

## § VIII.

Conclusion sur la nature et le but de la peine.

## SOMMAIRE.

1. En quoi consiste essentiellement la peine.
2. Sur quoi l'on est d'accord dans tout ce qui précède.
3. Il y a du vrai dans toutes les opinions sur ce point.
4. Preuve.
5. Une certaine douceur, plus utile dans les peines que l'extrême sévérité.
6. Fin morale compatible avec la fin juridique.
7. La qualité de la peine et son degré sont indiqués par la nature et la mesure du délit.
8. Si le coupable est puni parce qu'il a délinqué, et s'il peut l'être dans toute l'étendue de son crime, il ne l'est cependant pas nécessairement.
9. Formule du principe suprême et complet de la peine.
10. Résumé essentiel et qui achève d'élucider la question du fondement du droit de punir.

On n'est d'accord que sur une seule chose dans tout ce qui précède, à savoir, une souffrance à infliger au coupable. Mais dès qu'on se demande par quelle raison et pour quelle fin, on cesse de s'entendre : les uns veulent que ce soit par la raison seule qu'il y a eu délit ; d'autres seulement pour prévenir le délit, soit dans le coupable, soit dans ceux qui pourraient être exposés à la même tentation ; d'autres admettent ce double motif. On se divise de nouveau quand il est question de l'avenir. Pourquoi l'avenir ? Pourquoi le passé et l'avenir tout à la fois ?

Il faut même reconnaître qu'il y a du vrai dans toutes les opinions, puisqu'elles ont toutes une certaine raison d'être, soit dans nos instincts passionnés, soit dans notre conscience.

Ainsi, ceux qui veulent que la peine ait pour but de calmer le ressentiment de celui qui a souffert du délit se fondent sur la passion très réelle de la vengeance, passion qu'on a supposée jusque chez les morts. De là la coutume d'apaiser les mânes de ceux qui avaient injustement cessé de vivre.

La vengeance publique n'est ni moins réelle, ni moins impérieuse parfois.

Cette double satisfaction est si nécessaire, en général, que si elle n'avait pas lieu, le trouble, le désordre serait imminent. Chacun voudrait se venger de ses propres mains ; la conscience publique pourrait se soulever, et pour avoir ménagé le coupable on l'aurait livré à la fureur du peuple. L'intérêt privé du coupable, celui de l'ordre public exigent donc qu'une certaine satisfaction soit donnée au sentiment de la vengeance.

Il y a, de plus, dans l'homme qui n'a pas longtemps et profondément réfléchi sur la base de la peine, sur sa nature, sur son véritable caractère juridique et moral, ce sentiment vague, que le mal moral peut et doit être réparé par le mal physique : ce sentiment tient de fort près à celui de mérite et de démerite, qui pourrait bien avoir sa raison secrète, en partie dans la notion de justice en matière pénale, en partie dans le sentiment sympathique ou antipathique de la reconnaissance et de la vengeance. On nomme ce vague et sombre motif de la peine, expiation. La justice pénale le satisfait encore.

L'expiation a déjà quelque chose de plus pur, de moins personnel, de moins intéressé que la vengeance ; déjà elle s'élève du sentiment à l'idée, de la passion à la justice, à la moralité même, du subjectif à l'objectif, du relatif à l'absolu.

Elle prend à un très haut degré ce dernier caractère dans l'esprit de ceux qui croient entendre au fond de la conscience humaine la proclamation de la nécessité absolue du mal physique par suite du mal moral. Cette conviction donne naissance à un système sans miséricorde, où l'homme et ses misères disparaissent pour ne plus laisser apercevoir qu'une connexion nécessaire, impérieuse entre le délit et la peine. Elle s'exalte surtout jusqu'au fanatisme le plus impitoyable, le plus cruel, dans ceux qui font consister l'essence du mal dans une offense à la Divinité, et qui érigent le châtement en une sorte de culte obligé de la part des hommes, et surtout des pouvoirs politiques. Les lois pénales prennent alors un caractère théocratique, et deviennent terribles comme le mobile qui les inspire.

Il y a bien une connexion nécessaire entre le délit et le châtement ; mais ce n'est pas entre le mal moral et le mal physique, c'est entre le mal physique qui constitue le délit et le mal physique qui constitue la peine ; et encore cette connexion, pour juste qu'elle soit, n'est pas obligatoire. La société peut

rendre le mal pour le mal ; il n'y a rien là que de mérité, rien qui ne soit le *droit* de la société, le droit même de l'individu, un droit qui lui appartient immédiatement, et dont la société n'est que la dépositaire et la dispensatrice. Eh bien ! ce droit, comme tous les autres, l'individu et la société peuvent s'en désister ; ce droit, on peut en disposer, l'exercer, tout en le remettant à un degré quelconque.

Qu'y a-t-il donc là d'absolu ? Ce n'est pas la nécessité juridique de punir, comme on le croit dans le système précédent ; ce n'est pas, en d'autres termes, le *devoir*, mais le droit de punir, et le *mériter* d'être puni.

Qu'y a-t-il d'impératif ? Est-ce, comme on le pense encore dans le système qui précède, la punition même ? Non, mais la limite dans la peine : elle *doit* pas dépasser celle de la culpabilité ; elle *doit* donc y être proportionnée dès qu'on ne veut rien remettre de la peine. Punir au-delà de cette mesure, c'est atteindre un innocent dans un coupable.

Il est facile maintenant d'apercevoir l'illusion du système précédent. Mais l'erreur n'y est pas complète, puisqu'il y a réellement dans la peine quelque chose d'impératif et d'absolu. Ce système n'est donc pas entièrement faux, et se trouve encore à certains égards fondé en raison. Mais celui qui vient de nous occuper est complètement vrai, sans cependant répondre entièrement à toutes les fins qu'on peut légitimement se proposer en punissant.

Au nombre de ces fins il faut compter aussi l'intérêt public procuré par l'intimidation. La peine a naturellement pour effet d'empêcher les récidives et de contenir les malintentionnés. Mais il est évident que cet effet ne doit être recherché que par des moyens avoués de la justice, c'est-à-dire par la juste qualité et le juste degré de la peine.

La recherche de l'utilité dans la peine n'est donc pas moins subordonnée à la justice que l'expiation (qui est une sorte de vengeance abstraite ou absolue), que la vengeance publique ou privée.

Il faut remarquer, au surplus, que ce n'est pas la sévérité des peines qui adoucit les mœurs et rend les hommes meilleurs les uns envers les autres : la peine aigrit, indispose et révolte l'homme ; elle le rend insensible aux maux de son semblable, ennemi, jaloux du bonheur d'autrui, et par conséquent le

dispose à mal faire. Une douleur indéfinie en intensité et sans fin suffirait pour rendre celui qui l'endure essentiellement méchant ; mais cette méchanceté ne pourrait, sans un horrible cercle vicieux, motiver la sévérité et la continuité de la peine.

Depuis longtemps les philosophes avaient remarqué que la douceur vaut mieux que la sévérité ; ils avaient pu être conduits à ces réflexions par l'observation des animaux, des enfants, par celle de leurs dispositions personnelles, par la comparaison des mœurs et des législations. Sénèque a des lignes admirables sur ce sujet<sup>1</sup> ; Montesquien a remarqué, lui aussi, que la férocité des mœurs japonaises pourrait bien tenir à celle de la législation pénale de ce pays, et que le moyen de les adoucir serait de rendre les peines plus douces, loin de les aggraver.

Une autre raison qui milite en faveur de la douceur des peines, dans l'intérêt public comme dans celui du coupable, c'est que nous sommes portés à prendre en aversion tout ce qui a été l'occasion de nos souffrances, par conséquent la justice, les devoirs que nous avons transgressés : plus on dépasse la juste mesure en frappant le coupable, plus on l'endurcit, plus on le déprave.

Une statistique récente vient encore à l'appui de la même proposition. En Angleterre, la diminution du nombre des crimes a coïncidé avec celle de la sévérité des peines. Les condamnations à mort ont été de quatre-vingt-dix-sept en 1843, de cinquante-sept en 1844, et seulement de quarante-neuf en 1845 ; et cela malgré l'accroissement de la population, et sans

<sup>1</sup> « Transeamus ad alienas injurias : in quibus vindicandis hæc tria lex secuta est, quæ princeps quoque sequi debet : aut ut eum, quem punit, emendet ; aut ut pœna ejus ceteros meliores reddat ; aut ut sublatis malis securiores ceteri vivant. Ipsos facilius emendabis minore pœna : diligentius enim vivit, cui aliquid integri superest. Nemo dignitati perditæ parcat : impunitatis genus est, jam non habere pœnæ locum. Civitatis autem mores magis corrigit parcitas animadversionum : facit enim consuetudinem peccandi multitudo peccantium : et minus gravis nota est, quam turba damnatorum levat ; et severitas, quod maximum remedium habet, assiduitate amittit auctoritatem. Constituit bonos mores civitati princeps, et vitia eruit, si patiens eorum est, non tanquam probet, sed tanquam invitus, et cum magno tormento ad castigandum veniat. Verecundiam peccandi facit ipsa clementia regentis. Gravior multa pœna videtur, quæ a miti viro constituitur. » (De Clement., I, 22.)

que les lois relatives à la procédure criminelle, non plus que les lois pénales, aient été modifiées <sup>1</sup>.

L'amendement du coupable est une fin morale que la justice ne défend point de rechercher, et que commandent la morale et l'intérêt public. Mais il y aurait brutalité, inintelligence, injustice à vouloir l'obtenir par la peine, par la souffrance seule, plutôt que par la manière dont cette peine est infligée. C'est donc une grave erreur que celle d'un certain criminaliste allemand qui ne voit d'autre juste mesure dans la peine que sa suffisance même à faire naître l'amendement du coupable, et qui s'imagine que plus la peine est élevée plus elle est propre à produire cet effet. Et le moyen de savoir quand cet effet sera réellement produit ?

Concluons en disant, au contraire, que la qualité de la peine est indiquée par la nature du délit <sup>2</sup>; que le *maximum* de sa mesure est marqué par le degré du mal physique occasionné par le délit, et que la justice s'oppose absolument, quel que soit le profit qu'on pourrait s'en promettre, à ce qu'on dépasse cette mesure <sup>3</sup>.

Ainsi, le coupable est puni parce qu'il a délinqué; il ne l'est pas nécessairement, mais dans un intérêt public ou privé; il

<sup>1</sup> Le *Semeur* du 18 novembre 1846.

<sup>2</sup> Sauf à recourir à une peine analogue si la morale, l'intérêt public, la douceur des mœurs, etc., inspirent de l'éloignement pour une peine de même nature que le délit, ou la proscrivent. Toute souffrance est l'analogie d'une autre, mais à des degrés divers : rien donc n'empêche de s'élever sur cette échelle de l'analogie; seulement, plus l'analogie est faible, moins il est facile d'apprécier la juste coïncidence entre le délit et la peine, soit pour ne pas dépasser la juste mesure, soit pour rester au-dessous.

<sup>3</sup> On peut objecter à cela que si la juste proportion de la peine au délit doit se mesurer par son effet répressif et non par l'identité du degré, qu'une peine n'est suffisante qu'autant qu'elle surpasse l'attrait attaché au délit, que notre principe pourrait laisser la société sans défense suffisante. Mais cette raison n'est que spéieuse : 1° il est peu concevable que l'attrait du mal ne soit pas contenu par la menace d'une peine prochaine, certaine et bien proportionnée; 2° le mépris de cette peine, s'il était très commun, constituerait les malfaiteurs en état d'hostilité vis-à-vis de la société, et le droit de punir se trouverait converti en celui de se défendre. Or, celui-ci est toujours proportionné à la force de l'agression; 3° tant que les honnêtes gens sont de beaucoup les plus forts, ils doivent se contenter de punir, et s'abstenir de faire la guerre aux malfaiteurs, sauf à se tenir toujours en garde contre eux; 4° l'efficacité des peines prise pour leur mesure porte logiquement aux plus grands excès. Notre principe en garantit sans compromettre aucun droit; 5° enfin, c'est le principe de la justice.

ne peut l'être que suivant la mesure de son crime; et l'on peut, en infligeant toute la peine ou une partie de la peine méritée, rechercher l'amélioration du coupable. Mais alors on joint la morale au droit, de même qu'on y joint une considération d'utilité lorsqu'on recherche dans une peine, juste d'ailleurs, une garantie de sécurité.

Le principe suprême et complet du droit pénal serait donc complexe; il aurait sa *raison dans l'utilité* et sa *mesure dans la justice absolue*, qui ne permet pas de punir au-delà du démerite, quelque utilité qu'on pût se promettre de la peine.

Il y aurait, de plus, subordination réciproque entre la justice pénale et l'intérêt, en ce sens que l'intérêt serait soumis à la justice toutes les fois qu'il tendrait à exiger une peine qui dépasserait le degré absolument mérité; tandis que le droit de punir serait en même temps subordonné à l'intérêt physique ou moral, en ce sens qu'on ne devrait infliger une peine, d'ailleurs absolument juste, qu'autant qu'on aurait un avantage matériel ou moral à attendre de là.

Il faut bien se persuader, en effet, que l'homme n'a pas mission de punir pour punir, c'est-à-dire pour rétablir l'ordre moral troublé par le délit, pour faire régner la justice absolue, en appliquant au délinquant la loi qu'il fait aux autres à son égard par l'action dont il se rend coupable. Non; et quoiqu'il y ait là une justice en soi absolue, objective, à rétablir; quoique le droit de punir proprement dit ne soit que là, pas ailleurs; quoique le principe d'expiation ou de la prétendue réparation du mal moral par le mal physique ne soit, en comparaison de celui de la réciprocité, qu'un principe mystique, faux, absurde et fanatique, sans règle comme sans mesure; quoiqu'il semble que l'homme ait non seulement le droit mais encore le devoir de faire régner la justice, et toute espèce de justice, par respect pour la justice même : néanmoins, comme la justice envisagée de la sorte appartient à l'ordre absolu des choses, au bien ou à l'ordre moral en soi, et que l'homme n'a mission de faire régner cet ordre que dans sa personne individuelle et non dans la société; comme il lui est d'ailleurs impossible d'établir ce règne de la justice absolue d'une manière parfaite, attendu qu'il ne connaît pas assez les caractères moraux du délit, la nature et le degré de souffrance de celui qui en est lésé, qu'il ne possède pas les moyens les plus propres à opérer parfaitement la réciprocité par le choix

parfait de la nature et de la mesure de la peine ; le droit de punir qui lui reste n'est, à proprement parler, que le droit de calmer jusqu'à un certain point la souffrance qu'il endure par le délit, de rentrer dans le calme de la sécurité un instant troublé, et d'avoir pour l'avenir une certaine sûreté. La peine a donc *pour l'homme* sa raison dans cet intérêt ; raison subjective ; relative, mais indispensable, étrangère jusque là cependant à la nécessité morale absolue de réparer le désordre apporté par le délit dans le monde moral. Mais si la peine, telle que l'homme a le droit sinon le devoir de l'appliquer, a sa raison relative ou humaine dans l'intérêt privé et public, elle a sa règle et sa mesure dans la justice absolue, justice que l'intérêt, un intérêt quelconque, n'a pas le droit de violer.

## § IX.

Importance de la détermination du principe précédent.

## SOMMAIRE.

1. Il n'y a que deux manières de juger, arbitrairement ou par principe.
2. Nécessité de juger par principe en droit, surtout en droit criminel.
3. Principes faux et principes vrais ; principes vagues, principes précis.
4. Nécessité des principes pour juger les législations, pour en apprécier la valeur absolue et la valeur relative, leurs progrès.

Il n'y a que deux manières de juger arbitrairement ou par principe. Le législateur est un premier juge qui détermine les délits et leur applique la peine qu'ils lui semblent mériter.

Mais quel épouvantable désordre, quel effrayant mépris pour la vie de l'homme, pour la justice, dans les recueils de droit pénal ! Comparez-les entre eux, et dites si l'arbitraire le plus déplorable ne semble pas avoir présidé à leur rédaction ? Ici, c'est la législation draconienne qui est remise en vigueur : la peine de mort y revient à tout propos. Là, c'est le fisc qui ne voit qu'amendes, confiscations, bénéfices à faire pour le trésor, et cela dans les fautes légères comme dans les plus grands crimes. Ailleurs, on dirait que le souverain a pris à tâche de faire languir et mourir dans d'horribles cachots tous les cou-

pables. Ailleurs encore, il n'est question que d'exil et de bannissement. En d'autres lieux, toutes les peines sont des supplices.

Il est plus facile, en effet, de se livrer aux mouvements de la vengeance que de les contenir ; de jeter hors du territoire tous les malfaiteurs, ou de les enfermer tous indistinctement, ou bien encore de les exterminer, que de s'appliquer scrupuleusement à reconnaître la nature et le degré de leurs fautes, et de les punir en conséquence.

Il y a un peu plus d'étude, mais une étude trop facile et qui peut avoir ses dangers, à généraliser tellement le délit qu'on n'y voie plus qu'un attentat contre la société, un abus de la liberté ; d'où l'on a conclu qu'il n'y a non plus qu'une seule peine légitime, la répression de la liberté, la détention<sup>1</sup>.

Mais dans ce système encore quel sera le mode de détention ? Quelle en sera la durée ? Questions graves, car si la manière de traiter les coupables devient digne d'envie pour les honnêtes gens pauvres ; s'il n'y a d'autre privation que celle de ne pouvoir sortir et d'abuser encore de sa liberté au préjudice de ses semblables, il est fort à craindre qu'un pareil système pénitentiaire ne devienne un encouragement au mal. Ajoute-t-on, au contraire, quelque autre peine à celle de la privation de la liberté, on sort alors du principe qu'on s'était posé, et il faut en chercher un autre, ou procéder arbitrairement.

De même, quant à la durée de la détention, il faudra bien se régler sur un principe quelconque qui ne pourra plus être celui de la privation de la liberté. Sera-ce celui du repentir du condamné, ou celui de son impuissance à retomber dans le mal ? Mais quand donc saura-t-on qu'il y a repentir ? Et ce repentir ne pourrait-il pas précéder la peine ? Si c'est l'impuissance de nuire, dans quels excès n'est-on pas menacé de tomber ? Tout à l'heure nous n'avions à redouter que l'erreur, maintenant c'est l'injustice. Et pourquoi cela ? Parce qu'on manque d'un principe de pénalité. Les énormes différences qui distinguent les diverses législations criminelles, l'arbitraire dont elles sont presque toutes entachées, tous ces vices n'ont pas d'autre raison que le défaut de principe, d'un principe vrai, du principe de justice uni à ceux de l'utilité et de la mansuétude.

<sup>1</sup> Ce mot est pris ici dans un sens générique.

Toutes ces considérations de doctrine auxquelles nous nous sommes livré jusqu'ici, celles là surtout par lesquelles nous venons de finir, nous ont paru indispensables dans l'intérêt même du travail historique et philosophique que nous nous proposons.

Comment, en effet, sans les éclaircissements qui précèdent, établir avec évidence la vérité des principes éternels qui régissent le droit pénal? Comment sans ces principes juger de la valeur absolue d'une législation criminelle, de sa vérité ou de sa fausseté, de la place qu'elle occupe sur l'échelle de la civilisation, de sa valeur par rapport à d'autres législations du même genre? Comment, en d'autres termes, apprécier l'esprit d'une loi, la sagesse ou le vice de sa disposition; l'origine d'instinct, de sentiment ou de raison de cet esprit, etc.? Comment, en un mot, juger, critiquer, et le faire sainement sans règles de critique et de jugement? Je n'insiste pas sur une vérité aussi palpable. Les faits déjà nous ont amplement donné raison; ils ne tarderont pas à justifier encore la marche que nous suivons.

## CHAPITRE II.

*Du droit de punir*<sup>1</sup>.

## SOMMAIRE.

1. Si l'homme a le droit de punir son semblable.
2. Dépendance de cette question.
3. Opinion des auteurs.
4. Malentendu dissipé.
5. Origine du pouvoir pénal. — Le droit de défense.
6. Le droit de défense ne doit pas être envisagé comme une délégation divine.
7. Le droit de punir n'appartient qu'à Dieu seul, et pourquoi.
8. Il n'y a aucune nécessité qu'il l'exerce par la main des hommes.
9. Il ne l'a pas voulu, puisqu'il leur a refusé les conditions indispensables pour le bien faire.
10. Dieu lui-même ne pourrait peut-être pas, sans blesser sa souveraine perfection, exercer le droit de punir tel qu'on l'entend généralement.
11. Ainsi entendu, le droit de punir est au moins très douteux; mais il convient de garder l'expression, sauf à l'interpréter par cette autre: droit de défense.
12. Résumé.

Cette question ne présente plus pour nous aucune difficulté.

On peut, il est vrai, soutenir avec une égale apparence de raison logique que l'homme a le droit de punir son semblable ou qu'il ne l'a pas, suivant l'idée vraie ou fausse qu'on se fait de la peine.

La question du droit de punir présuppose donc celle que nous venons de résoudre, et s'en trouve elle-même résolue.

En effet, demander si l'homme a le droit de punir c'est demander s'il a le droit de se défendre dans la mesure de la justice, ou bien encore s'il a le droit d'exercer la justice pénale quand il y est intéressé. La question ainsi posée n'est pas susceptible de deux solutions.

Cependant des auteurs ont soutenu que le droit de punir

<sup>1</sup> V. pour l'état de la science sur cette question un article de nous dans la *Revue de législation et de jurisprudence*, 1845, t. III, p. 221 et suiv. Cf. ROMAGNOSI, op. cit., t. I, p. 75-125.

n'appartient pas à l'homme, pas plus à l'homme collectif, à la société, qu'à l'homme individuel. Ainsi, Jarke soutient que ce n'est qu'en vertu d'un mandat du ciel que le souverain punit, qu'il exerce en général tous les droits suprêmes de l'Etat. Suivant cette théorie, déjà défendue par plusieurs philosophes français du XVIII<sup>e</sup> siècle, au moins dans la partie négative, et combattue par Portalis comme l'un des abus de cette philosophie<sup>1</sup>, la société n'aurait pas le droit de frapper le coupable.

Si l'on entend par peine un mal physique infligé sans but ou par la seule considération qu'il y a eu mal moral, sans doute la peine manquerait de raison suffisante. Elle en manquerait non seulement pour l'homme, mais encore, mais surtout pour Dieu, être absolument sage, et dont les actes doivent être parfaitement raisonnables.

La peine manquerait encore de raison pour Dieu et n'en aurait qu'une condamnable pour l'homme, si elle ne devait aboutir qu'à la satisfaction du besoin de se délecter dans les souffrances d'autrui, par suite du mal qu'on en a reçu; ce qui est proprement de la vengeance.

A quel titre donc le souverain pourrait-il punir comme mandataire du ciel, et qu'entend-on par un mandat de cette nature? Faut-il qu'il soit positif, visible? Mais alors, à moins de prodiges que le ciel ne fait pas, le souverain va se trouver désarmé, la société elle-même ne pourra plus avoir de chef, et la justice ne pourra plus être rendue.

Ce mandat doit-il, au contraire, n'avoir rien de prodigieux, ne doit-il émaner que du pouvoir sacerdotal? Mais quel est le pouvoir de cette espèce qui ait manifestement reçu du ciel la mission de faire et de défaire les rois, de régner indirectement par eux? Où sont ses titres incontestables, admis de tous? Le droit divin, disons-le, n'a de sens que dans les théocraties. Resterait à savoir si cette forme sociale est légitime, à quelles conditions, et si elle est la seule qui ait ce caractère.

Il y a un sens suivant lequel, cependant, le pouvoir est divin: c'est alors qu'il est fondé sur la nature des choses, c'est-à-dire lorsqu'il est l'expression de la volonté commune, qu'elle soit supposée en vertu même de la justice absolue de la mesure, et par

<sup>1</sup> De l'usage et de l'abus de l'esprit philosophique au XVIII<sup>e</sup> siècle, t. II, p. 389, surtout en faveur de la peine capitale.

conséquent non exprimée, ou qu'elle soit énoncée directement ou par représentation. Mais alors c'est employer un mot impropre, puisque nous ne connaissons la volonté divine en matière de justice que par la raison qui nous a été donnée en partage. Parler de mandat du ciel, c'est tout simplement parler de droit naturel, de droit absolument, ou tenir un langage dépourvu de sens ou de vérité; c'est, comme on l'a dit, mettre Dieu à la place d'un principe. Il paraît bien, au contraire, que Dieu a voulu mettre les principes à sa place ou s'en faire représenter.

« C'est au nom de ces principes, suffisamment établis dans ce qui précède, que nous croyons pouvoir dire avec vérité que l'homme n'a pas plus le *devoir de punir pour punir* qu'il n'a mission et moyens de maintenir l'ordre absolu du monde moral en vue du bien moral même; qu'il n'a pas non plus le droit de *punir pour punir* ou dans le but de rétablir l'ordre juridique encore, et par la seule considération de la nécessité morale ou en soi de cet ordre; mais qu'il a le droit de *punir pour se défendre* ou dans l'intérêt de sa conservation. La société, investie, au grand avantage de tous, de l'exercice de ce droit, voyant, d'ailleurs, dans la lésion éprouvée par l'un de ses membres un danger et une menace pour tous les autres, se préoccupe justement de l'avenir, et cherche à prévenir, par une peine juste d'ailleurs, le retour de l'injustice. Le droit de défense ne s'applique pas (seulement) à l'individu désarmé, arrêté, enchaîné et désormais impuissant; le droit de défense s'applique à l'avenir, il s'applique à l'intimidation, et quand la société frappe pour se défendre, c'est moins pour se défendre contre celui qu'elle frappe que pour se défendre contre le retour, contre le renouvellement des crimes qu'elle a proscrits et qu'elle a punis »<sup>1</sup>.

Nul ne conteste le droit de défense; le nier serait nier le droit d'être. Et comme on reconnaîtrait par là même le droit de vie et de mort à des hommes sur d'autres hommes, ce serait tout à la fois manquer à la justice et à la logique. Il demeure donc établi que le droit de punir, si l'on entend par là le droit de défense, existe, et même d'une existence nécessaire,

<sup>1</sup> BOITARD, *Leçons sur le Code pénal*, p. 66.

puisque sa négation aboutirait à une contradiction, c'est-à-dire à l'impossible.

Toute la difficulté est donc de savoir si le droit de punir, entendu dans le sens d'expiation, de rétribution du mal pour le mal, de moyen de correction ou d'amendement moral, est un droit pour l'homme, et si même c'est pour lui un devoir de l'exercer.

Or, tout en supposant qu'il y ait justice à faire à autrui le mal qu'on en a reçu, il y aurait là un problème d'une difficulté à peu près insoluble pour l'homme. On peut bien, sans doute, apprécier comparativement les choses matérielles de même espèce; c'est ainsi qu'une pièce de monnaie équivalant à une autre de même poids et de même titre, qu'un mètre d'étoffe d'une qualité donnée peut équivaloir encore à un autre, quoique ici déjà se présentent des nuances assez difficiles à saisir.

Mais les difficultés sont autrement grandes et embarrassantes si l'on compare non plus matière à matière, mais chaque matière susceptible d'être un objet de droit par rapport à un propriétaire ou à un autre; si l'on considère l'action coupable par rapport au degré d'intelligence, de liberté et de moralité de l'agent. Pour rendre exacte et bonne justice, il ne suffit pas de connaître plus ou moins parfaitement le corps du délit, la nature du mal commis: il faut en outre apprécier le degré de méchanceté qui a présidé à l'action, et le degré de souffrance qui en est résulté.

Or, nous mettons en fait qu'il n'y a pas d'homme, pas de tribunal au monde qui soit en état de porter sur un délit quelconque un jugement, revêtu de cette précision nécessaire. Bien plus, ni l'agent ni le patient eux-mêmes ne sont capables de se juger parfaitement à cet égard, chacun en ce qui le regarde personnellement; à plus forte raison ne pourront-ils être nettement jugés l'un par l'autre, ou tous les deux par des tiers.

Ainsi, à cet égard l'homme est absolument incapable de rendre bonne justice.

Encore supposons-nous que l'homme qui entreprendrait cette tâche redoutable fût aussi clairvoyant, aussi attentif, aussi ami de la justice qu'un mortel peut l'être. Que serait-ce, si les passions, les préjugés, la paresse, l'ignorance venaient à troubler encore un jugement d'ailleurs si difficile à porter!

Heureusement que c'est là un problème moral bien plus

qu'un problème juridique, et que le législateur, le prince, le juge, non seulement n'est pas obligé de le résoudre, qu'il n'en a pas la mission, mais qu'il serait bien plutôt tenu de s'en abstenir. Ne pouvant absolument point faire régner l'ordre moral pur dans les cœurs, il est de son devoir d'en laisser le soin à l'œil qui peut seul pénétrer un tel abîme, à la seule puissance capable d'y porter la main.

Que serait-ce, d'ailleurs, que cette rétribution du mal pour le mal, en supposant qu'elle fût possible à l'homme? Quel en serait le but? Nous voulons bien qu'elle soit juste; cela suffit-il pour qu'elle soit sage. Dieu est seul assez clairvoyant et assez puissant pour faire endurer à un coupable la juste mesure de souffrance que mérite sa méchanceté considérée par rapport à la souffrance occasionnée. Mais cette rétribution d'un mal physique pour un autre mal de même nature réparera-t-elle, peut-elle réparer le mal moral, la culpabilité? Peut-elle faire qu'elle n'ait pas été? Dieu lui-même ne saurait lui donner cette vertu. Elle ne détruit donc absolument en rien le mal moral du délit, elle ne l'efface en aucune manière; et si l'expiation était définie « la réparation du mal moral par le mal physique, » l'expiation serait absurde et impossible.

Entendra-t-on, au contraire, par expiation la réparation du mal physique de l'un par le mal physique de l'autre? Pas d'expiation possible encore en ce sens, puisque le mal physique occasionné par le délit n'en a pas moins été enduré, que le délinquant souffre ou ne souffre pas un mal égal. Seulement, la réparation civile, qu'il ne faut pas confondre avec la peine, pourrait seule opérer parfois un dédommagement plus ou moins suffisant. Mais la peine proprement dite ne peut absolument rien produire de semblable, à moins, toutefois, que le besoin et la satisfaction de la vengeance ne soient ici donnés comme la base du droit de punir, ce qui n'est sans doute point la pensée de ceux qui soutiennent l'existence d'un pareil droit.

Mais encore que ces sentiments passent être pris en très sérieuse considération, et qu'on pût définir l'expiation « le droit de la vengeance, » il s'ensuivrait qu'il suffirait d'aggraver tout délit par l'assassinat pour ôter toute raison de punir le coupable; il suffirait de combler le crime pour obtenir l'impunité; ou bien encore il suffirait, pour désarmer la justice, que la victime voulût pardonner au bourreau.

Enfin, si l'expiation est définie « un moyen physique de faire naître dans le coupable le repentir, le respect de la justice, la sympathie et l'amour de l'humanité, » en ce sens également l'homme n'a pas le droit de punir : 1° parce qu'il s'agit là d'un état moral interne qu'il n'a pas la mission d'établir, du moins au nom du droit; 2° parce qu'il ne connaît pas cet état; 3° parce qu'il ignore les moyens propres à le procurer; 4° parce qu'il s'interdirait l'application du principe de réciprocité dans le cas de crime capital, puisqu'il ne pourrait l'exercer, qu'il y eût ou qu'il n'y eût pas repentir : s'il y avait repentir, la peine serait inutile; s'il n'y avait pas repentir, il faudrait ne pas le rendre impossible en tuant le coupable; 5° parce qu'en tout cas le repentir rendrait la peine inutile, et, partant, injuste; 6° parce que l'hypocrisie surprendrait souvent la justice; 7° parce que la peine ne serait qu'une occasion de tromperie; 8° parce que si la peine n'était qu'un moyen d'amener le repentir, on aurait le droit de la prolonger ou de l'aggraver indéfiniment jusqu'à ce que l'effet fût obtenu; 9° parce que toutes les peines du monde, lors surtout qu'elles excèdent la culpabilité, sont des moyens fort peu sûrs de ramener à la résipiscence; elles peuvent retenir, mais non convertir.

Le changement moral du coupable ne peut donc être le but essentiel de la peine, ou, s'il l'est, c'est entre les mains de Dieu, qui seul peut savoir et faire ce qui convient à cet égard.

Mais Dieu ne pourrait-il pas déléguer aux hommes, aux souverains, le droit de punir? C'est ce qui s'est débité souvent et se débite encore. Nous serions de cet avis s'il daignait leur déléguer en même temps sa sagesse; autrement nous ne pouvons comprendre qu'il leur confère un droit qu'ils sont naturellement incapables d'exercer. Et la meilleure preuve donc, à nos yeux, qu'il a retenu pour lui seul le droit de punir, c'est qu'il a refusé aux hommes les lumières et la puissance nécessaires pour l'exercer justement et utilement. Cette impossibilité d'une pleine justice dans ce monde est même l'un des plus puissants arguments en faveur d'une vie future, si d'ailleurs on admet un Dieu saint et provident.

L'homme est même si éloigné de pouvoir punir, comme on entend vulgairement cette partie de la justice; il est si peu vrai qu'il ait reçu ce droit par délégation céleste, que Dieu lui-même ne pourrait l'exercer qu'autant qu'il ne répugnerait ni

à sa bonté, ni à sa sainteté suprême de faire endurer à une créature un mal physique sans autre résultat que cette souffrance même, motivée seulement sur une souffrance égale endurée par une autre créature à la suite de l'action punie. Nous reconnaissons que la justice absolue ne paraît point réclamer contre cette pénalité vengeresse, qu'elle semble même la réclamer; nous savons que la justice n'a pas besoin d'être utile pour être légitime, qu'elle est à elle-même sa propre raison d'être, qu'elle fait partie de l'ordre moral, de l'ordre du droit. Mais puisqu'au-dessus de l'ordre juridique, qui est purement négatif, il y a dans le monde moral encore un degré supérieur de perfection, celui d'un bien moral positif, pourquoi la peine, tout en rétablissant l'ordre négatif, tout en corrigeant le désordre, ne serait-elle pas un moyen pour un ordre meilleur, un acheminement au bien? Et si Dieu a l'intelligence et le pouvoir nécessaires pour ainsi faire sortir le bien du mal, pourquoi ne le ferait-il pas? Pourquoi laisserait-il aux hommes le droit de corrompre ses voies, de séparer les moyens de la fin, d'aggraver l'état moral du méchant en l'endurcissant par la peine?

Gardons-nous, toutefois, de tomber dans une vaine dispute de mots: puisqu'il est convenu d'appeler droit de punir le droit de se protéger, de se défendre, il serait pour le moins puéril de disputer à cet égard; mais pour ne point ou pour ne plus disputer, il est nécessaire de s'entendre.

En résumé: l'homme n'a pas mission de punir pour punir, c'est-à-dire pour rétablir l'ordre moral troublé par le délit, pour faire régner la justice absolue, en appliquant au délinquant la loi qu'il fait aux autres à son égard par l'action dont il se rend coupable. Non; et quoiqu'il y ait là une justice en soi, absolue, objective à rétablir; quoique le droit de punir proprement dit ne soit que là et pas ailleurs; quoique le principe d'expiation ou de la prétendue réparation du mal moral par le mal physique ne soit, en comparaison de celui de la réciprocité, qu'un mystique, faux, absurde et fanatique, sans règle comme sans mesure; quoiqu'il semble que l'homme ait non seulement le droit, mais encore le devoir de faire régner la justice, et toute espèce de justice, par respect pour la justice même, néanmoins, comme la justice envisagée de la sorte appartient à l'ordre absolu des choses, au bien ou à l'ordre moral en soi,

et que l'homme n'a mission de faire régner cet ordre que dans sa personne individuelle et non dans la société; comme il lui est d'ailleurs impossible d'établir ce règne de la justice absolue d'une manière parfaite, attendu qu'il ne connaît pas assez les caractères moraux du délit, la nature et le degré de souffrance de celui qui en est lésé, qu'il ne possède pas les moyens les plus propres à opérer parfaitement la réciprocité par le choix parfait de la nature et de la mesure de la peine; le droit de punir qui lui reste n'est, à proprement parler, que le droit d'adoucir jusqu'à un certain point la souffrance qu'il endure par le délit, de rentrer dans le calme d'une sécurité un instant troublée, et d'avoir pour l'avenir une certaine sûreté. La peine a donc, pour l'homme, sa raison dans cet intérêt; raison subjective, relative, mais indispensable, étrangère jusque là cependant à la nécessité morale absolue de réparer le désordre apporté par le délit dans le monde moral. Mais si la peine, telle que l'homme a le droit, sinon le devoir de l'appliquer, a sa raison relative ou humaine dans l'intérêt privé et public, elle a sa règle et sa mesure dans la justice absolue, justice que l'intérêt, un intérêt quelconque, n'a pas le droit de violer<sup>1</sup>.

### CHAPITRE III.

#### *Qui peut légitimement punir.*

#### SOMMAIRE.

1. Dans l'état dit de nature.
2. Droit de réciprocité.
3. Qui doit l'exercer.

Dans l'état d'isolement, qu'on appelle d'ordinaire état de nature, l'homme, a-t-on dit, a bien le droit de se défendre, mais il n'a pas celui de punir. Il peut encore aider son semblable à repousser une injuste agression, mais il ne peut l'aider à châtier l'agresseur.

La peine suppose un supérieur qui l'inflige et un inférieur

<sup>1</sup> Cf. entre autres ouvrages sur le droit de punir en général, F.-J. GOEBEL, *De legitima sui defensione*.

qui la reçoive. Il n'y a donc pas de peine légitime entre égaux, c'est-à-dire en dehors de la société, entre sauvages; entre les nations. Locke, Grotius, Barbeirac, Filangieri, Burlamaqui, Vattel, Rotteck ont, au contraire, soutenu que l'individu, lui aussi, a le droit de punir quand la société ne peut pas le faire pour lui; que la société n'est investie d'aucun droit qui, sous une forme ou sous une autre, n'appartienne déjà aux individus. Qu'est-ce, d'ailleurs, que la peine, sinon le droit de défense préventive subordonné à un délit antérieur, et exercé dans les limites de la justice? Mais répondons à chacune des raisons exposées plus haut contre le droit de punir comme nous l'entendons.

1° Il est certain d'abord que le droit de réciprocité en matière de mal physique volontairement occasionné n'est qu'un autre nom donné à l'équité. Dire que le droit de punir n'appartient à personne individuellement, serait donc dire que l'équité n'est pas l'équité ou qu'un droit n'est pas un droit.

2° Lorsqu'il s'agit de savoir qui doit l'exercer, de l'individu ou de la société, la difficulté n'est pas grande encore, car on aperçoit plus d'une excellente raison pour que la société en soit exclusivement investie lorsqu'elle peut l'être utilement.

La peine est mieux choisie, et appliquée dans une plus juste mesure.

Elle est plus sûrement infligée en général, puisqu'aucun coupable n'est assez fort vis-à-vis de tous pour espérer facilement l'impunité.

