

**REVUE**  
**DE LEGISLATION**  
**ET**  
**DE JURISPRUDENCE**

publiée,  
**SOUS LA DIRECTION DE M. L. WOLOWKI,**  
Avocat à la Cour royale de Paris,  
**PAR UNE RÉUNION**  
**DE MAGISTRATS, DE PROFESSEURS ET D'AVOCATS**  
**FRANÇAIS ET ÉTRANGERS.**

**TOME DEUXIÈME.**

**AVRIL — SEPTEMBRE 1835.**



**PARIS,**  
**BUREAU DE RÉDACTION, RUE DES BEAUX-ARTS, 9.**  
**1835.**

## ESQUISSE HISTORIQUE DES THÉORIES ALLEMANDES

*sur le fondement légal et le but de la punition.*

Nous ne pouvons assez féliciter la science de l'intérêt avec lequel les juriconsultes français étendent aujourd'hui leurs recherches philosophiques sur les bases du droit criminel, sur le fondement légal et le but de la punition.

Quand nous détruisons un homme moralement ou physiquement, cela mérite au moins la peine de nous demander par quelle raison nous agissons de la sorte, et de quel droit nous nous attribuons un aussi vaste pouvoir. Les opinions des juriconsultes français et anglais, sur ces questions, ont été exposées avec netteté par MM. Chauveau et Hélie, dans leur théorie du Code pénal (1). C'est dans l'intention de compléter en quelque sorte leurs recherches, que nous nous proposons de retracer brièvement les différentes théories développées à ce sujet, par les philosophes et les juriconsultes allemands.

On les divise ordinairement en théories absolues et théories relatives, selon que le droit de punir est justifié en lui-même, ou par le but que se propose le législateur.

**THÉORIES ABSOLUES.** — *Kant.* Kant et son école ont admis le principe absolu de la loi du talion (*Wiedervergeltungstheorie*). Cependant il ne faut pas prendre cette expression au pied de la lettre; car ce n'est pas la forme extérieure de la peine qui doit être tout-à-fait identique au mal commis par le coupable. L'application d'un pareil principe serait par trop ridicule, pour qu'on puisse l'attribuer de bonne foi au génie de Kant et à son école. Il re-

(1) Notre infortuné collaborateur Boitard, dont nous déplorons la perte prématurée, s'est occupé de l'examen de cet ouvrage remarquable.

garde plutôt le malfaiteur comme un être qui a rompu avec la société, et qui par conséquent s'est mis lui-même hors la loi. Pour lui faire recouvrer sa position sociale, on efface le mal qu'il a fait par le mal qu'il doit subir, et qui doit n'être que la réaction contre son premier acte. « Was du einem andern uebels thu'st, das thu'st du dir selbst an. » Le mal que tu fais à autrui retombe sur toi-même.

En vertu de ce principe, la punition, quoique identique d'après sa nature, doit être adaptée à l'individu et aux circonstances, dans sa forme et dans son application. — Il est facile de voir que cette théorie, quelque absolue qu'elle soit, revient toujours à l'existence d'un contrat social.

Lorsqu'on lui a objecté que le malfaiteur qui perd ses droits sociaux est assez puni, et que la société n'a d'autre droit que celui de repousser le membre qui a manqué de respect envers la loi, Fichte a combattu cet argument en disant qu'il est dans l'intérêt même du malfaiteur d'être puni, et que la société ne doit point perdre un de ses membres, qui peut lui être utile, après s'être réconcilié avec elle par l'expiation de son crime. Cette méthode de justifier la punition est tout-à-fait fictive; car un contrat n'est obligatoire que s'il a été consenti sans contrainte et en connaissance de cause.

C'était surtout commettre une erreur grave que de vouloir appliquer la théorie de Kant en Allemagne, où il n'y a ni contrat social, ni concours général de tous les citoyens à la confection de la loi.

Quant à l'intérêt prétendu que Fichte attribue au malfaiteur, à subir la punition, il faudrait, d'après le mot *contrat* même, lui demander au moins s'il consent à rentrer dans la société.

*Henke.* Le sentiment du juste et de l'injuste est inné au cœur de l'homme. La société développe ce sentiment, et le sanctionne par les institutions publiques. Celui qui attaque

la loi doit nécessairement éprouver la réaction de celle-ci. Cette réaction, nécessaire, spontanée, et proportionnelle à l'action principale, n'est autre chose que l'effet pénal de la loi.

