Ibid.*, 16.)

Le système pénal qui a pour base la rétribution du mal physique pour le mal physique calculée d'après la justice ou l'égalité est le plus ancien de tous, puisque la vengeance n'est pas une base, un principe de pénalité, et que dans l'exercice de la vengeance se montre déjà un certain besoin de justice ou de mesure. Le principe de la juste réciprocité n'a d'abord été conçu que comme un principe d'égalité matérielle absolue. C'est le talion brutal, inintelligent, injuste dans son égalité même. Plus tard, il n'a plus été que l'analogie dans les peines. Mais cette analogie elle-même a souvent manqué de mesure. La morale a été plus d'une fois outragée dans ce système pénal. On n'a pas assez compris que le respect de la justice ne peut exclure celui des mœurs. On a également oublié que l'analogie n'est qu'une convenance dans le choix des peines, mais que la mesure est une nécessité ; c'est surtout dans la mesure que consiste la justice. Il y a mieux : la plus grande raison en faveur de l'analogie, c'est la facilité même qu'elle donne de proportionner la peine au délit. En effet, il s'agit alors de choses de même nature, facilement comparables, et dont les limites de l'une assignent les limites de l'autre.

Il y a, du reste, deux sortes d'analogies dans les lois pénales :

l'une qui consiste dans certaines similitudes entre la nature du mal qu'on fait endurer, et l'autre à faire souffrir le coupable par où il a péché, quoique pas de la même manière. Cette dernière analogie est beaucoup plus trompeuse que la première, et quant à la nature et quant au degré de la peine. Elle peut porter, comme dans l'Inde, en Chine et ailleurs, à punir le voleur par la perte de la main. C'est en vertu de cette analogie que le parricide avait naguère parmi nous la main coupée. Les auteurs du Code de 1810 se doutaient peu, sans doute, qu'ils suivaient en cela le principe du talion.

Parmi les législations modernes, celle de Russie connue sous le nom d'Oulogénie, et due au père de Pierre le Grand, est surtout remarquable par cette fausse analogie. Les faux-monnayeurs, par une autre espèce d'analogie encore, sont condamnés à recevoir dans la bouche du métal en fusion ; les incendiaires sont livrés aux flammes ; l'importation frauduleuse du tabac est punie de la fente des narines, de la perte du nez, suivant le nombre des récidives ; les outrages corporels (coups et blessures) sont punis du talion proprement dit, plus un dédommagement de cinquante roubles pour chaque membre coupé, arraché ou mutilé¹.

Il y a quelque chose de plus à faire encore pour appliquer sagement la peine d'après le principe de l'analogie : il faut comparer entre elles non seulement la peine et le délit, mais les personnes et leur position respective. S'en tenir à l'égalité absolue dans l'analogie même, c'est encore méconnaître la véritable justice. Le riche qui vole le pauvre ne serait point puni convenablement s'il ne l'était que du double ; la peine qu'il souffrirait de cette punition pourrait être bien inférieure à la douleur, au préjudice qu'il aurait occasionnés.

Que de considérations tirées de circonstances aggravantes ou atténuantes peuvent encore modifier l'égalité absolue du talion !

Il ne faut pas l'oublier non plus : encore bien que le talion proportionnel fût la juste mesure de la peine possible, toutes les fois qu'il peut avoir lieu d'ailleurs, il n'y a aucune nécessité morale à punir avec cette extrême rigueur. Il faut, retenons-le bien, que l'intérêt public l'exige ; la justice le permet, mais

¹ V. *Hist. génér. du XVIII^e siècle*, par M. RAGON, p. 380.

elle ne l'exige pas ¹. Ce qu'elle veut, c'est que cette mesure de la peine ne soit point dépassée. La justice est donc ici comme une limite plutôt que comme un motif. C'est un principe négatif bien plus qu'un principe positif; mais, tout négatif qu'il est, son importance est extrême, et la plupart des législations l'ont méconnue.

On le voit, le talion, malgré tous les justes reproches adressés à ce principe tel qu'il a été généralement appliqué, n'est au fond que l'égalité, la réciprocité, la notion fondamentale de toute justice criminelle. Cette notion a, d'ailleurs, le triple avantage de rappeler l'égalité humaine; d'associer plus fortement, à l'aide de l'analogie, l'idée de la peine à l'idée du délit; enfin d'être essentiellement populaire.