Le ressentiment du condamné ou de la famille contre la société est nul en comparaison de ce qu'il pourrait être contre un individu.

Si le particulier était chargé du soin de punir son ennemi, beaucoup de délits et de crimes resteraient nécessairement impunis, à défaut d'une force suffisante de la part de l'offensé. Le meurtre le plus habilement prémédité, surtout, pourrait échapper aisément à la juste peine qu'il mérite.

Si l'homme faible était obligé de recourir à la ruse pour se venger de l'homme fort, les relations sociales deviendraient très dangereuses. Il en serait de même si l'on reconnaissait aux proches, aux amis de l'offensé, à tous ceux qui pourraient s'intéresser à lui, le droit de l'aider à châtier le coupable: on sèmerait ainsi la défiance et la haine, pour recueillir des meur-

tres sans fin. La société serait menacée de retomber promptement dans la dissolution la plus complète.

Mais est-ce donc que l'homme dans l'état de nature, c'est-à-dire considéré, par rapport à son semblable, comme homme purement et simplement, et non comme citoyen, n'a pas le droit de punir celui qui l'offense grièvement, alors surtout qu'il ne peut recourir à aucune force publique pour rétablir au moins par la réparation civile l'égalité juridique entre lui et son ennemi? Nous ne le pensons pas<sup>1</sup>, car tout individu a le droit de faire une action qui ne sort point des limites de la justice, quand, en agissant de la sorte, il n'apporte aucun trouble à l'ordre social, ce qui n'est pas à craindre dans l'état de nature.

Il y a plus : l'individu est intéressé, et légitimement intéressé, non seulement à se défendre, mais encore à se garantir par une juste intimidation, résultat de la peine, contre toute attaque future. Il a le droit de *corriger* son agresseur de manière à lui ôter la volonté de commettre une nouvelle injustice à son égard ou même à l'égard d'autres hommes.

Nous pensons donc, en résumé, que le droit de punir, en considérant la peine par son côté préventif et la subordonnant toujours à la justice absolue et même à l'intérêt actuel, si cet intérêt n'exige pas plus que le droit n'accorde; nous pensons que le droit de punir appartient à l'offensé dans l'état de nature; qu'il peut même être exercé dans cet état par tout homme qui éprouve un mouvement de sympathie pour un de ses semblables injustement maltraité. C'est là ce que le peuple appelle très bien *donner une correction*. Pourvu qu'elle soit méritée, il s'inquiète assez peu de la main qui l'inflige, même dans l'état social.

Il n'est donc pas nécessaire d'une nécessité *absolue* (mais seulement d'une nécessité relative, ou dans une société toute constituée seulement), que la peine parte d'un supérieur. L'essen-

<sup>1</sup> Et nous sommes en cela de l'avis de Platon, avis qui est aussi celui de plusieurs modernes déjà cités. Voir de plus : CUMBERLAND, *De legib. natur. disquis.*, Lond., 1672, I, 26; — SELDEN, *De jure naturæ et gentium juxta disciplinam Hebræorum*, IV, 8, où il est parlé du *jus zelatorum* chez les Juifs; — du même, *De jure zelator.*, dans les *Otia theolog.*, IV, p. 604; — BUDD., *Dissert. de jure zelat., in gente Hebr.*; — du même, *Théol. mor.*, II, 4, § 6.

tiel c'est, répétons-le, qu'elle soit méritée et qu'elle ne dépasse pas la justice.

C'est pour obtenir plus sûrement ces garanties et quelques autres encore dont nous avons parlé plus haut, que tout le monde s'accorde à dire que l'exercice du droit de punir doit être abandonné au souverain dans l'état social.

Mais comment s'opère cet abandon? Est-ce par un contrat social réel ou fictif, par un contrat proprement dit, ou par un quasi-contrat?

Un traditionaliste, un partisan de la théocratie répondrait que c'est un effet de l'institution divine.

Un sensualiste dirait que c'est en vertu d'un contrat ou d'un quasi-contrat.

Un rationaliste, que c'est une conséquence nécessaire de la souveraineté, une de ses attributions essentielles. Le souverain étant institué (peu importe ici la question du *comment*) pour le maintien de l'ordre social, pour servir d'unité, de lien et de principe de vie au corps politique, il est impossible, en effet, que la partie disciplinaire de police et de droit criminel ne lui revienne pas. Il voudrait s'en dessaisir qu'il ne le pourrait pas logiquement : pour se décharger d'un devoir aussi sacré, pour renoncer à l'exercice d'un pareil droit, il n'aurait qu'un moyen, celui d'abdiquer.

En reconnaissant ainsi que le droit de punir est essentiellement inhérent à la souveraineté, on n'a plus besoin de répondre à la question : Comment des citoyens futurs qui se donnent un souverain peuvent-ils lui conférer le droit de punir, puisqu'ils n'ont pas celui de se punir eux-mêmes?

Filangieri répond, du reste, que chacun donne au souverain le droit de punir les autres quand il y est intéressé, et qu'ainsi chacun reconnaît la possibilité juridique d'être puni soi-même non pas à sa propre réquisition, comme si l'on se poursuivait soi-même pour délit, ce qui est absurde, mais à celle du plaignant ou de l'organe de la société.

Nous reviendrons sur ce point quand nous traiterons de la peine de mort.

## CHAPITRE IV.

*Ce que la peine a été dans les différentes phases successives du droit criminel.*

## SOMMAIRE.

1. Importance de la question. — Elle comprend à elle seule la question du progrès de la civilisation par le progrès du droit criminel.
2. Cinq grandes périodes dans l'histoire de ce droit.
3. Ces périodes ont leur transition, comme tout ce qui est continuité ou transformation insensible.
4. Comparaisons et réflexions à ce sujet.
5. Ces périodes forment réellement progression.
6. Elles correspondent très bien aux grands traits caractéristiques de cinq phases de la civilisation.

Cette question est de la plus haute importance pour la solution du problème général de la marche de la civilisation, marquée par la marche du droit criminel. Bien résolue, elle ne laisse aucun doute sur le progrès constant de l'humanité dans l'une de ses manifestations les plus nobles et les plus importantes.

Or, l'histoire impartiale et large du droit criminel fait apercevoir clairement à l'observateur attentif et judicieux cinq grandes phases dans la manière dont les hommes ont conçu le rapport des délits et des peines.

La première est le règne exclusif de la vengeance.

La seconde est marquée par une justice aveugle et sévère : c'est la période du talion.

Dans la troisième, cette justice rigoureuse est tempérée par l'intérêt : c'est la période de la composition.

La quatrième, animée d'un esprit de justice plus éclairé que dans la seconde, moins intéressée que dans la troisième, reçoit son caractère de l'analogie et de la proportion.

Dans la cinquième, enfin, période qui est à son aurore, les législateurs, plus pénétrés de leurs misères mutuelles, plus accessibles à l'indulgence, à l'humanité, tempèrent fortement la justice par la charité, et sont portés à ne voir dans le crime qu'une maladie morale qu'il faut guérir par la séquestration et le régime.

Ces cinq périodes, très distinctes dans leur essence, se tiennent cependant entre elles au point de former une progression continue : point de lacune, point de révolution trop profonde dans un temps donné. Au contraire, la première dure encore que la seconde a déjà commencé ; quand celle-là finira, celle-ci frappera seule les regards de l'observateur qui s'en tient aux faits principaux et caractéristiques. Mais un coup d'œil non moins vaste et plus perçant saura distinguer encore les traces vivantes d'un premier régime et les germes animés d'une ère nouvelle. Ce grand jour, ce jour mobile aura, dans tous les instants de sa course, son crépuscule et son aurore. Il suffira, pour contempler ce phénomène à trois moments, de le prendre d'assez haut pour en saisir tout l'horizon. C'est ainsi qu'à chaque instant de la révolution de notre globe un point de sa surface entre dans les ténèbres quand un autre arrive à la lumière, et qu'un troisième point, qui sépare les deux premiers à distances égales, est illuminé de la plus vive clarté.

Mais laissons ce langage qui ne nous est point familier, et revenons au style limpide et pur de la science, le seul sage, le seul juste et vraiment lumineux pour les esprits exercés à une pensée nette, ferme et sévère. Les images, qui frappent et illuminent pour ainsi dire les intelligences vulgaires et charnelles, offusquent les esprits plus habitués à concevoir et à juger qu'à voir et à sentir. Les clartés vives, étincelantes du style figuré, qui charment l'imagination de l'homme plus habitué au langage des sens qu'à celui de la raison et de l'abstraction, ne sont qu'obscurités, ténèbres et difficultés pour la raison vigoureuse et pure, habituée à ne se nourrir que d'idées. J'aimerais cependant à prouver le progrès de la civilisation par le dégagement successif de la pensée, par son épuration, sa spiritualisation de plus en plus grande ; par l'abandon incessant de la parabole, de l'apologue, du symbolisme sous toutes ses formes ; par le délaissement de l'image pour l'idée, du mythe pour la réalité, de la figure pour la chose figurée, de la poésie pour la science, de l'imagination pour la raison, etc.

Mais tel n'est point mon objet. Cette observation prend même des dimensions condamnables par la logique et par le goût. Je tenais à la faire, beaucoup moins pour excuser ma manière que pour l'expliquer.

Il y a loin de ces réflexions aux cinq grandes périodes qui

marquent l'échelle du progrès parcouru par la législation criminelle. Il fallait bien dire pourtant comment les périodes, tout en se distinguant, coïncident; comment, successives, elles sont cependant contemporaines; comment, enfin, comparable aux deux moitiés d'un quadrilatère rectangle partagé par une diagonale, un système pénal s'affaiblit en raison directe de la force acquise par celui qui lui correspond.

Mais, encore une fois, laissons là les images et les comparaisons. Disons seulement, pour la justification de cette excursion en apparence si étrangère à notre sujet, qu'il serait facile de montrer que les progrès de la justice criminelle concordent avec ceux du langage comme expression de plus en plus abstraite, savante et pure de la pensée humaine; que l'époque de la vengeance est celle du langage le plus matériel, le plus strictement restreint aux objets sensibles, de ce langage où chaque mot a un sens pour ainsi dire visible ou tangible; que la période du talion commence à correspondre à celle où le terme propre prend une acception figurée pour exprimer avec des mots déjà reçus des idées d'un ordre supérieur, pour passer de l'idée de justesse physique à l'idée de justice, de l'idée de droit, de droiture physique, à l'idée de droit, de droiture morale, et ainsi de suite.

Je ne pense pas qu'il soit nécessaire d'établir que les cinq périodes qui se partagent l'histoire du droit criminel sont en progression l'une sur l'autre: on n'en peut pas plus douter, en effet, qu'on ne peut douter que la justice, même la plus brutale, ne soit supérieure à la fureur de la vengeance; que la faculté de se libérer d'une peine en se dessaisissant d'un objet matériel, ne soit un avantage sur la nécessité de subir des douleurs corporelles, la mutilation ou la mort; que l'appropriation équitable de la peine au délit ne l'emporte en dignité et en efficacité morale sur la vénalité de la peine; enfin, que l'humanité ne puisse tempérer convenablement la peine la plus juste, et la rendre beaucoup plus salutaire pour le patient et plus utile à la société.

On peut se demander quels rapports existent entre ces cinq périodes et le mouvement historique de l'humanité. Ces rapports nous semblent aussi vrais qu'ils sont simples. La vengeance correspond à l'état sauvage; le talion représente plus particulièrement l'antique civilisation de l'Orient, qui est en-

core une sorte de barbarie; la composition distingue surtout la civilisation germanique ou la barbarie occidentale; l'analogie et la proportion dans la peine, la justice systématique et savante, mais la justice seule, caractérise très sensiblement la civilisation gréco-romaine, principe de la civilisation moderne; enfin, la justice tempérée par la charité et par cette indulgence qui résulte d'une connaissance plus profonde de l'homme est le fruit de l'influence du christianisme et de la philosophie, du sentiment et de la réflexion modernes.

Nous n'avions d'abord point pensé à cette corrélation; la première série de caractères s'était présentée seule à notre esprit. Mais en voyant qu'elle correspondait dans toutes ses parties aux grands traits qui forment la physionomie de l'histoire universelle de l'humanité, nous nous sommes encore confirmé dans la persuasion que nous avons rencontré juste dans la détermination des caractères constitutifs du progrès en droit criminel.

### § I.

#### Première période. — La vengeance.

#### SOMMAIRE.

1. Première manifestation de la justice criminelle : la vengeance.
2. Elle est même sanctionnée comme un droit par les premiers législateurs.
3. Elle est érigée en devoir par le sentiment de la famille, par l'opinion, par la loi de succession.
4. Vengeance du sang : Moïse, les Arabes, Mahomet, les Abyssiniens, les Circassiens, les Asiatiques en général, les Grecs, les anciens Russes, les Slaves en général, les Germains, les Alemans, les Saliens, les Francs, les Scandinaves, les Anglo-Normands.
5. Restriction du droit de vengeance; restriction dans le temps, dans l'espace, dans les espèces de délits : en Angleterre, en France, en Espagne, en Ecosse.
6. Peuples contemporains qui s'y trouvent encore soumis, même en Europe.

Quoiqu'on ait soutenu que l'individu n'a pas le droit de punir, que ce droit suppose un supérieur juridique, une société, un pouvoir civil ou domestique tout au moins, il est cependant

vrai de dire que l'humanité, si violemment portée à la vengeance, trouve dans cet acte une sorte de justice, qui est la justice pénale dans son expression primitive la plus spontanée et la plus grossière <sup>1</sup>.

Il y a plus, avant d'avoir été réprimée par le législateur, elle en a été réglée, protégée, reconnue comme un droit personnel d'abord, domestique ensuite, et civil enfin. Tel est le progrès.

L'individu a commencé par se venger sans la permission et sans l'appui de personne.

Il s'est vengé ensuite avec le secours des siens, de ses amis, de sa tribu.

La famille de celui qui a succombé sous les coups d'un meurtrier, héritière de son sang comme de ses biens, s'est crue héritière de son droit à la vengeance. Bien plus, la piété filiale en a fait un devoir, un devoir d'honneur, un devoir sacré.

Les premiers législateurs, impuissants à protéger et à punir, pénétrés de la justice du châtement, n'ont songé d'abord qu'à le favoriser. Ce n'est que plus tard, à la vue des excès commis au nom de ce droit, qu'ils ont voulu les réprimer; et cela encore dans la mesure suivant laquelle ils pouvaient eux-mêmes protéger la vie des citoyens ou punir les meurtriers. Plus ils étaient puissants pour prévenir ou punir les attentats contre les personnes, plus ils ont eu de droit à s'emparer de la vengeance privée, à la convertir en vengeance publique, jusqu'à ce qu'enfin la vengeance privée, cessant d'être un droit, un devoir même, soit devenue un délit.

La loi mosaïque suppose cette coutume et la décrit. Il s'en trouve déjà des traces du temps des patriarches <sup>2</sup>. Il était expressément défendu aux Hébreux d'accepter une rançon pour la vie du meurtrier <sup>3</sup>. A côté du peuple juif il faut mettre le peuple arabe, aussi immuable que lui, et qui a moins changé encore. Or, nous voyons que les poésies arabes les plus belles et les plus sublimes font l'éloge de la vengeance du sang; ce qui prouve combien elle était en honneur chez les peuples toujours anciens. Les moyens à employer sont laissés

<sup>1</sup> Ce droit a même été reconnu et sanctionné par des lois positives, par celle des Frisons, par exemple. — V. tit. II, *Sur les meurtres*; et l'addition de Vulemar, *Sur les vols*. — Cf. MONTESQ., *Esprit des Lois*, XXX, 19.

<sup>2</sup> *Genèse*, XIV, XXVII, XLV.

<sup>3</sup> *Nombr.*, XXXV, 31.

à la disposition du vengeur : toutes les ruses sont permises, jusqu'à l'assassinat le plus habilement prémédité <sup>1</sup>.

Si le meurtrier vient à succomber dans une autre occurrence, la vengeance s'attache à son plus proche parent, en sorte que la haine ne peut manquer d'objet, et qu'elle se transmet indéfiniment tant que les familles ennemies ne sont pas entièrement éteintes, ou l'une d'elles au moins <sup>2</sup>, car la vengeance coûte ordinairement la vie à celui qui l'exerce, et toujours ainsi <sup>3</sup>.

Mahomet n'a pas essayé d'abolir cet usage, mais seulement de l'adoucir. Il permet au meurtrier de faire grâce de la vie pour une peine pécuniaire <sup>4</sup>; ce qui se fait souvent chez les Perses. Cependant les Arabes-Bédouins n'acceptent presque jamais de rançon, dans la crainte de paraître avoir fourni au meurtrier l'occasion de son crime. Ils ne veulent pas non plus que le meurtrier soit frappé par le souverain; ils tiennent ordinairement à lui faire la guerre, à lui et à sa famille, et à frapper ceux d'entre eux qu'il leur plaît, le chef de la famille même, fût-il parfaitement innocent, et cela sous prétexte qu'il devait avoir les yeux ouverts sur la conduite de tous les membres qui la composent. Si cependant le meurtrier est retenu par le pouvoir public, il recouvre sa liberté moyennant une somme importante <sup>5</sup>.

La civilisation seule peut contenir au fond du cœur l'ardente passion de la vengeance. Partout où n'existent pas des lois justes et un pouvoir assez puissant pour les faire respecter, la vengeance se retrouve à des degrés divers. Il n'est pas nécessaire, pour la rencontrer, de remonter dans l'histoire des temps les plus anciens, ou de s'enfoncer dans les forêts encore vierges du Nouveau-Monde, ni de découvrir quelque une des îles de la mer du Sud qui aurait échappé jusqu'ici aux recherches des navigateurs et à l'action civilisatrice des missionnaires

<sup>1</sup> Cf. *Schol.*, TAURIZI, 16<sup>e</sup> poèm. dans les *excerpt. Hamas.*, édit. ALP. SCHULTEN.

<sup>2</sup> ARVIEUX, *Mœurs des Arabes-Béd.*, p. 45, n<sup>o</sup> 174 et s. — Cf. VOLNEY, *Voy. en Egypte etc.*, t. I, p. 363; *Biblioth. des voy.*, par SPRENGEL, continuée par ENRM. en allem., part. XIII<sup>e</sup>, 56, 603-604.

<sup>3</sup> V. l'*Histoire de Kais* dans TAURIZI, 16<sup>e</sup> poèm. etc., cité plus haut.

<sup>4</sup> *Coran*, II, 173-175, édit. HINCKELM, 179 ss. — DAUMAS, *Mœurs et coutumes de l'Algérie*, p. 181, 196-199, 303.

<sup>5</sup> NIEBUHR, *Beschreibung von Arabien*, p. 50 et s.

chrétiens. Mais il faut convenir que c'est surtout à l'origine des sociétés, ou parmi les peuples dont la civilisation semble être condamnée à une éternelle enfance, parmi ceux dont l'imagination et le sentiment ont plus d'ardeur que la raison n'a de lumières, et dont les mœurs grossières et féroces n'ont pu être polies et adoucies encore par la morale de l'Évangile; il faut convenir, disons-nous, que c'est là surtout que la vengeance se déploie le plus largement, et que, par conséquent, l'Asie et une partie de l'Afrique en sont encore le principal théâtre.

Chez les Perses musulmans, le meurtrier est d'abord saisi par l'autorité; les parents de la victime demandent qu'il leur soit remis: ce qui se fait, mais en rappelant les prescriptions mitigées du Coran. La partie offensée a le choix du traitement qu'elle fera subir au meurtrier; mais les proches et les amis de celui-ci, ainsi que le juge, s'efforcent de faire accepter une rançon: le juge y a son intérêt, parce qu'il y a une part. Le riche peut ainsi racheter sa vie; mais le pauvre devient le plus souvent victime de sa vengeance, parce qu'il ne peut offrir que peu de chose<sup>1</sup>.

Maintenant encore les Abyssiniens livrent le meurtrier au plus proche parent du mort, qui peut le punir à volonté. Parfois, cependant, le meurtrier rachète sa vie pour une somme d'argent, ou bien encore pour un nombre déterminé d'animaux domestiques<sup>2</sup>.

Jean Macron raconte que les Kookies, pareils aux peuples les plus sauvages, demandent et cèdent le sang pour le sang<sup>3</sup>.

La vengeance du sang règne encore dans tout le Caucase: elle est exercée chez les Ossètes avec une rigueur impitoyable. L'Ossète dont on a tué l'hôte ou le parent n'a plus de repos qu'il n'ait arraché la vie au meurtrier. Pour y parvenir, il n'est rien qui lui coûte. Aussitôt qu'il l'a tué, il se rend au tombeau de celui qu'il a vengé, et là il annonce à haute voix qu'il a donné la mort au meurtrier; puis, pour se soustraire à une terrible représaille, il abandonne le village et va chercher un refuge chez quelque peuple voisin. La vengeance du sang

<sup>1</sup> CHARDIN, *Voyage en Perse*, t. VI, p. 294, éd. Amst.

<sup>2</sup> LOBO, *Relat. hist. d'Abyss.*, Amst., 1728, p. 125 et s.

<sup>3</sup> *Account of the Kookies or Lunctas*, dans les *Asiat. research.*, t. VII, p. 189.

est héréditaire dans la famille; elle passe de père en fils; il est très rare qu'elle puisse se racheter. Seulement, il est d'usage de la suspendre de temps en temps au moyen de dons faits à la famille du défunt<sup>1</sup>.

Le Yakouse, dissimulé, querelleur, insociable, est surtout vindicatif: jamais il n'oublie une injure; si la vengeance lui a échappé pendant sa vie, c'est son fils ou l'un de ses proches parents qu'il charge à son lit de mort de le venger! Ce peuple a la passion de la chicane, et l'on voit les Yakouses saisir avec empressement la moindre occasion de satisfaire ce penchant. Non contents d'étourdir de leurs doléances tout voyageur auquel ils supposent quelque influence, ils entreprennent encore des voyages longs et dispendieux pour intenter des procès, souvent pour quelques centimes<sup>2</sup>.

Chez les Kourdes, chaque blessure est évaluée à un certain prix. Une dent brisée vaut un chameau; un bras cassé vaut deux chameaux. Un chien de berger tué est remplacé d'une façon assez singulière: on élève l'animal par la queue, et on jette de l'orge sur son corps jusqu'à ce qu'il soit entièrement recouvert; cette orge appartient au plaignant. Quand un homme a été tué, le meurtrier est livré aux parents de la victime, qui le mettent à mort ou s'accordent avec lui pour une somme nommée le prix du sang. Si personne ne se plaint d'un meurtre, il reste ordinairement impuni; ce sont les proches qui doivent en poursuivre et demander la réparation. Il est plus honorable cependant de se venger soi-même que de recourir aux tribunaux, et cette marche est plus spécialement suivie par les Kourdes. Quand un membre d'une famille a été tué, son plus proche parent se charge du soin de la vengeance. S'il est homme d'honneur comme on l'entend dans ce pays, il ne doit pas dormir avant de s'être défait du meurtrier; il doit veiller le jour et la nuit, guetter son adversaire, et prendre le sang pour le sang. Quand il a réussi, la famille du défunt doit à

<sup>1</sup> FAUGÈRE, *Cabinet de lecture*, 30 octobre 1837.

Mêmes usages chez les peuplades occidentales de l'Amérique du Nord. (SEET, mission., dans le journal de la *Propag. de la foi*, sept. 1839.) Il en est de même chez les Arabes et chez les sauvages de la Nouvelle-Hollande.

<sup>2</sup> *Voyage parmi les peuplades de la Russie asiatique et dans la mer Glaciale, entrepris par le gouvernement russe, et exécuté par MM. WRANGEL, MATOUCHINE et KOZMINE, officiers de la marine impér. russe; traduct. du prince ERIN. GALITZIN*, 2 vol. in-8°, Paris, 1843.

son tour le venger; de cette manière il n'y aurait aucun terme à ces querelles, si l'hospitalité ne servait à les apaiser. Un meurtrier n'a pour cela qu'à se rendre dans la tente du parent du défunt : s'il parvient à s'y établir sans être aperçu, s'il se met en son pouvoir sans autre condition, celui-ci est obligé de faire la paix avec lui et de lui donner un baiser sur le front comme marque d'une réconciliation que l'on cimenté encore davantage en prenant de l'eau et en mangeant des aliments dans la préparation desquels le sel est entré. Aussi, quand la vengeance doit être éclatante, quand il n'y a aucun accommodement à espérer, le Kourde offensé renverse sa tente, sa famille demeure en plein air, tandis que, la carabine en main, il erre dans les bois et sur les montagnes, demandant partout l'hospitalité <sup>1</sup>.

Chez les Circassiens et chez plusieurs autres peuplades du Caucase, le désir de la vengeance est si grand que tous les proches d'un meurtrier sont regardés comme coupables, et les inimitiés qui en résultent se propagent pendant plusieurs générations. On trouve néanmoins dans les conditions inférieures des exemples d'une liberté rendue pour une rançon appelée prix du sang; quelquefois aussi s'opère une réconciliation scellée par une alliance entre les deux familles <sup>2</sup>.

Les Druses sont inexorables sur l'article de la vengeance du sang <sup>3</sup>.

La vengeance peut être plus naturelle à certaines races qu'à d'autres; mais il est certain qu'elle est dans la nature humaine, que le besoin s'en fait sentir chez tous les hommes, et qu'elle ne cède qu'à la douceur des mœurs, à la civilisation, et, peut-être plus qu'à tout le reste, à une vengeance publique ou sociale, toujours plus sûre et moins dangereuse pour l'offensé, et plus juste pour le coupable.

Dans l'ancienne Grèce, à une époque où la société n'avait pas encore fait sienne la cause de chaque citoyen, les proches parents de celui qui était tombé sous les coups d'un assassin avaient seuls le droit de le venger <sup>4</sup>.

<sup>1</sup> FONTANIER, *Voy. en Orient*.

<sup>2</sup> PALLAS, *Voy.*, 1<sup>re</sup> part., p. 405; Cf. ROSENHULL, *Altes und Neues Morgenland*, II<sup>e</sup> part., p. 237.

<sup>3</sup> BURKHARDT, *Travel in Syria and the Holy Land*, Lond., 1822, p. 208.

<sup>4</sup> PAUSAN., *Grec. descript.*, l. I, p. 676, Leips., 1696. — La rançon était

Trouvait-on quelqu'un mort victime d'un attentat, les parents ensevelissaient le cadavre, et plaçaient sur la tombe une lance qui attestait leur intention de venger cette mort. Le crime retombait sur ceux qui, chargés de la vengeance ou de l'expiation, auraient refusé de remplir ce pieux devoir <sup>1</sup>.

Tacite dit des Germains en général que c'était chez eux une nécessité de faire siennes les inimitiés de son frère ou de quelqu'un de ses proches <sup>2</sup>. Ce principe a passé dans les lois des Germains du moyen âge avec la composition : car il est remarquable que les inimitiés de ces peuples du Nord n'étaient pas aussi implacables que celles des Orientaux, des Arabes par exemple. L'homicide même pouvait se racheter moyennant un certain nombre de pièces de gros ou de petit bétail, sans qu'il y eût plus rien à craindre de la part d'aucun membre de la famille du mort <sup>3</sup>.

Chez les Alemans, la vengeance se trouve tempérée encore par l'inviolabilité du domicile de l'assassin. Si la colère venait à franchir cette barrière, elle était punie de la peine pécuniaire réservée à l'homicide commis sans préméditation. Si la réflexion et le calcul présidaient à la vengeance du sang, la peine était une fois plus forte <sup>4</sup>.

Chez les Saliens, le droit de vengeance personnelle n'était pas autorisé pour les délits contre la propriété; il était réduit aux offenses contre les personnes; dans le plus grand nombre des cas même, il était converti en droit de poursuite judiciaire. L'offensé pouvait arrêter le coupable pris en flagrant délit, à la condition de le remettre entre les mains du juge. L'accusé était conduit au mal, où tous les ingénus, de quelque tribu qu'ils fussent, avaient droit d'assister <sup>5</sup>.

Il ne paraît pas que le droit de vengeance ait été circonscrit à ce point déjà chez les Francs du IX<sup>e</sup> siècle. C'était, chez eux aussi, une obligation imposée par l'opinion, de venger le sang; cependant admise très fréquemment. (*Ibid.*, IX, 628; XVIII, 498.) Cf. TUSIATY, et les Scol.

<sup>1</sup> DEMOSTH. *contr. Evergète*.

<sup>2</sup> *Germ.*, XI.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Leg. Alem.*, XLV, 1.

<sup>5</sup> PARDUSSUS, *Loi salique*, dissertat. 10<sup>e</sup>, p. 607. — L'accusé était jugé d'après une loi commune : la faculté de n'être jugé que d'après les lois de sa nation originaire n'avait lieu qu'en matière civile.

des siens. Le chroniqueur Aimoin raconte que « les fils d'un homme assassiné ayant mieux aimé vivre en paix que de poursuivre à outrance les meurtriers de leur père pour leur redemander son sang, furent condamnés, dans une assemblée générale des Francs, à perdre tous leurs biens patrimoniaux; selon les lois romaines, qui déclarent déchus de l'héritage paternel ceux qui n'ont pas voulu venger la mort de leur père »<sup>1</sup>.

Bien plus tard nous retrouvons encore en Allemagne l'habitude de la vengeance si invétérée, le droit du poing<sup>2</sup> (*Faustrecht*), comme ils appellent le droit du moyen âge, si fortement établi, que les lois et le pouvoir ne peuvent l'extirper. La voix de l'empereur n'était guère plus écoutée que celle du juge, qui ne l'était pas du tout. Les temps les plus calmes en apparence, ceux où les guerres extérieures ou civiles laissaient le pays en repos, étaient encore troublés par les guerres de voisinage, de seigneur à seigneur. L'état de guerre était, au reste, l'état naturel de ce temps-là. On ne savait, on ne voulait faire autre chose : on y mettait sa gloire, son bonheur, sa vie. C'était l'occupation, la profession noble par excellence; mais malheur au roturier, au paysan surtout, malgré ses exemptions de services militaires.

Le droit de représaille ou de vengeance éternisait les querelles. Ce droit put d'abord être exercé incontinent; le jour même de l'offense reçue; plus tard, il fallut annoncer le châtement réservé, au moins trois jours à l'avance. L'agresseur pouvait, dans l'intervalle, offrir satisfaction, et alors seulement il n'y avait plus lieu à le poursuivre par les armes.

Des coutumes analogues se rencontrent chez les peuples slaves.

Partout, dit Ewers, dans les premiers temps, était en vigueur la vengeance du sang; elle précède la cité; elle est la garantie de la sûreté personnelle, la terreur destinée à contenir la scélératesse. L'individu ne peut se protéger suffisamment par lui-même; les membres de la famille et les familles elles-mêmes s'unissent à cet effet. La vengeance devient un devoir sacré dont on se départ insensiblement dans la cité ou société

<sup>1</sup> AIMOIN, lib. IV, c. 28.

<sup>2</sup> BURCARDI GOTTHELPHI STRUVII *Historia juris* etc., VI, 36, p. 523, Ienæ, 1718.

civile, parce que la sécurité se trouve suffisamment garantie d'une autre manière. La *gens* ou souche (*Stamm*) y renonce d'abord, les proches ensuite, enfin les membres de la même famille; mais ceux-ci seulement pour une compensation pécuniaire.

En Russie, du temps de la grande princesse Olga (945-970), la vengeance du sang était vraisemblablement encore dans toute sa force; ce ne fut que cent ans plus tard qu'une loi en introduisit le rachat. La vengeance passait du père au fils. Celui-ci était le plus obligé et le plus autorisé à venger son père. La femme même, quand elle s'en croyait la force, prenait part à ce pieux devoir envers son mari. Cependant, d'après les relations héréditaires des sexes, la femme était affranchie de l'obligation de venger son époux; mais d'après le sentiment naturel à l'union et à l'amour conjugal, elle se tenait pour plus proche de son mari défunt qu'aucun autre parent. Olga eut deux mobiles également forts pour exercer la vengeance du sang : comme femme d'Igor et comme tutrice de son fils encore enfant, pour lequel elle agissait, et dont les droits et les devoirs devenaient les siens.

L'histoire de Jaropolk et d'Oleg (en 947), celles de Wladimir et de Ragwald (en 980), de Swiatopolk et de Jaroslaw (au X<sup>e</sup> siècle encore), prouvent que la vengeance du sang était en usage en Russie<sup>1</sup>.

Wladimir voulut tempérer la vengeance privée en punissant les homicides non pas de la peine de mort, mais du bannissement ou de l'esclavage.

Jaroslaw (1018-1054) porta la loi connue sous le nom de Prawda. Les dispositions en sont curieuses : elles ont été recueillies par Nestor le Chroniqueur, et reproduites par Schoelzer dans ses *Antiquités russes*. En voici quelques articles :

« Si un homme en tue un autre, le frère venge le frère, ou le fils le père, ou le père le fils, ou le fils du frère le fils de la sœur » (art. 1).

« S'il n'y a pas de vengeur, le meurtrier paie quarante grivnes<sup>2</sup> pour la tête, si le mort est un riche, ou un marchand.

<sup>1</sup> Ewers, *Das alteste Recht der Russen*, etc., Dorpat, 1836, p. 50 et s.

<sup>2</sup> Monnaie dont la valeur n'est pas bien connue. — V. la note d'Ewers.

ou un soldat, etc.; si c'est un isgoi, ou un esclave, alors qu'on paie dix griwnes pour lui » (art. 2).

« S'il y a blessure ou contusion, il n'est pas nécessaire qu'il y ait un témoin oculaire. Mais si le battu ne porte aucune marque des coups reçus, il faut un témoin; s'il n'en a pas, la plainte ne peut avoir de suite » (art. 3).

Au XVI<sup>e</sup> siècle, et peut-être plus tard encore, il était permis de livrer à la vengeance personnelle un bojard qui avait manqué de respect à un patriarche, et cela sans qu'il eût la faculté de se racheter <sup>1</sup>.

Chez tous les Slaves, avant les temps monarchiques, le sang payait le sang; c'était même un principe consacré par la religion. Ceux qui habitaient les bords de l'Elbe, ainsi que les Carnuthes, honoraient une divinité de la vengeance sous le nom de *Wet*, ou *Wit* <sup>2</sup>. Cet usage se conserva longtemps après l'établissement des monarchies. On n'en trouve plus que de faibles traces dans le droit polonais et dans le droit serbe: Ils stipulaient même dans leurs traités avec les étrangers que la vengeance serait interdite, excepté dans les cas prévus par la loi.

On permettait en particulier de tuer comme un chien, disait la *Prawda*, le voleur pris en flagrant délit.

Aujourd'hui même, chez quelques peuples qui habitent au-delà des monts Carpathes, et dont la civilisation est peu avancée, le droit de vengeance existe encore, et passe pour de la justice, pour une bonne action. Là, comme chez la plupart des peuples qui admettent une vengeance régulière et déjà tempérée par les lois, le talion devient un principe.

Quand le droit de vengeance personnelle eut fait place à d'autres idées, on distingua des crimes qui devaient être punis de mort, d'autres par la mutilation, d'autres pécuniairement.

Le Statut de Casimir tient compte de la condition des parties, et détermine en conséquence la somme de la peine; si le cou-

<sup>1</sup> MACIETOWSKI, *Slavische etc.*, p. 275-276.

<sup>2</sup> N'y aurait-il pas quelque filiation secrète d'idée entre cette divinité et la peine appelée *Wette* dans le droit germanique du moyen âge? « *Pœna dicebatur die Wette, et solius regis erat die hoechste Wette, pœna capitalis.* » dit STRAUVINS dans son *Historia juris*, p. 801. Il renvoie ensuite à la glose du *Landrecht*, lib. III, art. 53 et 63, ainsi qu'à Besold, pour les développements. — V. note, p. 802.

pable ne la paie pas, il a la tête tranchée. Les fermiers et les principaux bourgeois étaient passibles de ces peines <sup>1</sup>.

Les savants auteurs de l'*Encyclopédie* de Ersch et Gruber, auxquels nous avons fait plus d'un emprunt dans cet article, ne semblent pas suffisamment renseignés sur l'usage de la vengeance chez les peuples du nord-ouest de l'Europe, lorsqu'ils disent « qu'elle ne semble pas non plus avoir été inconnue des anciens peuples scandinaves; qu'il en est du moins fréquemment question dans leur Haga, et que les auteurs de ces traditions n'en auraient pas ainsi parlé si elle avait été étrangère aux mœurs du peuple » <sup>2</sup>. La vengeance, en effet, s'y est établie comme ailleurs. Et d'abord, ainsi qu'on l'observait chez les anciens Suédois, la vengeance du sang appartenait aux héritiers de la victime.

Mais ce n'est pas tout: sans remonter plus haut que le XIII<sup>e</sup> siècle, on trouve que les monuments législatifs de ce temps, jusqu'au XVI<sup>e</sup> siècle, tout en donnant pour motif des peines la sûreté publique, ne sont pas en parfaite harmonie avec ce principe; ils l'admettent en général avec le système des amendes, si insuffisant pour garantir la sûreté publique. Quoique la loi pose comme une règle des plus importantes le principe que nul ne doit se faire justice à soi-même, les vengeances privées ne s'en exercent pas moins pendant toute cette période, surtout dans les affaires de meurtre <sup>3</sup>.

Le droit subit cependant des améliorations partielles, dans les villes surtout, où la vie commune fait sentir plus vivement le besoin de lois régulières. Ces améliorations furent en partie le résultat des connaissances que les prêtres et les nobles rapportaient de l'étranger, particulièrement des Universités. Cela n'empêchait pas de dresser annuellement une liste de *Friedlosen* et de la lire en plein tribunal. Ces hommes, grands coupables sans doute, étaient livrés à la vengeance implacable de leurs ennemis, et ne devaient pas plus trouver asile dans les couvents que d'autres condamnés qui auraient eu moins à craindre.

Quelque temps avant et après l'établissement de la *Danshof*

<sup>1</sup> MACIETOWSKI, *Slavische etc.*, t. II, p. 126-133.

<sup>2</sup> J.-O. STERNHÖROEK, *De jure Suenor. et Goth. vetusto*, p. 349.

<sup>3</sup> KOLDERUP-ROSENVINGE'S *Grundriss etc.*, p. 219.

(Cour de justice du Danemark), Wahldemar IV punit la guerre privée comme *Obodemaal*<sup>1</sup>. Un édit du même roi l'interdit depuis la fête de saint Jean-Baptiste jusqu'à celle de saint Jacques<sup>2</sup>, c'est-à-dire depuis le 24 juin jusqu'au 25 juillet.

De 1522 à 1588, les désordres qui agitent le Danemark font sentir le besoin de lois plus sévères. Celles des villes sont étendues au reste du pays, pour quelques crimes du moins, tel que l'homicide, qui n'était puni d'une peine publique que dans certains cas. La guerre privée est dès lors fort empêchée. Elle n'est cependant pas complètement abolie, grâce au privilège laissé aux nobles de venger leurs querelles à main armée. Du reste, la législation pénale de cette période est remarquable en ce que, indépendamment de son but d'assurer la paix publique et d'empêcher les crimes, elle cherche encore à prévenir la colère de Dieu et la vengeance (*Strafgericht*) du peuple.