A cette théorie, trois objections principales :

1° Par rapport au principe, elle confond la justice absolue avec la teneur de la loi positive. Un principe n'a pas besoin de la main de l'homme pour exister; il ne demande ni menaces ni punition; il doit surtout mépriser d'employer la force pour se maintenir.

2° Par rapport à la loi spéciale, elle admet que la loi pénale est l'expression de la justice, c'est-à-dire elle suppose ce qu'elle aurait dû prouver. Une loi dictée par le souverain peut être utile à certains intérêts; mais pour cela elle n'est pas encore juste. Autrement, toutes les lois seraient justes, il n'y en aurait plus de bonnes ou de mauvaises.

3° Par rapport à l'individu, les sentimens et les idées sur ce qui est juste et injuste diffèrent selon les personnes, les mœurs et les circonstances; la théorie manque de base générale.

*Jarke.* Il ne peut point appartenir à l'homme de juger et de condamner son prochain; ce n'est qu'en vertu du mandat divin que le souverain maintient l'ordre dans l'état, et punit ceux qui méprisent les commandemens célestes.

Or la volonté de Dieu ne se manifeste pas seulement dans les lois de la nature; elle apparaît encore dans la société organisatrice des hommes.

C'est donc en vertu de cette volonté suprême, dont la loi n'est que l'expression, que la peine atteint le coupable.

Cette théorie ne diffère de la précédente qu'en ceci: elle pose un dieu en place d'un principe, un mandataire humain à la place d'une loi spéciale. C'est la théorie de Henke personifiée.

THÉORIES RELATIVES. — *Boehmer, Gmelin.* La plus po-

pulaire et la plus injuste de toutes les théories, dit Henke, est celle qui considère la punition comme un moyen d'inspirer l'horreur du crime. L'esprit vulgaire du peuple ne fait guère de différence entre le fondement légal et le but de la punition; et comme généralement les hommes pensent plutôt à ce qui est utile qu'à ce qui est juste, l'on comprend facilement que la théorie de l'intimidation (*Abschreckungstheorie*) soit la plus ancienne. Aujourd'hui les partisans de cette école ne sont plus nombreux en Allemagne. On ne pense plus qu'il soit permis de se servir de la personne du criminel pour effacer par l'exemple de ses tourmens, dans le reste des citoyens, les tentations illégales. Les philosophes et les jurisconsultes sont d'accord que l'homme ne doit plus être un instrument de la société; au contraire, il est au dessus de la société, et celle-ci n'est par rapport à lui qu'un moyen de lui assurer la liberté de sa personne et la sûreté de sa propriété. Mais que veulent les partisans de cette doctrine? Ils font usage de l'homme comme d'une chose qui leur appartient de droit; sans demander de quelle source découle cette prérogative, quel serait l'intérêt de la personne du criminel, ce que pourrait gagner la société en l'améliorant, et si contre le mal qu'on abhorre, et qu'on veut faire détester, il ne pourrait exister d'autre remède. On se sert de la personne du malfaiteur pour donner un spectacle barbare, qui peut souvent devenir dangereux.

Les sentimens de justice, de bonté et de vertu sont le résultat d'une faculté morale, qui ne se produit ni par l'horreur ni par l'intérêt. La punition n'a qu'un effet négatif; le législateur qui croit empêcher le mal par le mal, descend du point de vue élevé de la justice, pour se faire homme de parti; son intervention a le caractère de la vengeance; il irrite au lieu de convaincre; l'horreur de la punition remplace le respect pour la loi; une fois qu'on est sûr d'échapper au bras de ses bourreaux, il n'est plus de raison pour ne pas céder à ses tentations criminelles.

*De Feuerbach.* Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur. Renovari enim præterea non possunt, futura prohibentur. Seneca, de Ira, lib. I, cap. ult.

Cette théorie, partagée par Platon et beaucoup de juristes modernes, a été soutenue par M. de Feuerbach, le criminaliste le plus célèbre de l'Allemagne. Elle admet dans la nature humaine deux penchans : l'un qui pousse au mal, l'autre au bien. L'homme flotte ainsi entre l'avantage que lui procurerait la violation de la loi, et entre le mal qui suivrait l'exécution du projet criminel.