La réciprocité en matière criminelle n'est elle-même que la conséquence du principe suprême de toutes nos actions sociales, principe que Kant a formulé comme il suit : « Agis de telle sorte que la maxime de tes actions puisse être érigée en loi générale ². » Ici donc le délinquant n'a pas le droit de se plaindre que sa maxime soit généralisée de manière à l'atteindre; par le fait qu'il a cru pouvoir se permettre tel ou tel acte à l'égard d'êtres de même nature que lui, ayant même destinée et mêmes droits, il ne peut évidemment trouver mauvais que semblable traitement lui soit infligé.

Aussi n'hésitons-nous pas à croire qu'il n'y a pas d'autre système pénal fondé en droit strict que celui de la réciprocité ³. C'est l'unique règle de la justice distributive en matière criminelle; tout le reste est ou arbitraire ou étranger à la notion de droit, notion qui est le principe suprême de la science des rapports juridiques, de l'action et de la réaction égalitaires entre les hommes.

Cette opinion est loin d'être abandonnée : les esprits éminents qui ont réfléchi sur cette grave question, tout en reconnaissant soit des difficultés, quelquefois même des impossibilités physiques ou morales dans l'application, soit encore la

¹ Déjà plusieurs philosophes de l'antiquité s'en étaient aperçus. — Voir Gaius, II, 20, § 36.

² *Principes métaphys. de la mor.*, de notre trad., p. 27.

³ Ce qui ne veut point dire du tout que la société soit obligée de l'appliquer, mais seulement qu'elle est tenue de le respecter en ne le dépassant jamais. Observation très importante.

convenance, l'utilité de se relâcher plus ou moins de la sévérité du droit, utilité et convenance qui sont en harmonie avec la douceur des mœurs modernes; ces hommes reconnaissent néanmoins que la raison et la base de la peine sont dans le grand principe de l'égalité. Sans parler des lois de Moïse ¹, de Solon, de la loi des Douze Tables et d'autres grandes institutions qui semblent avoir admis le talion absolu avec plus ou moins de rigueur, nous ferons seulement remarquer que les pythagoriciens, suivant Aristote ², qu'Aristote lui-même ³, Bodin ⁴, Montesquieu ⁵, Genovesi ⁶, Kant ⁷, Beck ⁸, Rotteck ⁹, Hegel ¹⁰, Bentham ¹¹, Rossi ¹², et bien d'autres qu'on pourrait citer encore ¹³ sont plus ou moins prononcés en faveur d'une

¹ Si l'Evangile a rejeté le talion, ce n'est ni en droit ni d'une manière absolue. Ce n'est pas en droit d'abord, mais en morale et dans les relations d'homme à homme. (MATTH., v, 38; — Apoc., xxi, 27; xxii, 12.)

² *Morale*, v, 5.

³ *Ibid.*

⁴ *République*, vi.

⁵ *Esprit des Lois*, I, 1.

⁶ *Della Diteosina*, Venise, 1799 (ital.), liv. I, c. 19, § 6-11; II, 7, § 13-23.

⁷ *Principes métaph. du droit*, de notre trad., p. 199 et s.

⁸ *Principes de législation*, p. 781, 1806 (all.).

⁹ *Man. de droit nat.*, t. I, p. 257, Stuttg., 1839 (all.).

¹⁰ *OEuvr. comp.*, t. VIII, *Phil. du droit*, p. 141; et *Proped. phil.*, *OEuvr. comp.*, t. XVIII, p. 46 et 47 (all.).

¹¹ *Théorie des peines*, t. I, p. 59-72. Il est moins favorable au talion proprement dit qu'au talion analogique. (*Ibid.*, p. 73-77.)

¹² *Traité de droit pénal*, t. I, p. 280 et 281.

¹³ Qu'il me soit permis de rapporter seulement ces quelques lignes d'un de nos procureurs généraux les plus distingués :

« Si l'on veut que la peine soit en harmonie avec les délits et que le principe de l'égalité proportionnelle préside à la distribution de la justice pénale, si l'on veut exclure enfin des codes criminels l'arbitraire ou son image, il est nécessaire de se déterminer de près ou de loin sur une sorte de talion.