Dans la période suivante (de 1588 à 1683), la noblesse lutte encore contre l'exercice de la loi, et parvient, à condition de renoncer à la vengeance, à désarmer la justice publique déjà saisie de la plainte de meurtre : les lois de Christian IV laissent encore au roi et à son conseil la faculté de régler la peine pour les nobles. Ces lois défendent, entre autres choses, de se battre avec des armes à feu<sup>3</sup>.

Le duel ! n'est-ce pas encore là un reste de la vengeance personnelle ? Seulement on prévient son adversaire qu'il ne sera pas frappé sans qu'il s'en doute ; mais aussi le duel a cela de plus barbare que l'ancienne vengeance du sang, qu'on peut arracher la vie à son ennemi pour une bagatelle, et que l'offense peut y laisser la sienne tout aussi bien que l'offensé. Double absurdité de plus. Nous y reviendrons.

En Angleterre, la vengeance du sang était consacrée par la loi. Indépendamment de l'accusation publique, le plus proche parent du mort avait une action en poursuite par appel, pour

<sup>1</sup> Même sens que *friedlos, vogelfrei*, c'est-à-dire proscrit, dont on a mis la tête prix, auquel la faveur de la composition est refusée ; ce qui rappelle l'*implacabile* de Tacite. — Loi de Wahldemar IV.

<sup>2</sup> KOLBERG, etc., *ibid.*, p. 223.

<sup>3</sup> KOLBERG, *Grundriss* etc., p. 389, 326. Quoique Andrée Sunesen donne déjà, dans la seconde période du droit danois (1020-1240), pour but aux peines la répression des crimes commis et la *prévention* des crimes possibles, elles ne sont encore dans cette période qu'une métamorphose de la guerre privée. (*Ibid.*, p. 118.)

faire révoquer une sentence qui aurait absout le meurtrier et le mettre de nouveau en jugement. Cette opposition avait tant de force, dit Blackstone, qu'elle liait les mains au roi : il n'en pouvait libérer en faisant grâce.

Du reste, il y avait composition possible pour les délits privés, pour l'homicide et même pour les délits contre la paix publique (*Frithbreche*)<sup>1</sup>. Quand les délits privés n'étaient pas rachetés, c'est alors que le droit de vengeance reprenait son cours. C'était une vraie guerre privée (*Fathe, gefehte, faidu*)<sup>2</sup>. On ne distinguait même pas s'il y avait mauvais vouloir ou non ; toute la fortune de la famille du coupable ne suffisait pas pour payer le wehrgeld<sup>3</sup> d'un mort d'une naissance supérieure. La famille de celui-ci pouvait, d'après une loi d'Æthelstane, combattre jusqu'à ce qu'elle eût tué dans la famille ennemie autant d'individus qu'il en fallait pour que leurs *wehrgelds* accumulés égalassent le wehrgeld de la première victime ; ainsi, quand un homme dont le wehrgeld était de 1,200 schillings (*twelfhyndesman*) était tué par un homme dont le wehrgeld n'était que de 200, la famille du mort pouvait tuer impunément six des parents du coupable ( $200 \times 6 = 1,200$ ). — Une loi d'Edmond restreignit la guerre privée au seul meurtrier : sa famille ne devait pas en souffrir. — Il y avait certains termes pour le paiement du wehrgeld, excepté dans le cas où le meurtre avait été commis près d'une fosse ouverte (*an einem offenen Grabe*) : une loi d'Æthelbert ordonnait que dans ce cas le wehrgeld serait entièrement payé dans un délai de quarante jours. — La garantie (*Wehrgelds burgschaft*) du wehrgeld (en anglais *Werborge*) était fournie par huit parents du côté paternel et quatre du côté maternel, et à défaut de parents par autant d'amis<sup>4</sup>.

Mais en Angleterre, comme en France, comme dans tous les pays où un pouvoir éclairé cherche à faire régner la justice, le

<sup>1</sup> Ces deux choses ne sont point exclusives ; la paix publique est aussi troublée par les délits privés, du moment que la société présente un certain degré de solidarité.

<sup>2</sup> V. STRUVI *Histor. juris* etc., VIII, p. 679 et 680, sur la signification et l'origine de tous ces mots.

<sup>3</sup> On sait que le wehrgeld était la somme que devait payer le meurtrier aux parents de la victime pour se racheter de la vengeance.

<sup>4</sup> PHILLIPS, *Englische Reichs und Rechtsgeschichte* etc., t. II.

droit de vengeance fut d'abord circonscrit, restreint de plus en plus dans le temps et dans l'espace, en attendant qu'il pût être complètement aboli. Il ne pouvait s'exercer le dimanche, ni les principales fêtes de l'année, ni pendant l'Avent, ni les Quatre-Temps, ni la veille de certaines fêtes, en général aucun des jours plus spécialement consacrés au culte religieux <sup>1</sup>. A cette espèce de trêve de Dieu dans les guerres individuelles ou domestiques s'ajouta la trêve du roi, qui défendit de se livrer à aucun acte de violence en plusieurs lieux de son domaine ou du domaine public généralement fréquentés <sup>2</sup>. Sa présence, celle d'un évêque, celle d'un dignitaire de l'Eglise ou de l'Etat fut aussi une protection contre les attentats à la personne. Il était défendu de se battre, de tirer l'épée sous leurs yeux <sup>3</sup>.

Il n'y a rien ici, du reste, qu'on puisse attribuer plutôt à l'esprit chrétien qu'à ce sentiment général d'humanité qu'on retrouve partout, mais qui tend à mettre sous la protection des croyances religieuses des institutions qui n'auraient peut-être pas eu autrement la force nécessaire pour résister à de violentes passions et à des préjugés depuis longtemps reçus. C'est ainsi qu'une sorte de trêve-Dieu, dont la durée est de quatre mois, se retrouve sous l'empire du Coran comme sous celui de l'Evangile, chez les Arabes et plusieurs autres sectateurs de Mahomet <sup>4</sup>. Une institution analogue existait aussi chez les Germains <sup>5</sup>.

En France, certaines Coutumes, comme celle de Bourgogne, permettaient le combat non seulement à l'offensé, mais encore à ses proches, et cela pour toute espèce de lésion soufferte <sup>6</sup>.

<sup>1</sup> *Legg. Edwardi reg.*, 3, 12.

<sup>2</sup> *Ibid.*, 12.

<sup>3</sup> *Legg. Alfredi reg.*, 15. — Une défense analogue existe en Chine.

<sup>4</sup> G. PAUTHIER, *Livres sacrés de l'Orient*, p. 52.

<sup>5</sup> TACITE, *Germ.*, c. 40.

<sup>6</sup> « Se aucun est laid ou vitupéré d'un autre ou de plusieurs, les frères ou les cousins du laid se puent calmer, comme laidis, et le appeler en leur courage. » (*Coutum. de Bourg.*, p. 178.)

L'usage de la vengeance du sang parait avoir existé aussi en Normandie, témoin ces vers de Guillaume le Breton :

« Quædam autem in melius juri contraria mutans,  
Constituit pugiles, ut in omni talio (sic) pugna

Cependant des améliorations considérables furent introduites dans la justice criminelle par Philippe-Auguste et par Louis IX. Pour amortir les vengeances personnelles, qui avaient pris une extension déplorable sous le régime féodal, à cause de l'indépendance où vivaient les seigneurs, Philippe-Auguste établit la *quarantaine le roy* <sup>1</sup>, pendant laquelle la justice privée devait s'abstenir et laisser à la justice royale son libre cours.

De son côté, Louis IX renouvela la *quarantaine le roy*, en sanctionna l'observation par la peine capitale <sup>2</sup>, et finit par proscrire les guerres privées dans tout le royaume. Il abolit le duei judiciaire dans ses terres, en favorisa l'extinction dans le reste du pays, et créa le ministère public.

En Espagne, où l'ardeur du climat, un sang mêlé de bile, un orgueil aristocratique tout spécial, quelque chose des mœurs et du tempérament mauresque, arabe et oriental, portait au ressentiment profond et à la vengeance, on doit retrouver le *droit du poing* tout aussi rebelle à la civilisation que chez les barbares du Nord. Les grands du royaume se pliaient difficilement à la puissance de *justice* (du juge), quelque grande qu'elle fût. Nous voyons encore presque à la fin du XV<sup>e</sup> siècle des exemples de guerres privées entre les grandes familles, guerres qui troublaient le repos de la nation entière. Le droit de venger ses injures par les armes et la cérémonie solennelle du défi se retrouvent dans leurs lois. Nous y voyons jusqu'à l'ancienne coutume barbare du paiement d'une composition aux parents de la victime <sup>3</sup>.

Etaient-ce des peuples civilisés ou des sauvages que les Ecos-

Sanguinis in causis ad pœnas exigat æquas,

Victus ut appellans, sive appellatus, eadem

Lege ligaretur, mutilari, aut perdere vitam.

Moris enim exstiterat apud illos hætenus, ut si

Appellans victus in causa sanguinis esset,

Sex solidos decies, cum nummo solveret uno.

Et sic impunis, ommissa lege, maneret.

Quod si appellatum vinco contingeret, omni

Re privaretur, et torpi morte periret.

Injustum justus hoc juste rex revocavit,

Re que pares Francis Normanos fecit in ista.

(*Ord. des rois de Fr.*, t. I, p. 10.)

<sup>1</sup> *Ord. des rois de Fr.*, t. I, préface de Laurière.

<sup>2</sup> *Etablissements de saint Louis*, ch. 87.

<sup>3</sup> HALLAM, *l'Europe au moyen âge*, t. I, p. 898, trad. fr.

sais et les Irlandais des XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles qui nous sont dépeints par Barclai, Stanchurst et Camden? Ils transformaient les plus insignifiantes querelles en émeutes; les injures personnelles étaient épousées par les familles, même après que l'autorité du prince avait été invoquée. De là des meurtres nombreux, des combats qui ressemblaient presque à des batailles par le grand nombre de ceux qui y prenaient part; de là l'hérédité des haines et des vengeances, fomentée par celle du sang et par un faux point d'honneur. L'incendie punissait l'incendie, comme le sang payait le sang. Les embûches, les moyens injustes étaient employés sans répugnance; tout était bon, pourvu que le ressentiment fût satisfait. C'était pis encore quand l'orgueil des familles puissantes venait s'ajouter à ces passions générales: souvent elles succombaient sous de pareilles attaques; d'autres fois elles étaient dépossédées de leurs biens, chassées de leurs possessions sans pouvoir se défendre, ayant mis une partie de leur sûreté à n'inspirer aucun ombrage, en réduisant le nombre des hommes qui auraient pu les protéger.

Qu'est-il besoin, pour rencontrer cette féroce justice dans des pays chrétiens, de remonter aux siècles barbares, au moyen âge, au XV<sup>e</sup> et au XVII<sup>e</sup> siècle même? N'avons-nous pas encore en Europe, aux portes de la civilisation la plus avancée, et même dans son sein, des usages qui rappellent les plus mauvais temps de la justice publique, ou plutôt son absence? En Illyrie, dans le généralat du Banat, en Bosnie, en Albanie, en Moldavie, en Valachie, comme chez les barbares de l'O-

<sup>1</sup> « Sæpe modica jurgia, et inter obscuros, magnis et indignis moribus suffecerunt. Dum utrinque jurgantes apud illos sua gentis principes de-questi, privatas contumelias in ipsarum familiarum injuriam vertunt. Neque rem modico sanguine peragunt. Interdum in agmen veluti aciem coacti deserviunt, et insita inimicitiarum vis in hæredes quoque abit. Cæde eadem repensare decorum: incendia alternis ignibus vindicant. Nec aperto tantum Marte; insidiis, fraudibus, agunt. Nihil turpe aut ignobile, satianti oculos inimicorum malis. Et hæc pestis sæpe optimates evertit; sive inter ejus modi arma extinctos, sive frequentium stipatorum (nam suspectam vim inimicorum ita submovere necesse est) sera inopia, distractisque fundis luentes; etiam quod ut plurimum regio arboribus caret, quidam putant illorum odiorum facinus esse; dum adversis facibus inimicorum sylvas cremant, et privatis injuriis vastitatem patriæ faciunt. » (*Icone Animorum etc.*, par J. BARCLAI, ex oper. cui titulus: *Respubl. sive Status regni Scotiæ et Hiberniæ*, p. 277.)

rient <sup>1</sup>, le droit du talion est exercé par la famille de l'offensé contre l'offensé ou ses proches de la manière la plus cruelle.

Pour les Monténégrins, chez lesquels la vengeance enflamme souvent toute une famille pendant plusieurs âges d'hommes par la volupté du meurtre, l'abandon de ce terrible droit est une des plus grandes solennités du pays. La réconciliation s'accomplit en présence d'une réunion générale et du kmeti, c'est-à-dire d'un tribunal composé de vingt-quatre des plus anciens, dont chacune des deux familles choisit douze membres <sup>2</sup>.

Une semblable coutume s'observe aussi en Corse et en Sardaigne; cependant la vengeance du sang, comme conséquence du caractère vindicatif de ces deux derniers peuples, a quelque chose de spécial, et pour ainsi dire sa physionomie propre. Lorsqu'un Corse est offensé, il cherche une occasion commode de se venger de son ennemi; s'il ne la trouve pas, il décharge sa haine contre les proches. La cruelle habitude appelée *vendetta traversa* (vengeance croisée ou réciproque) est naturellement la source d'une foule de meurtres. Malheur à celui qui n'a personne pour le venger! rien n'est sien. Mais celui qui est assez lâche pour ne pas venger le sang de son proche est déshonoré <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> J.-M.-A. SCHOLZ, *Reise in die Gegend zwischen Alexandrien und Paracetonien etc.*, p. 8.

<sup>2</sup> VIOLLA DE SOMMIÈRES, *Voy. hist. et polit. au Monténégro*, Paris, 1807, t. I, p. 389.

<sup>3</sup> J.-F. SIMONOT, *Lettres sur la Corse*, p. 299. Cf. *Hist. du droit criminel*, par M. ALB. DU BOYS, t. II, ch. I, p. 46-60, 248, 264, 377, 381.

## § II.

Deuxième période. — Le talion.

## SOMMAIRE.

1. Ce qui manque au talion pour être complètement juste.
2. Ses puissantes raisons d'être.
3. Les barbares les plus voisins de l'état sauvage le pratiquent. — Exemples : Nouvelle-Zélande, îles Carolines, Nouvelle-Hollande.
4. Loi mosaïque; — législateurs grecs; — les Douze Tables; — Mahomet; — Hongrie, Lithuanie, France, Suisse.

La vengeance personnelle est la première forme de la peine; le talion la seconde, car le talion est déjà l'effet d'une sorte de loi, puisque la vengeance personnelle peut le dépasser quand il lui plaît. Le talion est donc la vengeance déjà limitée, et limitée doublement, c'est-à-dire quant à la nature de la peine et quant à sa mesure. Le talion, dans la rigueur littérale du mot, et déterminé d'après la nature et la mesure du délit matériel, d'après son aspect matériel ou externe, est la première tentative de l'esprit de justice pour arriver à une équitable distribution pénale. Il ne lui manque, pour être juste, que de se régler en même temps sur le point de vue subjectif ou formel du délit, sur toutes les circonstances spirituelles qui font de nous des agents moraux.

Le talion est tout à la fois trop juste, trop naturel, trop simple pour que les peuples grossiers ne l'adoptent pas; mais il est en même temps trop difficile à bien établir pour qu'ils l'appliquent convenablement. Il faudrait donc être également surpris et de ne l'y pas rencontrer, et de le trouver toujours intelligent et toujours juste. La vengeance fait souvent dépasser les vraies bornes : on s'en tient à l'égalité brutale et matérielle.

Le talion paraît être le mode de pénalité le plus ordinaire parmi les sauvages de la Nouvelle-Zélande. La mort doit être payée par la mort, le sang par le sang, et le vol par le pillage. Ils sont plus rigoureux pour l'adultère, puisqu'il entraîne la peine de mort pour les deux coupables <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> DUMONT-D'URVILLE, *Voyag.*, t. II, p. 424.

Les principaux chefs des îles Carolines jouissent d'une grande autorité, et exercent la justice pénale selon les principes les plus stricts du talion : œil pour œil, dent pour dent <sup>1</sup>.

Selon Cantova, au contraire, on n'y punit les criminels ni par la prison, ni par des peines afflictives; on se contente de les exiler dans une autre île <sup>2</sup>.

Chez les sauvages de la Nouvelle-Hollande, la loi du talion paraît être, à beaucoup d'égards, la règle générale que l'on suit pour la réparation des crimes et des offenses. Celui qui a tué ou seulement blessé un de ses compatriotes doit s'exposer, pendant un certain laps de temps, aux zagaies de l'offensé ou de ses parents, sans autre moyen de défense qu'un petit bouclier d'écorce durcie au feu, et long de deux pieds et demi. C'est quelquefois la veuve elle-même qui venge la mort de son mari sur quelque parente ou enfant du meurtrier <sup>3</sup>.

Le système des peines *expressives* ou analogues au crime semble avoir généralement dominé la législation égyptienne. C'est ce qui explique le genre de mutilation que l'on faisait subir à l'auteur d'un viol. Celui qui révélait le secret de l'Etat avait la langue coupée. La fausse monnaie, l'altération des poids et mesures, le faux authentique et la contrefaçon des sceaux de l'Etat étaient punis de la mutilation des deux mains <sup>4</sup>.

La loi mosaïque passe généralement pour avoir admis le talion avec la dernière rigueur. Mais cette rigueur, suivant Grotius, si elle était quelquefois excessive, était aussi parfois trop indulgente <sup>5</sup>. Première raison de penser que le talion n'était point littéralement entendu chez les Juifs. Puffendorf cite un grand nombre d'autorités à l'appui de cette opinion <sup>6</sup>. Le même publiciste fait remarquer l'impossibilité absolue, physique ou morale, d'appliquer toujours de la sorte le principe du talion <sup>7</sup>.

<sup>1</sup> KOTZBUR, *A Voyage of discovery en 1815-1818*.

<sup>2</sup> CANTOVA, *Lettres édif.*

<sup>3</sup> FREYCINET, *Voy. aut. du monde*, t. II, p. 784. — Voir aussi *Voyage de CORÉAL*, t. I, p. 208; *Voyage de J. DE LERY*, p. 272; *Hist. génér. des Voy.*, t. IV, p. 224, 325.

<sup>4</sup> DIOD., LXVII, — V. l'*Hist. du droit criminel des peuples anciens etc.*, par M. ALB. DU BOYS, p. 20.

<sup>5</sup> *Le Droit de la guerre etc.*, II, 26, § 31, 32, 33.

<sup>6</sup> *Droit de la nature etc.*, VIII, 3, § 27.

<sup>7</sup> GOGUET, *de l'Origine des lois etc.*, pense bien différemment.

Les législateurs grecs étaient aussi partis du principe du talion <sup>1</sup>. On l'appelait même la loi de Rhadamante, à cause de sa sévérité <sup>2</sup>.

Mais il est à croire qu'en Grèce comme à Rome, ce principe fut très restreint dans l'application.

La législation criminelle établie par Dracon était moins fondée sur le principe du talion que sur celui de la terreur à inspirer par la sévérité du châtement. C'était le principe de l'utilité, abstraction faite de celui de la justice. Un autre défaut de cette législation, c'est qu'elle ne voyait que le côté absolu et uniforme de la défense, sans tenir compte du degré de dommage occasionné par le délit, comme aussi du degré de perversité, suivant la nature du crime.

La réforme de Solon fut donc un grand progrès <sup>3</sup>. Elle laisse subsister la peine de mort pour le meurtre prémédité, les empoisonnements, les incendies, les entreprises contre la démocratie, la haute trahison, la désertion à l'ennemi, la profanation des mystères et le sacrilège.

Du reste, Solon paraît avoir entendu le talion dans le sens de l'égalité proportionnelle, puisqu'il voulut qu'on crevât les deux yeux à celui qui priverait un borgne de la vue <sup>4</sup>.

Le principe de la peine chez les Crétois, les Locriens et les Thuriens était aussi le talion. Les Crétois l'attribuaient à Rhadamante <sup>5</sup>.

La loi des Douze Tables le consacra <sup>6</sup>, mais seulement à défaut de la compensation ou d'une transaction pécuniaire. Ce genre de peine ne fut conservé que pour le cas d'accusation calomnieuse <sup>7</sup>.

<sup>1</sup> PAUSAN., l. I, 28.

<sup>2</sup> ARISTOT., *Eth. ad Nicom.*, V, 8.

<sup>3</sup> Ce progrès eût été plus marqué si la peine n'avait pas été parfois héréditaire: que l'amende qui n'est pas payée par le père soit acquittée sur sa succession par le fils, cela se conçoit; mais ce qui est moins juste, c'est que le fils la paie de ses deniers ou subisse la prison pour son père, si celui-ci n'a pu payer l'amende. Ce qui se conçoit moins encore, c'est que l'infamie passe du père aux enfants. (ISOCHR. *pour le fils d'Alcib.*; PLUTARQ., *Dix orateurs, Vie d'Antiph.*)

<sup>4</sup> DIAG. LAERT., *Vit. Solon*, § 9.

<sup>5</sup> ARISTOT., *Nicom.*, V, 8; — DIOD., XII, § 17; — HEYNE, *op. ac.*, II, p. 38.

<sup>6</sup> AULU-GELL., XX, 1.— V. dans JAC. GOTHOFREDI, *Oper. jur. d.*, tabl. VII, et p. 69, 119.

<sup>7</sup> L. 10, Cod., *De calumniat.*

C'est surtout dans les sociétés constituées despotiquement que le talion se rencontre. Il y en a deux raisons: le mépris de la justice et des hommes, et une simplicité prompte et facile dans l'application <sup>1</sup>.

Les despotes les plus laborieux sont obligés de faire souvent comme s'ils ne l'étaient pas, parce qu'ils ne peuvent suffire à leur tâche. Il en est de même de leurs visirs. Mahomet, en sa qualité de prince absolu, aurait peut-être encore admis le talion <sup>2</sup>, alors même qu'il ne l'aurait pas trouvé tout établi déjà chez les Arabes. Il faut reconnaître, cependant, que presque tous les peuples soumis à l'islamisme ont suivi l'esprit plutôt que la lettre de cette partie de leur loi <sup>3</sup>. Chez les Maures d'Espagne, par exemple, les riches pouvaient même racheter avec de l'argent le sang qu'ils avaient versé, si les parents du mort y consentaient. Le calife lui-même n'aurait osé leur refuser la tête de son fils coupable d'homicide, s'ils s'étaient obstinés à la demander <sup>4</sup>.

Les délits contre la personne, la liberté, étaient punis du talion par la loi des Wisigoths <sup>5</sup>, mais avec faculté de composer et de racheter la peine à prix d'argent. La loi ne veut même pas qu'on rende la parolle pour un soufflet, un coup de poing, un coup de pied, un coup à la tête, de crainte, dit-elle, que la représaille ne soit excessive et dangereuse. Elle estime ensuite les coups de fouet que chacune de ces offenses peut mériter. Elle distingue encore suivant le mal occasionné, s'il a été délibéré ou non. Dans le dernier cas, on peut pour cent solidis racheter un œil arraché. Le reste de cette loi contient un si grand nombre de cas où la composition est forcée, qu'il est évident qu'elle n'admet le principe du talion qu'à regret toutes les fois qu'il s'agit d'offenses entre ingénus. Si c'est un esclave qui s'est rendu coupable envers un homme libre, si par exemple il lui a arraché les cheveux (*decaluaverit*), il doit être aban-

<sup>1</sup> Le despotisme est un composé d'impatience et de paresse, a dit un voyageur spirituel. (*La Russie en 1839*, par le marquis DE CUSTINE, t. I, p. 254.)

<sup>2</sup> *Coran*, ch. II et V.

<sup>3</sup> *Hist. du mahomét.*, p. 262, par MILLS, trad. de G. BUISSON.

<sup>4</sup> FLORIAN, *Précis historiq. sur les Maures*. Cf. *Livres sacrés de l'Orient*, par M. PAUTHIER, p. 520.

<sup>5</sup> *Legis Wisig.*, l. VI, tit. 4, l. 3, *Pro alapa vero, pugno vel calce, aut percussione in capite, prohibimus reddere talionem.*

donné à la discrétion de l'offensé. C'est encore une autre peine pour l'affranchi qui se livre à de mauvais traitements envers un ingénu, ou un ingénu envers un affranchi, comme aussi un esclave envers un esclave, etc. Il faut faire entre les personnes de différentes conditions toutes les combinaisons possibles, pour pouvoir suivre les lois barbares dans ce labyrinthe de distinctions. Mais grâce à ces distinctions précisément, le talion n'aurait pu, en tous cas, être appliqué qu'entre égaux. De là un avantage et un inconvénient. Mais l'idée de proportion dans l'application de la peine est à elle seule une conquête importante.

Le talion a été conservé dans certains pays à titre de privilège. C'est ainsi que les lois hongroises permettent le talion à un clerc injustement accusé par un laïc, ainsi qu'aux fonctionnaires et aux magistrats dont les arrêtés ou les sentences sont attaquées sans raison suffisante <sup>1</sup>.

Le délit pour lequel il fut maintenu le plus longtemps, celui à l'égard duquel l'application semble généralement facile et juste, c'est le délit de calomnie en justice ou de fausse accusation. C'est principalement pour ce délit que le talion a été maintenu dans les temps modernes en Lithuanie, en Russie et en Pologne.

Si quelqu'un accusait un juif d'avoir tué un enfant chrétien et qu'il ne pût pas prouver son dire par trois témoins, il subissait la peine à laquelle le juif aurait été condamné <sup>2</sup>.

Cette mesure n'est pas la seule de ce genre. La calomnie est si odieuse, surtout quand elle se couvre du masque de l'hypocrisie religieuse et du zèle du bien public; elle est si dangereuse en même temps, lors particulièrement qu'elle peut être écoutée avec faveur par le fanatisme ou la flatterie des courtisans, qu'il est difficile de blâmer bien haut les législations qui ont protégé l'innocence en appelant sur la tête des accusateurs calomnieux la peine qu'ils voulaient faire tomber injustement sur d'autres. L'édit de 1551 <sup>3</sup> portait que le dénonciateur

<sup>1</sup> MACIEIOWSKI, *Slavische etc.*, t. IV, p. 276.

<sup>2</sup> *Ibid.*, 274.

<sup>3</sup> 27 juin, art. 31. — Théodoric, dans son célèbre édit, avait déjà repoussé et puni sévèrement les dénonciateurs calomnieux. Ses paroles sont curieuses à connaître : « Is qui quasi sub specie utilitatis publicæ, ut sic necessarie faciat, delator existit, quem tamen nos execrari omnino prof-

convaincu de calomnie serait puni de la peine du talion lorsque la dénonciation aurait pour objet le crime d'hérésie (alors puni de mort). Si le talion cessa d'être appliqué en pareil cas, ce n'est pas par un motif d'humanité, mais parce que sa rigueur empêchait bien des personnes de se rendre dénonciatrices <sup>1</sup>. Il ne fut plus conservé, sous l'ancien régime, que pour le crime de lèse-majesté et pour faux témoignage <sup>2</sup>. Il semble que les raisons qui l'avaient fait proscrire pour la fausse accusation en matière d'hérésie auraient pu avoir le même effet pour l'accusation calomnieuse en matière de crime politique : il faut, pour qu'il en ait été autrement, qu'on ait encore moins tenu à découvrir les coupables de lèse-majesté que les hérétiques <sup>3</sup>.

Au commencement du XVII<sup>e</sup> siècle, le talion était encore assez répandu en Europe. A Lucerne, par exemple, il y était appliqué d'une manière impitoyable, même pour le cas d'homicide commis par suite de légitime défense. Il fallait payer de sa tête, et si l'on s'exilait on ne pouvait rentrer qu'à la condition de faire sa paix avec les enfants ou les proches du défunt; le sénat lui-même aurait été impuissant pour faire rentrer l'exilé à d'autres conditions <sup>4</sup>.

Un autre exemple de talion bien singulier est fondé sur un jeu de mots. Les bons Suisses avaient décidé dans leur diète que ceux-là seraient condamnés à être noyés qui, munis de bulles pontificales, voudraient se mettre en possession de bénéfices vacants, au préjudice des ecclésiastiques institués par les évêques <sup>5</sup>. On conviendra que ces franchises valent bien les li-

temur, quamvis vel vera dicens legibus prohibeatur audiri; tamen si ea, quæ ad aures publicas detulerit, inter acta constitutus non poterit adprobare, flammis dabet absumi (art. 35). Occultis secretisque delationibus nihil credi debet, sed eum qui aliquid defert, judicium venire convenit; ut si quod detulit non poterit adprobare, capitali subiaceat ultioni (art. 50).»

<sup>1</sup> PAPON, l. XXIV, tit. 1, n<sup>o</sup> 3; — JULIUS CLARUS, *Quæst.*, 31, n<sup>o</sup> 3; — COQUILLE, *Sur la coutume de Nevers*, tit. 1, art. 23.

<sup>2</sup> MORNAC, *Ad leg. 1, D., De calumniatoribus*.

<sup>3</sup> Ce n'est pas qu'on n'en ait abusé pour rappeler, au contraire, les inégalités établies par les préjugés et les institutions sociales; mais précisément parce que ces inégalités ne sont jamais plus choquantes que dans les peines, elles ne sont jamais plus propres non plus à faire revivre le sentiment de l'identité de la nature humaine.

<sup>4</sup> *Helvetiorum Respublica, diversor. autor. etc.*, Lugd. Batav., 1627, in-32, p. 374.

<sup>5</sup> «Curtisani, cum sacerdotibus ab ordinariis locorum delectis sæpe molesti

bertés de l'Eglise gallicane, pour la rigueur de l'exécution du moins.

Mais voici un autre exemple de talion par analogie, encore emprunté au même peuple, et qui a une base un peu plus sérieuse.

Celui qui se rendait coupable d'une mauvaise action en état d'ivresse était condamné non seulement à la peine méritée par le délit, mais encore à l'interdiction du vin pendant un an; au bout de ce temps le peuple, dans une réunion publique, lui en accordait de nouveau l'usage s'il méritait cette faveur. On était tenu d'empêcher les rixes dont on était témoin<sup>1</sup>.

essent, et vacantia beneficia freti bullis pontificiis invaderent, communi consensu tredecim pagorum decretum est anno 1520, ut tales si pergant suum bullatum jus urgere, in vincula conjiciantur, et ni huic renuntient, aquis submergentur : scilicet ut ita bullæ bullis eluantur. » (*Ibid.*, p. 320.)

<sup>1</sup> *Ibid.*

### § III.

De la composition.

#### SOMMAIRE.

1. Progrès de la composition sur le talion.
2. Le *fredum*, sa raison.
3. Si la composition est une peine ou une réparation civile.
4. Origine de la composition.
5. Argos, Loango, Rome, les Germains.
6. Composition d'abord facultative, puis obligatoire.
7. Opinions différentes à ce sujet.
8. Conciliation, en distinguant les peuples et les temps.
9. Rien d'absolu sur ce point; usages divers contemporains.
10. Circonstances qui rendent cependant la composition généralement obligatoire.
11. Conséquences de l'acceptation de la composition.
12. *Quid*, si le coupable était sans ressources.
13. Composition chez les Scandinaves.
14. Comment elle se partageait.
15. Composition chez les Anglo-Normands.
16. I. De l'identité de nature dans les peines en général. — Ses avantages et ses inconvénients.
17. II. Tarif de la peine.
18. III. Quantum de la composition.
19. IV. Différence suivant les sexes.
20. V. Différence suivant les conditions.
21. VI. Différence suivant les nationalités.
22. VII. La composition allait aux héritiers, chargés autrefois de la vengeance du sang, et plus tard de poursuivre la *fède*. — Précaution remarquable de la loi salique.
23. Solidarité dans la vengeance, dans la défense, etc., aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles, en France et en Danemark.
24. VIII. Part faite encore à la vengeance, à la même époque, encore dans le droit danois, en Ecosse.
25. Différence remarquable entre les peines réservées aux délits privés et celles qui atteignaient les délits publics à la même époque. — Raison de cette différence.

De même que le talion est le premier pas vers la justice pénale, la composition est le premier degré de la conciliation et du pardon. Celui qui ne demande qu'un mal égal à ce qu'il a souffert se venge encore, mais déjà il limite sa passion dans le choix et la mesure de la peine qu'il veut faire endurer à celui qui l'a offensé. Celui qui consent à ce que le coupable rachète

par l'abandon de biens matériels la peine par lui méritée est encore moins aveugle, moins implacable dans son ressentiment. Il peut être plus intéressé que celui qui se venge, mais il est moins à craindre. La satisfaction qu'il exige ou dont il se contente est, en tout cas, plus rationnelle que la vengeance, puisque l'avantage qu'il trouve dans une réparation matérielle est plus durable, plus utile et moins brutale que le plaisir de la vengeance. Dans la vengeance personnelle il y a beaucoup de l'animal. Dans le talion il y en a encore, mais déjà circonscrit par un sentiment tout humain, celui de la justice. Dans la composition, où les biens paient pour le propriétaire, les choses pour l'homme, il y a également une idée de justice, celle de la satisfaction, et, de plus, une idée de spéculation et de prévoyance, l'idée d'utilité.

Remarquons encore la différence qui distingue l'idée de justice dans le talion, de l'idée de justice qui accompagne celle de composition. La première est une idée d'égalité, d'identité même : c'est une idée mathématique ou de *justesse* appliquée à une idée morale ou de *justice*. Il est juste que celui qui a fait souffrir souffre à son tour. Voilà la notion la plus simple ou la plus abstraite de cet ordre. Mais que doit-il souffrir ? Justement, *précisément* ce qu'il a fait endurer lui-même. Telle est la seconde idée, l'idée mathématique et physique à laquelle s'applique la première. Dans la composition, l'idée de justice satisfaisante ne s'applique point, — excepté en matière de délit contre la propriété, — à un objet de même nature que la matière même du délit, le préjudice causé. Elle s'applique à une autre chose qui représente ce préjudice, qui en est censée la compensation. Il y a donc ici une idée d'*équivalence*, au lieu d'une idée d'identité ou d'égalité que nous avons tout à l'heure. Or, l'idée d'équivalence est d'un ordre plus relevé que celle d'identité ; elle résulte de la comparaison de choses diverses, et où l'esprit a déjà plus de peine à trouver quelque rapport, à plus forte raison une unité de mesure. Cette difficulté serait à elle seule une indice du progrès de la composition sur le talion.

Mais cet avantage n'est pas pur de tout inconvénient. En effet, l'équivalence peut être si difficile à reconnaître, et c'est ici le cas, que l'arbitraire seul est capable de l'établir. De là une nouvelle source de difficultés et de contestations. Cependant, par cela seul qu'on discute, qu'on débat le prix d'une blessure

par exemple, on veut s'entendre, on veut arriver à une solution qui écarte la vengeance, le talion même. De là plus que jamais la nécessité d'une loi et d'un juge qui mettent les parties d'accord, et qui forcent l'une à donner ce qui est dû, ce qui a été promis, et l'autre à s'en contenter.

Cette nécessité, qui est antérieure à la composition, qui se fait déjà sentir sous le régime du talion, qui peut être un besoin dans l'exercice même de la vengeance, donna naissance à une rétribution de la part du coupable en faveur du pouvoir. Cette rétribution prit le nom de *fredum*, et plus tard celui d'amende.

Elle représente aussi, suivant les uns, la peine destinée à venger le trouble de l'ordre public, l'alarme jetée dans les populations, le mauvais exemple donné, etc. D'après cette dernière manière de concevoir l'amende, il y aurait dans tout délit privé un délit public également. Nous ne le contestons point ; mais nous avons peine à croire que ce motif ait été réellement celui qui a le premier fait naître la peine pécuniaire dont nous parlons. Il est plus vraisemblable que le pouvoir, obligé à des dépenses considérables pour maintenir la paix, pour faire respecter ses décisions, aura d'abord pensé qu'il était juste de faire payer ces moyens de sûreté publique par ceux qui les rendaient nécessaires. Mais plus tard l'idée d'un délit public dans tout délit privé aura été regardé comme le vrai motif de l'amende.

Quoi qu'il en soit, la composition proprement dite est moins une peine dans le sens propre du mot que la réparation d'un dommage, lors surtout qu'on admet qu'elle représente le talion, que le talion n'est qu'une certaine mesure dans la vengeance, et que la vengeance, dans le sens propre du mot, n'est point permise à titre de peine, mais comme simple satisfaction personnelle, domestique ou publique. Mais ce qui prouve mieux encore que la composition proprement dite n'avait aucun caractère pénal, c'est qu'elle avait également lieu dans les quasi-délits <sup>1</sup>. Le *fredus* ou *fredum* n'était donc que l'accessoire dans la composition, et non le principal <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> V. ROSSBIRT, *Gesch. und System des deutsch. Strafr.*, t. I, p. 6.

<sup>2</sup> D'autres ont déjà fait remarquer une confusion dans le langage des lois barbares qu'il importe de ne pas oublier : c'est que la loi des Burgondes emploie le mot *multa* pour désigner le *fred*, tandis que la loi des Frisons dit *multa* pour la composition payée à la partie adverse, et *freda* pour l'amende payée au roi.

Mais voyons les faits :

La composition est fort ancienne : elle remonte au premier rachat de la peine par des objets matériels. Elle est possible, naturelle même partout où il y a possession quelconque d'une chose qui peut être utile à d'autres. Ne soyons donc pas étonnés de la retrouver dans Homère <sup>1</sup>.

Le sauvage qui a irrité son compagnon de chasse peut lui proposer, pour apaiser sa vengeance, de lui céder son arc ou ses flèches.

Les lois d'Argos permettaient les transactions et les compositions pécuniaires <sup>2</sup>. Elles dessaisissaient peut-être le souverain du droit de punir, et permettaient au coupable de se libérer amiablement auprès de l'offensé de ce qu'il pouvait lui devoir ainsi qu'à la chose publique. L'effet moral est le même au fond, que le coupable satisfasse la chose publique, directement en payant une peine au souverain, ou indirectement en payant cette peine à celui dans la personne duquel seul, après tout, la république a reçu l'offense <sup>3</sup>.

Mais quand la force publique n'est pas encore très puissante et que la passion de la vengeance bouillonne encore fortement dans les cœurs, tous les crimes ne sont pas rachetables. A Loango, un coupable a-t-il volé, il en est quitte pour une somme; a-t-il fait des dettes jusqu'à concurrence de la valeur d'un esclave, il le devient lui-même à défaut de paiement; a-t-il commis un adultère, il doit au mari outragé la valeur d'un esclave; a-t-il blessé jusqu'au sang, il donne un esclave ou la valeur, pour ne pas être vendu lui-même. Mais s'il a vendu par fraude un noir sur lequel il n'avait aucun droit, ou commis un homicide, il est mis en pièces sur-le-champ par la multitude, et son corps reste abandonné aux oiseaux de proie.