\* Dans cette lutte, le législateur doit intervenir, et repousser le désir malfaisant par la perspective d'une peine qui par conséquent doit être plus puissante que la tentation criminelle. De cette manière, la législation pénale opère une contrainte psychologique, et fait pencher la balance en faveur de l'ordre légal.

On a objecté contre cette théorie, qu'elle est affectée du vice commun à toutes les théories préventives. Veut-on empêcher d'autres personnes que le malfaiteur de répéter le même crime ; alors le malfaiteur n'est qu'un instrument dont on se sert pour effrayer les autres. A-t-on cru devoir empêcher le malfaiteur même de répéter son action illicite ; alors il ne faudrait plus le punir dans le cas où la récidive serait évidemment impossible.

En outre, cette théorie n'a pas de base générale ; car les penchans vers le bien et le mal étant de nature différente, de puissance inégale, selon les caractères et les inclinations des individus, il en résulte qu'il faudrait établir une pénalité particulière pour chaque individu, et combiner le supplice de façon que la peine fût toujours l'extrême opposé des penchans du malfaiteur. Ainsi personne ne peut prétendre que le désir de mal faire, et la crainte inspirée par la perspective du châtement, agissent au même degré dans tous les cas, dans toutes les circonstances, sur tous les individus.

Cependant le système de M. de Feuerbach a été adopté en Bavière, et le nouveau Code criminel est entièrement basé sur le projet de ce jurisconsulte.

Des notes ont été ajoutées au texte par un autre jurisconsulte très distingué, mort il y a quelques années à Munich, Goenner. Ces notes, qui ont force légale, dérogent très-souvent aux principes émis par M. de Feuerbach. Il faut ajouter que l'auteur a lui-même abandonné sa théorie, en mettant en avant plusieurs autres principes, parmi lesquels figure aussi la contrainte morale.

En attendant, la gradation des peines en Bavière est réglée sur la façon de sentir du jurisconsulte, et tel crime est d'autant plus sévèrement puni que la tentation de le commettre était plus grande chez M. de Feuerbach.

Les autres systèmes qui ont été professés avec plus ou moins de succès, ne s'appliquent pas tant à établir le droit de punir qu'à indiquer le but de la punition. Presque tous sont d'accord sur ce point, que la peine ne doit pas être une vengeance; mais les uns veulent défendre l'état, *Martin, Schulze*; les autres, restituer les droits violés, *Klein*; d'autres encore se proposent d'améliorer la personne du coupable, *Spangenberg, Helzer*; quelques philosophes seulement ont rejeté entièrement le droit de punir comme immoral et indigne d'une société civilisée, *Abicht, Krause*. Ces auteurs ont vivement protesté contre cette élasticité du droit commun, qui se plie toujours d'après la volonté de la majorité, en détruisant l'individualité pour conserver l'ensemble du corps politique. Selon eux, la justice absolue, c'est-à-dire le droit naturel, une fois admise, ne saurait recevoir aucune modification, quels que puissent être les circonstances, le nombre et la qualité des personnes qui l'invoquent. Ainsi les intérêts d'une individualité du côté de laquelle se trouvent le droit et la raison, ne doivent jamais être sacrifiés aux idées de la généralité.

D'un autre côté, ces auteurs admettent que l'homme ne pèche que parce qu'il est faible ou engagé dans l'erreur. Il faut donc s'occuper de son amélioration, et une semblable influence du corps politique sur l'individu ne mérite plus le nom de punition.

**SYSTÈMES MIXTES.** Les systèmes mixtes, dont les plus compliqués ont été développés par MM. Leyser et Welker, se proposent par l'application de la peine plusieurs buts à la fois. Ils dédommagent et vengent la personne de l'offensé, donnent satisfaction à la loi violée, etc., etc.

Si toutes les théories relatives sont chacune le résultat d'une sensation personnelle, ou l'expression d'un but purement politique, le mélange de toutes ces doctrines doit nécessairement augmenter l'incertitude et la confusion, dès qu'on en fera application dans une seule et même législation.