« Ce qu'il y a de blâmable dans ce système pénal, c'est de ne prendre en considération que l'acte extérieur, de négliger l'intention, de se tenir à la lettre du système plutôt que d'en suivre l'esprit. Ce qu'il y a d'admirable, au contraire, dans le talion, c'est qu'il a pour résultat de graver plus aisément la peine dans l'esprit des hommes, de frapper plus vivement leur imagination par la ressemblance du châtiment avec le caractère du délit, et de répondre par là à cette tendance de l'esprit nouveau vers l'analogie matérielle de la peine avec le délit, tendance qui eut jadis de grands et souvent aussi de funestes effets.

« Dans l'antiquité, les décemvirs romains, Moïse, Pythagore, Solon; dans

rétribution pénale qui ait sa raison et sa mesure dans le grand principe de l'égalité.

Sans doute cette égalité n'est pas toujours possible ; sans doute qu'elle serait souvent injuste ou immorale si elle était appliquée judaïquement, sans intelligence comme sans pudeur. Mais on aurait tort de penser que cette spiritualité dans la réciprocité entre le délit et la peine est une grande découverte de nos jours : les anciens avaient très bien compris déjà tout ce qu'il y aurait d'absurde, d'immoral, d'inique et de cruel à s'en tenir à une similitude rigoureuse¹, similitude souvent trompeuse et fautive. Ici encore on peut dire que l'égalité absolue et brutale serait une profonde inégalité ; qu'il y a des circonstances nombreuses à examiner, circonstances qui transforment souvent l'égalité absolue en égalité proportionnelle, égalité seule équitable parce qu'elle est alors la seule vraie. Il s'agit bien plus d'une certaine analogie entre le mal occasionné par le délinquant et celui qu'on lui fait essuyer à titre de peine, d'une certaine proportion entre le degré de l'un et celui de l'autre, que d'une ressemblance et d'une égalité rigoureuse². Cette similitude serait le côté judaïque du talion, côté absurde, littéral et pharisaïque, qu'on ne saurait trop condamner. On peut voir sur cette question les raisons péremptoires de Kant, raisons que Hegel s'est borné à reproduire ; seulement, ce dernier philosophe a fait ressortir en outre la ressemblance et la différence qui existent entre la peine et la vengeance.

Rien donc de plus clair, de plus incontestable, de plus universellement senti et conçu que la vérité de cette proposition : Les actions d'un être raisonnable doivent se faire au nom d'un principe, et ce principe doit pouvoir être celui de tous les hommes placés dans les circonstances où se trouve l'agent. Sans cette réciprocité possible, on se mettrait en dehors de la loi commune, chacun en ferait une pour soi à sa manière ; on oublierait l'égalité humaine, on se placerait dans une société

les temps modernes, Kant, Bentham, Filangieri ont prescrit ou recommandé le talion soit comme principe général, soit comme s'adaptant très bien à quelques cas particuliers, et comme pouvant convenir, sous ce dernier rapport, aux peuples déjà parvenus à un haut degré de civilisation. » (M. CHASSAN, *Revue étr. et fr. de lég.*, t. X, p. 923 et s.)

¹ A.-GELL., *Nuits attiq.*, XX, 1, 14, s. 37. Cf. XVI, 10, 8.

² BODIN, *Rép.*, VI.

idéale dont on ferait soi-même la loi arbitrairement et partialement.

Il faut reconnaître, toutefois, que la réciprocité parfaite n'est qu'un idéal que Dieu seul peut réaliser parfaitement ; mais que la société n'est point tenue à faire régner la justice absolue, ou la justice pour la justice sur la terre ; elle n'a que le droit de se défendre par la peine dans la mesure de la justice ou en restant au-dessous de cette mesure. La peine est une sorte de dette dont le patient et la société sont les créanciers, dette que l'un et l'autre ont le droit de remettre, au moins en partie. La morale, l'intérêt public, la douceur des mœurs conseillent même cette remise.

La justice pénale n'est donc qu'une règle, une mesure et un moyen ; le but, c'est la conservation des individus et de la société. Cette manière d'envisager la peine n'est pas moins conforme à l'Écriture, qui fait dire à Dieu : « La vengeance m'appartient, et je vengerai, » qu'à la philosophie.