Le talion n'était décrété par la loi des Douze Tables qu'autant que la composition n'avait pas eu lieu <sup>4</sup>. Preuve encore que le talion n'était qu'un pis-aller comparé à la composition, et que ce dernier moyen de satisfaction était un progrès sur l'autre aux yeux du législateur.

<sup>1</sup> *Iliade*, IX, XVIII; *Odyss.*, VIII. — Discours d'Ajix à Achille; description du bouclier d'Achille; dialogue entre Neptune et Vulcaïn, en présence des embarras de Mars et de Vénus.

<sup>2</sup> *APOLLON.*, II, p. 32.

<sup>3</sup> *Mœurs des Germ.*, XXI.

<sup>4</sup> *AULU-GELLE*, XX, 1.

Mais c'est surtout chez les Germains <sup>1</sup> et les barbares qui nous en ont transmis les usages et les lois, que la satisfaction pénale connue sous le nom de composition a pris tout son développement naturel <sup>2</sup>.

La composition ne fut pas d'abord obligatoire; elle ne prit ce caractère que du jour où le pouvoir eut l'autorité suffisante pour contraindre à l'accepter, après avoir eu la pensée de la régler en principe et non pour chaque cas présenté par l'expérience. Le refus d'entrer en accommodement dut donc être facultatif d'abord. Par le fait que les législateurs barbares se voient dans la nécessité d'y contraindre <sup>3</sup>, c'est que la faculté qu'ils ravissent existait d'abord. En tout cas, les Capitulaires de Charlemagne ne laissent aucun doute sur les volontés de ce prince à cet égard <sup>4</sup>. « Si quelqu'un ne veut pas recevoir pour l'offense qu'il a reçue, pour sa haine (*pro faida*), le prix fixé par les lois, qu'on nous le fasse amener, et nous l'enver-

<sup>1</sup> *TACITE*, *Mœurs des Germ.*, XXI.

<sup>2</sup> Elle règne aussi chez les Kabyles. — Voy. *DAUMAS*, *op. cit.*, p. 196-197.

<sup>3</sup> *V. Loi des Saxons*, c. III, § 4. *Loi des Lombards*, l. I, tit. xxxiv, § 1 : « Si quis pro faida [c'est-à-dire, pro vindicta mortis, ou inimicitia, ou grandi similitate, suivant le Glossaire de Lindenberg dans ses *Leges barbar.*], pretium recipere noluerit, ad nos sit transmissus, et nos eum dirigamus ubi damnum minime facere possit. Simili modo etiam qui pro faida pretium solvere noluerit, nec justitiam inde facere, tunc ad nos sit transmissus, et in tali loco eum mittere volumus, ut majus damnum non crescat. » — Et encore, l. XXXVII, § 1 et 2 : « Si quis aliqua necessitate cogente homicidium commiserit, comes in cujus ministerio res perpetratur, compositionem solvere et faidam per sacramentum satisfacere faciat. Quod si una pars consentire ei ad hoc noluerit, aut ille qui homicidium commisit, aut is qui compositionem accipere debet; tunc comes illum, qui contumax fuerit, ad presentiam nostram venire faciat, ut eum ad tempus quod nobis placuerit in exilium mittamus, donec ibi castigatur, ut comiti suo inobediens esse ultra non audeat, et majus damnum inde non accrescat. » — Si, après s'être engagé par serment à ne pas pousser plus loin son ressentiment, la personne offensée ne gardait pas la paix promise après composition, la loi condamnait cette déloyauté au double de la composition acceptée. (*Liv. I*, tit. ix, § 8.) « Si homo occisus fuerit, liber aut servus et de ipso homicidio compositio facta fuerit, et pro amputanda inimicitia sacramenta præstita fuerint; et postea contigerit ut ille qui compositionem acceperit, revindicandi causa occiderit hominem de parte de qua compositionem acceperat, jubemus ut ipsam compositionem in duplum reddat, aut parentibus aut domino servi simili modo de plagis aut feritis, qui post compositionem acceptam revindicare tentaverit, ut in duplum quod accepit restituat : excepto si hominem occiderit, componat ut supra in integrum. » — Dispositions analogues dans la *Loi des Allemands*, tit. xlv, § 1 et 2.

<sup>4</sup> *Capitul.*, ann. 779, c. 22.

rons en lieu où il ne pourra faire de mal à personne. Pareillement, si quelqu'un ne veut pas racheter la haine qu'on lui a jurée, ni en faire justice, nous l'enverrons en lieu où il ne pourra plus être l'occasion de nouveaux dommages »<sup>1</sup>. Lorsqu'après une composition difficile, mais arrangée par les magistrats, l'un des ennemis réconciliés tuait l'autre, il devait payer une composition et une amende, et, de plus, avoir la main coupée<sup>2</sup>.

M. Pardessus soutient que l'offenseur ne pouvait contraindre l'offensé à recevoir une composition, et que si celui-ci la refusait, l'offenseur n'avait de ressource que dans l'expatriation<sup>3</sup>. Montesquieu avait pensé le contraire<sup>4</sup>.

Il suffit pour concilier ces opinions de distinguer les peuples et les temps. Montesquieu a raison s'il parle des pays et des temps où la composition était complètement organisée; les lois et les Capitulaires qui les reproduisent (nous venons de les citer) ne laissent aucun doute à cet égard. Il est clair au point de vue du raisonnement seul, qui a bien aussi son autorité, même en histoire, que du moment où un législateur prend la peine de faire des lois très circonstanciées au sujet de la composition, qu'il en veut l'application, et que l'ordre public, la justice privée que tout souverain a mission de rendre, exige que cette application ne dépende point du caprice ou du mauvais vouloir des particuliers.

Mais si l'on se reporte à des temps antérieurs, il est clair aussi que la composition dut avoir lieu à l'amiable d'abord, surtout en présence du talion érigé en droit pénal. Sous ce régime, l'autorité n'avait pas le droit de contraindre l'offensé à se contenter d'une offre quelconque de la part de l'offenseur; il y aurait eu dans cette violence un démenti donné à la loi. Il fallait donc, ou que l'offenseur se soumit aux exigences de l'offensé, ou qu'il subit le talion ou telle autre peine afflictive qui était censée le représenter. Il était libre de choisir dans des temps encore plus reculés, lorsque la composition fut réglée pour la première fois par le pouvoir public; il est possible que le légis-

<sup>1</sup> V. aussi *Capit.*, ann. 802, c. 32.

<sup>2</sup> *Capit.*, liv. V, c. 247.

<sup>3</sup> *Loi salique*, p. 653 et suiv.

<sup>4</sup> *Esprit des Lois*, XXX, 49. — V. aussi MAULY, *Observations sur l'Hist. de France*, I, 1.

lateur, par respect pour les usages reçus, ait laissé à l'offensé le droit d'opter entre la composition fixée et la peine du talion<sup>1</sup>. La loi des Frisons va même beaucoup plus loin, puis qu'elle permet la vengeance<sup>2</sup>.

Ce ne fut très vraisemblablement qu'à une troisième époque que la composition fixée par la loi devint obligatoire des deux parts<sup>3</sup>; l'offensé ne dut plus pouvoir dire: « Eh bien, subissez le talion; » ni l'offenseur avoir le droit d'accepter cette alternative.

On se tromperait, cependant, si l'on croyait que le tarif de la composition fut universellement fixé parmi les barbares. Un usage qui venait de loin, et qui se maintint en Bohême jusqu'au XIV<sup>e</sup> siècle, laissait au plaignant la faculté d'estimer les dommages-intérêts qui lui étaient dus, dans tous les cas où la peine était pécuniaire; le juge était seulement chargé de veiller à ce qu'elle ne fût pas trop forte, et même à fixer la peine pécuniaire du meurtre si les parties ne pouvaient en cela tomber d'accord. La faculté de racheter sa tête à prix d'argent ne fut d'abord accordée que pour les crimes sans préméditation; plus tard, elle s'étendit au cas de blessures mortelles<sup>4</sup>.

Mais la composition dut être forcée du moment où le pouvoir se fut réservé une part dans les procès criminels, du moment où le *fredum*<sup>5</sup> (l'amende) fut établi. A quel titre parfaitement naturel, en effet, aurait-elle été perçue si la composition avait pu être refusée<sup>6</sup>? Sans doute elle n'est pas incompatible avec le régime du talion, nous l'avons nous-même reconnu; elle est possible, je veux dire qu'elle peut être fondée

<sup>1</sup> LYSIAS, *De crede Eratosth.* — Voir aussi l'auteur grec anonyme des *Questions de rhétor.*, c. 20.

<sup>2</sup> V. plus haut la note relative à ce point, p. 196.

<sup>3</sup> Cf. *Essai historique sur les lois*, p. 67 et 68.

<sup>4</sup> MACIEJOWSKI, *op. cit.*, t. II, p. 141.

<sup>5</sup> Le *fredum* était, chez les Francs Saliens, du tiers du total fixé par la loi. (PARDESSUS, 12<sup>e</sup> *Dissertat.*)

<sup>6</sup> Cet intérêt du pouvoir à convertir la peine afflictive en peine pécuniaire a eu sa part d'influence dans l'adoucissement des usages en matière de pénalité. Chez les Cossyah, le châtimement de tous les crimes dépend en grande partie du radjah; toutes les amendes tombent entre ses mains. Ce qui fait que l'amende est un genre de punition d'un usage général pour toute espèce de méfait. La peine de mort est rarement infligée, et seulement dans les cas extrêmes. Alors le coupable est jeté dans un précipice, ou tué dans les broussailles. (*Beautés des voyages*, par DE CHANTAL, t. II, p. 332.)

en droit sous le régime de la vengeance ; mais elle est incomparablement plus naturelle sous celui de la composition, et de la composition forcée.

En tout cas, dès que la composition était convenue, le coupable, s'il livrait la chose promise dans le temps voulu, était affranchi de toute poursuite. La paix était faite.

Une difficulté restait pourtant. Que décider, en effet, si le coupable était sans ressources, s'il n'avait pas de quoi payer la composition ? La loi des Bavares dit positivement que tant qu'un homme avait de quoi composer selon la loi, il pouvait le faire ; mais que s'il n'avait rien il devait se mettre en servitude, et donner par an, ou par mois, tout ce qu'il pouvait gagner à celui qu'il avait offensé, jusqu'à satisfaction entière<sup>1</sup>. L'esprit des autres lois barbares ressemble à celui-là, quoiqu'elles soient moins précises que celle des Bavares<sup>2</sup>.

Chez les Scandinaves, comme chez les Germains, comme chez les Slaves, comme partout, la vengeance personnelle fut la première manière de faire respecter les droits privés<sup>3</sup>.

Plus tard, la composition prévint la guerre. Quand les deux parties ne parvenaient pas à s'entendre sur la composition, quand l'une refusait de l'accepter ou l'autre de la donner, l'offenseur n'avait de salut que dans la fuite. Telle est l'origine du bannissement, qui, dans le principe, était plutôt considéré comme un moyen de salut que comme une peine<sup>4</sup>.

A l'apparition du christianisme, et avec les développements de la puissance royale, le tarif des amendes fut arrêté. Mais la guerre privée se fit encore quelquefois, surtout pour meurtre<sup>5</sup>.

La composition et l'amende ne formaient en certains pays qu'une peine indivise où les parties intéressées prenaient une part chacune. En Danemark, par exemple, l'amende était divisée en trois parties. Le coupable, ses parents de la ligne pa-

<sup>1</sup> Tit. II, 4 et 5.

<sup>2</sup> V. CANCELI, *Legg. barbar.*, cité ci-après.

<sup>3</sup> Dans les plus anciens temps, le meurtre était toujours suivi d'une guerre privée tendant à laver le sang par le sang. Il était honteux de se contenter d'une amende. (*Edda Sigurdarquida*, II, str. 15; *Brynhildarquida*, I, str. 35; *Vatnsdala Saga*, c. 23; *Heidarwigas*; etc.)

<sup>4</sup> Cf. SAXE, p. 85, 199; ARNESEN, *Eint. z. Isl. Rechtsyf.*, 613-630.

<sup>5</sup> Pour l'influence du clergé au moyen des peines spirituelles, voir KNUD'S (Canut ou Knut le Grand), *Geistliche Gesetz, Weltliche Gesetz.* — Voir KOLDERUP, op. cit., p. 34 et s.

ternelle et ses parents de la ligne maternelle en payaient chacun un tiers. Le plus proche héritier du mort et ses parents des deux lignes en prenaient chacun un tiers. On donnait ou l'on prenait au plus proche degré le double du degré suivant. Un pfennig était la plus petite part qu'on pût apporter. Les degrés s'estimaient suivant les mêmes principes que pour le droit de succession. Cependant les femmes, et les enfants qui n'étaient pas nés encore, étaient exceptés. L'amende était payable par tiers tous les quatre mois. Elle devait être payée tout entière dans l'intervalle d'un an. Souvent, outre l'amende, le coupable convenait de payer aux parents du mort une *suramende* (*Ger-sum*), soit à cause de la dignité du mort, soit par crainte de la vengeance. Mais quand le coupable jurait avec des conjurateurs, sur la tombe du défunt, qu'il avait reçu de celui-ci des blessures ou des coups à l'occasion du meurtre, l'amende se trouvait diminuée d'autant. Si le coupable avait lui-même succombé, son plus proche parent pouvait faire cette réclamation.

Les amendes payées dans les villes étaient partagées entre le plaignant, le roi et la ville.

Le clergé avait aussi part à l'amende lorsque sa paix (*Kirchenfriede*) avait été violée.

Quand le condamné se refusait à payer l'amende, le plaignant était autorisé à exécuter la sentence, suivant certaines formalités qui étaient onéreuses. Si le condamné venait à commettre par sa résistance de nouveaux délits plus graves, il pouvait être banni (*Friedlos*)<sup>1</sup>.

Les législateurs anglo-normands imitèrent ceux des barbares dans la manière d'apprécier les délits et de les tarifer.

Une loi d'Henri I<sup>er</sup> (XII<sup>e</sup> siècle) énumère avec le plus grand détail les espèces de blessures qu'on peut recevoir, et la compensation pour chacune d'elles. Elle explique avec soin les fonctions des dents, leurs différentes espèces. Elle fait de même

<sup>1</sup> KOLDERUP, op. cit., § 25, etc. Il n'y avait plus de paix possible avec lui, puisqu'il avait manqué à celle qu'il avait acceptée. (Cf. cependant lois et capitulaires plus haut cités.) Ce manquement pouvait être coupable à plus d'un titre, suivant le nombre des droits qui s'en trouvaient lésés, c'est-à-dire suivant le nombre des parties qui étaient intervenues au contrat de réconciliation, de composition ou de paix. On distinguait d'ailleurs plusieurs sortes de paix. Ce point d'histoire est traité avec étendue dans l'ouvrage de M. ALB. DU BOYS, t. II, p. 84-120.

pour les doigts : trente sous pour un pouce coupé, quinze sous pour l'index, douze sous pour le médius qu'elle appelle aussi *impudicus*, dix-sept sous pour l'annulaire (*vel medicinalis*), neuf sous pour l'auriculaire. Pourquoi donc le médius est-il plus maltraité que l'annulaire ? N'est-il pas plus fort et plus nécessaire ? Il y a là quelque préjugé secret. Ne serait-ce pas à cause de certaines fonctions qu'on lui suppose, et qui n'ont pas un caractère exclusivement chirurgical ? (Art. 93.)

Indépendamment de ces considérations générales sur la composition, nous croyons devoir l'examiner encore d'une manière spéciale sous les différents aspects suivants : la nature unique de la peine ; — la fixation du *quantum* de cette peine ; — la raison de ce *quantum* ; — sa différence suivant les sexes, — suivant les conditions ; — la destination de la composition ; — le rapport des peines pour délits privés avec les peines pour délits politiques.

1.

*De l'identité de nature dans les peines qui se résolvent en composition.*

Si la peine doit, autant que possible, être basée sur une certaine analogie ; si elle doit être diversifiée suivant la nature des délits ; si cette diversité laisse plus de latitude au législateur et au juge ; si elle est favorable à une plus entière rétribution de la justice criminelle ; le choix d'un seul genre de peines, comme dans la loi salique, ne serait-il pas plutôt une imperfection qu'une qualité ? Cette imperfection devient plus grave encore si elle a sa source dans le sentiment de l'intérêt plutôt que dans celui de la justice ; si elle est moins la réparation d'un mal moral, son remède, qu'une occasion de s'enrichir, et si, par conséquent, le délit peut être moins regardé comme la lésion d'un droit que comme un titre à faire valoir contre le coupable. Il y a dans ce système de pénalité une espèce de trafic de la justice criminelle d'autant moins moral au fond, que le délit est tarifé avec une précision littérale et pharisaïque qui exclut la distinction nécessaire entre les fortunes des coupables.

Si la composition voulue et systématiquement déterminée

<sup>1</sup> HOUART, op. cit., t. I, p. 369.

par la loi accuse un progrès intellectuel, à certains égards même un rapport moral, il faut convenir cependant que ce progrès moral a son côté contestable. Ne fait-il pas présumer avec une certaine vraisemblance que le coupable aime mieux payer de ses biens que de sa personne, et que celui qui a droit à la peine trouve plus d'avantage à se contenter d'un châtement qui doit lui apporter du profit qu'à chercher sa satisfaction dans des douleurs ou des tourments qu'il méprise d'autant plus, sans en excepter la mort, qu'il est lui-même plus misérable ? D'ailleurs, dans les sociétés où la force publique est faible encore, où la communauté est pauvre et peu en mesure de créer des maisons de détention, de correction, de préposer des hommes à la surveillance de ces établissements, d'y nourrir les condamnés, il ne reste plus que l'alternative ou d'un châtement physique momentané et qui ne peut apporter qu'une satisfaction très passagère à celui qui le fait infliger, ou d'une peine qui, tout en étant très sensible à celui qui l'endure à cause de sa pauvreté même, devient très avantageuse à celui qui en profite par la même raison. La composition sera donc un progrès sur la vengeance, sur le talion, je le veux bien ; mais ce progrès s'opère de lui-même, par la force des choses, sans réflexion, par la suggestion des besoins et des intérêts. Dès lors il ne suppose pas dans les mœurs et la conscience publique toute l'amélioration qu'il semble indiquer d'abord.

La composition ne se rencontre pas chez les sauvages à titre de principe, de loi universelle systématisée ou appropriée aux différents cas, par la raison que le sauvage n'a pas toujours de quoi satisfaire son ennemi, qu'il n'y a pas d'autorité assez forte pour faire composer les parties, ni assez intelligente pour prévoir, régler et consigner par écrit les différents cas.

La composition est une sorte de règlement de compte entre un débiteur et un créancier, mais avec ce caractère particulier qu'elle substitue souvent une chose due à une autre. La nature de la dette en matière pénale est, pour les barbares, déterminée par la nature du délit ; il en est de même de la quantité de la chose due. Ces deux caractères sont ce qu'on appelle le talion dans toute sa simplicité apparente. Pour que cette dette puisse être convertie en une autre, il faut que le créancier y consente. De là une sorte de négociation qui peut aboutir à la composition, et qui n'est de part et d'autre qu'une

compensation. On conçoit que le créancier ne veuille point commuer son titre, que le débiteur ne puisse payer autrement que de sa personne, ou qu'il trouve le rachat de sa peine trop dur. Alors les obligations et les droits primitifs subsistent.

La composition et le droit du talion plus ou moins modifié ont donc dû être et ont été en effet assez longtemps en présence; il en a été ainsi tant que l'autorité publique n'a pas eu la pensée ou le pouvoir de faire de la composition une règle obligatoire, en s'investissant lui-même des droits de l'offensé dans l'estimation de l'offense et dans la poursuite de la peine en réparation. Il a dû s'emparer d'autant plus volontiers de ce rôle de conciliateur par voie d'autorité, qu'il y trouvait lui-même un avantage, puisqu'il se faisait payer son intervention. L'intérêt du souverain sert donc aussi à expliquer le passage de la composition libre à la composition forcée. L'ordre public n'y est pas non plus étranger, pas plus sans doute que l'humanité; mais ces deux derniers motifs n'excluent point le premier.

## II.

*Du tarif des peines.*

Dès qu'une fois le principe de la composition légale fut admis, il devint nécessaire de donner plus de précision à l'idée, en déterminant le *quantum* de la peine pour chaque délit. La chose était facile pour les attentats à la propriété, sauf l'exécution contre celui qui ne possédait rien; mais la fixation de ce *quantum* était plus difficile dans les attentats contre les personnes. Combien vaut une injure, un outrage à la pudeur, un coup de poing, un coup de bâton, un coup d'épée, la perte d'un membre ou de la vie? Ne sont-ce pas là des quantités hétérogènes sans commune mesure, sans rapport naturel appréciable? De là une fixation ou tarif nécessairement arbitraire. Mais au moins tiendra-t-on compte de l'état de fortune de l'offensé, de celle de l'offensant? Et comment graduer une échelle sur ce continu d'une manière exempte d'arbitraire? — Au moins le juge aura-t-il la faculté de se mouvoir entre un maximum et un minimum, afin d'approprier d'avantage la peine au délit? — Mais sur quelles bases fixera-t-on les termes extrêmes entre lesquels il pourra librement suivre les inspirations de sa cons-

cience? Point de réponse à toutes ces questions. Le législateur opère d'une manière abstraite. La précision ne porte que sur la distinction entre une blessure et une autre; elles sont estimées pour ainsi dire le compas à la main. Dans la loi des Frisons, qui est d'ailleurs des plus courtes, il y a cent soixante-quatre articles de détails sur les compositions. « C'est proprement, dit Fleury, un tarif de blessures, avec l'énumération de toutes les parties du corps humain, et même de celles que l'on eût dû se dispenser de nommer... Par exemple, on taxe en autant d'articles différents une main coupée, quatre doigts, trois doigts, un doigt. On distingue si c'est le pouce, l'index, et ainsi des autres; même en chaque doigt, on distingue les jointures (phalanges). On observe si la partie a été tout à fait coupée, ou si elle tient encore; et si c'est seulement une plaie, on en exprime la longueur, la largeur et la profondeur. On taxe en particulier le coup qui a fait tomber un os de la tête; mais si cet os n'était pas une petite esquille du crâne, il fallait qu'il pût faire résonner un bouclier dans lequel on le jetait au travers d'un chemin de douze pas. Les injures par paroles sont taxées avec la même exactitude, et l'on y peut voir celles qui passaient alors pour offensantes. On ne s'aviserait point aujourd'hui d'exprimer certaines actions marquées en particulier dans ces lois. Il y est parlé de celui qui empêche un autre de passer dans un chemin, de celui qui dépoille une femme pour lui faire injure, de celui qui écorche un cheval, etc. »<sup>1</sup>.

## III.

*Du quantum de la composition.*

Il y avait ici plusieurs points de vue à considérer et à combiner.

Dès qu'on ne voulait faire qu'un prix pour tout le monde, il fallait le mettre à la portée de la fortune moyenne du peuple.

Et comme les peines devaient être graduées suivant les délits, il fallait distribuer ces délits sur une certaine échelle, sauf à mettre plusieurs d'entre eux sur un même degré. Or, cette

<sup>1</sup> Cf. Rip., tit. 70, *De osse sup. viam son*; L. Alaman, tit. 60; Longobard, tit. 105, *De injur. fem.*; L. salic., tit. 60.

distribution est souvent d'autant plus arbitraire qu'elle est plus minutieuse. Le point de vue du législateur peut être en désaccord avec les faits. La privation des mains est plus grande pour le manœuvre qui exerce son état debout, et surtout assis, que la privation de ses jambes. Un commissionnaire perd plus, au contraire, en perdant une jambe qu'en perdant un bras.

Ne fallait-il pas tenir compte aussi de la douleur propre à chaque genre de lésion, du degré dans les chances de guérison, de la longueur du traitement, du prix divers des médicaments, etc., etc., toutes choses que l'expérience seule pouvait faire connaître?

Déjà nous avons reproché à ce genre de peine de ne pas prendre en considération la misère ou l'aisance du blessé et celle du coupable. La position de famille, celle de célibataire ou de marié, de marié sans enfants ou avec enfants, etc., sont aussi des données qui ont leur valeur. Je ne reprocherais pas au législateur de les avoir omises, s'il n'avait pas entrepris de suppléer aux faits par une détermination anticipée tellement circonstanciée qu'elle devait pour ainsi dire faire du juge un simple géomètre, qui n'avait à se servir mathématiquement que de ses yeux, de ses instruments, et point de sa conscience ni de son jugement.

Il ne faut pas faire un trop grand mérite aux lois barbares d'avoir admis une échelle de composition très modérée. Si les peines avaient été trop fortes, elles n'auraient pu être appliquées; ou, si elles l'avaient été, les fortunes, les familles en auraient été bouleversées. Le même esprit de cupidité ou d'humanité qui les avait suggérées en avait inspiré la modération. Un peuple pauvre ne peut avoir de nombreuses pénalités pécuniaires sans les mettre au niveau de la fortune moyenne.

D'ailleurs, l'échelle de composition dut s'élever avec la fortune publique; autrement, les peines seraient devenues impuissantes et dérisoires. Rotharis le comprit lorsqu'il augmenta la composition de la coutume ancienne pour les blessures, afin, dit-il, que le blessé étant satisfait, les inimitiés pussent cesser<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> L. I, tit. vii, § 13.

## IV.

*Différence de la composition suivant les sexes.*

Si le législateur n'avait pas tenu compte de toutes les grandes circonstances qui doivent faire varier la peine d'un cas à l'autre, il en avait pourtant noté quelques-unes, entre autres celle du sexe. Faut-il dire, avec Ozanam<sup>1</sup>, que cette considération était un reste de l'antique vénération des hommes du Nord, particulièrement des Germains, pour les femmes? ou bien ne serait-ce pas plutôt un sentiment de justice qui porte à être plus sévère pour la lâcheté qui s'oublie en maltraitant la faiblesse? Cette conjecture serait rendue vraisemblable si les enfants et les vieillards avaient partagé cette espèce de faveur. Le fait est que c'est la faiblesse des femmes qui est alléguée dans plusieurs de ces lois, et dès lors il y aurait en vice de logique à ne pas étendre le même bénéfice aux enfants et aux vieillards, non moins faibles que des femmes.

D'autres de ces lois semblent avoir en perspective ce que la loi romaine appelait *fructus*, en parlant des petits des animaux domestiques et des esclaves. D'autres, enfin, n'ont vu dans la femme que ce qu'y voient les sauvages, un être inférieur à l'homme, une sorte d'instrument et d'esclave que la nature lui met entre les mains. Ces dernières lois devaient donc abaisser la composition pour les mauvais traitements subis par des femmes.

<sup>1</sup> « La loi de Suède, celles des Saxons, des Francs, des Alamans, des Bavares, des Lombards, punissent d'une peine pécuniaire plus forte l'injure faite à la femme, parce qu'elle ne peut se protéger elle-même par les armes. La loi des Angles donnait un autre motif : « Qui feminam virginem nondum parientem occiderit, 600 solidos componat; si pariens erit, ter 600 solidos; si jam parere desiit, 600 solidos. » (*Lex Anglor. et Werinor.*, 10, 13.) Je trouve, ajoute Ozanam, à peu près les mêmes proportions, par conséquent le même motif, dans la loi salique, 28, et dans celle des Ripuaires, 12, 13, 14. Au contraire, la loi bavaoise invoque un principe moral, 3, 13 : « Quia femina cum armis se defendere nequiverit, duplicem compositionem accipiat. » La loi saxonne, 2, 2, punit du double l'outrage fait à une vierge. Cf. *Lex Alamann.*, 67, 68; Rotharis, 200, 202; Uplandsl., Machelg., 29, 5. La loi des Wisigoths, VIII, 4, 16, est la seule qui attribue à la femme un moindre wehrgeld qu'à l'homme. » (*Les Germains avant le christianisme*, p. 101.)

## V.

*Différence de la composition suivant les conditions.*

C'était aussi un être faible que le roturier et l'esclave, et qui aurait mérité la protection de la loi. Mais précisément parce que cette faiblesse tenait à une infériorité civile ou d'institution humaine, la loi qui l'avait faite, d'accord avec elle-même, loin de protéger l'esclave ou l'homme du peuple, l'humiliait encore en estimant les mauvais traitements qu'il pouvait subir au-dessous de ceux que l'affranchi, l'ingénu ou le roturier pouvait endurer.

A la vérité, d'après Tacite, les Germains n'avaient ni affranchis ni ingénus, distinction toute romaine, et que les empereurs eux-mêmes firent disparaître. Ils n'avaient même pas d'esclaves; ou plutôt, jusqu'à ce que les Romains leur fissent connaître par la conquête la véritable servitude, les Germains n'avaient d'autre esclavage que le colonat; et l'autorité des maîtres s'exerçait de deux manières: en imposant aux colons un tribut, et en les châtiant à discrétion<sup>1</sup>.

Cette distinction de colons et de seigneurs et maîtres, principe du servage de la glèbe, était plus que suffisante pour en amener une autre dans le droit criminel.

Chez les peuples à esclaves proprement dits, ce n'est point l'esclave qui est indemnisé pour les attentats commis sur sa personne, ce n'est pas non plus sa famille, il ne s'appartient pas et n'a pas de famille: c'est son maître qui a droit à l'indemnité, et cette indemnité ne peut mériter le nom de composition à l'égard de l'esclave, pas plus que si le dommage éprouvé dans sa personne par son maître avait porté sur un animal ou sur une chose.

La féodalité, en faisant renaitre la servitude et en conservant les peines pécuniaires pour les délits contre les personnes, admit des tarifs différents suivant la condition de l'offensé.

Un noble de rang supérieur qui entrait en colère dans la maison d'un homme de qualité (*standgenossen*) et le tuait, payait pour sa tête soixante marcs, dix au tribunal comme

<sup>1</sup> *Germanie*, XXV.

peine, et cinquante aux enfants du mort. Cette disposition vient du droit de la Petite-Pologne; le Statut de la Grande-Pologne, qui réduit cette peine capitale à la moitié, se fonde sur les principes de l'ancien droit silésien et polonais, qui ordonnait de payer une peine capitale tant pour les parents que pour les enfants. On payait de moins en moins, suivant que la condition du mort était de plus en plus basse: pour un tenancier la peine n'était que de quatre marcs au tribunal, six aux parents, un à son seigneur. Le Statut de la Grande-Pologne accordait trois marcs au seigneur et autant aux parents<sup>1</sup>.

Si des roturiers avaient tué un noble, il fallait trois de leurs têtes pour payer celle du noble, suivant le droit de Lithuanie et de Masovie. D'autres coupables pouvaient se racheter en partie, d'autres perdaient la main<sup>2</sup>.

En Lithuanie, en Pologne, la composition pour le meurtre a duré jusqu'en 1762; elle ne fut pleinement abolie qu'en 1768, même contre le noble qui avait tué un paysan. Toutefois, cette mesure fut en partie éludée, puisqu'on exigeait la déposition de six témoins contre un noble, et que trois de ces témoins devaient être de sa condition. L'impunité se trouvait ainsi assurée la plupart du temps au coupable<sup>3</sup>.

En Angleterre on distinguait aussi suivant la dignité de l'offensé: si un comte avait été blessé à la tête, neuf vaches; si c'était son fils, six vaches; si le fils du than, trois vaches; si ses neveux, deux vaches et deux tiers d'une troisième. Mais si ce n'était que le sang d'un vilain qui eût coulé, c'était beaucoup moins<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> MACIKIOWSKI, *Slavische rechtsgeschichte etc.*, t. II, p. 434.

<sup>2</sup> *Ibid.*, t. IV, p. 389.

<sup>3</sup> *Ibid.*, t. IV, p. 303.

<sup>4</sup> « Sanguis de capite comitis sunt, novem vaccæ.

Sanguis filii comitis, vel unius thani sunt, sex vaccæ.

Sanguis filii thani sunt, tres vaccæ.

De sanguine nepotis thani sunt duæ vaccæ, et duæ partes unius vaccæ.

De sanguine unius rustici extracto subtus anhelitam, est minor per tertiam partem in omnibus supradictis. » (HOUART, op. cit., t. II, p. 265.)

Chez les Anglo-Saxons, dit Hallam, comme chez toutes les autres nations du Nord, la composition pour meurtre différait suivant la qualité des personnes. Moindre pour un esclave que pour les *thanes* et les *céorls* (les propriétaires et les cultivateurs), elle était différente encore suivant l'étendue de la propriété, et la qualité de Saxons conquérants des Bretons conquis.

En Espagne l'emprisonnement n'était pas le même pour le noble et pour le roturier, pour les femmes du peuple ou pour les femmes de qualité. Ces dernières n'étaient renfermées dans les prisons publiques que pour des délits fort graves; autrement on les déposait dans une maison de sûreté ou dans un couvent. Du reste, ce dernier genre de réclusion n'était déjà plus en usage du temps de Grégorio Lopez <sup>1</sup>.

Le nouveau Code russe distingue deux séries de peines parallèles, suivant qu'elles atteignent les classes privilégiées ou celles qui ne le sont pas. Il y a généralement des accessoires aggravants pour les condamnés de la dernière catégorie, sous prétexte de rétablir l'égalité, attendu que les nobles perdent par les peines afflictives des avantages honorifiques, politiques ou de fortune que ne peuvent perdre ceux qui ne les possèdent pas. Nous croyons que c'est peut-être là une appréciation inutile de différences très réelles du reste, mais qui nous semblent suffisamment compensées par le plus haut degré de criminalité toujours ou presque toujours justement supposable dans les classes aisées, instruites et privilégiées; en sorte que si le noble se trouvait atteint plus fortement, c'est qu'il méritait de l'être <sup>2</sup>.

VI.

*Différence de la composition suivant les nationalités et les dignités.*

L'orgueil barbare trouva dans son insolence une raison suffisante d'avoir deux poids et deux mesures, suivant que la composition aurait lieu au profit d'un Franc ou d'un Romain, d'un

Le céorl saxon et le céorl breton étaient libres sans doute, mais le premier appartenait à une race privilégiée et censée supérieure.

Du reste, ces dernières causes de distinction appartiennent au numéro suivant.

<sup>1</sup> ANT. FERR. PRIETO, *Historia del derecho real de España, en que se comprende la noticia de algunas de las primitivas leyes, y antiquísimas Costumbres de los Españoles: la del fuero antiguo de los godos, y las que se establecieron despices que comenzo la restauracion de esta monarchia, hasta los tiempos del reg. D. Alonso el sabio, en que se instituyeron el fuero real y las siete partidas*. Su autor Don Antonio Fernandez Prieto y setelo, abogado de los reales conjejos, y de los del colegio de Madrid. Madrid, 1821.

<sup>2</sup> M. DE TRIS. V. *Revue de droit*.

vainqueur ou d'un vaincu. La loi des Bourguignons et celle des Wisigoths furent les seules impartiales <sup>1</sup>.

Le Gaulois fut jugé homme vil; son sang fut estimé une fois moins que celui d'un Franc, et, dans tous les cas, on ne lui payait que la moitié de la composition fixée pour celui-ci <sup>2</sup>. Le courtisan, le seigneur, le propriétaire, etc., avaient aussi leur valeur distincte.

La qualité d'évêque mettait la personne qui en était revêtue au-dessus des nationaux et des dignitaires civils. Ainsi, tandis que la composition était de six cents solides pour un leude ou fidèle, elle était de neuf cents solides pour un évêque. Les degrés inférieurs de la hiérarchie ecclésiastique étaient taxés à proportion. Ainsi, le meurtre d'un diacre était tarifé à trois cents solides, celui d'un prêtre à six cents. La loi des Ripuaires avait une échelle plus élevée, mais analogue à celle de la loi salique: pour le meurtre d'un sous-diacre, quatre cents solides; pour celui d'un diacre, cinq cents; pour celui d'un prêtre ingénu, six cents; pour celui d'un évêque, neuf cents encore. La prééminence du clergé était donc bien établie, abstraction faite, en ce qui concernait ses membres, de leur origine nationale.

Les nations barbares, tout en s'estimant davantage chacune, avaient aussi plus de considération les unes pour les autres que pour les Romains ou les Gaulois, parce que les barbares se regardaient comme frères, comme sortis d'une souche commune. On peut voir dans leurs lois la preuve de tout ce que nous venons d'avancer <sup>3</sup>.

<sup>1</sup> MONTESQ., *Esprit des Lois*, XXVIII, 3.

<sup>2</sup> MABLY, *Observat. sur l'Hist. de France*, l. I, 1.

<sup>3</sup> Différence de composition suivant les origines nationales, d'après la loi salique: « Si quis ingenuum Francum aut hominem barbarum occiderit qui lege salica vivit, sol. 200, culpabilis judicetur. Si quis eum occiderit qui in Træste dominica est, sol. 600, culpabilis judicetur. Si quis Romanum hominem convivum regis occiderit, sol. 300, culpabilis judicetur. Si Romanus homo possessor, id est, qui res in pago ubi commanet proprias possidet, occisus fuerit, is eum occidisse convineatur, sol. 100, culpabilis judicetur. Si quis Romanum tributarium occiderit, sol. 45, culp. judicetur. (*Leg. sal.*, tit. 48.) Si Romanus homo Francum expoliaverit, sol. 62, culp., etc. Si vero Francus Romanum expoliaverit, sol. 30, culp., etc. (*Ibid.*, tit. 15.) Si Romanus Francum ligaverit sine causa, sol. 30, etc. Si autem Francus Romanum, sol. 15. » (*Ibid.*, tit. 34, etc.) Mêmes proportions établies par les lois ripuaires entre les Français et les Gaulois.

Différence entre les clercs et les laïcs. On a vu que le meurtre d'un

## VII.

*Comment se partageait la composition.*

C'était un principe que ceux qui devaient hériter du défunt devaient le défendre, le venger. C'était donc à eux que la composition appartenait.

La loi salique ordonne que si un père est tué, ses enfants recueilleront la moitié de la composition, et que ses parents les plus proches, tant du côté paternel que du côté maternel, partageront l'autre moitié. Cette seconde disposition de la loi semble avoir été motivée par la crainte ou qu'un parricide ne restât impuni, ou que le meurtrier d'un père<sup>1</sup> ne fût pas recherché assez activement si le soin n'en était remis qu'à ses enfants.

« Si quelqu'un a tué un ingénu, dit une loi de Childebert, et que la chose ait été prouvée, il doit composer avec les parents suivant la loi. La moitié de la composition appartient au fils. De l'autre moitié ils prendront encore la moitié, de telle sorte qu'il ne reste plus que le quart. Quant à ce quart, il est dû aux proches parents, trois du côté paternel et trois du côté maternel. Si la mère ne vit plus, la moitié de la composition appartiendra toujours aux parents, trois du côté paternel et trois du côté maternel »<sup>2</sup>.