D'ailleurs, les théories mixtes n'ajoutent rien qui puisse justifier la punition; car la prétendue plus grande utilité n'est point le critérium du *juste*; autrement il n'y aurait plus de principes, mais seulement des intérêts; et le droit serait toujours du côté du plus grand nombre.

Il se présente à celui qui examine ces différentes théories, deux points de vue généraux: le point de vue moral et le point de vue social. Sous le premier rapport, les philosophes ont attaché beaucoup d'importance à la question de savoir si la volonté de l'homme est libre ou non.

Si la volonté de l'homme n'était pas libre, disent les uns, il ne faudrait point punir; les autres s'emparent de cet aveu, et prouvent par nombre d'exemples que la volonté de l'homme a été souvent enchaînée par des forces majeures.

Pour résoudre cette question d'une manière satisfaisante, il faut la présenter différemment. Elle se divise en plusieurs autres :



**Le pouvoir intellectuel de l'homme est-il absolu, ou est-il susceptible d'erreur ?**

Quelle influence exerce l'erreur sur le fond de nos résolutions ?

**Le vouloir de l'homme est-il absolu, ou est-il conditionné par une réflexion bonne ou mauvaise ? n'est-il point susceptible d'être affaibli ou fortifié ?**

L'action extérieure de la volonté, enfin, répond-elle toujours au fond de nos intentions ?

D'après cette division, il résulte que la volonté de l'homme n'est point une faculté tellement indépendante, qu'elle puisse être considérée comme un phénomène qu'il faut punir ou récompenser selon l'action qu'il exerce ; car la volonté est souvent bonne, mais l'intelligence ou l'effet qu'elle produit sont mauvais.

Personne encore n'a proposé de punir l'erreur ; on suppose que celui sur lequel elle agit est toujours de mauvaise foi. Ce n'est cependant pas la volonté qu'on frappe, c'est l'intelligence.

Les peines ne frappent ordinairement que les hommes faibles, des esprits égarés, des personnes qui agissent sous l'impression de quelque erreur ou de quelque passion contraire à l'idée qui pénètre la législation criminelle. L'homme qui connaît son véritable intérêt ne fera jamais le mal. Je suis loin de prétendre que l'intérêt bien entendu soit le seul mobile de nos penchans vertueux ; mais ce que je prétends, c'est que l'intérêt bien entendu de l'homme l'empêche de mal faire.

La source du mal est donc l'erreur ; si vous la pouvez enlever, vous n'avez plus besoin de punir.

Mais ici se présente la difficulté. Ce qui est vrai et juste en théorie, n'est pas toujours propre à recevoir son application. Dans la société politique nous avons des élémens intellectuels et des élémens matériels. Elle est minée et

agitée, cette société, par des êtres à passions, par des instincts, des désirs d'une nature animale. Il faut agir avec la matière sur la matière; vous avez beau prêcher sagesse et vertu à la cupidité, à la volupté, à l'ambition; elles ne vous écoutent point; les hommes dominés par de pareils sentimens troublent tous les jours l'ordre social; nous ne connaissons jusqu'aujourd'hui aucun moyen de garantir l'ordre légal, et de nous passer du droit de punition. Personne ne dispute au corps politique le droit d'établir une législation. La loi établie, il faut la faire respecter. Sans doute il y a d'autres moyens que le châtement, pour parvenir à ce but. Une société composée d'êtres entièrement raisonnables n'en aurait pas besoin pour faire respecter la loi commune. Mais puisque celles que nous connaissons, pour lesquelles nous voulons faire des lois, ne sont pas arrivées à ce point, il faut, malgré nous, maintenir un moyen de salut que *la nécessité seule justifie*.

Il résulte de ce dernier axiome que la loi pénale n'est qu'un moyen supplétoire, et qu'elle doit cesser si elle n'est point nécessaire. Quant au but de la peine, il n'est autre chose que l'anéantissement de la force criminelle qui s'est manifestée dans la volonté du malfaiteur.

Avant que cette volonté ne soit devenue patente par une action prévenue par la loi pénale, point de raison d'intervenir pour la société, *Nulla poena sine crimine*.

Si cette force a cessé d'exister, si la volonté criminelle est éteinte, alors point de raison pour prolonger des souffrances qui ne doivent blesser que l'ennemi de la société.

PISTON,  
*docteur en droit.*