En résumé : nous parlons de la légitimité de la peine, ou du droit de punir ; il s'agit donc du droit de conservation par le moyen de la peine. Or le choix, comme la mesure de la peine, n'a de règle que dans le principe de réciprocité, principe qui est celui de la justice commutative en toutes choses, qui s'applique même à la justice distributive, puisque chacun ne devrait recevoir du prince ou de l'État qu'en raison de son mérite et de ses services ; principe qui domine par conséquent le droit criminel, le droit civil, le droit administratif et le droit public. Mais la nature des choses, l'impuissance de l'homme ou la morale ne permettent pas toujours que la peine soit de même nature précisément que la souffrance occasionnée par le délit ; ce qui rend la mesure de la peine plus difficile encore à déterminer. Il faut bien alors, pour avoir une règle, se rabattre sur des analogies plus ou moins éloignées de la similitude ; et si ces analogies elles-mêmes font défaut, recourir aux compensations. Mais on sent que plus on s'éloigne ainsi de la similitude, qui rend la comparaison facile entre le mal physique occasionné à titre de délit et celui qui peut être infligé à titre de peine, plus la mesure de la peine est difficile à déterminer, plus il faut de circonspection pour ne pas la dépasser, plus la peine perd de son caractère de justice absolue, plus il est nécessaire aussi de la laisser pour y substituer des

moyens de coercition et de coaction, c'est-à-dire des moyens de simple défense, sans but d'intimidation ni même de rétribution du mal physique pour le mal physique, ce qui constitue la vengeance dans la mesure du principe de réciprocité.

En deux mots : si la société n'a mission ni pouvoir de faire régner la justice absolue pour elle-même en matière criminelle, elle n'a pas le droit de punir; elle n'a que le droit de se conserver, elle et ses membres, par les moyens jugés nécessaires. Et comme le droit de défense, ainsi considéré, est indéfini, on comprend comment la société et les particuliers sont parfois excusables de se protéger par des moyens qui dépassent la mesure permise au point de vue de la pénalité. Mais, en général, plus une société est fortement constituée, plus la civilisation est avancée, plus les mœurs sont saines, plus aussi les lois pénales peuvent être douces, et rester dans leurs moyens de défense au-dessous du niveau que la justice pénale absolue semblerait exiger. C'est le contraire dans les sociétés où les mœurs sont dures, féroces ou relâchées; où l'autorité publique est faible : elles se croient souvent réduites, pour protéger efficacement la chose publique ou les particuliers, à recourir à des mesures excessives. Mais comme ces excès peuvent n'avoir leur raison que dans des terreurs imaginaires; comme ils ont souvent un effet contraire à celui qu'on veut obtenir, puisqu'ils exaltent les esprits et rendent encore les mœurs plus féroces; comme, d'une autre part, les peuples plus civilisés ne renonceront pas de sitôt à l'idée que les sociétés humaines ont droit et mission de faire régner la justice pénale, en un mot, de punir, il est bon de rappeler à tous que ce droit, ainsi que celui de la défense, ne peut justement ou utilement dépasser la mesure posée par le principe de réciprocité ¹.

¹ Cf. sur ce sujet : A.-J. VAN DEINSE, *De poena talionis ap. varias gentes præsertim ap. rom.*, L. Bat., 1822; SAINT-EDME, *Dict. de la pénalité*; FAUTHIER, *Livres sacrés de l'Orient*, p. 520; DUBOYS, *Histoire du droit criminel chez les peuples modernes*, p. 267 et pass.; DUMAS, *Mœurs et coutumes de l'Algérie*, p. 198.

§ VII.

Parallèle entre le système de l'expiation et celui de la réciprocité.

SOMMAIRE.

1. Ces deux systèmes sont en présence dans l'état actuel de la science.
2. Obscurité, danger, injustice et fausseté de l'un; clarté, utilité, justice et vérité de l'autre.
3. Caractère rationnel et scientifique de celui-ci; caractère mystique et sentimental de celui-là.
4. L'un négatif, limitatif; l'autre positif et indéfini.
5. L'un porte à la justice, l'autre au fanatisme.
6. L'un, malgré son apparente sévérité, laisse libre cours à l'indulgence; l'autre, dans son obscurité mystique, est impitoyable, ou porte à sacrifier la justice à la superstition.
7. Etc.

Nous venons de faire connaître séparément chacun de ces deux systèmes, les deux qui semblent se disputer aujourd'hui, dans l'esprit des hommes les plus compétents, l'autorité d'un principe en philosophie pénale. Il s'agit maintenant de les placer en regard l'un de l'autre, sous leurs principaux aspects, pour en mieux faire ressortir encore les différences, et mettre le lecteur à même de prononcer entre des opinions contraires.