« Cette participation des parents paternels et maternels à la

leude ou fidèle n'était compensé que par 600 sol., etc., d'après la loi salique. Voici le texte relatif à la compensation du meurtre commis sur la personne des ecclésiastiques : « Si quis diaconum interfecerit, sol. 300, etc. Si quis presbyterum interfecerit, etc., sol. 600. Si quis episcopum, sol. 900, etc. » (*Leg. sal.*, tit. 58.) On connaît déjà les compensations analogues, mais plus fortes, excepté pour les évêques, portées par la loi des Ripuaires (tit. 36).

Différence en faveur des peuples d'origine germanique : « Si quis Ripuarius advenam Francum interfecerit, 200 sol., etc. Si advenam Burgundionem interfecerit, 160 sol., etc. Si interfecerit advenam Romanum, 100 sol., etc. Si interfecerit advenam Alamannum seu Fresionem, vel Bajuvarium aut Saxonem, 160 sol., culpabilis judicetur. (*Lex Rip.*, tit. 36.)

<sup>1</sup> Commis par des hommes libres; car les esclaves ne participaient pas à cette faveur de payer pécuniairement une dette morale. La raison en est simple, ils ne possédaient rien.

<sup>2</sup> CHILDEB., *Reg. capit. ad leg. salic.*, op. Pertz, t. IV, p. 6.

composition due pour le meurtre de leur proche avait lieu non pas seulement à défaut d'héritiers descendants et légitimes, mais concurremment avec eux, comme dans la question de partage. Cela tient, d'un côté, aux principes généraux qui réglaient les rapports domestiques des divers membres de la famille; d'un autre côté, à l'obligation imposée à tous et à chacun de poursuivre la vengeance légale contre le meurtrier. Cette obligation n'était pas particulière au fils du défunt, comme on l'a cru quelquefois; elle était commune à tous les mâles qui étaient compris dans les limites de la parenté légale, et qui, à ce titre, avaient des droits à la succession et au partage du *Wehrgeld*. Nous disons à tous les mâles, car en ceci il n'est pas question des filles, et nous verrons tout à l'heure quelle était leur place dans l'ensemble de ce système. Dans le cas spécial qui nous occupe, elles étaient exclues parce que la faiblesse de leur sexe les rendait inhabiles à poursuivre la *faida* les armes à la main, car la composition appartenait de préférence à ceux qui pouvaient y forcer le coupable par le *déf.*...

« L'obligation de poursuivre la *faida* et le droit de participer au bénéfice de la composition étaient deux choses inséparables; à tel point que celui qui se dispensait de l'une renonçait par cela même à l'autre. Cet état de choses est déjà décrit dans Tacite (*Germ.*, 21). On perdait donc ses droits à la succession du proche dont on ne vengeait pas la mort »<sup>1</sup>.

Cette solidarité des membres d'une même famille dans la vengeance comme dans la défense (*cojuratores*) étendait les inimitiés, à tel point que celui qui avait un meurtre à venger ne se bornait pas à faire tomber la tête du coupable. Du temps de Beaumanoir<sup>2</sup>, le vengeur du sang allait encore de nuit surprendre les parents du meurtrier et les exterminait, alors même qu'ils auraient ignoré le crime; ce qui détermina Philippe-Auguste à porter l'ordonnance connue sous le nom de *Quarantaine-le-Roi*, en vertu de laquelle tout parent d'un meurtrier qui n'aurait pas été présent à la perpétration du crime ne pouvait être attaqué avant quarante jours depuis la consommation du meurtre. Cette ordonnance fut renouvelée par saint Louis (1245), et confirmée par le roi Jean (1353).

<sup>1</sup> LEBRON, *List. des institut.*, etc., t. II, p. 62 et 63.

<sup>2</sup> *Coutume du Beauvoisis*, cap. 60.

Une mesure analogue se retrouve dans la seconde période du droit danois : Waldemar II publia pour la Schonie une ordonnance par laquelle l'amende ne devait être payée que par le seul coupable ; mais cette ordonnance ne resta pas longtemps en vigueur, tant étaient puissantes les habitudes de vengeance <sup>1</sup>.

C'était à quelques égards satisfaire à ce besoin que de soustraire un certain nombre de délits, les plus graves, à la composition. Ces délits prenaient en Danemark le nom générique d'*obodemaal*, d'*irrachetables*. Ces délits étaient, du IX<sup>e</sup> au XI<sup>e</sup> siècle : le vol, le faux, le meurtre, l'incendie avec intention d'y faire périr quelqu'un (*mordbrand*), et la trahison envers le pays <sup>2</sup>.

Depuis le XI<sup>e</sup> siècle jusqu'au XIII<sup>e</sup> au moins, les délits déclarés par la loi irrachetables deviennent plus nombreux et sont plus nettement déterminés encore. Ce sont :

1<sup>o</sup> L'*homicide* dans quatre cas ; quand il était commis : 1<sup>o</sup> sur le maître de la maison ou sur ceux qui vivaient en communauté avec lui sous son propre toit ; 2<sup>o</sup> devant un tribunal siégeant ; 3<sup>o</sup> à l'église ; 4<sup>o</sup> sur celui qui avait déjà payé une amende, ou acquiescé à un accommodement. Waldemar de Seeland n'en compte que trois, parce qu'il ne fait qu'un seul cas du premier et du troisième : l'église est la maison de tout chrétien ;

2<sup>o</sup> La *trahison envers le pays* ;

3<sup>o</sup> L'*incendie*, avec intention d'y faire périr quelqu'un. Celui qui était pris sur le fait était brûlé ou roué ;

4<sup>o</sup> Le *vol*, quand le voleur était pris sur le fait et que la chose volée valait un demi-marc ;

5<sup>o</sup> Le *vol avec assassinat* ;

6<sup>o</sup> Le *vol sacrilège* ;

7<sup>o</sup> Le *meurtre dans une province où se trouvait le roi* ;

8<sup>o</sup> Le *viol* sur la personne de la fille ou de la sœur d'un propriétaire libre (*bondes*), ou de toute autre femme noble ;

9<sup>o</sup> Le *meurtre* sur un homme qui n'était pas encore accusé ni

<sup>1</sup> KOLDERUP, op. cit., p. 131.

<sup>2</sup> V. dans les lois de Knud ou Canut les peines contre le vol, c. 27 ; contre le faux, ch. 3 ; contre l'effraction (*husbrec*), l'incendie, le vol à main armée, le meurtre et la trahison envers le seigneur (*Hlafordsvic*), c. 61.

poursuivi <sup>1</sup> devant un tribunal...., ou le jour de Noël, de Saint-Laurent, de la Toussaint, de la Chandeleur, ou un dimanche quelconque de l'année <sup>2</sup>.

Robert I<sup>er</sup>, roi d'Ecosse (1306-1329), introduisit la même exception pour le meurtre, le brigandage et quelques autres délits contre les personnes <sup>3</sup>.

## VIII.

## Rapport des délits privés et des délits publics dans la composition.

Nous avons vu que les délits privés étaient tous soumis à la composition par la loi salique, mais que d'autres législations du moyen âge, particulièrement celles de Danemark et d'Ecosse, y mirent des exceptions. Ce qui dit assez qu'avant cette époque la composition était de droit pour tous les cas.

On a remarqué avec raison que les crimes commis contre la tranquillité publique étaient passibles, au contraire, d'une peine corporelle ; mais ils étaient peu nombreux. Passer à l'ennemi, trahir sa patrie, donner asile et protection aux condamnés à mort, se révolter contre le chef de l'armée en temps de guerre, fuir devant l'ennemi, pénétrer sans autorisation et les armes à la main dans la demeure royale, étaient des actes punis de mort, ainsi que l'homicide du maître par l'esclave ; ou du mari par sa femme, et l'adultère. Les faux-monnayeurs et les faussaires avaient le poing coupé. Les voleurs étaient condamnés à la prison et privés pour toujours de la liberté s'ils ne pouvaient indemniser la personne volée <sup>4</sup>. Cette profonde différence entre les peines réservées aux délits privés et celles qui atteignaient les délits politiques inspirent à Carnigiani les réflexions suivantes : « Au milieu de la barbarie du moyen âge,

<sup>1</sup> « Einem unverklagten mann zu toeden, ehe er vor Gericht vervolgt ist.... »

<sup>2</sup> Voy. KOLDERUP, etc., op. cit., § 68, p. 35, 36 et 125. Cf. en général sur la composition et l'amende, M. ALB. DU BOYS, *ouv. cité*, t. II, p. 140-169.

<sup>3</sup> « Statutum ut quod si aliquis ab hac hora, in antea, de quacunque conditione fuerit, sit convictus, vel attyptus de homicidio, rapina, aut aliis delictis, tangentibus vitam et membra, communis justitia fiat de eo sine racheto. » (HOUART, t. III, p. 600.) Cf. ce qui a été dit précédemment sur les habitudes de vengeance en France, en Danemark et en Ecosse.

<sup>4</sup> CARNIGIANI, *Roth. leg.*, c. 3-7, 13, 36, 204, 214.

les peines afflictives, sévères, atroces dans l'ordre politique, disparurent presque entièrement dans l'ordre civil, en conséquence du principe de la composition. Il serait curieux de savoir pourquoi la sévérité des peines était regardée comme si utile au maintien du pouvoir politique, tandis qu'on l'appréciait si peu dans l'ordre civil, sans lequel cependant l'ordre politique reste isolé comme Eole dans la caverne des vents »<sup>1</sup>.

Si nous osions répondre à la question soulevée par l'illustre criminaliste italien, nous dirions que la raison de cette différence tient à plusieurs causes :

1° Il n'y avait pas à craindre de voir la guerre s'établir entre l'Etat et les particuliers par suite de la vengeance personnelle exercée par le pouvoir contre les crimes politiques, danger imminent, certain dans le cas de la vengeance privée ou du talion.

2° L'Etat tenait plus que les particuliers à cette influence de la peine qu'on appelle l'intimidation, et peut-être aussi à la satisfaction de se défaire de ses ennemis.

3° Il pouvait plus sûrement et plus impunément arriver à ce but que les simples individus.

4° Peut-être aussi tenait-il moins à s'enrichir qu'à punir.

5° Enfin, il s'enrichissait en punissant, puisque les crimes de ce genre étaient généralement frappés de peines emportant confiscation.

Tout était donc profit pour l'Etat en suivant dans la répression des délits politiques un système opposé à celui que l'intérêt des individus, l'intérêt public et la force des choses avaient établi pour la répression des délits privés.

<sup>1</sup> *Teor. dell. legg. della sicurezza locale*, t. IV, p. 206.

## § IV.

De la diversité des peines suivant la diversité des délits. — Période de l'analogie ou de la réciprocité.

## SOMMAIRE.

1. Grande diversité des peines dans l'antique Orient. — Cette diversité n'est un effet de la raison et de l'équité qu'en Grèce, surtout à Athènes.
2. Quelques caractères de la sagesse des lois pénales de la Grèce.
3. Les Romains l'imitent en partie.
4. L'esprit de cette législation pénale gréco-romaine a passé dans les lois des peuples modernes.
5. Le droit canon, le droit coutumier, le droit féodal même n'y demeurent pas étrangers.

On retrouve dans l'antique Orient une très grande diversité dans les peines; mais elles ont le double tort d'être le fruit d'une imagination évidemment inspirée par la vengeance ou par l'égalité brutale et sauvage du talion le plus grossier. Ce n'est qu'en Grèce, à Athènes surtout, qu'on trouve pour la première fois les peines soumises dans leur choix et leur application à des principes d'équité. Le supplice oriental y perd considérablement de cette recherche cruelle qui caractérise la première période de la civilisation, recherche à l'égard de laquelle le talion, qui distingue les lois criminelles des anciens peuples orientaux les plus avancés, est un immense progrès déjà.

Les peines sont simples, naturelles, et aussi variées déjà que le comporte la diversité des biens dans la privation desquels l'homme peut être douloureusement atteint. Privation de la vie naturelle, de la vie politique ou civile, des biens, de la liberté, etc. : telle est la base du choix des peines. Elles sont, de plus, graduées dans leur application suivant la gravité des délits, et l'arbitraire du juge est plus ou moins circonscrit. Le pouvoir exécutif n'est pas en même temps législatif; en appliquant la loi il n'a pas le droit de la créer, ni le droit de l'appliquer en la créant.

Rome emprunta à la Grèce sa législation criminelle comme

ses autres institutions, mais en l'appropriant à son génie. Elle la modifia ensuite d'après ses mœurs et ses progrès. Le talion, qui avait passé dans la loi des Douze Tables par le canal de la Grèce, qui le tenait elle-même de l'Orient, fut rarement appliqué. Il était permis de s'en racheter<sup>1</sup>. Les autres peines étaient plus en harmonie avec les idées et les mœurs des Romains.

Il est inutile de faire voir en détail l'influence du système de pénalité gréco-romain sur les législations modernes. Notre civilisation européenne est toute romaine dans son principe; le fond en a été momentanément altéré par les Barbares et le régime féodal, mais à la renaissance la civilisation ancienne a repris la juste influence qui lui revenait. On verra d'ailleurs, lorsque nous étudierons les différentes peines affectées suivant les temps et les lieux aux délits divers, que les peuples modernes sortent à peine de la tutelle du droit romain; que cette tutelle s'est constamment exercée en Europe depuis la conquête, et que les Gaulois, les Francs, etc., ont pris des Romains leurs lois pénales. On sait que les Barbares ont respecté, après leur invasion, les institutions civiles des peuples vaincus, et que le droit romain n'a pas cessé de régner plus ou moins largement sur l'Europe méridionale au moyen âge.

Le droit canon, en mêlant son influence à celle du droit romain, loin de la détruire ou de l'absorber, l'a subie plus d'une fois. Le droit canon est encore du droit romain, mais du droit romain modifié par le christianisme ou plutôt par la papauté.

Les coutumes n'ont pas non plus marché dans des voies tellement originales, que le droit romain ne s'y soit profondément mêlé: ce droit était la coutume des pays qui n'en avaient pas d'autre, et modifia souvent les coutumes dont l'origine lui était étrangère. C'est ainsi, par exemple, que le *Miroir de Souabe* et le *Droit impérial* ne sont que le droit coutumier germanique connu sous le nom de *Miroir de Saxe*, auquel s'était mêlé depuis le XV<sup>e</sup> siècle une forte dose de droit romain et de droit canon. Le droit barbare de la composition pénétra aussi dans plusieurs coutumes; l'amende, qui en faisait partie, était à elle seule une forte raison pour qu'il fût adopté et maintenu.

Saint Louis cite assez souvent les lois romaines dans ses *Etablissements*, et Pierre des Fontaines en fait un usage en-

<sup>1</sup> Gell., XX, 1.

core plus fréquent dans son Conseil. Dans une ordonnance du 1<sup>er</sup> avril 1315, il est déjà parlé du crime de lèse majesté. Sous Philippe le Bel on voit plusieurs pièces où se trouve l'expression de *lésion de la majesté royale*. C'est aussi aux lois romaines que nous devons, indirectement au moins, l'usage de la question.

Ce n'est pas d'ailleurs en droit criminel que les coutumes se distinguent par l'originalité et la variété. C'est à peine si l'on s'en est occupé à ce point de vue, tant elles s'écartent peu du droit classique universel des temps modernes, je veux dire du droit romain modifié par le droit canon et par l'arbitraire que laisse au juge la loi et le souverain. Nous n'entendons parler ici que des dispositions pénales et non de la procédure.

L'époque où le droit criminel présente le plus de bizarreries en Europe, où il semblerait avoir un caractère plus original, est celle de la féodalité. Mais les justices seigneuriales avaient peu de coutumes criminelles, par cela seul que la justice était rendue arbitrairement par le seigneur ou en son nom. Une seule circonstance tendait à donner et à conserver à cette justice un caractère un peu équitable et permanent, c'était le grand principe de n'être jugé que par ses pairs. Mais ce principe ne regardait ni les manants ni les vilains, que rien ne protégeait.

#### § V.

De la pénalité modifiée par la charité et les progrès de la philosophie.

C'est du siècle dernier que date très sensiblement cette tendance nouvelle dans le choix et l'application des peines. Les premiers germes en sont beaucoup plus haut sans doute; mais leur influence ne s'est exercée largement que depuis un siècle. De nos jours cet esprit pénètre de plus en plus profondément dans les codes criminels: c'est la peine de mort abolie en matière politique, en matière civile même; c'est la peine en général devenue simple pénitence; c'est la détention correctionnelle des adolescents convertie en système d'éducation. Le pénitencier même n'est encore qu'un moyen pour obtenir la réforme d'une éducation mauvaise, ou le complément d'une éducation imparfaite. Partout, à la Roquette comme à l'établissement de Mettray, dans nos prisons et nos bagnes mêmes comme aux

pénitenciers américains, le détegu est l'objet d'une sollicitude plus ou moins compatissante. La société n'a plus de ces rigueurs systématiques qui respirent encore la colère et la vengeance; ses agents peuvent manquer à leur mission, tromper son attente, mais ils ne sont plus des bourreaux. La peine de mort devient de plus en plus rares là même où elle est maintenue, et la société qui l'inflige en gémit, en rongit presque. Une peine qui a besoin d'être cachée parce qu'elle commence à révolter la conscience publique est une peine moralement abrogée. Telle est l'opinion, telle est la tendance du siècle.

Et cependant cette tendance et cette opinion ne peuvent être accusées d'une sympathie qui ressemblerait à de la complicité. Non, le mal moral, le crime reste ce qu'il est; le sens du juste n'est point perverti; mais celui de l'indulgence, de la générosité, de la pitié enfin, s'est développé au point de réduire beaucoup l'échelle de la pénalité. En d'autres termes, les mœurs générales se sont considérablement adoucies. Cette douceur ne profitera pas seulement aux coupables: par le fait qu'elle est universel, qu'elle est partagée par la population même où le crime se montre le plus fréquemment, elle sera un bénéfice encore pour cette autre partie du peuple qui est le plus ordinairement victime des attentats. Cette tendance est donc un progrès incontestable sur les phases précédentes du droit criminel.

#### CHAPITRE V.

Des influences diverses qui modifient les lois criminelles.

##### SOMMAIRE.

1. On ne peut les compter toutes.
2. Les principales.

Nous ne prétendons pas les assigner toutes. Il en est d'accidentelles qu'on ne peut ni prévoir ni énumérer. Elles motivent des mesures temporaires ou tellement spéciales, qu'il est d'ailleurs inutile de s'en occuper dans un travail qui a un caractère essentiellement général. Il en est d'autres qui peuvent tenir à des circonstances permanentes, telles que le climat, les produits du sol, etc., et qui n'ont pas non plus un intérêt théo-

rique très prononcé. En général, les circonstances étrangères à la volonté humaine intéressent moins que celles qui en dépendent. Il est vrai que les lois inspirées par des circonstances fatales ont encore leur côté libre, et qu'à cet égard elles ne sont pas indignes de notre attention.

Toutefois, obligé que nous sommes de nous borner, nous ne nous arrêterons qu'aux influences les plus puissantes et les plus communes. Ces influences tiennent à la race, à la civilisation; aux institutions politiques, civiles et religieuses; aux relations avec les peuples voisins; enfin, à la combinaison de toutes ces influences réunies.

##### § 1.

Influence des races.

##### SOMMAIRE.

1. Le nombre des races n'est pas rigoureusement déterminé.
2. Trois principales.
3. Cinq grandes divisions de la caucasique.
4. Leurs rameaux.
5. Supériorité de la race caucasique par ses mœurs et ses lois comme par son intelligence.
6. Infériorité intellectuelle de la race noire à l'égard de la race mongole. — Si sa supériorité morale est aussi certaine. — La branche malaise.
7. Ce qui fait l'infériorité de certaines branches de la race caucasique. — Part du climat.
8. La pélasgique obtient, sans contredit, le premier rang parmi les branches caucasiques.
9. Les institutions politiques et religieuses, loin de rendre raison de ces différences dans la même race, supposent elles-mêmes une différence originelle ou de constitution et peut-être de climat.
10. Exception en faveur du rameau germanique. — Comment elle s'explique.
11. La branche sémitique, — ses lois cruelles. — Exceptions.
12. La scythique plus spontanément mais moins systématiquement cruelle que la sémitique.
13. Conclusion.

Les naturalistes ne sont pas d'accord sur le nombre des races humaines: les uns, tels que Blumenbach et Lawrence, en admettent cinq: la caucasique, la mongolique, la noire, l'africaine et la malaise; les autres, tels que Cuvier, Lacépède, Linck, Schlosser, etc., n'en admettent que trois: l'euro-péo-arabe ou

caucasique, la mongolique, la noire ou éthiopienne. Nous nous tiendrons à cette dernière division comme à la plus simple, sauf à distinguer les branches naturelles dans chacune des trois grandes races.

Ainsi, la race caucasique présente cinq grandes divisions ou branches : l'arménienne, l'indo-persane, la sémitique ou araméenne, la pélasgique et la scythique.

La branche arménienne s'étend à l'ouest de la mer Caspienne à travers les montagnes de l'Arménie, et à l'est dans les stériles régions qu'occupent plus tard les Parthes.

La branche indo-persane s'étendait au sud depuis la mer Caspienne, en suivant la chaîne des montagnes jusqu'à la Bactriane au nord (Imaüs), et à l'est à travers la Perse orientale jusqu'aux Indes. Son foyer principal était les montagnes, d'où le Sihon (Iaxarte) et l'Amu-Darja (l'Oxus) prennent leur source, jusqu'au Paropamisus et à l'Imaüs occidental, jusqu'à Samarkand, Buchara, Chiva. Cette branche de la race caucasique est vraisemblablement parente de la branche germanique, plus jeune qu'elle, qui ne commence son rôle que plus tard dans l'histoire. On n'est pas aussi sûr qu'elle soit aussi proche parente de la branche celtique, plus ancienne que la germanique, et qui devint puissante dans tout l'ouest de l'Europe. On est également incertain si elle poussa des rejetons dans la Thrace, la Macédoine et l'Asie Mineure, où elle aurait fondé un établissement considérable.

La branche sémitique se dirigea vers le sud, s'étendit sur l'Euphrate et le Tigre; fonda de bonne heure des royaumes en Assyrie, en Babylonie et en Médie d'un côté, en Phénicie, en Palestine et en Syrie d'un autre côté, et se mêla vraisemblablement d'une part aux Egyptiens (à la caste sacerdotale?), et d'autre part à la race éthiopienne en traversant le détroit de Bab-el-Mandeb.

La branche pélasgique s'étendit plutôt à l'ouest, et fonda ses principaux établissements dans l'Asie antérieure (Phrygie?), d'où, en se mêlant à la branche sémitique (Phéniciens), elle poussa ses rameaux sur terre et sur mer en Europe, dans les îles de la mer Egée, de la Méditerranée, en Thrace, en Grèce, en Italie.

La branche scythique, la dernière de la race caucasique, comprend les Tatares ou Turcs, s'établit dans des steppes en

harmonie avec la vie nomade, entre la mer Caspienne, le Volga et le Danube; s'y mêla, ici et en d'autres lieux, avec la race mongole, et donna ainsi naissance à plusieurs variétés, aux Finlandais, aux Magyars ou Hongrois, et aux divers peuples de la Sibérie.

La race mongole s'étend à l'est de l'Asie, et comprend la Chine, l'Inde orientale, le Thibet et le Japon. Sa branche nomade, les Kalmouks, jointe à la branche scythique, a fait de fréquentes invasions armées dans l'ouest. On peut aussi regarder les habitants du nord de l'Amérique, en Europe les Finnois, les Lapons, les Groënlais, comme des branches de la race mongole.

La race éthiopienne occupe la partie centrale et méridionale de l'Afrique, à partir des montagnes de la Lune, et se mêle, dans la Nubie et les contrées voisines, à la race sémitico-caucasique représentée par les Arabes. Elle se trouve, du reste, circonscrite dans son pays originel, à moins que nous ne regardions la longue branche malaise, qui s'étend sur Malacca, sur les îles de l'Inde orientale, l'Australie, ainsi que sur l'Inde orientale, comme en étant un développement<sup>1</sup>.

Il n'y a sans doute aucune témérité à dire que les trois grandes races humaines ne sont pas également civilisables, puisqu'elles ne sont pas également civilisées. Mais il serait déjà plus hasardeux d'affirmer que leurs lois ou leurs coutumes pénales sont d'autant plus sévères que ces races sont elles-mêmes plus barbares, et que cette sévérité de plus en plus grande est la conséquence d'une perversité de plus en plus profonde.

Cependant on peut dire, sans manquer à la vraisemblance, que la race caucasique est supérieure en moralité à la race noire et à la race mongole. Peut-on maintenant mettre la race mongole au-dessous de la race noire? Pour l'intelligence, aucun peuple noir n'est parvenu aussi haut que le peuple chinois. La race mongole serait donc supérieure. Elle le serait sans doute encore si l'on comparait la moralité de l'une et de l'autre. Mais si l'on fait descendre la branche malaise de la race mongole, et qu'on la compare à la race éthiopienne, nul doute que l'avantage ne reste à cette dernière. Si, au contraire, on re-

<sup>1</sup> V. G. GRAFF., *Abriss. des alt. Gethich. des Orients*, in-8°; Mainz, 1829, p. 1-4.

garde la branche malaise comme provenant de l'éthiopienne, ce rejeton sera au-dessous de la branche mère. Si elle est un produit de la mongole greffée sur la noire, les sujets valaient mieux que la greffe. La branche malaise est la moins civilisée, la plus féroce et la plus cruelle.

Dans la race caucasique, les branches se ressemblent d'autant moins qu'elles sont plus éloignées du tronc et plus altérées par leur mélange avec d'autres incontestablement inférieures. Et déjà la branche orientale ou asiatique est moins morale et plus cruelle que l'occidentale, celle du midi plus que celle du nord : ce serait donc ici la part du climat.

En comparant entre elles les différentes branches de la race caucasique, et d'abord sans sortir des temps anciens, on trouve que les deux branches purement asiatiques, l'indo-persane et l'araméenne ou sémitique, ont des lois ou des usages criminels bien plus barbares que les branches arménienne, scythique, et pélasgique surtout. On pourrait croire que la différence tient aux institutions politiques et religieuses. L'Inde et la Perse étaient constituées despotiquement, et la Grèce s'était mise de bonne heure en république. La religion indienne et la persane, tenant beaucoup plus du panthéisme et de l'astrolâtrie que la religion grecque, leurs dieux approchaient moins de l'homme, en avaient moins les qualités, étaient des êtres moins moraux. Par conséquent les religions de l'Inde et de la Perse avaient moins d'influence morale que l'idolâtrie grecque. Il est vrai que des dieux sans vertus, non humains, étaient aussi des dieux sans défauts. Mais l'homme, tout en donnant ses vices aux dieux, leur départ plus largement encore ses vertus. D'ailleurs, les vices des divinités païennes étaient moins encore des vices que des actes arbitraires de leur toute-puissance; les dieux étaient naturellement au-dessus des lois destinées à régir les mortels.

Hâtons-nous de le dire cependant : toutes les influences tirées de la constitution intérieure d'un peuple, de ses institutions diverses, de ses croyances, de sa civilisation propre, les influences mêmes qu'il subit du dehors ne sont en réalité que des causes secondes; la race, ses dispositions et ses aptitudes natives, telle est la cause vraiment première et qui, bien connue, rendrait raison de toutes les autres. Mais il est fort difficile, impossible peut-être, de pénétrer le caractère distinctif des

aces à ce point, d'y faire voir les effets dans leurs causes. Cette supériorité intellectuelle et morale des branches pélasgique et indo-persane sur les autres branches de la race caucasique s'est conservée jusqu'à nos jours. Une seule exception se présente en faveur de la branche germanique; mais cette exception s'explique par l'influence de la branche gréco-romaine, dont elle a subi la civilisation. La branche araméenne ou sémitique, dont les Israélites sont la plus importante manifestation dans l'histoire des progrès de l'humanité, n'a trouvé son développement rapide que dans le contact et sous l'influence de la civilisation gréco-romaine. Dans son germe même, le christianisme doit peut-être plus qu'on ne pense à la Grèce par les Esséniens et les Thérapeutes, et plus tard par le platonisme et le péripatétisme.

La branche sémitique purement orientale se distingue par l'horreur de ses supplices et par leur nombre<sup>1</sup>. L'antique Egypte brille, au contraire, par une rare sagesse dans ses lois pénales : l'administration gratuite de la justice, la composition des tribunaux, la manière simple et solennelle cependant dont les juges voulaient que les procès fussent plaidés en leur présence, la suppression de la peine de mort, etc. Ces institutions égyptiennes ne furent pas sans influence sur celles des Israélites et des Pélasges, sur celles d'Athènes même. L'Aréopage en conserva des traditions non douteuses.

Malgré la peinture flatteuse que Justin nous a laissée des anciens Scythes<sup>2</sup>, ils ne jouissent généralement point d'une réputation égale à celle des anciens Germains. Ces barbares du Nord se nourrissaient de chair humaine, et sacrifiaient des hommes à leurs divinités monstrueuses. Les anthropophages, qui habitaient la contrée connue aujourd'hui sous le nom de Grande-Lithuanie, ne connaissaient, disent les historiens, ni loi ni justice. Tous les Scythes, tous les Sarmates même, n'étaient pas aussi barbares. Mais les invasions des Goths et des Huns aux IV<sup>e</sup> et V<sup>e</sup> siècles, celle des Hongrois au X<sup>e</sup>, et plus tard les dévastations et les conquêtes des Mongols et des Tatars en Europe n'étaient pas propres à corriger l'opinion que les anciens Scythes avaient laissée de leurs mœurs grossières et de leur férocité.

<sup>1</sup> On peut en voir l'énumération et la description dans l'*Histoire des législateurs*, par PASTORET.

<sup>2</sup> JUSTIN., *Hist.*, lib. II, 2.

Il reste donc établi que la branche pélasgique et après elle, peut-être, la branche indo-persane sont celles de la race caucasique où les mœurs furent le plus douces et les peines le plus modérées. Aujourd'hui même, si l'on comparait les peuples qui représentent ces deux origines, c'est-à-dire, d'une part, tous les peuples du centre, du midi et d'une partie de l'ouest de l'Europe, avec ceux du nord et de l'est de l'Europe encore, avec ceux du nord de l'Asie, on trouverait une différence analogue. La race mongole le cède peu à la branche scythe. Il est difficile de concevoir des mœurs plus dures, des lois pénales plus terribles que celles qui règnent encore au Japon. Mais cette race présente d'assez grandes différences dans ses variétés. Ainsi les Chinois, malgré leur immense population et leur extrême misère, sont loin d'être aussi féroces que les Japonais. Les anciens habitants du nord de l'Amérique, qui sont censés provenir de la même origine, étaient plus sauvages sans doute, mais pas plus cruels. Si les anciens Mexicains pouvaient être regardés comme issus de la même race, ils la représentaient d'une manière plus avantageuse. Quoi qu'il en soit, tout l'extrême nord de l'Europe et de l'Asie se ressent encore des mœurs primitives des Scythes et des Mongols. Ainsi, les habitants de la Finlande, d'origine finnoise, passent aujourd'hui même pour aimer beaucoup trop la vengeance, et cette opinion est malheureusement confirmée par le grand nombre d'assassinats qui se commettent dans les campagnes; mais elle est en même temps affaiblie par l'observation que ces crimes tiennent à la haine nationale du paysan finnois contre le cultivateur suédois<sup>1</sup>.

On pourrait faire des rapprochements plus frappants encore entre les Russes, les Mongols et les Chinois; mais ce parallèle sort de notre objet. Nous nous contenterons d'appeler l'attention du lecteur sur les analogies profondes qui existent entre les lois criminelles des deux pays: de part et d'autre ces lois sont plus avancées que les mœurs, parce que les lettrés de deux pays, qui ont fait ces codes, sont d'une autre civilisation que la masse du peuple. Ici comme là, les peines politiques sentent le despotisme. Des deux côtés, la fustigation joue un très grand rôle, etc., etc.

Quant à la race éthiopienne, elle semble être moins portée

<sup>1</sup> MALTE-BRUN, *Géogr. univ.*, t. III, p. 512.

à la vengeance que la race mongole; mais elle n'a pas la même intelligence en général. Un sentiment supérieur de la justice semble limiter la vengeance parmi les nègres. Nous verrons chez eux des institutions qui feraient honneur à des peuples moins bas placés dans l'opinion générale. Mais dans cette race comme dans les deux autres il y a des degrés considérables de peuple à peuple, de pays à pays. Ce sont ces degrés qui constituent l'échelle de la civilisation.

## § II.

Influence de la civilisation en général sur les lois pénales.

## SOMMAIRE.

1. Eléments divers de la civilisation.
2. Leurs combinaisons; proportions diverses.
3. Différents degrés de civilisation.
4. Trois principaux degrés.
5. Ce qui caractérise chacun d'eux, suivant Malte-Brun.
6. Ces caractères ne peuvent rien avoir de rigoureux. — Observations sur ce sujet.
7. Quelques traits saillants des nations barbares.
8. De la pénalité dans l'état sauvage. — S'il y a un droit pénal proprement dit dans cet état de société informe. — Ce que peut être un pareil droit.
9. De la pénalité dans l'état de barbarie: — simplicité excessive d'une part, et variété, subtilité de l'autre. — Lois pénales plutôt que civiles; — délits contre les personnes plutôt que contre les choses.
10. L'accroissement des délits réprimés par les lois, la plus grande sévérité des peines, compatibles en beaucoup de cas avec un degré supérieur de civilisation. — Preuves tirées du droit danois, du droit des Français.
11. De la pénalité dans l'état de civilisation proprement dite. — Ce qui caractérise la période de civilisation, par opposition aux deux autres périodes.
12. Echelle psychologique de la civilisation.
13. Civilisation orientale. — Montesquieu critiqué.
14. Civilisation occidentale ou gréco-romaine.
15. Principales dispositions pénales chez les Grecs, — chez les Romains.
16. La loi et le droit prétorien. — L'immobilité et le progrès. — Esprit analogue en Angleterre.
17. Meilleure manière encore d'apprécier l'influence de la civilisation sur la pénalité.

La civilisation se manifeste aussi, se manifeste surtout par la nature des lois pénales. Il s'agit donc ici des autres éléments de la civilisation et de leur influence sur le droit criminel. Ces

éléments sont l'industrie, le commerce, les sciences, les arts et les lettres, la politique, la religion et la philosophie. Plus toutes ces expressions de l'activité et du génie de l'homme sont développées, plus elles approchent de l'idéal, plus aussi les mœurs sont polies, plus les lois criminelles sont douces.

Tous ces éléments de la civilisation peuvent être combinés dans des proportions diverses; mais ils se tiennent assez étroitement pour qu'il soit difficile, impossible peut-être, que l'un soit en très grande disproportion avec les autres. Nous n'aurons donc pas à nous occuper des nuances et des résultats divers qu'elles peuvent amener; il ne s'agit d'ailleurs, ici, que de considérations fort générales.

Mais toutes ces choses réunies forment, dans les degrés divers de leur développement harmonique, les différents degrés de civilisation. Ces degrés, on le comprend, sont indéfinis, et ne se distinguent qu'à la condition de les prendre par masses et de chercher pour chacune d'elles quelque grand caractère qui en soit l'expression.

On reconnaît généralement trois principaux degrés de civilisation: le degré inférieur ou l'état sauvage, le second degré ou l'état barbare, le degré supérieur ou de civilisation. Mais que de différences entre la civilisation d'un peuple et celle d'un autre, entre les diverses périodes de la civilisation d'un même peuple, entre deux peuples également appelés barbares, et même entre des tribus sauvages de races et de pays divers! Les détails sont impossibles. Nous nous en tiendrons donc aux caractères les plus généralement admis, sachant bien qu'ils ne sont absolus que dans les mots, et qu'en réalité ils ont eux-mêmes leurs nuances, leurs degrés, leurs rapports plus ou moins en harmonie avec tous les éléments constitutifs de la civilisation. Nous saurons également que l'homme civilisé, et quand je dis l'homme je pourrais dire tout aussi bien une nation, est encore barbare, sauvage peut-être par quelque côté, de même que le barbare est déjà civilisé en partie, le sauvage déjà barbare, que chez tous il y a déjà tout l'homme, et rien au-delà. Mais il est de plus en plus développé du sauvage à l'homme le plus policé: différence toute de degré ou de quantité, nullement de nature ou de qualité.

Malte-Brun caractérise comme il suit les trois principaux degrés de civilisation :

« Les sauvages sont ceux qui ne connaissent point l'art d'écrire ou de fixer leurs pensées par des signes équivalant à l'écriture. Leurs idées mobiles ne s'attachent qu'aux choses qui frappent leurs sens: ils aiment à se parer d'une manière qui nous semble ridicule; ils s'adonnent aux exercices du corps et nous y surpassent infiniment. Leur industrie se borne ordinairement à un peu de jardinage, à la pêche et à la chasse. Cependant quelques-uns font des ouvrages très jolis et ont même des habitations commodes et élégantes.

« La classe des barbares ou demi-civilisés comprend tout peuple qui, par l'écriture, par des lois écrites, par une religion extérieure et cérémonielle, par un système militaire plus stable, s'est éloigné de l'état sauvage. Mais les connaissances qu'un tel peuple possède ne sont encore qu'un amas irrégulier d'observations incohérentes; ses arts sont exercés par routine; sa politique se borne à la défense momentanée de ses frontières ou à des invasions sans plan. En général, il ne fait que des progrès lents et incertains, parce que, même en marchant vers la civilisation, il n'a encore aucune idée de ce sublime but de l'existence du genre humain.

« Un peuple civilisé est celui qui a rangé ses connaissances en forme de sciences; qui ennoblit ses arts mécaniques jusqu'à en faire des beaux-arts; qui, pour l'expression de ses sentiments, a créé les belles-lettres; un peuple qui a un système fixe de législation, de politique et de guerre calculé non seulement pour le moment, mais pour les siècles à venir; un peuple chez qui la religion, dégagée des superstitions, n'a que la morale pour but; un peuple, enfin, qui se soumet au droit de la nature et des gens, en se regardant en temps de paix comme l'ami de toute autre nation, et respectant même en temps de guerre les propriétés des citoyens armés »<sup>1</sup>.

Rien ne serait plus facile que de chicaner sur ces caractères. Nous aimons mieux les donner pour ce qu'ils valent, sauf à nous abstenir de tenter une meilleure caractéristique. Puisqu'on ne peut rien dire que de vague et d'incomplet, attendu que rien rien n'est déterminé nettement, rigoureusement par la nature des choses, nous n'essaierons pas de sortir de ce vague, crainte de sortir par là même jusqu'à un certain point de la réalité

<sup>1</sup> Géogr. univ., I, 587 et 588.

ou de la vérité. Il nous suffira qu'un peuple soit généralement regardé comme sauvage, un autre comme barbare, un troisième comme civilisé, pour que nous puissions nous-même le regarder de la sorte. L'usage, telle sera notre règle en ce point.