Le principe de l'expiation, outre qu'il est plutôt moral que juridique, outre son caractère mystique, est loin d'être d'une parfaite évidence : il prête à des objections très sérieuses en ne le considérant même que sous son aspect le plus naturel, c'est-à-dire sous le point de vue de la justice absolue, de l'ordre moral, ou par rapport à Dieu. Nous avons vu qu'il s'obscurcit au point même de devenir peu concevable de la part d'un être tout puissant et tout bon.

Le principe de la réciprocité, au contraire, est exempt de toute difficulté théologique; il ne concerne que les rapports d'homme à homme, rapports qui sont déterminés d'après le fait certain de l'identité de la nature humaine.

Ce principe en est donc véritablement un, tandis que celui de l'expiation a besoin de preuves; on peut demander au

moins la preuve qu'il ne peut ni ne doit en avoir aucune, et qu'il est bien un principe véritable.

Qu'est-ce, au contraire, que la réciprocité, sinon l'égalité et la justice? Et la justice est-elle autre chose que l'égalité absolue ou proportionnelle, suivant les circonstances? Demander une preuve du principe de la réciprocité serait donc demander qu'on prouvât que la justice est juste.

De plus, ce principe est ce qu'il doit être pour une science d'idées pures, telle que la science du droit, pour une science véritable : il est, *a priori*, rationnel ; il est, comme nous l'avons déjà dit, *juridique*.

Il est de plus *négatif*, en ce sens qu'il n'impose pas la peine, comme le principe de la nécessité de l'expiation ; seulement il la *permet*. Il laisse donc la facilité de la remettre, de pardonner, de faire grâce. Il se concilie donc éminemment avec la morale.

Du reste, parce qu'il est négatif il a besoin, pour être appliqué, de motifs d'action qu'il domine, qu'il éclaire, qu'il contient. Ces motifs sont précisément tout ce qu'on a essayé, en divers temps, de donner comme principe du droit pénal, c'est-à-dire : 1° la défense directe ou la défense indirecte et préventive, par conséquent la sécurité d'individus déterminés ou de la société en général, et par suite encore l'exemplarité ; 2° l'amendement du coupable ; 3° sa mise hors du droit ; 4° la justice de la vengeance ; 5° la satisfaction de la conscience publique ; 6° celle de la justice absolue.

Mais l'action de ces motifs est circonscrite par notre principe, de telle façon que si l'on veut en tenir compte, comme on le doit, on ne dépassera point la limite de la justice, et qu'on aura la faculté de rester en-deçà pour être bien sûr de ne point la franchir.

On fera même bien, si l'on ne veut pas manquer à l'humanité, de ne pas infliger la peine, quoique à un degré au-dessous de ce que permettrait la justice absolue, si l'on n'a pas un intérêt matériel ou moral à le faire. De cette manière, l'intérêt à punir, ou le motif qu'on en pourrait avoir, se trouve subordonné à la juste réciprocité, en ce qui regarde l'existence, la nature et le *maximum* de la peine, tandis que l'exercice du droit de punir se trouve subordonné au motif intéressé qu'à son tour la société peut avoir de punir.

C'est ainsi que la défense directe ou indirecte, la sécurité particulière ou publique, l'exemplarité qui est destinée à l'assurer, seront toujours restreintes par la nature et la mesure du délit, par la stricte obligation de ne point dépasser le crime par la peine, quelque avantage qu'on pût en espérer, puisque autrement on sortirait de la réciprocité.

Jamais alors la justice pénale ne sera non plus sacrifiée à l'amendement du coupable ; elle pourra seulement s'exercer de manière à obtenir cette fin indirecte de la peine, sans, du reste, pouvoir recourir pour cet effet à des moyens réprouvés par la juste réciprocité, en un mot, par la justice.

Si le coupable est mis hors du droit, ce n'est qu'en apparence ; c'est, au contraire, le droit qui veut qu'il soit traité comme il a traité ses semblables. Mais à supposer encore qu'il soit mis hors du droit commun, ou plutôt qu'il soit laissé dans la position juridique qu'il s'est faite, il n'y sera maintenu que pour le cas et dans la mesure déterminée par son délit ou son crime.

La vengeance se trouvera également retenue dans de justes bornes ; et cette double justice, dans la matière et dans la limite de la peine, est la seule chose propre à satisfaire la conscience publique et à rétablir l'ordre juridique absolu.