Disons cependant qu'il n'y aurait peut-être pas un seul peuple au monde qui pût passer pour civilisé, s'il fallait prendre à la rigueur les caractères de la civilisation tels qu'ils sont donnés par l'illustre géographe. Nous n'en donnerons qu'une raison : une religion serait essentiellement exempte de superstition, que le peuple qui la pratique ne manquerait pas d'y en introduire. « Toutes les religions, dit de Maistre, poussent des mythes. » Mais il y a cette différence que les unes en poussent plus que d'autres, et de plus absurdes. Celles qui prêtent le moins à la superstition et au fanatisme sont les plus parfaites, quelque mal entendues qu'elles puissent être d'ailleurs par la classe ignorante de ceux qui les professent.

Ne nous y trompons pas, d'ailleurs, c'est par la partie intelligente d'une nation qu'il faut juger de sa civilisation, surtout quand cette partie est considérable et puissante. Autrement, il suffirait de descendre assez bas pour retrouver toujours la barbarie au sein des peuples les plus civilisés.

Il est certain cependant qu'une nation doit passer pour plus civilisée qu'une autre, si la masse de sa population celle qui fait sa vie et sa force, est généralement plus éclairée, alors même qu'elle compterait moins de sommités scientifiques, littéraires, artistiques, etc.

Disons encore que les barbares tiennent le milieu entre les sauvages et les peuples civilisés : ils ont déjà des coutumes, mais elles ne sont pas toujours écrites ; ils pêchent et chassent encore, mais ils nourrissent déjà des troupeaux et commencent à cultiver la terre ; plus religieux que les sauvages, ils ne sont pas moins superstitieux, et d'une superstition plus terrible. Le théisme du sauvage est un naturalisme indéterminé, des espérances et des craintes sans objet précis, sans institutions religieuses pour apaiser la Divinité ou se la rendre favorable, sans sacerdoce comme sans culte public. Les barbares, au contraire, sont généralement gouvernés par des prêtres ; l'idée religieuse semble être le premier frein qui sert à discipliner l'homme, à le soumettre à une autorité humaine au nom d'une autorité divine.

Les Alains dont nous parle Ammien Marcellin étaient donc plutôt des sauvages. Ils en avaient la férocité. Comme eux, ils mettaient leur gloire dans la force physique, dans le mépris de la mort, et leur bonheur dans cette espèce d'homicide plus ou moins juste qu'on appelle la guerre. Comme eux, ils se faisaient des trophées avec les restes mutilés et sanglants de leurs ennemis <sup>1</sup>.

Au contraire, les Gaulois, tels que nous les représente Jules César, étaient plutôt des barbares que des sauvages. Une théocratie de fer les gouvernait : « Les arrêts des druides, interprètes de toute loi divine et humaine, étaient sans appels. Malheur à celui qui les méconnaissait. Son exclusion des choses saintes était prononcée ; il était signalé à l'horreur publique comme un sacrilège et un infâme ; ses proches l'abandonnaient ; sa seule présence eût communiqué le mal contagieux qu'il traînait à sa suite ; on pouvait impunément le dépouiller, le frapper, le tuer, car il n'existait plus pour lui ni pitié ni justice. Aucune considération, aucun rang ne garantissait contre les atteintes de l'excommunication. Tant que cette arme subsista toute-puissante dans la main des druides, leur empire n'eut pas de bornes, et les écrivains étrangers purent dire que les rois de la Gaule, sur leurs sièges dorés, au milieu de toutes les pompes de leur magnificence, n'étaient que les ministres et les serviteurs de leurs prêtres » <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> « Judicatur ibi beatus, qui in prælio profuderit animam : Senescentes animi et fortuitis mortibus mundo digressos, ut degeneres et ignavos conviciis atrocibus insectantur ; nec quidquam est quod elatius jactent quam homine quolibet occiso, proque exuviis gloriosis, interfectorum avulsis capitibus detractos pelles pro phaleris jumentis accommoda bellatoris. Nec templum apud eos visitur, aut delubrum, etc. » (AMM.-MARCELL., XXXVI, 2.)

<sup>2</sup> CÉSAR., de Bell. Gall., VI, 13. DIO. CHRYSOS., Orat., 49, dans l'Hist. des Gaulois, par M. ARÉDÈS THIRRY, t. II, p. 107. Voici une peinture analogue des mœurs gauloises par Klumrath : « C'est par les druides qu'étaient jugées les causes capitales. La peine de mort et tous les supplices les plus cruels étaient prodigués ; les coupables condamnés à mort étaient réservés souvent pendant plusieurs années pour servir aux sacrifices humains qu'autorisait le druidisme. Les autres peines étaient la mutilation, la confiscation, le bannissement, l'excommunication, l'amende, etc. Aspirer à la tyrannie, passer à l'ennemi, divulguer les affaires publiques ou répandre de fausses rumeurs étaient des crimes sévèrement réprimés ; le sacrilège et la désobéissance aux injonctions des druides ne l'étaient pas moins. Le vol, le brigandage, le meurtre étaient punis de mort. Toutefois l'usage autorisait les duels, les rixes sanglantes, l'homicide commis du consentement de la vic-

Un autre trait des nations barbares, lorsqu'elles ont renoncé à la vengeance personnelle, c'est d'être processives; de se quereller sur toutes choses et à tout propos. Cet esprit d'intolérance, ce besoin de récriminer sur tout, de ne passer sur rien, est un reste de cette susceptibilité sauvage qui croit voir un danger, un acte d'hostilité dans tout ce qui se fait autour de lui et qui le touche. Point de sentiment d'union, d'esprit d'abnégation et de dévouement. A la place de ces nobles sentiments règne l'égoïsme le plus prononcé, et avec lui un antagonisme toujours prêt à se soulever. Ces dispositions de l'âme ont leur explication et jusqu'à un certain point leur excuse dans la faiblesse et la crainte. Il semble que la générosité ne puisse appartenir qu'à la force. Comment, en effet, la faiblesse pourrait-elle pardonner? Ne faut-il pas pouvoir punir pour être élement? Or, l'individu abandonné à ses propres forces n'est jamais en sûreté. Il en est de même des familles vis-à-vis des familles : la plus puissante peut succomber par l'astuce de la plus faible. C'est surtout dans cet état d'isolement plus ou moins prononcé qu'on est convaincu qu'il n'y a pas de petit ennemi. Aussi retrouvons-nous dans les pays où la civilisation n'a pu faire pénétrer encore l'esprit de solidarité, et par conséquent l'esprit vraiment social, ces traces de *sauvagerie* ou de barbarie. C'est la vengeance du sang, la vengeance héréditaire ou domestique, qui est déjà un progrès sur la vengeance personnelle comme chez les Ossètes<sup>1</sup>; c'est encore cette même vengeance héréditaire, mais déjà tempérée par une justice civile, et réunie à la passion des querelles judiciaires, comme chez les Yakoutes<sup>2</sup>.

Il y a peu de différence entre les mœurs des peuples sauvages et les sacrifices humains : pour ces derniers on employait de préférence des coupables, mais à leur défaut on en venait aux innocents, aux prisonniers de guerre, aux esclaves, aux clients, qui, dans les temps les plus reculés du moins, étaient immolés sur la tombe de leur patron ou de leur maître. Des peines légères étaient infligées au jeune homme dont l'embouppant dépassait la mesure d'une certaine ceinture, et à celui qui troublait obstinément et à plusieurs reprises le silence dans les assemblées publiques » (\*).

<sup>1</sup> FAUGÈRE, *Cabinet de lect.*, 30 décembre 1837.

<sup>2</sup> KOZMINE et MATIOUCHKINE, *Voyage parmi les peuples de la Russie asiatique*, etc., trad. fr. par le prince Emm. Galitzin; 2 vol. in-8°, Paris, 1843.

(\*) KLIMBATH, *Trav. sur l'Hist.*, etc., t. I, p. 194-196. Il s'appuie sur César, *Discours de Sicile*, Strabon et Posidon (apud Athen.).

vages et barbares qui vivent à côté de la civilisation moderne, et les mœurs des peuples primitifs ou des peuples anciens dont l'histoire nous a conservé le souvenir, tels que les Scythes et les Germains. Déjà M. Guizot en a fait la remarque et a prouvé la justesse de cette observation, en rapprochant ce que Tacite nous dit des Germains de ce que les voyageurs nous rapportent des différents peuples que la civilisation n'a pas encore transformés<sup>1</sup>.

Il suffit, d'un autre côté, de rapprocher la législation barbare, même avec les modifications qu'elle a reçues de l'esprit chrétien et des rois ou empereurs qui l'ont fait rédiger, de la peinture des mœurs des Germains par Tacite, pour être frappé de la similitude encore, quoique à un moindre degré peut-être. Sans doute Tacite laisse beaucoup trop à désirer sur les coutumes judiciaires des Germains; mais si l'on fait attention que ces peuples presque nomades menaient une vie simple sans être tempérante, que les querelles étaient fréquentes et pleines d'une violence cruelle, que le courage physique était leur première vertu, la liberté leur premier besoin; que leur ignorance laissait un vaste champ à la superstition; que leurs prêtres, sans avoir la même autorité que les druides chez les Gaulois, jouissaient néanmoins d'un très grand ascendant: il sera facile de comprendre que les barbares qui en descendaient durent avoir des coutumes, des lois pénales en harmonie avec la simplicité grossière de ces mœurs; que les lois pénales relatives aux délits contre les personnes devaient être les plus nombreuses; que la vengeance n'avait dû céder qu'à l'intérêt; qu'elle avait même dû se transformer plutôt que disparaître, et que le combat judiciaire n'était pas moins dans les mœurs des Germains que les *conjuratores*<sup>2</sup>. Le caractère national explique le premier de ces usages; l'esprit de famille et de tribu rend compte du second: les affinités du sang sont d'autant plus étroites que les liens sociaux ou politiques sont plus faibles.

<sup>1</sup> *Histoire de la civilis. en France*, t. I, p. 215 et suiv.; Cf. ROGGE, *Ueber das Gerichtswesen der Germanen*.

<sup>2</sup> Voir sur cette institution, dont il a été question déjà et dont il sera question encore, STRUVIUS, *Historia juris*, cap. IX, § 10, p. 760, 762, n° 1; DUBOIS, *Hist. du droit crim.*, t. II, p. 216, 225. Il en sera parlé aussi dans le tome II du présent ouvrage.

## I.

*De la pénalité dans l'état sauvage.*

Il n'y a point de droit criminel écrit ni même convenu chez les sauvages proprement dits. Il n'y a que des usages ou plutôt des habitudes. Ces habitudes, par cela qu'elles ne sont que des habitudes, n'ont aucun caractère juridique. Elles peuvent donc varier non seulement d'une tribu à l'autre, mais encore d'une génération à l'autre dans la même tribu, d'un chef à son successeur, et dans un seul et même chef, suivant son caprice et son humeur du moment. A plus forte raison en est-il ainsi chez les sauvages à l'état de famille, et, s'il est possible, à l'état d'isolement. Dans cet état d'abaissement, la notion de droit, de justice, est moins une idée claire et une règle qu'un sentiment vague, mêlé à la passion de la vengeance, et comme étouffé par elle. La colère, la crainte, l'envie, la cupidité, viennent s'ajouter encore au ressentiment de l'injure reçue, et contribuent à l'exaspérer, à étouffer toute réflexion propre à dégager la notion de justice pénale dans le choix et la mesure de la peine. Le sentiment de cette justice existe bien déjà; mais l'idée de la mesure n'apparaît pas encore.

La faiblesse de la situation ne permet guère de varier la peine: on inflige celle qui est la plus facile, la plus sûre, la moins périlleuse. De là une simplicité, une uniformité extrêmes: les mauvais traitements pour les cas les moins graves, et si l'on a pas à redouter une représaille sérieuse; la mort pour les offenses plus irritantes, ou pour celles qu'on ne pourrait punir autrement sans s'exposer davantage.

Un genre de peine fort usité encore chez certaines peuplades, c'est une sorte d'excommunication. Il est même digne de remarque que le bannissement est la peine unique chez certains peuples. Les Palaos (île Falupet, Polynésie) ne recourent ni aux peines afflictives ni à la prison contre leurs plus grands criminels; ils se bornent à les envoyer dans une autre île<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Histoire des navig. aux terres australes, t. II, p. 484.

Du reste, le catalogue des délits chez les sauvages est naturellement peu étendu: c'est la compétition dans l'appropriation, compétition qui amène les voies de fait; c'est le vol des objets appropriés; enfin, c'est le meurtre par suite des deux précédentes offenses. Les autres outrages pourraient d'autant plus aisément se rattacher à l'un de ces trois chefs, que le mariage et la paternité ne sont encore, dans cet état, que la situation d'un propriétaire qui peut être lésé dans sa chose, dans sa femme ou dans son enfant.

Les preuves de tout ceci résulteront de l'étude particulière que nous ferons plus tard de chaque espèce de délit. Cette observation s'applique également aux réflexions suivantes sur les deux autres phases de la civilisation.

## II.

*De la pénalité dans l'état de barbarie.*

Les barbares, déjà constitués en corps de nations, mais pas encore régis par un despotisme profondément organisé, commencent à avoir quelque chose de l'ordre et de la discipline des peuples civilisés, en même temps qu'ils conservent beaucoup encore de l'humeur impatiente et indisciplinée des sauvages. Ils jouissent de la liberté par indépendance, autant ou plus que par soumission aux lois et à l'autorité du prince. Cette autorité est rarement bien établie. Elle oscille entre l'amour et la haine, va du mépris à l'admiration, et peut à chaque instant périr par sa faiblesse ou par sa dureté. Elle a besoin, pour durer, d'être soutenue par quelque sentiment basé sur un mérite supérieur dans la personne du chef, que ce mérite tienne de l'esprit, du cœur ou du caractère. Les hommes qui ne sont pas assez civilisés pour obéir aux idées ne cèdent qu'au sentiment inspiré par la grandeur. Et cette grandeur qui les frappe est toujours pour eux une supériorité naturelle, une force.

Trop pleins déjà du sentiment de l'égalité pour obéir à une supériorité de convention, il leur faut des supériorités réelles pour les contenir.

C'est à cet esprit d'égalité qu'ils sont redevables en partie du

principe de leur législation, le talion. Les besoins, la cupidité viennent le modifier ensuite.

C'étaient encore des barbares que ces Romains régis par leurs Douze Tables, où le talion se retrouve à côté de la composition, où la transaction s'étendait jusqu'au vol.

Le caractère et le petit nombre des lois pénales des Douze Tables en fait plutôt des principes qu'une législation criminelle proprement dite. Il y a là plus d'esprit de généralisation et moins de détails que dans la plupart des lois barbares. Est-ce sagesse ou impuissance; est-ce simplicité systématique et réfléchie, ou simplicité par défaut de précision? C'est ce qui ne peut guère être mis en doute: il y a dans ces lois une telle majesté, qu'il n'est pas permis de penser que le législateur n'ait été concis à ce point que parce qu'il a voulu l'être. Le reste était l'affaire des juriconsultes. Les barbares des temps suivants ont moins compté sur les magistrats: ils ont voulu rendre les fonctions de juge faciles, afin qu'elles pussent être remplies par tout le monde, et surtout prévenir l'arbitraire.

Toutefois, l'imagination de ces barbares, ne devant point les faits, ne brille que dans les détails des circonstances et non dans ceux de la variété des délits. Ils procèdent en cela comme les rédacteurs des Douze Tables. Moins les liens sociaux sont nombreux, moins ils sont serrés, moins nombreux sont aussi les points par lesquels se touchent et se froissent les intérêts et les droits.

Ces lois sont d'abord presque entièrement pénales; elles prennent plus tard un caractère civil. Et parmi les lois pénales des premiers temps, celles qui sont destinées à protéger les personnes sont d'abord plus nombreuses que celles qui ont pour but de protéger les choses. La raison de cette double différence dans le développement des lois pénales est simple. L'état des personnes n'est d'abord qu'une affaire de famille, et les rapports de famille à famille une affaire de libre relation où la loi n'intervient comme régulatrice que pour prévenir des délits qu'elle s'est longtemps bornée à punir. De même, lorsque les richesses ne consistent guère que dans un petit nombre d'objets mobiliers qu'on possède, lors surtout que la propriété du sol n'est pas encore définitivement constituée, lors enfin que l'industrie et le commerce n'ont pas encore donné aux productions spontanées de la nature un essor et une valeur consi-

dérables, tout attentat contre les choses n'est, la plupart du temps, qu'un attentat contre les personnes, une dépossession, une violence.

Plus ces caractères des lois primitives vont s'effaçant dans les législations, surtout chez des peuples sortis d'une même souche, plus la barbarie elle-même disparaît devant la civilisation. Ce phénomène est sensible dans la comparaison des lois saliques avec celles des Bavares, des Ripuaires, des Bourguignons, des Wisigoths et des Lombards; on sent que la civilisation marche des unes aux autres. M. Guizot a remarqué que les délits prévus par la loi salique se rapportent presque tous à deux chefs, le vol et la violence. Ce sont là les deux principaux droits reconnus chez tous les hommes, celui de la propriété et celui de la personnalité physique. La loi salique distingue les différentes espèces de vols, suivant la nature de leur objet. Les circonstances de sexe, d'âge, de lieu, de temps, de valeur sont prises en considération dans l'appréciation du délit et l'estimation de la peine.

Les délits contre les personnes sont principalement ceux qui supposent le plus de férocité ou de grossièreté dans les mœurs, la mutilation et le viol. Les variétés en sont décrites avec scrupule.

La loi ripuaire ressemble beaucoup à la loi salique; elle est plus pénale que civile; elle s'attache surtout à deux sortes de délits, le vol et la violence; les délits contre les personnes semblent plus préoccuper le législateur que les délits contre les propriétés. La composition y joue le même rôle que dans la loi salique: le tarif des peines est à peu près le même dans les deux lois; seulement, la loi salique l'énonce en deniers et en sous, au lieu que la loi ripuaire ne l'énonce qu'en sous. La première est entrée dans plus de détails sur les délits passibles d'amendes, la seconde s'occupe davantage de procédure; l'une est plutôt la loi du peuple: elle lui apprend comment il doit transiger et procéder en justice; l'autre est plutôt la loi du juge: elle lui donne jusqu'à la formule de ses sentences, ne lui laissant d'autre soin que de constater l'existence et la nature du délit.

La loi des Bourguignons a déjà un caractère plus civil que les deux précédentes, puisque, sur trois cent cinquante-quatre articles qu'elle renferme, il n'y en a que cent quatre-vingt-deux

de droit pénal : c'est encore un peu plus de la moitié. Mais dans la loi salique, trois cent quarante-trois articles sont consacrés au droit criminel, et soixante-cinq seulement à d'autres objets ; dans la loi ripuaire, qui compte deux cent vingt-quatre ou deux cent soixante-dix-sept articles, suivant les divers modes de distribution, cent soixante-quatre ont le droit pénal pour objet.

Ce n'est pas là le seul caractère distinctif entre la loi Gem-bette et les deux précédentes : il n'y est plus question, comme dans celles-ci, de la diversité des conditions légales entre hommes de races différentes ; en matière civile ou criminelle, offensés ou offenseurs sont placés sur le pied de l'égalité. De plus, si la composition se retrouve encore dans la loi bourguignonne, elle a cessé d'être la seule peine : les châtimens corporels, les peines morales ou infamantes mêmes y prennent place. L'esprit d'invention bizarre et cruel du moyen âge s'y trahit déjà ; les délits y sont plus variés, en même temps que les espèces contre les personnes se trouvent réduites.

Si de la loi des Bourguignons on passe à celle des Wisigoths, on trouve encore un progrès notable : on remarque surtout qu'elle est l'œuvre de l'Eglise, celle des conciles de Tolède, véritables assemblées nationales de la monarchie espagnole, suivant la remarque de l'illustre historien de la civilisation en France et en Europe. Plus intelligente des faiblesses de l'humanité, plus habile à démêler les rapports sociaux, plus préoccupée du point de vue moral et religieux, plus pénétrée de la solidarité humaine, l'Eglise dut inspirer des lois plus douces, plus intelligentes, plus sociales, plus d'accord avec la morale et la religion, plus égalitaires. Mais aussi les péchés et les vices, les fautes contre l'autorité religieuse y durent obtenir une plus grande place.

Il ne faut pas s'étonner de voir les peines se multiplier et devenir peut-être plus sévères chez les peuples allemands en passant de la barbarie à la civilisation. Ce phénomène ne leur est pas propre. Il est permis de penser même qu'il est universel. La justice, en prenant conscience d'elle-même, devient plus attentive, plus scrupuleuse. Elle laissera passer moins de délits sans les châtier, et ses peines prendront un caractère de variété et de sévérité qu'elles n'avaient pas lorsque le législateur distinguait moins, cherchait moins le juste rapport

entre la peine et le délit. Aussi, quelle différence entre la simplicité relative des lois barbares et la multiplicité de celles qui leur ont succédé au moyen âge et jusqu'au XVIII<sup>e</sup> siècle ! Nous retrouvons ici les amendes et les peines corporelles, mais jamais ensemble, circonstance digne de remarque, et qui était déjà un principe chez les Athéniens.

Ces peines sont énumérées comme il suit par Grimm dans ses *Antiquités du droit germanique* <sup>1</sup> :

A. Peine de mort :

1. *Pendaison*. La vieille poésie allemande est fort riche en expressions imagées pour désigner ce genre de mort. On pendait aux arbres, mais pas au premier venu : *an einen dürren Baum und an keinen grünen*. (*Reutters Kriegsordn.*, p. 74, 75.) On voilait la tête du coupable. Une aggravation de peine consistait à pendre le condamné entre deux chiens ou deux loups. (GRIMM, p. 685.) La coutume s'en conserva pour les juifs jusqu'aux XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> siècles.

La loi des Lombards ordonnait que le coupable fût pendu sur la tombe de sa victime. (*Roth.*, 373.)

Les femmes n'étaient pas pendues : elles étaient brûlées, noyées, etc.

La pendaison était plus ignominieuse et plus rigoureuse que la décollation. Le voleur de nuit était pendu ; celui de jour décapité.

2. *La roue*. Le corps du coupable, brisé par une roue, entrelacé dans les rayons, était ensuite élevé en l'air sur la roue au moyen d'un pieu.

3. *La décollation*. Avec la hache et le marteau (comme on casse le sucre).

4. *L'éviscération* (*exenterare, ausdaermen, étriper*) pour les écorceurs d'arbres et les voleurs de charriues.

5. *Couper de la chair* sur la poitrine. Peine du débiteur de mauvaise foi. Cf. une loi bourguignonne pour le vol de faucons : « Si quis acceptorem alienum involare præsumpserit, aut sex uncias carnis acceptor ipsi super testones (pectus) comedat, aut certe si noluerit sex solidos illi cujus acceptor est cogatur exsolvere » (tit. 11). (GRIMM, p. 690.)

6. *Supplice des pieux* (*Pfaehlen*). On attachait le coupable à

<sup>1</sup> *Deutsche Rechts Alterthümer.*

un poteau et on le tuait à coups de pieux. Supplice du voleur de chevaux, du viol, de l'infanticide. Dans le cas de viol, un pieu en chêne, aiguisé par le bout, était placé sur la poitrine du coupable; la victime frappait les trois premiers coups, le bourreau les autres. Une ordonnance de 1554 porte que l'infanticide, enterrée vivante, aura le cœur traversé d'un pieu. Même supplice pour les sorcières. (*Ibid.*, p. 691.)

7. *Ecartellement*. Supplice infligé au traître Ganelon par Charlemagne.

8. *Etre foulé aux pieds des chevaux*.

9. *Lapidation*.

10. *Etre enseveli vivant*. C'était le supplice des femmes dans les cas où les hommes étaient pendus ou roués. Il a subsisté jusque fort avant dans le moyen âge. Hans Sachs en rapporte même un exemple dans le XVI<sup>e</sup> siècle. Chez les Dîtmarses, la fille qui s'était laissé séduire était enterrée vivante. Dans certaines coutumes de France, le meurtrier était enterré vivant sous le corps de sa victime: (V. *Chartam conūtis Bigorensis*, an. 1238; DUGANGE, 6, 319.) A Zurich, en 1489, deux hommes furent *murés* (cingemauert); on laissa une ouverture pour leur passer des aliments. (J. DE MULLER, t. V, p. 403.)

Un supplice analogue était anciennement infligé aux lâches: on les ensevelissait dans la boue, on les noyait dans un borbier avec une claie d'épines sur le dos. (V. TACIT., *Germ.*, c. 12.) C'était aussi le supplice de la femme qui répudiait (*dimiserit*) son mari (*Lex Burg.*, 34, 1.) Reste à savoir comment se concilie avec cette culpabilité le droit de répudiation ou de renvoi d'un mari par sa femme. Il y a là une difficulté dont la solution nous échappe.

11. *Etre précipité d'un rocher*. Supplice que le comte Dietrich fit subir à l'évêque de Trèves.

12. *Etre noyé*. Supplice particulier aux femmes et aux sorcières. Une glose du Sachsenspiegel porte que le parricide doit être jeté à l'eau dans un sac avec un chien, un singe, un coq et une vipère. Cet emprunt fait au droit romain n'est pas le seul. En 1734, en Saxe, une femme coupable d'infanticide fut encore noyée dans un sac avec un chien, un chat et un serpent.

13. *Etre brûlé*. La loi des Wisigoths condamne au bûcher l'esclave qui a commis un adultère avec une femme libre. Même peine pour vol dans un tombeau.

Au moyen âge, le feu était le supplice de l'adultère. Tristan dut être roué, Iselt brûlée. C'était aussi la peine des hérétiques, des sorciers et des empoisonneurs.

On faisait bouillir les hérétiques, « afin, disait-on, que le diable ne se fit pas mal aux dents. »

A une époque plus reculée, on les étouffaient dans un bain de vapeur.

14. *Etre livré aux bêtes*. Supplice dont on ne trouve point d'exemple dans le droit allemand, mais bien dans les Sagas du Nord.

B. Peines corporelles n'entraînant pas la mort:

*Avoir les cheveux coupés*. Peine infamante.

*Etre flagellé*.

*Avoir la peau de la tête enlevée* (décalvation) <sup>1</sup>.

*Le pied et la main coupés*, — ou le nez, — ou les oreilles, — ou les lèvres, — ou la langue.

*Etre privé d'un œil*, — avoir les yeux arrachés.

*Les joues traversées par un fer chaud*.

*Les dents brisées*.

*Etre enchaîné*.

C. Peines infamantes (*Ehrenstrafen*, p. 711, 199):

*Le blâme*.

*La rétractation*.

*Un traitement ignominieux* (cheveux, habits coupés).

*Interdiction des armes*, dégradation militaire.

*Procession symbolique*.

*Porter à la main des verges ou des balais*, un chien, une selle (punition des nobles), un siège (punition des clercs), une roue de charrue (punition des vilains). Les femmes portaient des pierres <sup>2</sup>.

*La promenade sur un âne*, à rebours, la queue de l'animal en guise de bride, pour la femme qui avait battu son mari.

*Enlèvement du toit de la maison*.

*Etre enduit de poix et roulé dans la plume*.

*Le pilori et le carcan*.

<sup>1</sup> Peine analogue à la coutume de certains sauvages, de scalper leurs ennemis terrassés, mais par un autre motif. Cf. DUBOIS, *Hist. du dr. crim.*, t. II, p. 541.

<sup>2</sup> Cf. STRAUVIUS, *Histor. jur. xuvopopix Germanorum*, c. IX, § 11, p. 736-738.

La berne (esp. *mantear*).

Perte du banc à l'église, relégation dans un coin, à la porte.

Etre enseveli sans honneurs dans un carrefour.

D. Perte des droits de cité (*Landrechts*) :

Servage (*Herabwürdigung des freien zum Knecht*).

Destruction de la maison : le toit enlevé, la porte enfoucie, le puits comblé, etc.

Interdiction civile (*gemeine Landrecht genommen*).

Proscription.

Les femmes n'étaient pas bannies.

Nous retrouvons le même fait chez les Francs, et Mably leur en fait un mérite. « Renonçons, dit cet historien philosophe, à cette humanité cruelle qui les enhardissait au mal : ils infligèrent la peine de mort contre l'inceste, le vol et le meurtre, qui, jusque là, n'avaient été punis que par l'exil, ou dont on se rachetait par une composition... Ils portèrent la sévérité aussi loin que leurs pères avaient poussé l'indulgence ; et, faute de proportionner les châtimens à la nature des délits, ils firent souvent des lois absurdes, tyranniques, et par conséquent impraticables »<sup>1</sup>.

Au XVI<sup>e</sup> siècle, la législation danoise se crut dans la nécessité de se montrer plus sévère à l'égard de certains délits, et de sévir contre d'autres qu'elle n'avait pas prévus jusque là. En conséquence de cette sévérité plus grande, sont punis de mort : l'homicide avec préméditation par un roturier, le viol, l'impureté (*Hurerei*) à la seconde récidive. Les méfaits involontaires (*vaadesgjerninger*) ne sont pas punis en général, excepté l'incendie. On paie une amende aux parents du mort, si l'on a tué en se défendant (*nothwehr*). Certains délits que ne prévoyaient pas les anciennes lois sont alors sévèrement réprimés : tels sont la prévarication, l'altération des livres de justice, le faux témoignage<sup>2</sup>.

Dans la période suivante, le législateur danois étend encore, et avec raison, la liste des délits : ainsi sont punis pour la première fois l'inceste, l'accouchement tenu secret, l'exposition des enfants, la fausse reconnaissance de père ou de mère, l'étouffement d'un enfant. Les peines portées contre le libertinage sont

<sup>1</sup> *Observat. sur l'Hist. de France*, I, 3.

<sup>2</sup> KOLDERUP, op. cit., § 145, p. 291.

augmentées, celles contre le vol adoucies. Le travail dans une maison de force est une peine fort en usage<sup>1</sup>.

### III.

*De la pénalité dans l'état de civilisation proprement dite.*

La civilisation se compose d'un grand nombre d'éléments ; mais ces éléments se combinent dans des proportions diverses, et ne sont eux-mêmes que des produits de nos facultés. Suivant donc que la prédominance appartient à telle ou telle de ces facultés, la civilisation a tel ou tel caractère, s'élève à tel ou tel degré. Suivant que l'imagination, le sentiment, l'entendement ou la raison joue le principal rôle chez un peuple donné et à une époque déterminée, la poésie, la religion, la science ou la philosophie caractérise ce peuple et cette époque. La période sauvage est encore dominée par les sens ; la période barbare s'en dégage et passe sous l'empire de l'imagination. Mais cette faculté règne pleinement au début de la civilisation, et réveille ce sentiment religieux qui caractérise le spiritualisme. La religion, à beaucoup d'égards, et chez la plupart des peuples, n'est encore que de la poésie, mais une poésie qui sort de la sphère des choses sensibles. Un tour d'esprit plus ferme s'attache ensuite aux rapports naturels des choses, à leurs influences respectives. De là les sciences. Mais à leur début, et longtemps après, elles sont encore entachées de mysticisme. L'alchimie et l'astrologie ont précédé la chimie et l'astronomie. Et cependant les astrologues et les alchimistes étaient déjà en possession d'un grand nombre de faits bien observés, auxquels ils appliquaient le calcul. La science des nombres elle-même a été longtemps infectée de mysticisme. Depuis Pythagore jusqu'à Galilée, les esprits les plus vigoureux même n'ont pu s'affranchir complètement de ce genre de superstition. L'usage critique d'une raison ferme et juste était seul capable de purger la science, la religion, la poésie elle-même de toute conception absurde. Or, cet usage de la raison c'est ce que nous appelons philosophie.

<sup>1</sup> KOLDERUP, op. cit., § 174.

Il est facile de voir maintenant la place de chaque peuple sur l'échelle de la civilisation. La Grèce antique appartient, depuis les temps barbares, à la période poétique ou d'imagination. L'Orient, par la poésie encore, mais surtout à cause de ses théocraties, l'Orient, avec sa pensée religieuse, principe de toutes ses autres pensées, appartient à la seconde période de la civilisation. Grâce à l'immobilité naturelle, à l'esprit religieux, l'Orient est généralement resté au degré où, depuis des siècles, une théocratie toute-puissante l'avait placé. Il peut changer de religion, de religion poétique, mais il n'en peut sortir. Il peut passer du panthéisme au bouddhisme, du sabéisme à l'islamisme, mais bien plus difficilement de ces cultes, dont l'objet est fourni par les sens ou l'imagination, au culte d'un être de raison, du vrai Dieu. La Grèce, avec son idolâtrie, avec ses hommes-dieux ou ses dieux-hommes, eut moins de peine à se dégager du sentiment pour passer à la science. Pythagore et Thalès n'étaient pas moins hommes d'entendement et de raison que d'imagination et de sentiment. Leurs successeurs firent plus encore, et grâce à leur infatigable curiosité, à cet esprit d'audacieuse investigation que rien ne rebute et n'arrête, les poètes, les prêtres eux-mêmes devinrent philosophes. Euripide profita des leçons d'Anaxagore et de Socrate, et Plutarque écrivit contre la superstition.

Cette diversité d'esprit explique celle des législations criminelles de l'Orient et de la Grèce. L'Orient se distingue en général, avons-nous dit, par l'esprit religieux; dans la religion par le dogme plus que par la morale; dans la morale par les pratiques cérémonielles plutôt que par celle des vrais devoirs; dans les devoirs par ceux qui ont l'agent pour but plutôt que par les devoirs sociaux. Tout s'y rattache à l'infini, et l'individu ne se préoccupe guère que de lui-même et dans ses rapports avec l'infini ou le divin; tout le reste, qui est fini, qui n'est et ne vit que par l'infini et pour l'infini, est presque sans valeur; il faut que la personnalité propre soit aussi forte qu'elle l'est naturellement pour qu'elle compte en face de l'infini; encore compte-t-elle plus par instinct que par principe. C'est ainsi que l'exaltation excessive de l'idée et du sentiment religieux conduit au mépris de l'humanité, à l'oubli de soi-même ou au fanatisme. De là le caractère tout à la fois religieux et terrible de la plupart des législations criminelles de l'Orient. Nous en

verrons la preuve lorsque nous traiterons des différentes espèces de peines. On peut remarquer dès maintenant que le peuple de l'Orient le moins superstitieux, à tel point que ses lettrés ont passé longtemps pour athées aux yeux des missionnaires européens, les Chinois, est de tous celui dont les lois criminelles ont le plus de rapport avec celles de l'Occident par leur esprit de justice et de douceur. Il n'en faut excepter que certaines peines d'un caractère barbare encore, celles contre l'adultère par exemple.

L'empereur Yao, environ 2,400 ans avant J.-C., avait établi dix grands tribunaux. Chun, son successeur, en ajouta de subalternes; il spécifia les délits, et détermina les châtimens qui leur seraient réservés.

Il n'admit la composition que pour les fautes légères. Ce qui ferait croire qu'avant lui elle recevait une bien plus grande extension. Il défendit toute indulgence envers ceux qu'on avait essayé vainement de ramener à la vertu, ou qui étaient assez lâches ou assez pervers pour abuser de leur force ou de leur crédit et de l'autorité.

Cette législation ne semble pas avoir été d'une grande sévérité: le Chou-King nomme le fouet et l'exil comme la peine ordinaire des délits de second ordre<sup>1</sup>.

Aujourd'hui le fouet et le bannissement sont encore les deux principales peines en Chine. C'est toujours le même esprit sous des formes diverses et beaucoup plus multipliées.

La législation pénale actuelle de la Chine tient donc, par son esprit, à celle des temps les plus anciens, en même temps qu'elle révèle, par ses nombreux détails, une époque bien postérieure. Par le premier de ces caractères elle appartient aux temps primitifs; par le second, aux temps barbares et despotiques.

Au XVI<sup>e</sup> siècle, les lois pénales de la Chine, le traitement qu'on faisait subir aux détenus et aux condamnés, semblent avoir été plus sévères qu'aujourd'hui et dans les anciens temps; mais elles n'étaient pas plus barbares que les usages analogues de l'Europe. Voici comment en parle un voyageur contemporain: « Les Chinois ont de très vastes prisons qui donnent sur

<sup>1</sup> PASTORET, *Zor., Conf. et Mah.*; — DUHAÛDE, t. I, p. 287; t. II, p. 24 de sa *Description de la Chine*.

de superbes jardins, avec des fontaines. Les détenus qui ne sont pas condamnés à mort peuvent s'y promener sous bonne garde. Si des circonstances inattendues ne permettent pas d'exécuter sur-le-champ les condamnés à mort, ils se promènent dans la prison, portant devant eux une table de bois blanc où leur condamnation est écrite. La nuit, on les enchaîne par les pieds, les mains liées derrière le dos et couchés par terre sur le ventre; ou bien ils ont les mains et les pieds pris entre deux morceaux de bois échancrés, et dont une moitié se rabat sur l'autre et s'y cadénasse; quatre barres de fer sont ensuite passées sur leur corps étendu et couché. Ces barres sont retenues à chaque extrémité par des anneaux qui tiennent au sol. Les malheureux passent la nuit dans cet état. C'est le supplice du *pressoir* <sup>1</sup>.

Les Japonais, de même race que les Chinois, mais aussi superstitieux que les Chinois le sont peu, du moins dans les classes instruites, infectés bien plus profondément des idées panthéistes réformées par Bouddha, sont beaucoup plus cruels dans leurs mœurs et leurs lois. Déplorable cercle vicieux, suivant l'auteur de *l'Esprit des Lois*, puisque l'atrocité des peines engendre la férocité des mœurs. Au surplus, les voyageurs ne sont pas entièrement d'accord en ce point.

Selon Thunberg, les lois du Japon sont en petit nombre, mais on les exécute à la rigueur sans aucun égard pour les personnes; toutefois les amendes pécuniaires sont des grâces accordées aux coupables qui ont de la fortune. De simples délits sont punis de mort, mais la sentence doit être signée par le Conseil privé de l'empereur. L'éducation morale des enfants étant un devoir politique, les parents répondent des crimes de ceux dont ils auraient dû corriger les vices naissants <sup>2</sup>.

Suivant le Hollandais Varénus, les peines, au XVII<sup>e</sup> siècle, portaient au Japon le caractère de la plus grande cruauté. Hacher en pièces un coupable, lui ouvrir le ventre à coups de couteau, le suspendre au moyen de crocs de fer enfoncés dans les côtes, le faire cuire dans l'huile bouillante: voilà les punitions les plus communes. Les grands avaient le privilège de se couper le ventre de leur propre main. Valentyn dépeint aussi

<sup>1</sup> THUNBERG, t. IV, p. 64 et 72.

<sup>2</sup> *Ibid.*

la législation du Japon comme féroce et sanguinaire. Chaque citoyen est responsable des délits commis par son voisin; des familles, des villages entiers sont livrés aux derniers supplices pour expier la faute d'un seul.

D'après Van Overmeer Fisscher, qui a résidé au Japon de 1820 à 1829, le gouvernement japonais est absolu, mais sans être arbitraire. Les lois sont sévères, il est vrai; mais chacun les connaît, chacun sait ce qu'elles permettent et ce qu'elles défendent; et comme personne ne peut les éluder; comme le sujet le plus puissant ne peut, par des actions illégales intimider un inférieur et le forcer de se plier à ses désirs; comme ces lois, malgré leurs imperfections, ont l'avantage d'être strictement exécutées, celui qui se conduit bien n'a pas de motifs pour les craindre <sup>1</sup>.

Montesquieu attribue l'excessive rigueur des lois pénales du Japon, leur implacabilité, à l'absence d'une croyance religieuse à une vie future. Cette observation peut être fondée à certains égards; mais elle manque de nécessité logique et de justesse sous d'autres rapports. Pourquoi les Chinois, qui ne croient guère plus à la vie future que les Japonais, ont-ils des lois criminelles incomparablement plus douces que celles des Japonais, que celles même de la plupart des peuples théocratiques? Est-il vrai, d'ailleurs, que les croyances panthéistes de l'Inde, qui font logiquement disparaître la personnalité humaine par l'absorption dans l'infini, ne soient pas pires encore que l'absence de tout dogme à l'égard de la vie future, puisque c'est le dogme même de notre anéantissement? Et cependant les anciennes lois pénales de l'Inde étaient moins sévères que celles du Japon. Ajoutons que les bouddhistes de l'Inde ne croient ni plus ni moins à la vie future que les bouddhistes du Japon. Sans doute ils sont en minorité si on les compare aux sectateurs de Brahma; mais cette minorité même est sans importance.

Les Birmans, qui font partie du peuple indien, qui en ont les croyances relatives à la vie future, celle de la métempsy-cose, par exemple, ont des lois pénales d'une extrême rigueur: l'emprisonnement, l'esclavage, le fœnet sont les châ-timents les plus doux. Les condamnations à mort se renou-

<sup>1</sup> MALTE-BRUN, t. VII, p. 220.

veillent fréquemment, et le genre de supplice varie selon le caprice du juge. Dans quelques localités, le cruciflement et le plomb fondu versé dans la bouche sont les châtimens employés. Dans d'autres, le condamné, transpercé d'un pieu, est cloué sur les bords de l'Iraouaddy, de manière à ce qu'il soit noyé à la marée montante. Viennent ensuite la détroncation, l'exposition aux bêtes féroces, le bûcher, en un mot, tous les genres de tortures que la cruauté la plus raffinée peut inventer..... Les condamnés, au reste, se montrent fermés et courageux jusqu'au dernier moment, et l'on cite un déserteur qui mangeait une banane pendant que le bourreau lui déchirait les entrailles..... Presque toutes les espèces de crimes qu'on peut commettre sont prévus par la jurisprudence des Birmans; un grand nombre de jugemens précédemment rendus sont annexés à chaque article. On y trouve les jugemens par épreuves et par imprécations <sup>1</sup>.

D'un autre côté, un peuple de même race encore que le peuple japonais, et qui partage peut-être ses croyances, possède une législation pénale qui, tout en se rapprochant beaucoup de celle du Japon, n'est déjà pas plus cruelle que celle des Birmans; nous voulons parler des Mongols. Depuis 1620 ils ont un Code complet de lois signé de quarante-quatre princes et chefs, et dans lequel la plupart des délits sont punis par des amendes; les actions utiles au public sont récompensées. Celui qui refuse du lait à un voyageur est puni de l'amende d'un mouton. On admet les épreuves par le feu, et les sermens par lesquels un supérieur garantit l'innocence d'un inférieur; institutions analogues aux *cojurations* du moyen âge en Europe. Les peines sont en général cruelles envers le peuple et peu sévères pour les nobles: ainsi, l'homme de qualité qui commet un meurtre avec préméditation n'est condamné qu'à une forte amende, par exemple à la perte d'une année d'appointemens et à quatre-vingt-une têtes de bétail, dont les deux tiers sont pour la famille du défunt et un tiers pour le chef de la tribu à laquelle il appartient, tandis qu'un esclave qui tue son maître est coupé tout vivant par morceaux. Celui qui tue sa femme est condamné à être étranglé <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> SYMES, *Embassy etc.*, t. III, p. 93.

<sup>2</sup> *Mémoires sur la Mongolie*, par le P. HYACINTHE BITCHOURINE, 2 vol. in-8° (russe). — Dans MALTE-BRUN, *Géogr. univ.*, VII, p. 102.

L'influence d'une religion qui enseigne une vie à venir déterminée d'après la moralité en ce monde peut avoir des effets salutaires sans doute, mais ces effets peuvent être compensés et au-delà par d'autres croyances funestes et par les intérêts qui les ont dictées. C'est ainsi que les brahmes, tout en proclamant une sorte de vie future, enseignent aussi la différence des castes, et pèsent de tout le poids de l'orgueil, de la cupidité et de la superstition sur les immenses populations qu'ils dirigent. Les lois pénales sorties de cette pensée religieuse sont d'une extrême rigueur, d'une injustice révoltante toutes les fois qu'il s'agit des intérêts de la caste sacerdotale ou de tout ce qui sert de base à son pouvoir; ce qui n'empêche point qu'il ne s'y mêle d'excellentes maximes toutes les fois que l'intérêt brahmanique n'est point en jeu. C'est ainsi, par exemple, que Manou, dans ses lois, permet, prescrit même de pardonner aux faibles et aux malheureux. Nous y lisons encore qu'autant la peine est moralement utile au coupable, moins du reste en ce qu'elle le corrige qu'en ce qu'elle le purifie du mal passé, puisqu'elle est essentiellement expiatoire, autant une peine injustement infligée est funeste à ceux qui se rendent directement ou indirectement responsables de cette iniquité. La renommée pendant la vie, la gloire et la félicité après la mort sont perdues pour le juge prévaricateur. L'injustice d'un jugement retombe pour un quart sur la partie qui l'obtient, pour un autre quart sur les faux témoins, pour un troisième quart sur le tribunal qui le rend, enfin pour le dernier quart sur le roi.

L'esprit occidental, beaucoup moins mystique, par conséquent bien plus net, plus positif, plus scientifique, en d'autres termes plus marqué au coin de l'entendement et de la raison qu'à celui de l'imagination et du sentiment, se montre avec sa supériorité dans les lois pénales comme dans tout le reste. En ce point la civilisation de l'Occident est si élevée au-dessus de celle de l'Orient, que cette dernière, à très peu d'exceptions près, paraît plutôt mériter le nom de barbarie. Et, chose remarquable, quoique le sentiment et l'imagination soient le principe des écarts de l'Orient, la civilisation occidentale montre plus d'imagination et de sentiment que la civilisation orientale. Comparez la mythologie et l'art grecs avec l'art et la mythologie de l'Inde, par exemple; la législation pénale de Solon avec celle

de Manou : quelle différence toute au profit de la Grèce ! Mais reconnaissons que cette différence tient cependant moins, quant à l'imagination, à la matière qu'à la forme. De part et d'autre même invention peut-être ; mais incomparablement plus de naturel, de goût, de fini, d'art en un mot, du côté de la Grèce. Quant au sentiment, plus de justesse, de vérité, de naturel ou de bon sens dans son développement et son objet. Ne soyons donc point surpris de retrouver des différences analogues dans la législation criminelle, différences qui seront rendues plus sensibles encore par tout ce qui doit suivre : ici elles ne sont qu'indiquées. Ne soyons pas étonnés davantage que l'esprit des lois pénales d'Athènes et de Rome soit arrivé jusqu'à nous ; en ce point comme en tout le reste notre civilisation vient de loin, elle vient de Rome et d'Athènes.

En Grèce, la pénalité prend le caractère de diversité, d'analogie et de mesure qui sépare la civilisation de la barbarie et de la sauvagerie. Chez les Athéniens, les principales peines étaient l'amende, l'infamie, l'esclavage, la marque, l'exposition, la détention ou les entraves, le bannissement à perpétuité, l'ostracisme et la mort. On distinguait trois degrés d'infamie : le premier emportait la perte de certains droits politiques ; le second la perte totale, mais temporaire, de ces mêmes droits, ainsi que la confiscation des biens ; le troisième celle des droits civils et religieux.

Cette dernière peine s'étendait aux enfants et à la postérité entière. L'esclavage ne pouvait atteindre que les *ἐπίμοι* et les *μέτοικοι* (c'est-à-dire les infâmes et les exilés ou étrangers) et les esclaves affranchis. La marque était imprimée avec un fer chaud sur le front ou sur les mains des esclaves fugitifs ou des malfaiteurs. La détention était perpétuelle ou temporaire ; quelquefois une caution en dispensait. On comptait trois sortes de prisons : l'une n'avait d'autre destination que de s'assurer des détenus ; les deux autres étaient des lieux de correction ou de peines de différents degrés. Les entraves étaient de formes diverses, suivant la partie du corps par laquelle elles étaient destinées à contenir les condamnés : il y en avait pour le cou, pour les mains, pour les pieds, et d'autres pour toutes ces parties à la fois. La plupart étaient de bois. On ne pouvait recueillir un proscrit sans encourir la même peine que lui. La peine capitale avait lieu par décollation, par strangulation,

par le poison, la croix, le feu, l'eau, le bâton, les pierres, le gouffre et le précipice.

La pénalité grecque s'améliora encore en passant d'Athènes à Rome. Il suffit, pour n'en pas douter, de rapprocher les deux systèmes de pénalité. Nous venons de voir celui d'Athènes.

L'interdiction du feu et de l'eau ou l'exil indirect ; la déportation et la relégation ou l'exil direct substitué par Auguste à l'interdiction du feu et de l'eau ; l'esclavage ; la confiscation comme peine accessoire de la peine capitale, de l'exil, de la déportation, de la servitude légale, mais tempérée cependant en faveur de la famille du condamné ; la peine capitale par strangulation, par décollation, par l'eau, par le précipitément, l'amende, la détention, la flagellation (*virgis, flagellis*), la bastonnade (*fustibus*), l'infamie : telles étaient les principales peines usitées chez les Romains. Nous ne parlerons pas de celles qui étaient propres à la censure et à la discipline militaire, ni de celles qui ne s'infligeaient qu'aux esclaves, pas plus que des châtimens arbitraires que le père de famille pouvait faire subir à tous ceux qui étaient soumis à son autorité trop longtemps absolue.

Une particularité remarquable dans les lois pénales de certains peuples, c'est que l'usage, la jurisprudence, tantôt aggrave, tantôt adoucit la peine portée par la loi, suivant que des institutions pires ou meilleures succèdent à d'autres, mais sans qu'elles osent toucher aux lois anciennes. Chose bizarre ! le pouvoir croit plus prudent de violer les lois que d'en entreprendre la réforme. C'est ce qui arrive lorsqu'il peut les violer seul et qu'il lui faudrait le concours du peuple pour les abroger. Le peuple peut tenir à des lois mauvaises non parce qu'elles sont mauvaises, mais parce qu'elles sont. Le pouvoir lui-même, tout en les laissant sommeiller, n'est point fâché de pouvoir aisément les faire revivre. Il sait, d'ailleurs, que les changements subits apportés aux lois sortent les esprits de l'immobilité, et leur impriment un besoin de changement qui pourrait s'étendre jusqu'aux établissements les plus respectables. Les hommes d'Etat redoutent singulièrement cette passion de la nouveauté, qui peut devenir une fureur, et qui affaiblit toujours le respect des peuples pour l'autorité.

Dans les temps anciens, Rome est surtout remarquable par son respect pour les vieilles lois en même temps que par son

adresse à satisfaire l'équité ou les besoins nouveaux. C'est ainsi que le préteur avait la faculté de créer des exceptions pour ramener la pratique à l'équité, tout en laissant subsister la loi positive qui la méconnaissait.

Dans les temps modernes, l'Angleterre est peut-être de tous les peuples celui où le mouvement procède avec le plus de mesure, avec le plus de ménagement pour l'ancien état de choses : la jurisprudence, ou le pouvoir exécutif, joue le même rôle que les édits du préteur à Rome. C'est pour cette raison que la législation pénale semble avoir fait si peu de progrès en Angleterre. Elle est encore encombrée de dispositions qui ne sont que l'expression violente et par trop absurde aujourd'hui de l'intolérance de l'*Eglise établie*<sup>1</sup>. Des délits de peu de gravité, ceux de la chasse par exemple; d'autres délits qui ont aussi leur source dans le système féodal; la nomenclature étendue des crimes de haute trahison et de félonie imaginés par des despotes ombrageux, respirent un génie barbare. Les peines en sont d'une rigueur outrée; la mort est prodiguée, la flagellation dispensée sans choix et sans mesure, à tel point, dit Rossi, qu'en lisant les Statuts de Georges IV (1827), « on croit presque « approcher d'une plantation de sucre; on entend claquer les « fouets »<sup>2</sup>. Les mutilations, les marques, l'arbitraire laissé au juge en même temps que le législateur multiplie les distinctions et les espèces, tous ces défauts et beaucoup d'autres dépareraient singulièrement les institutions d'un peuple très civilisé du reste, si la jurisprudence ou le pouvoir exécutif ne possédaient pas le moyen de laisser sommeiller des lois si peu en harmonie avec les idées et les mœurs. Il est fâcheux seulement que ce sommeil ne soit pas celui de la mort. Mais ces nombreux défauts, d'ailleurs communs aux autres législations du dernier siècle, étaient rachetés par une institution précieuse, celle du jury. La procédure criminelle de l'Angleterre, le système accusatoire devant un jury, devant le pays, a permis d'attendre les réformes de 1827, de 1833, de 1837, etc. La nécessité de réformes plus complètes se fait sentir encore, et ce ven ne peut manquer d'être écouté.

Par cela seul que la civilisation comprend plusieurs éléments,

<sup>1</sup> Rossi, *op. cit.*, t. I, p. 50-51.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 53.

la meilleure manière d'étudier son influence sur le droit criminel, de faire voir comment les progrès de ce droit coïncident avec les progrès des autres institutions humaines et en sont des effets partiels, c'est de montrer que le droit criminel en a réellement subi l'influence. Nous bornerons cette étude aux points capitaux.

### § III.

De l'influence des institutions religieuses, politiques, civiles, de l'industrie, des sciences, des arts, des lettres, de la philosophie, sur la pénalité.

#### SOMMAIRE.

1. Les religions. — Leur influence sur les mœurs et sur les institutions politiques et civiles. — Incas. — Manou, Moïse, le Christianisme. — Le *Miroir des juges*. — L'Espagne, le Portugal, la Sardaigne, les Etats pontificaux.
2. Les institutions politiques. — Montesquieu. — Influence de la liberté et du despotisme sur les lois pénales. — Rome royale, Rome républicaine, Rome impériale. — Républiques italiennes du moyen âge. — L'Espagne, — la Suède, — la Norvège, — le Danemark, — la Bavière, — la Saxe, — le Wurtemberg, — le grand duché de Bade, — le Hanovre, — la Sardaigne.
3. Institutions civiles. — L'esclavage.
4. L'industrie, les sciences, les arts, les lettres, la philosophie. — Criminologistes philosophes du XVIII<sup>e</sup> siècle. — La France. — Léopold II, Joseph II, Catherine II, Louis XVI. — Le duché constitutionnel de Brunswick. — La Prusse, — Bade, — Amérique du nord (Etats-Unis), — Amérique du sud (Bolivie).

#### I.

##### *Les religions.*

Déjà nous avons parlé de l'influence des religions à propos de l'opinion de Montesquieu sur les lois pénales du Japon. Tout en reconnaissant l'influence de la religion sur les mœurs et les lois, tout en admettant qu'une religion qui enseigne une vie future déterminée d'après la moralité de la vie présente est une garantie pour les mœurs, un auxiliaire pour le législateur, nous avons en même temps reconnu qu'à d'autres égards une religion fautive d'ailleurs pouvait être très pernicieuse, et faire, d'autre part, plus de mal qu'elle ne procure de bien par l'influence du peu de vérité qu'elle renferme, lors surtout que

cette vérité se trouve encore infectée d'erreur et d'absurdité. Une religion terrible, fanatique, homicide, qui porte aux sacrifices humains, sous une forme ou sous une autre, comme celle des Phéniciens, fait naître des sentiments sombres et cruels, rend les mœurs dures et féroces, et porte le législateur à décréter des peines horribles. Les peuples du naturel le plus doux peuvent être ainsi corrompus et pervertis par des croyances qui, loin de développer et de fortifier le sens moral, le dénaturent et le dépravent. Une fois l'esprit et le cœur humain sortis de leurs voies par une religion fautive, ils éprouvent une peine infinie à y rentrer. C'est ce qui est arrivé chez les deux peuples peut-être les plus doux de la terre, les Péruviens et les Indiens. Il y a deux raisons pour que la pénalité soit excessive sous le régime théocratique : d'une part, le penchant du prêtre à regarder toute offense contre sa personne, ses droits, ses privilèges, son autorité comme un délit religieux, et tout délit religieux comme une sorte d'impiété et de sacrilège, comme un crime envers sa Divinité; d'un autre côté, le caractère naturellement despotique de tout pouvoir sacerdotal, parce qu'un semblable pouvoir est toujours réputé divin, et que l'autorité divine ne peut être ni contrôlée ni partagée par les hommes. Si le pouvoir n'est pas visiblement entre les mains du prêtre, mais que le prêtre l'inspire et le dirige, il n'est que plus dangereux à beaucoup d'égards, puisque le pouvoir sacerdotal n'a que la part de solidarité qu'il lui plaît, et qu'il peut faire entreprendre dans ses intérêts, au pouvoir civil, ce qu'il n'aurait peut-être jamais osé faire par lui-même. Alors encore le despotisme est son allié naturel, parce qu'il le fait agir à son profit, sans contrôle comme sans partage. Il n'aurait pas cette facilité avec un pouvoir public collectif, national, représentatif, dont tous les actes seraient soumis à l'examen libre de l'opinion publique. Ces faits sont tellement dans la nature des choses, que c'est à peine s'ils ont besoin d'être prouvés par l'histoire. Donnons-en néanmoins quelques exemples.

Le gouvernement absolu des Incas qui passaient pour descendre du soleil, divinité principale du Pérou se rattachait tellement aux dogmes religieux des Péruviens, que tout délit commis était considéré comme une transgression des lois humaines et comme une offense directe envers la Divinité. Avec de semblables idées, les règles de la législation étaient simples

et la pénalité sévère. La rigueur en était le principe dominant; les fautes légères et les plus grands crimes étaient punis de la même peine, et dans presque tous les cas c'était la mort. Mais en même temps on ne faisait jamais tomber sur les enfants la peine du crime commis par les pères; ils conservaient leurs biens et leurs dignités<sup>1</sup>.

Dans l'Inde, la justice n'est guère mieux rendue aujourd'hui que du temps de Manou; les juges sont peut-être moins bien choisis: ce sont, au lieu de brahmes, des collecteurs d'impôts, assistés de quelques-uns des principaux habitants. Nulle part, excepté dans les pays soumis à la juridiction anglaise, dont nous ne parlons point, nulle part des tribunaux régulièrement organisés; point de lois de procédure écrites et constantes; des peines arbitrairement infligées, et qui ne sont pas plus douces pour autant; une vénalité générale dans les juges; une célérité excessive dans les formes; le parjure regardé comme une bagatelle; l'absurdité ou la supercherie des épreuves mise à la place d'une instruction régulière; les délits les plus graves punis avec moins de sévérité, quand toutefois ils le sont, que les prétendus sacrilèges commis envers les animaux sacrés; la superstition la plus aveugle jointe à l'irréligion la plus déplorable, par suite des idées les plus fausses sur Dieu et sur la morale; l'orgueil des castes sans pitié pour ce qu'elle croit être une atteinte à son rang; la mollesse poussée jusqu'à l'inertie, et trouvant ses délices dans le désœuvrement forcé de la prison; la nécessité, par conséquent, de remplacer cette peine par des tortures; une patience opiniâtre qui souvent lasse la persévérance du bourreau ou de la vengeance; une telle indifférence pour la vie, par suite des privations qui l'accompagnent chez ce peuple habitué au despotisme des castes et des princes, que la mort ne peut effrayer qu'à la condition d'être convertie en un long supplice: Voilà, en peu de mots, les caractères de la justice criminelle telle qu'elle est de nos jours administrée et reçue par les populations encore idolâtres de l'Inde<sup>2</sup>.

Déjà dans les lois de Manou les délits religieux sont les plus

<sup>1</sup> *Conquête du Pérou*, par HENRI LEBRON, p. 26. — V. aussi les *Incas*, par MARMONTEL.

<sup>2</sup> V. *Mœurs, institutions et cérémonies des peuples de l'Inde*, par l'abbé DUBOIS, t. II, p. 455-474, 546-554.

grands de tous, et de ce nombre sont ceux qui blessent les intérêts des brahmes. Les privilèges et l'impunité sont garantis à cette caste.

Le brahme est au-dessus du magistrat et du guerrier, sans doute; mais cette supériorité est disproportionnée, sans mesure, dans la législation pénale : « Que le roi se garde bien, est-il dit, de tuer un brahmane, quand même ce brahmane aurait commis tous les crimes possibles; qu'il le bannisse du royaume en lui laissant tous ses biens, et sans lui faire le moindre mal... Une tonsure ignominieuse est ordonnée au lieu de la peine capitale pour un brahmane adultère, dans le cas où la punition serait la mort pour les hommes des autres classes... Si un homme de la dernière classe a l'impudence de donner des avis aux brahmanes relativement à leurs devoirs, que le roi lui fasse verser de l'huile bouillante dans la bouche et dans l'oreille... S'il crache avec insolence sur un brahmane, que le roi lui fasse couper les deux lèvres »<sup>1</sup>.

Sans avoir les mêmes défauts, la législation criminelle des Hébreux est, avant tout, religieuse : le crime par excellence, celui qui est recherché sous toutes ses formes, poursuivi avec le plus de rigueur, c'est le manquement à la religion, surtout l'idolâtrie. Les relations avec les étrangers idolâtres, lors surtout qu'elles étaient de nature à séduire le cœur et l'esprit, devenaient un crime capital aux yeux d'un législateur qui tenait par-dessus tout à la pureté des croyances.

Depuis les premiers empereurs chrétiens jusqu'à nos jours, l'influence de la religion chrétienne a laissé des traces profondes partout où elle a régné comme religion de l'Etat. L'influence du christianisme dans les lois a été de deux sortes : quant à la justice sociale, elle a contribué à la rendre plus régulière, plus équitable et plus humaine ; quant à la partie religieuse et morale de la vie pratique, elle l'a fait entrer trop avant dans les lois civiles, et a sévi avec une rigueur extrême contre des fautes qui souvent n'avaient tout au plus ce caractère qu'au point de vue disciplinaire de l'Eglise, c'est-à-dire qui n'étaient pas même des fautes morales, loin d'être des délits.

<sup>1</sup> *Lois de Manou*, VIII, 379, 380, 292, 282; v., de plus, VIII, 366, 376-385, 235-237, 241-243, 248, 278, 334, 335.

La théocratie mosaïque, avec son rigorisme moral, a pénétré par cette voie dans l'empire d'Orient, dans celui d'Occident, et par suite dans toutes les législations modernes.

Ces abus ne sont point de l'essence du christianisme, bien au contraire : ils sont le fruit de l'ignorance des temps, des passions humaines, des formes diverses du christianisme, formes que nous distinguons toujours de son essence.

Mais nulle part peut-être l'influence abusive de l'une de ces formes n'est plus visible que dans l'ouvrage d'ailleurs très méthodique et très estimable d'André Hornes, le *Mirror des justices* (Miroir des juges). Cet écrivain du XIII<sup>e</sup> siècle, ayant à classer les délits, et ne mettant aucune différence entre les délits et les péchés, prend la classification des casuistes en péchés mortels et en péchés véniels. Passant aux peines, il ne manque pas, toujours attaché fidèlement aux décisions des casuistes, de déclarer dignes de mort tous ceux qu'ils regardent comme mortels; les autres délits réputés véniels par ces mêmes guides sont par lui déclarés passibles d'autres peines.

En voyant cette imitation abusive, et sachant que des théologiens ne reconnaissent que des péchés mortels en matière de foi et de chasteté, on tremble en pensant que des législateurs peuvent poursuivre avec la dernière rigueur des actes du ressort exclusif de la conscience individuelle. On comprendra mieux, en lisant ce naïf auteur, l'extrême danger de la confusion dont nous parlons, confusion qui n'est que la conséquence de l'influence des idées religieuses en droit criminel :

« Del pesché est bref division, car est solon que ceo que afert as peines mortelle ou venielle.

« Les mortels sont ceux : le crime de majesty, fausonnery, traïson, arson, homicide, larceny, hamsokne (asile violé).

« Crime de majesty... vers le roy de ciel en trois maneres : per heresy, venery (divination), sodomy.

« Vers le roy de la terre en trois maneres : per ceux qui occisent le roy;... per ceux que luy dishéritent del royaume;... per ceux avowterors (adultères) que espargissent le femme le roy. »

Viennent ensuite les subdivisions des crimes de lèse-majesté divine et de lèse-majesté humaine. Rien n'y est négligé. C'est un traité très méthodique de tous les délits du genre. Ainsi, pour la divination, on énumère la pyromancie, l'aéromancie,

l'hydromancie, la géomancie, la nécromancie, l'augurie, les *divinors en sorts, en songes, en versets de psalmes, en porter evangélics et charmes à leurs cols, en esterniers* (par l'éternuement), etc., etc.

« Les paines sont... corporelles et pecunielles. Des mortelles se font ascuns per perte des testes, ascuns per longe traine (être trainé par terre dans un long espace), ascuns per pendre, ascuns per arson, ascuns per vif enfoir, ascuns per sault de felasie (jet du haut en bas d'une falaise) ou de autre lieu perilous, et ascuns per voyes (en place publique), et ascuns autrement solon que auncient priviledges ou usages.

« Les peschés qui demandent mortelle paine sont les peschés mortels.

« Des venialies paines, ascuns ceo font per perdre member;... ascuns per perte de pouce;... ascuns per couper de langues;... ascuns per plage; ascuns per imprisonment; — ascuns per perte de tous biens moveables et nient moveables;... ascuns per exil, et abjuration (bannissement) de la christieneté, ou del réalme, ou de la ville, etc. »<sup>1</sup>.

Nous ne citerons plus qu'un exemple, ce sont les codes criminels des peuples catholiques qui admettent encore une religion d'Etat: ceux de Portugal, d'Espagne, de Naples, de la Sardaigne avant Charles-Albert, etc. Il va sans dire que le Code des Etats pontificaux a conservé plus qu'aucun autre l'esprit ancien, par la double raison que c'est l'esprit du spirituel, en tant que conservateur du moins, et que les Etats de l'Eglise ont moins subi l'influence de la domination et de la civilisation étrangère que les autres parties de la Péninsule italique<sup>2</sup>. Mais ce qu'il y a de plus déplorable peut-être, c'est l'arbitraire laissé aux autorités judiciaires des différentes localités.

Attendons cependant, attendons: Pie IX a promis une réforme des lois criminelles; sans doute il tiendra largement la promesse de la constitution de 1846.

<sup>1</sup> C. IV, sect. 12; HOUART, t. IV, 493-495, 651; *Traité sur les coutumes anglo-normandes*, 4 v. in-4°, Paris, 1776.

<sup>2</sup> Déjà cependant Léon XII, par un *motu proprio* de 1827, adoucit quelques-unes des anciennes dispositions pénales.

## II.

## Les institutions politiques.

Nous n'avons rien de plus à dire sur ce sujet que ce qu'on lit dans l'*Esprit des Loix*<sup>1</sup>, à savoir, que les peines sont d'autant plus sévères que la liberté est plus restreinte, sans doute parce que les mœurs se corrompent en raison du degré de despotisme. A Rome, les lois royales sont plus cruelles que celles de la république. La raison n'en est pas dans la seule grossièreté des premiers Romains, dans la nécessité de conduire par des lois de fer ce ramassis de fugitifs, d'esclaves et de brigands; elle tient à l'esprit du despotisme. Et si les lois des décenvirs sont peu dignes de la république, si elles sont en retard sur les mœurs publiques, ainsi que nous l'avons remarqué déjà, c'est peut-être que ces lois renfermaient une pensée de tyrannie. C'est du moins l'opinion de Montesquieu.

Quoi qu'il en soit, ces lois sommeillèrent dans ce qu'elles avaient de plus rigoureux après l'expulsion des décenvirs; elles furent même indirectement abrogées par la loi Porcia. La tyrannie et la cruauté reparurent dans les lois avec l'empire. C'est dans cette période qu'on imagina d'exposer les coupables aux bêtes féroces, de les brûler vifs. On inventa les travaux publics, les mines, les combats contre les bêtes féroces, les combats d'homme à homme jusqu'à ce que mort s'ensuivit, le crucifiement pour les esclaves, le supplice particulier réservé aux parricides.

On fit mieux, on imagina de nouveaux crimes, surtout des crimes contre le prince; la liste en fut longue, la prévention et la preuve faciles. Ce qui fait dire à un historien-philosophe que les crimes de ce genre étaient ceux des innocents.

Le régime impérial se distingue en général par l'arbitraire dans la procédure, par l'extension indéfinie donnée aux délits de majesté, par la sévérité des peines destinées à les réprimer, enfin par l'extension donnée à la confiscation.

Au moyen âge, les républiques italiennes, en perdant leur liberté, perdirent une partie de leurs institutions propres; le

<sup>1</sup> L. VI, c. 9-15, 20.

régime de la féodalité ou celui des monarchies absolues remplace le régime des républiques aristocratiques ou démocratiques<sup>1</sup>. Ce fut un profit pour les unes et une perte pour les autres. Les Etats italiens, en subissant la domination étrangère de l'Allemagne, de la France, de l'Espagne, en subirent aussi les lois. Mais au XVIII<sup>e</sup> siècle, les publicistes ultramontains se montrèrent les dignes émules des philosophes français. On n'a peut-être jamais relevé avec plus de chaleur les abus de la justice féodale des barons italiens que ne l'a fait Filangieri dans sa *Science de la législation*. Il prépara, comme ministre et comme écrivain, de concert avec Beccaria, l'esprit de ses compatriotes à recevoir plus tard le Code français de 1810. Ce code, il est vrai, n'a pas été conservé tout entier; mais il a laissé des traces profondes, indélébiles.

En jetant les yeux sur les lois espagnoles, on croit lire encore les constitutions des empereurs romains ou les lois des Vandales, des Suèves, des Alains, des Wisigoths et des Arabes. Elles interdisent certaines peines que l'usage tendait à maintenir, et qui respirent les unes des mœurs sauvages, d'autres le fanatisme religieux, d'autres les fantaisies d'un despote ou la soif de sang d'une populace abruti. C'est ainsi qu'on y défend de livrer le coupable à l'offensé; de le faire périr dans les flammes, à moins qu'il ne soit juif; de le livrer eux bêtes (*a las bestias bravas*), etc. Du reste, on y trouve comme peines permises, la hart, la garrotte (la strangulation par tourniquet), la mutilation, les mines, les galères, l'exil, la prison, les travaux publics (*obras publicas*), l'infamie, la honte (*vergüenza*), le fouet<sup>2</sup>.

Malgré le morcellement de l'empire espagnol et les lois particulières à chaque province, on retrouve dans ce pays trois monuments de législation générale, les *Forum judicum* (*Fuero juzgo*)<sup>3</sup>, les *Sept parties* (*las Siete partidas*), la *Codification des lois* (*la Recopilacion de las leyes*). Le premier est du VII<sup>e</sup> siècle, et appartient aux rois goths Chindaswent, Erwig

<sup>1</sup> CONTARENI, de *Rep. venet.*; dans HALLAM, *l'Europe au moyen âge*, t. II, p. 152 et 153.

<sup>2</sup> Dr D. JOAQUIN MARIA PALACIOS, *Instituciones del derecho civil de Castilla, que escribieron los doctores ARSO Y MANUEL, emendos per il doctor, etc.*, in-4<sup>o</sup>, Madrid, 1806.

<sup>3</sup> V. sur le *Forum judicum*, l'*Hist. du droit crim.* par M. DUBOIS, t. II, p. 521, 535.

et Egica; le second est l'œuvre d'Alphonse le Sage, au XIII<sup>e</sup> siècle; le troisième appartient à Charles V, et comprend la fameuse Constitution criminelle. Ces trois législations représentent successivement la barbarie, la féodalité et la monarchie absolue. L'Espagne n'a pu sortir encore de cette dernière phase de la civilisation; mais chacune de ses révolutions politiques amène naturellement une nouvelle réforme dans les lois criminelles. C'est ce qui est arrivé en 1814, 1825, 1834 et 1837. Nous espérons que celle de 1834 ne sera pas complètement stérile à cet égard.

Des tentatives analogues sont sorties des mêmes situations en Portugal en 1835-1837<sup>1</sup>.

Partout où l'esprit libéral n'a pas soufflé assez fort pour substituer aux vieilles monarchies absolues des monarchies constitutionnelles ou des républiques, les lois pénales sont restées dans leur ancienne barbarie. Donnons-en quelques exemples.

La Suède en était encore, en 1809, à ses lois criminelles de 1734. La nouvelle Constitution exigea une réforme dans les lois pénales, surtout dans la procédure criminelle. Une nouvelle révision a eu lieu en 1834. Cette réforme aurait pu être plus profonde encore. Les peines usitées en Suède sont : 1<sup>o</sup> celle de mort, exécutée par la suspension ou la décapitation; 2<sup>o</sup> le fouet pour les hommes, et les verges pour les femmes; 3<sup>o</sup> la prison, au pain et à l'eau, pendant vingt-huit jours de suite; 4<sup>o</sup> la prison avec travaux forcés, de six mois à dix ans; 5<sup>o</sup> la détention; 6<sup>o</sup> la perte de l'honneur; 7<sup>o</sup> l'exposition publique; 8<sup>o</sup> l'amende honorable dans une église; 9<sup>o</sup> l'amende pécuniaire; 10<sup>o</sup> le bannissement. Le Code pénal suédois a été révisé en 1834. L'emprisonnement y est divisé en trois degrés : la prison simple, la réclusion isolée, la détention au pain et à l'eau.

Le Code de Christian V, de 1687, considérablement modifié par des lois postérieures, a dû faire place en Norwège, depuis la réunion de ce pays à la Suède, à la législation pénale suédoise.

Le Danemark, qui n'a pas eu le même sort, a gardé le Code

<sup>1</sup> V. M. ORTOLAN, *Cours de législat. pén., introd. hist. et introd. phil.*, p. 98 et 47.

de Christian V. Cependant, là comme ailleurs l'esprit nouveau s'agite, l'établissement des Etats provinciaux par la Charte de 1834 a été accompagné de promesses de réformes en matière de droit pénal, et déjà quelques-unes, qui avaient été sollicitées par les Etats, ont été obtenues.

La même différence s'observe entre les Codes criminels de l'Allemagne, suivant qu'ils ont été discutés et votés par des assemblées législatives ou qu'ils sont l'œuvre de jurisconsultes investis de la confiance du pouvoir royal, et attachés à ses destinées. C'est ainsi qu'une fausse idée sur les bases de la peine, celle de l'intimidation considérée comme but principal de la pénalité, avait d'abord présidé à la rédaction du Code de Bavière en 1813. De là le caractère de sévérité excessive qui le distinguait alors; de là aussi la nécessité, sentie plus tard, de le refondre, les divers projets qui en sont résultés, et qui, tout en échouant sous le régime absolutiste, ont servi dans des monarchies plus libéralement constituées, la Saxe et le Wurtemberg, à faire des Codes criminels bien supérieurs aux anciens. Les Codes de Saxe et de Wurtemberg, dont l'un est de 1838 et l'autre de 1839, marquent une ère nouvelle; ils furent discutés par des Chambres constitutionnelles, et reçurent l'empreinte des sentiments généraux. Une large part fut faite aux circonstances des faits incriminés et par conséquent à l'appréciation du juge. L'esprit de système, l'esprit scientifique, y a moins de part que dans le Code bavarois; mais ses dispositions eurent un caractère plus d'accord avec le caractère, les mœurs et les besoins du pays, avec la nature concrète des faits qui constituent la vie morale d'une nation. Le cercle des délits y est plus restreint; les tentatives n'y sont punies que lorsqu'elles ont été suivies d'un commencement d'exécution; les peines y sont bien moins sévères que dans le Code de Bavière. La mort n'y est prononcée que contre le crime de haute trahison, le meurtre, les cas les plus graves d'incendie et le pillage. La détention à vie y est rare et jamais absolue, le juge ayant la faculté de la prononcer ou de la commuer contre un emprisonnement à temps dans une maison de force, lequel ne peut cependant pas excéder la durée de quatorze ans. Partout l'échelle de la pénalité est bien proportionnée; le juge a le droit de l'abaisser, même au-dessous du minimum, quand il existe des circonstances atténuantes.

Le Code badois, élaboré en 1839, est également sorti des

discussions de Chambres législatives; il a un caractère de mansuétude encore plus prononcé que les précédents. Aucune autre peine que celle de mort n'y est prononcée d'une manière absolue; toutes les autres étant divisibles de leur nature, on a laissé aux juges la faculté de les proportionner au degré de culpabilité. La peine capitale elle-même n'est pas prononcée aveuglément par la loi; elle est remplacée par celle d'une détention à perpétuité ou à temps dans une maison de force, si, par exemple, la préméditation du meurtre n'est pas imputable. La peine de mort ne peut être prononcée contre un mineur qui n'a pas encore atteint dix-huit ans<sup>1</sup>.

Malgré l'influence que les travaux préparatoires du Code pénal de Bavière ont exercée sur celui de Hanovre, ce dernier est cependant bien plus dur, et cela parce que l'échelle de la pénalité n'est pas la même. Ce code, qui est de 1840, est loin d'avoir les mêmes mérites que ceux de Saxe et de Wurtemberg: à côté de dispositions en harmonie avec l'esprit du temps, s'en trouvent d'autres qui sont dignes d'une époque reculée. Nous n'en donnerons qu'un exemple: la peine de mort y est prodiguée; elle est décernée contre quatorze genres de délits<sup>2</sup>. Il ne faut pas s'étonner si pour ceux de ces délits réputés les plus graves elle est accompagnée de circonstances barbares. La plus grande sévérité est déployée contre les délits politiques ou crimes d'Etat. Du reste, ce code laisse aussi une assez grande latitude à l'appréciation du juge<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Les peines du Code badois sont: 1° la mort; 2° la réclusion à perpétuité ou à temps dans une maison de force; 3° la destitution des fonctions ou des emplois; 4° la détention dans une maison de travail ou dans une forte-ressé; 5° l'emprisonnement; 6° la démission forcée; 7° la privation de certains droits appartenant à tout citoyen, particulièrement d'exercer publiquement une profession indépendante; 8° l'amende; 9° la confiscation d'objets spéciaux; 10° la réprimande.

<sup>2</sup> Nouvelle preuve qu'il ne faut pas juger de la douceur ou de la sévérité d'une législation criminelle par la nature des peines seulement, mais aussi par l'application qui en est faite. Le Code de Hanovre distingue les peines en deux catégories, les criminelles et les correctionnelles. Les premières sont: la mort, les fers, la réclusion, la destitution. Les secondes comprennent: le travail dans une maison de correction, la détention, la révocation ou démission forcée, la rétractation et l'amende honorable en présence des tribunaux réunis, la réprimande et l'amende. Rien de barbare dans le choix de ces peines.

<sup>3</sup> V. MITTERMAIER, de la Législation pénale en Allemagne; Revue de législation, t. XIV, p. 5 et suiv.; WARNROENIG, juristische Encyclopædie.

Mais l'exemple le plus frappant de l'immobile sévérité du despotisme, de sa répugnance à régner par l'affection, de son penchant à sacrifier la justice à la force, l'amour à la haine, c'est le Code pénal du royaume de Sardaigne. Ce n'est qu'avec une peine infinie que l'esprit des temps modernes y a pénétré; encore a-t-il fallu que les vœux de la nation en fissent une nécessité. Si le Piémont n'avait pas été aux portes de la France; si, malgré toutes les précautions imaginables, le souffle de la liberté n'avait pas visité les sujets de ce petit royaume, il serait encore régi par les lois féodales et barbares. Indépendamment du droit romain et du droit canonique, qui étaient en vigueur dans les Etats sardes avant les mouvements réformateurs des derniers temps, la Savoie avait aussi ses statuts, qui remontaient, les premiers au XIV<sup>e</sup> siècle, et qui furent l'œuvre d'Amédée VIII; les seconds à la régente Yolande de France. Mais son principal Code criminel est celui de Victor-Amédée, appelé *Code Victorien*, et publié en 1723. Ce code, légèrement modifié par Charles-Emmanuel III en 1770, fut remplacé par le Code pénal français pendant l'Empire. En 1814, la maison de Savoie rentrant en possession de ses Etats, y rapporta ses anciennes lois, les étendit au duché de Gènes, fit partout table rase des institutions françaises, et voulut en détruire jusqu'à l'esprit. Le Code de 1723, remis en vigueur en 1815, n'est ni meilleur ni pire que tous les autres codes de l'ancien régime : l'esprit de l'un c'est l'esprit de tous; ils se ressemblent même très souvent jusqu'à la lettre. Il est juste, du reste, de dire que le pays qui a gardé le plus longtemps ces traditions barbares en supporte le dernier la responsabilité. C'est pour cette raison que nous en dirons ici quelques mots une fois pour toutes.

Le motif principal de la peine, sinon l'unique, était l'intimidation; pour l'obtenir plus sûrement, on recherchait l'horreur par le supplice. La peine était d'ailleurs appelée, et pouvait l'être dans le sens propre du mot, la vengeance publique. La mort avec tous les accessoires propres à la convertir en affreux supplice; la mort prodiguée, la mort suivie de traitements ignominieux, comme si la vengeance n'avait pu se

etc., 1853, p. 285 et 349, 515, 523-528, 541-544, pour le dernier état de la science et de la législation criminelles en Allemagne jusqu'à l'époque où l'auteur écrivait.

repaître assez des souffrances infligées durant la vie; la mutilation; la marque; les traits de corde; la fustigation en public, appliquée surtout aux femmes; l'inégalité aristocratique dans l'application des peines; la solidarité du châtimement étendue jusqu'à l'innocence; la faculté laissée au juge de choisir arbitrairement la peine, depuis l'amende jusqu'à la mort; le ridicule mêlé à la brutalité; la confiscation générale des biens: telles étaient les principales peines du Code sarde il y a quelques années encore.

Si ces peines avaient été classées et appliquées avec une certaine proportion aux délits, l'échelle en aurait encore été trop forte mais elles péchaient peut-être plus par un rapport vicieux avec les délits qu'elles étaient destinées à réprimer qu'entre elles-mêmes. Ainsi, le port d'armes prohibées était puni des galères à temps; la réunion de plus de cinq personnes avec de telles armes, punie des galères à perpétuité! la peine du proscrire était encourue par celui qui le secourait! Sa tête était mise à prix, et l'impunité du meurtre, eût-il été exécuté par la plus noire vengeance, au prix même de l'or, au prix de l'impunité d'un crime qu'on aurait commis auparavant, était assurée. La dénonciation d'un gendre, d'un frère, d'un père, d'un fils, de soi-même encouragée par un semblable motif; les juifs, les bohémiens traqués sans miséricorde, sans qu'il fût permis à personne de leur donner ni pain, ni vêtements, ni asile; le duel puni de mort et de confiscation; l'amende, les traits de corde, la mort même réservée comme sanction civile des prescriptions religieuses (de l'observation des dimanches et fêtes, de la fête de saint Maurice, de celle de l'Immaculée Conception, de celle du saint Suaire, de la Nativité), de l'observance du Carême, de l'accomplissement du devoir pascal, de la défense de jurer, de blasphémer, de tracer le signe de la croix dans les endroits où il pourrait être foulé aux pieds: voilà une partie des dispositions pénales qui sont le plus éloignées de nos idées et de nos mœurs, et qui étaient encore naguère dans les idées et les sentiments d'un peuple ou d'un souverain du XIX<sup>e</sup> siècle, et dans un pays dont le territoire, possédé pendant plus de dix ans par la France, confiné à cet empire!

La procédure criminelle, on le pense bien, devait être en harmonie avec de semblables lois pénales: aussi trouve-t-on à côté de ces lois barbares le système inquisitorial, la torture

contre les témoins mêmes, et pouvant être réitérée contre l'accusé jusqu'à quatre fois !

Le Code Victorien, légèrement modifié en 1770 et par quelques édits postérieurs, a régi les Etats sardes jusqu'en 1834. A cette époque, Charles-Albert, en montant sur le trône, opéra déjà de profondes modifications dans les lois criminelles du pays; en 1839, il donna enfin un nouveau Code pour les Etats de terre ferme; la Sardaigne proprement dite resta soumise à l'ancien régime. Ce nouveau Code tient encore de l'ancien, un peu plus de celui de l'Autriche, et beaucoup plus de celui de la France.

Comme dans presque tous les codes italiens, les délits contre le respect dû à la religion de l'Etat y occupent encore une large place; c'est par là surtout qu'il se rattache aux anciennes *Leggi e costituzioni* de 1721. L'obligation de révéler les crimes de lèse-majesté, les attentats aux mœurs soigneusement énumérés et punis, caractérisent aussi dans le sens du passé cette législation nouvelle <sup>1</sup>.

Du reste, tous les codes italiens présentent les mêmes vices, à des degrés divers. Le Code du duché de Modène punit le blasphème par des amendes, par le fouet, et même par les galères. Le cadavre d'un suicidé est condamné, par un jugement formel, à la peine du gibet; le libelliste peut être privé de ses biens et de la vie même. Le Code de Parme est souillé par une peine excessive contre le sacrilège <sup>2</sup>.

### III.

#### *Les institutions civiles.*

Il est certain que si l'état des personnes est réglé comme il doit l'être civilement; si la femme n'est pas traitée en esclave comme chez les peuples sauvages; si l'enfant n'est pas regardé, lui aussi, comme la chose du père; si la religion, et la loi civile d'après elle, ne sépare pas les hommes en castes diverses, si elle leur reconnaît au contraire la même origine; si

<sup>1</sup> V. sur cette partie de l'histoire du droit pénal, deux excellents articles de M. ORTOLAN, *Rev. étr. et franç. de législat.*, etc., t. VIII, mai 1840.  
<sup>2</sup> V. *Traité de droit pénal*, par Rossi, t. I, p. 66 et suiv.

les étrangers ne sont ni des barbares ni des ennemis pour les nationaux, comme ils l'étaient pour les Grecs et les Romains; si les peuples conquis, quels que soient leur origine et leur civilisation, ne sont pas mis au-dessous des vainqueurs, comme les Romains et les Gaulois par les Francs, comme les Anglo-Saxons par les Normands, la loi pénale aura un caractère d'égalité qui sera déjà de la justice. Je dis plus: elle aura une mansuétude qu'autrement elle ne connaît pas, puisqu'elle tend au contraire à maintenir une inégalité oppressive. Avec les préjugés d'inégalité de nature, de caste, etc., le principe supérieur de ne pas faire aux autres ce que nous ne voudrions pas qu'il nous fût fait perd jusqu'à un certain point son sens et sa valeur; l'application en devient impossible. Prenons seulement l'esclavage pour exemple. L'esclave n'étant pas considéré comme une personne civile, pouvait, dès lors, être traité par ses maîtres comme un animal; c'est-à-dire qu'il n'y avait logiquement aucune rigueur qui fût interdite à son égard. Si les lois s'en occupèrent au point de vue criminel, si elles lui rendirent sa personnalité morale, ce fut surtout pour le frapper plus rudement. Il était passible de l'action privée et de l'action publique.

Le dernier et le plus complet historien de l'esclavage, M. Wallon, parle comme il suit de ce singulier hommage rendu à la personnalité morale de l'esclave par des législations qui n'avaient vu en lui, jusque là, qu'une simple chose: « Cette intelligence et cette conscience de ses actes, qu'on lui reconnaissait en ratifiant ses négociations au profit de son maître, on lui en demandait compte dans ses rapports avec la société; et l'assentiment du maître ne suffit jamais pour l'autoriser au crime. S'il le faisait à son insu, le maître pouvait toujours se libérer, quant à lui, envers la société, en livrant le coupable; mais l'esclave n'en tombait pas moins sous le coup de la loi <sup>1</sup>, et il comparait devant elle sans aucune des garanties que le citoyen trouvait dans les institutions de Rome. Pour lui, point de recours au tribun avant le jugement <sup>2</sup>; comme juges, souvent les magistrats chargés du soin des exécutions

<sup>1</sup> L. 20 (Afenus), D., XLIV, VII, *De obligat.*

<sup>2</sup> SENEC., *Controv.*, III, IX, cité par BOUTON, *Mém. de l'Académie des inscriptions*, t. XXV, p. 336.

capitales (*triumviri capitales*)<sup>1</sup>; et point d'appel après la sentence : si le maître ou quelqu'autre ne le prend en pitié, il est livré au supplice sans nouvel examen<sup>2</sup>. La pénalité à son égard prend aussi un degré de plus de rigueur<sup>3</sup>. Ce qui vaut à l'homme libre la peine du bâton, vaudra à l'esclave celle du fouet; si l'homme libre est condamné aux travaux accessoires des mines *in opus metallicorum*, l'esclave sera rendu à son maître à la condition de servir enchaîné. L'esclave et l'homme libre seront à peu près confondus dans cette peine des travaux à perpétuité qui enlève l'un à son maître et l'autre à la liberté, pour les faire tous les deux esclaves de la peine : les travaux publics, les mines, les carrières, les jeux du cirque. Mais s'ils doivent être mis à mort, la distinction des deux origines reparaitra : le glaive pour l'homme libre, la hache pour l'esclave; pour l'homme libre le précipice, pour l'esclave le gibet et la croix<sup>4</sup>.

## IV.

*L'industrie, les sciences, les arts, les lettres, la philosophie.*

C'est là la plus belle fleur de la civilisation, celle qui a le plus d'éclat. Son influence sur tous les autres éléments de la civilisation, sur le droit criminel en particulier, est incontestable. Les anciens l'avaient parfaitement compris déjà, et parfaitement rendu dans leurs admirables conceptions d'Orphée, d'Amphion, etc. N'ont-ils pas appelé humaines par excellence les lettres, comme si elles étaient, plus que tout le reste, l'expression des hautes facultés qui distinguent l'homme des autres créatures? Je n'insiste point : tout a été dit; ou s'il reste quelque chose à dire, c'est inutile pour l'établissement des

<sup>1</sup> On les voit tour à tour remplir ces deux fonctions : présidents des exécutions criminelles (SALLUST., *Catil.*, 55, etc.), et juges des hommes de basse condition (CICÉRON., *pro Cluentio*, 13). — Cf. AULU-GELLE, III, 3, à propos de Nævius, et la note.

<sup>2</sup> Le préteur adoucira encore sur ce point la rigueur du droit strict. L. 15 (Marcien), D., XLIX, 1, *A quibus appellari non licet*.

<sup>3</sup> L. 28, § 16 (Callistrate); Cf. l. 16, § 3 (Cl. Saturninus), D., LXVIII, XIX, *De pœnis*.

<sup>4</sup> L. 8 (Ulp.); l. 10 (Macer), D., XLVIII, XIX. — V. *Histoire de l'esclavage dans l'antiquité*, par M. WALLON, part. II, chap. v, p. 200.

principes dont nous avons besoin en ce moment : il suffit de les rappeler. Notre objet n'est pas de les développer, mais de prouver qu'ils embrassent le droit criminel comme tout le reste, plus que tout le reste peut-être.

Mais c'est particulièrement l'esprit philosophique qui résume la civilisation, à cause de son caractère critique et de sa généralité universelle : C'est l'esprit philosophique du XVIII<sup>e</sup> siècle qui a provoqué toutes les réformes depuis accomplies sur toute la surface de l'Europe. Les souverains les plus attachés à l'ancien régime, les plus hostiles à l'esprit d'égalité, de libéralisme, de mansuétude et de philanthropie qui présidait à ces changements n'ont pu résister. Ils ont dû, malgré leur haine pour les idées nouvelles, malgré leur instinct de conservation et d'immobilité, malgré leur sympathie presque aussi secrète que profonde pour des monstruosités légales, ils ont dû céder et renverser de leurs propres mains un édifice qui aurait pu s'écrouler sur eux et les ensevelir dans ses ruines s'ils s'étaient obstinés à n'y rien changer. Citons enfin des exemples. Nous ne sommes embarrassé que du choix. La Russie est peut-être le plus frappant; mais comme elle doit plus à l'imitation qu'à la spontanéité à cet égard, nous la réservons pour une autre série d'idées.

Nous citerons avant tout la France, qui, l'une des premières, a réformé ses lois pénales en même temps qu'elle réformait ses lois politiques et civiles. Son exemple a gagné le reste du monde, comme l'esprit de sa révolution doit faire le tour du globe. Son influence réformatrice s'est d'abord étendue aux peuples qu'elle avait momentanément soumis. D'autres ont ensuite pris d'eux-mêmes ce qu'ils ont jugé de meilleur dans ses lois criminelles. Il en est, enfin, qui l'ont dépassée. Laissons faire pour le moment aux réformes imposées par notre domination; nous y reviendrons bientôt avec plus d'opportunité. Ne parlons même point des changements peu sensibles, successifs et lents qui se sont opérés depuis 1810 jusqu'à nos jours : arrivons immédiatement à quelques exemples décisifs.

Nous les trouvons surtout dans les pays où la philosophie exerce le plus largement son influence. Ce n'est point dans les deux péninsules de notre Europe méridionale qu'il faut les chercher, mais au sein de cette nation germanique si digne de la liberté; mais dans cette jeune Amérique dont les institu-

tions libérales n'ont rien fait perdre à l'influence de l'esprit chrétien, ni l'esprit chrétien rien enlevé du droit de philosopher.

Si l'Autriche n'avait pas eu son Joseph II, son Léopold II, aurait-elle eu son Code pénal de 1803? Ce dernier, déjà souverain en Toscane avant de régner en Autriche, avait amélioré les lois criminelles de son grand-duché. Ses réformes précédèrent celles de Louis XVI (déclaration de 1780), et surpassèrent celles de Catherine II. Le Code pénal autrichien dut s'en ressentir. Il respire, en effet, à un très haut degré l'esprit d'équité et de modération qui animait les criminalistes philosophes du dernier siècle. Quoiqu'il ait pour but d'abolir tout ce qu'il y avait encore de prématuré et de peu en harmonie avec la constitution de la monarchie autrichienne dans le Code de Joseph II, il n'a cependant pas pu se dépouiller entièrement du caractère de mansuétude qui distinguait si éminemment l'œuvre de ce philosophe couronné. Ce code fut amélioré en 1852; mais en 1853 il a subi une modification rétrograde: c'est ainsi que le jury y a été supprimé, comme dans celui de Saxe. On vante cependant beaucoup le Code de procédure <sup>1</sup>.

A une époque bien plus rapprochée de nous, et grâce à la même influence, le Code pénal d'un petit pays est l'un des moins imparfaits qui existent. Je veux parler du Code pénal du duché de Brunswick, publié en 1840. Il se recommande par sa simplicité et sa brièveté. La haute trahison et le meurtre y sont seuls punis de mort, encore pas d'une manière absolue. Une plus grande part encore y est faite à l'arbitraire du juge. Point d'imputabilité en matière criminelle avant l'âge de quatorze ans; la peine capitale n'y peut atteindre un accusé qui aurait moins de vingt-un ans. S'il se rencontre un tel concours de circonstances atténuantes que même la moindre peine portée par la loi semble être en disproportion avec le délit, le juge est autorisé à prononcer une peine au-dessous du minimum de celle statuée par la loi. Ici donc se trouve appliquée la théorie que nous avons établie dans la première partie de ce travail, de ne s'arrêter qu'au fait, sans se laisser imposer par les dénominations.

Le Code général publié en 1794 par Frédéric-Guillaume a

<sup>1</sup> WARRKORNIC, op. cit., p. 544.

régi la Prusse jusqu'en 1845, sauf quelques modifications, surtout pour les provinces rhénanes, accoutumées à la loi française. En 1836, le projet d'un nouveau Code pénal fut communiqué aux tribunaux; ce projet a fini par devenir le Code publié en 1845. Des emprunts ont été faits aux Codes de Saxe, des grands-duchés de Hesse et de Wurtemberg. Le Code prussien est supérieur au Code français en plusieurs points, notamment dans des dispositions relatives aux travaux forcés, à la détention, à la réclusion, à la tentative, à la complicité, à l'imputabilité, aux circonstances aggravantes ou atténuantes, à l'amende, aux peines infamantes, à la compensabilité de certaines peines ou à leur choix par le juge, à la prescription. Mais il lui est inférieur à d'autres égards, et ces défauts tiennent à la constitution monarchico-féodale du pays <sup>1</sup>. Croirait-on que, revu en 1851, il contient encore une rubrique spéciale pour les délits contre la religion et les mœurs, une disposition très sévère contre le sacrilège, et même contre le blasphème <sup>2</sup>!

Le Code pénal du grand-duché de Bade a été promulgué le 6 mars 1846. La base de ce Code est l'ordonnance criminelle de Charles-Quint (1532); mais elle a subi de si profondes modifications, que l'esprit, on peut le dire, n'en est plus le même <sup>3</sup>. La position particulière du pays de Bade, sa législation pénale antérieure, n'a pas permis de supprimer les peines affectées aux délits contre la pudeur, contre la religion, contre la personne du prince et le crime de haute trahison. La peine de mort n'a pas paru trop sévère à l'égard de l'attentat contre la personne du prince et le crime de haute trahison.

Les principes philosophiques qui ont dirigé les rédacteurs de ce code pénal sont, du reste, les suivants :

- 1° Prévenir les délits par l'intimidation;
- 2° Ne punir que les actions qui lèsent les droits d'autrui, soit la société, soit les particuliers;
- 3° Ne punir l'action incriminée qu'autant que le fait est imputable, c'est-à-dire que l'agent a commis l'acte (positif ou négatif)

<sup>1</sup> Voir une analyse critique de ce Code par M. BEGON, dans la *Revue de droit fr. et étr.*, t. II, p. 43.

<sup>2</sup> WALTER (FERD.); *Juristische Encycl.*, p. 316, 317, Bonn, 1856.

<sup>3</sup> Voir, à ce sujet, l'ouvrage de M. MITTERMAIER, intitulé *la Législation pénale dans son progrès*, analyse donnée par M. Ranter dans la *Revue du droit*.

dans une intention criminelle ou avec la volonté de se satisfaire, sans égard à la manière dont la loi pourrait envisager son action;

4° Etablir la loi pénale comme un moyen de garantir la société des entreprises des méchants;

5° Renforcer dans le peuple, par l'intimidation, les motifs de se conformer à la loi et à la morale;

6° Eviter dans la punition des actions l'arbitraire du juge, soit en déterminant les différentes actions pénales, soit en fixant les peines à infliger;

7° Choisir des peines avouées par la justice et la prudence politique;

8° Ne choisir que des peines divisibles, excepté celle de mort, qu'on espère abolir un jour;

9° Les peines perpétuelles n'ont été maintenues que pour conserver une certaine proportion entre elles.

Les travaux forcés maintenus.

Les peines édictées contre les crimes s'appellent peines afflictives (*peinliche-Strafen*); elles emportent l'infamie (privation de l'honneur social).

Les autres peines, dites peines civiles (*bürgerliche-Strafen*), n'ont pas cette conséquence. Ce sont celles de la maison de travail (*Arbeitshaus*) et celles du simple emprisonnement (*Gefängnisstrafe*).

Le juge a le choix entre le maximum et le minimum dans les peines temporaires; il peut descendre d'un degré au-dessous des peines perpétuelles, et un degré au-dessous de la peine temporaire décrétée comme régulièrement applicable.

La loi fixe le minimum des peines temporaires plus bas que le maximum de la peine inférieure qui suit immédiatement.

Les peines accessoires qui ne peuvent être ajoutées qu'aux peines temporaires sont :

L'isolement, qui ne peut durer sans interruption plus de deux mois;

La détention dans une cellule obscure;

La nourriture réduite au pain et à l'eau; la réduction de la nourriture, réduction qui ne peut durer plus de sept jours;

Les chaînes pour une durée de moins de quatre semaines.

Deux ou plusieurs de ces aggravations peuvent être réunies.

La peine de la détention dans une forteresse ne peut être aggravée que par l'isolement.

Le Code pénal de Bavière, à peu près contemporain du nôtre, conçu d'ensemble par un criminaliste célèbre, Feuerbach, présente cette particularité, entre autres, qu'il n'admet pas les peines infamantes. Suivant M. Bonneville, qui en fait une étude spéciale<sup>1</sup>, ce code avec ses dernières améliorations serait tout à la fois plus préventif, plus humain, plus répressif et plus moral encore que le nôtre; il parlerait mieux à l'intelligence et au cœur des populations; il ferait une plus large part à l'amendement et au repentir. Il faut bien qu'il se recommande à un degré supérieur, puisqu'il a été adopté par les duchés d'Oldenbourg, de Saxe-Weimar, par les royaumes de Wurtemberg, de Suède, de Grèce, et par les cantons suisses de Saint-Gall, de Zurich, etc. Il est difficile de ne pas reconnaître que c'est un mérite absolu et relatif tout à la fois dans le Code de Bavière, de punir moins la tentative que le crime, moins la complicité que l'attentat principal; de punir de la même peine l'adultère dans le mari et dans la femme<sup>2</sup>; de ne pas punir du tout l'évasion, même avec bris de prison; de ne frapper l'infanticide que de la détention dans une maison de force pendant un temps indéterminé, et, en général, d'avoir un système de peines d'une douceur plus marquée que le nôtre.

Le Nouveau-Monde ne pouvait pas rester en arrière de l'ancien pour la législation criminelle. Aussi, de toutes parts ce sont des révisions des anciens codes, ou des codes nouveaux dont la rédaction est confiée à des hommes d'une expérience et d'un savoir éprouvés. Tout le monde a entendu parler de M. Livingston, chargé, en 1820 et 1821, par le Sénat et la Chambre des représentants de la Louisiane, de préparer un code de lois pénales. Ce code, fruit d'une haute sagesse, est l'un des moins imparfaits qui existent. Il est également remarquable par la simplicité du système de pénalité, et par la manière dans toutes les espèces de délits sont atteintes. Ce système se compose seulement : 1° d'amendes, 2° de simple emprisonnement, 3° de la privation temporaire des droits civils, 4° de la privation perpétuelle des mêmes droits, 5° de la même peine encore, plus l'emprisonnement laborieux temporaire, 6° de la réclusion ou emprisonnement solitaire, 7° de l'emprisonnement laborieux perpétuel.

<sup>1</sup> *Rev. critiq. de légist.*, 1852, p. 623.

M. Liwington a été chargé d'une semblable mission pour le territoire immédiatement soumis à l'autorité du Congrès.

En 1829, révision des Statuts de New-York et de New-Jersey.

En 1833, révision des lois pénales de Massachusetts, et Code pénal promulgué en Géorgie.

En 1834, la république de Guatimala adopte le projet de Code de M. Liwington sur la discipline des prisons.

En 1830, le Brésil publie un code pénal qui est un modèle de sévère concision. Ce code, en faisant des emprunts à celui de la France, l'a corrigé en plusieurs points, notamment en ce qui regarde la tentative, la complicité, la responsabilité de l'imprimeur dans les délits de presse, la peine capitale, l'exil, les amendes, les réparations civiles.

Il ne contient pas d'autre classification des peines que celle des délits. La plupart ont trois degrés, selon que les circonstances aggravantes ou atténuantes prédominent ou se balancent <sup>1</sup>.

Le reste de l'Amérique méridionale, quoique animé d'un esprit fort peu philosophique, n'a pu résister au mouvement de l'Amérique du nord; mais ce mouvement ne s'est exercé que sur les Etats les plus disposés à l'éprouver, telle que la république de Bolivie <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Voir les *Observations* de M. Foucault, en tête de sa traduction du Code brésilien.

<sup>2</sup> Le Code bolivien admet trois sortes de peines : les corporelles, les non corporelles et les pécuniaires. Les premières sont au nombre de onze : 1<sup>o</sup> la mort, 2<sup>o</sup> les travaux de quatorze ans, 3<sup>o</sup> la déportation, 4<sup>o</sup> le bannissement ou l'expulsion à perpétuité du territoire, 5<sup>o</sup> le préside, 6<sup>o</sup> les travaux publics, 7<sup>o</sup> la réclusion dans une maison de travail, 8<sup>o</sup> la vue d'une exécution capitale, 9<sup>o</sup> la prison dans une forteresse, 10<sup>o</sup> le confinement dans un lieu ou un district déterminé, 11<sup>o</sup> le bannissement à perpétuité d'un lieu ou d'un district déterminé.

Les peines non corporelles sont au nombre de treize : 1<sup>o</sup> la déclaration d'infamie, et la perte de la qualité de Bolivien ou de la confiance nationale; 2<sup>o</sup> l'incapacité légale d'exercer un emploi, une profession, une charge publique; 3<sup>o</sup> la privation de l'emploi, des honneurs, de la profession ou de la charge publique; 4<sup>o</sup> la suspension des mêmes emplois et honneurs; 5<sup>o</sup> l'arrestation infligée comme châtement, et déclarée peine non corporelle quant aux effets civils, mais seulement répression correctionnelle; 6<sup>o</sup> la soumission à la surveillance spéciale des autorités; 7<sup>o</sup> l'obligation de donner caution de bonne conduite; 8<sup>o</sup> la rétractation; 9<sup>o</sup> la satisfaction; 10<sup>o</sup> l'avertissement judiciaire; 11<sup>o</sup> la répression judiciaire;

## § IV.

Influence de la conquête et de l'imitation sur les lois pénales.

## SOMMAIRE.

1. Deux manières principales dont les changements s'opèrent dans les lois des peuples conquis. — Tartares Mantchoux. — Rome. — Les Barbares. — France.
2. Le royaume lombardo-vénitien, le duché de Parme et de Plaisance, la Hollande, la Belgique, les Deux-Siciles.
3. La Russie.

Un peuple qui en soumet un autre cherche volontiers à lui faire oublier son ancienne nationalité. Or, rien ne rappelle mieux l'indépendance dont on a joui que les lois qu'on s'était données dans la liberté, ou qu'on avait reçues d'un prince sinon libéral, du moins assez ami de ses propres intérêts pour ne pas se mettre, par ses lois, en contradiction avec l'esprit et les mœurs du pays. Il existe des exemples du contraire; mais nous n'avons pas à nous en occuper, d'autant moins qu'à la longue la fusion finit toujours par s'établir, soit que les vaincus adoptent les lois des vainqueurs ou réciproquement, soit qu'il s'opère dans des proportions diverses des concessions et des emprunts.

La première manière de changer les lois d'une nation, c'est-à-dire en imposant au vaincu la loi du vainqueur, est d'autant plus périlleuse que la civilisation est plus différente d'un peuple à l'autre. Mais si elle est à peu près la même, si les différences ne sont que des contrariétés pour les habitudes du vaincu, et non des violences faites à sa conscience, à sa foi, le changement qu'on lui fait subir peut être d'une excellente politique, d'une haute importance administrative. Il y a moins

12<sup>o</sup> la lecture publique de la sentence; 13<sup>o</sup> la correction dans une maison à ce destinée pour les femmes et les mineurs.

Les peines pécuniaires sont l'amende ou la perte de quelques effets, perte qui tient lieu d'amende.

La prison simple peut consister, pour les femmes honnêtes, les vieillards, les valétudinaires et les hommes vivant de leur travail, à être confiné dans sa propre maison. — Même disposition dans le Code pénal autrichien.

La presse n'est tenue à respecter que les institutions, la morale publique et la vie privée.

de péril à faire passer au vainqueur les lois du vaincu, puisque cet emprunt ne peut être fait qu'autant qu'il semble avantageux, et qu'il n'y a point ici cette violence et cette humiliation qui se font toujours plus ou moins sentir dans le cas contraire.

La législation criminelle qui régit aujourd'hui la Chine est en grande partie une importation des Tartares Mantchoux, mais appropriée au génie chinois. En ce point, comme dans le reste, les Mantchoux ont été conquis à la civilisation chinoise après avoir soumis la Chine au XVII<sup>e</sup> siècle. Ce singulier pays avait une législation criminelle antérieure qui devait, comme toutes les institutions de ce peuple, remonter fort haut dans l'antiquité. Cette législation ne nous est qu'imparfaitement connue, et peut-être faut-il rabattre quelque chose de ce qui nous est raconté par les écrivains chinois d'un temps postérieur. On connaît leur penchant à exalter l'antiquité.

Rome, déjà élevée dans les idées grecques avant d'avoir conquis la Grèce, acheva d'en être subjuguée après l'avoir entièrement assujétie.

A son tour la civilisation gréco-romaine finit par triompher des barbares à l'aide du christianisme, après avoir été sur le point d'en être étouffée, malgré leur respect pour ses lois, pour ses lois criminelles surtout.

Nous ne suivrons pas dans l'histoire tous les exemples des changements survenus dans les lois des vaincus par suite de la conquête; nous arriverons d'un seul trait aux nations modernes; encore ne parlerons-nous que d'un petit nombre. Nos codes ont un instant régné, avec la fortune de nos armes, sur plusieurs peuples voisins réunis par la victoire à la France, en Italie, sur la rive droite du Rhin, en Belgique, en Hollande. Une autre domination a fait place à d'autres lois, mais pas sans qu'il soit resté beaucoup du Code criminel de l'Empire. Il était naturel que la Haute-Italie, en passant de notre domination en 1815 sous celle de l'Autriche, ne restât pas entièrement française par ses lois pénales. Mais la prudence, l'habitude, la raison même ont maintenu beaucoup de dispositions du Code français dans plusieurs pays. C'est ainsi qu'en 1820 le duché de Parme et de Plaisance a promulgué un Code pénal où l'influence du Code français d'alors a eu la meilleure part; mais il lui est supérieur en quelques points : on n'y retrouve plus la marque ni le carcan, par exemple.

La Hollande, démembrement du grand empire germanique soumis d'abord à la maison de Bourgogne, puis indépendant dès le XVI<sup>e</sup> siècle jusqu'à la conquête par les Français, a été remarquable par la sage tolérance de ses lois, particulièrement sous le rapport religieux. Cependant le Code français de 1810 modifia heureusement la législation pénale des Pays-Bas. Il est douteux que les changements qui y ont été apportés depuis soient tous des améliorations; ainsi : 1<sup>o</sup> faculté est laissée aux juges de prononcer la peine de la marque contre les faussaires, selon la gravité des circonstances; 2<sup>o</sup> la strangulation et la décapitation par le glaive ont remplacé la guillotine; 3<sup>o</sup> la peine des travaux forcés à perpétuité, abrogée et remplacée; 4<sup>o</sup> par une détention dans une maison de force pendant vingt ans au plus; le condamné, avant d'être renfermé, est attaché à un gibet, battu de verges et marqué; 5<sup>o</sup> par une détention de semblable durée, après que le glaive a passé au-dessus de la tête du condamné, ce qui s'exécute sur l'échafaud; 6<sup>o</sup> la peine du carcan est remplacée par la flagellation, l'exposition sur l'échafaud, ou la déclaration d'infamie; 7<sup>o</sup> les travaux forcés à temps remplacés par une détention de quinze ans au plus, avec flagellation, ou exposition, ou déclaration d'infamie préalable<sup>1</sup>.

La Belgique, soumise à plus de vicissitudes encore que la Hollande, mais beaucoup moins originale, d'un esprit bien plus français que néerlandais, s'appartenant enfin depuis sa dernière révolution, a conservé notre Code légèrement modifié.

La Belgique est d'ailleurs au nombre de ces petits Etats qui ne s'appartiendront jamais moralement, c'est-à-dire qui ne sont

<sup>1</sup> Le système de pénalité adopté par la Hollande a beaucoup de rapport avec celui de Hesse. L'art. 9 du projet de Code pénal de ce dernier pays était ainsi conçu : « Les peines suivantes seront appliquées aux crimes et délits, savoir : 1<sup>o</sup> la mort; 2<sup>o</sup> la réclusion à vie ou à temps (pendant trois mois au moins et dix-huit ans au plus) dans une maison de force; 3<sup>o</sup> la destitution des fonctions publiques; 4<sup>o</sup> la détention dans une maison de correction, détention qui peut varier de trois mois à douze ans; 5<sup>o</sup> la démission forcée; 6<sup>o</sup> la privation de certains droits politiques, civils et de famille, en tant que cette privation n'est pas déjà encourue comme conséquence d'une autre peine; 7<sup>o</sup> la suspension des fonctions publiques et du traitement y attaché, pendant six mois au moins et un an au plus; 8<sup>o</sup> l'emprisonnement civil, de vingt-quatre heures jusqu'à trois mois; 9<sup>o</sup> l'amende de un florin jusqu'à trente florins, à moins que la loi ne fixe une amende plus forte; 10<sup>o</sup> la réprimande par justice. »

pas des foyers de civilisation, qui sont condamnés à ne vivre que par influence ou d'une vie d'emprunt, qui suivent en satellites les destinées morales des grands corps de nation à la destinée desquelles ils sont attachés, et dont ils ont autrefois fait partie.

La Suisse est dans le même cas; elle n'a point de physionomie propre. Seulement, elle subit plutôt trois influences qu'une seule : elle est, par ses mœurs, par ses institutions, comme par son langage, italienne, allemande et française; elle n'est pas suisse. Quelques traits particuliers la distinguent seulement <sup>1</sup>.

Mais ce qui honore le plus les institutions d'un peuple, c'est de les voir copiées par d'autres peuples dont l'esprit est d'ailleurs très différent, et qui en sont politiquement très indépendants. Tel est le cas du royaume des Deux-Siciles à l'égard de la France.

Le Code des Deux-Siciles, promulgué en 1819, est une imitation du Code pénal français, mais appropriée au régime de la monarchie absolue. Tous les changements ne sont cependant pas des imperfections. Nous remarquons, en particulier, trois solutions sur la question de fait, suivant que le juge est certain que le délit a été ou n'a pas été commis, ou qu'il n'en est pas certain. Dans ce dernier cas, la grande-cour peut ordonner que l'accusé soit mis en liberté provisoire, ou seulement qu'une instruction supplémentaire soit faite. Mais si cette instruction dure plus d'une année, l'accusé a le droit de demander sa mise en liberté provisoire; et s'il n'était pas soumis à un second jugement dans le cours de deux ans à compter de la

<sup>1</sup> La législation criminelle des cantons les plus éclairés de la Suisse, tels que Genève, Vaud, Berne, Zurich, mériterait d'être consultée, même dans l'intérêt de pays qui se croient plus avancés parce qu'ils sont plus importants. Nous trouvons, par exemple, dans le Code de Zurich des dispositions pénales remarquables. En voici l'ensemble. Ce code établit d'abord quatre classes principales de peines : 1<sup>o</sup> la mort, 2<sup>o</sup> les peines privatives de la liberté, 3<sup>o</sup> celles qui affectent l'honneur, 4<sup>o</sup> les peines pécuniaires. — Les peines de la seconde classe sont : 1<sup>o</sup> les fers, 2<sup>o</sup> la détention dans une maison de correction, 3<sup>o</sup> l'emprisonnement, 4<sup>o</sup> le bannissement et le confinement. — Celles de la troisième sont : 1<sup>o</sup> l'interdiction absolue ou temporaire de l'exercice des droits de citoyen, 2<sup>o</sup> la destitution, 3<sup>o</sup> la suspension, 4<sup>o</sup> la défense de visiter les auberges et cabarets, 5<sup>o</sup> la réprimande. — La quatrième classe comprend : 1<sup>o</sup> les amendes, 2<sup>o</sup> la confiscation de certains objets, 3<sup>o</sup> la privation pour toujours ou à temps de l'exercice de certains droits, professions ou privilèges lucratifs.

première décision, sa libération devient définitive (art. 280-282 Proc. crim.). Ces délais sont trop longs, mais l'esprit de cette partie de la procédure est juste.

Mais l'influence toute-puissante de la civilisation n'a jamais été plus remarquable, sans doute, que dans son action sur la Russie depuis Pierre le Grand. Cet homme extraordinaire entreprit de faire arriver d'un bond ses barbares au niveau des peuples les plus civilisés. L'entreprise était gigantesque, imprudente peut-être. La distance qui séparait son peuple des nations les plus policées de l'Europe, au seul point de vue qui nous occupe, mérite de nous arrêter un instant.

La plus ancienne peine usitée en Russie semble avoir été le bannissement du coupable et de sa famille, le pillage et la destruction de sa maison et de ses propriétés. A Nowgorod on le noyait dans le Wolchow. Dans d'autres contrées on le laissait gagner la terre étrangère <sup>1</sup>.

La raison d'Etat fit bientôt décréter d'autres peines : l'amende ne suffisait pas à assurer la paix publique. Le droit canonique grec et les mœurs et coutumes des Etats voisins, des Tartares en particulier, frayèrent la route à ces innovations. Étaient fréquemment en usage, outre les peines qui atteignaient la liberté et la confiscation : la mort, les peines corporelles, la mutilation <sup>2</sup>.

Les dix-sept articles supplémentaires à la Prawda de Jaroslaw, promulgués par ses fils, tendent de plus en plus à remplacer les peines afflictives par les pécuniaires. (*Ibid.*, p. 305-310.) Il en est de même de la Prawda du XIII<sup>e</sup> siècle <sup>3</sup>. (*Ibid.*, p. 314-335.)

Cette tendance ne gagna pas toutes les parties de ce qui porte aujourd'hui le nom d'empire russe. Ainsi, au XV<sup>e</sup> siècle, les Zaporogues (espèce de Cosaques) n'avaient pas encore de lois écrites, l'usage leur en tenait lieu, et la justice, dit-on, n'en souffrait guère : les criminels étaient jugés avec impartialité, et punis avec une sévérité peu commune. Un Cosaque qui tuait un de ses camarades était enterré vif avec celui qu'il avait fait

<sup>1</sup> ALEX. VON REUTZ, *Versuch über die geschichtliche Ausbildung der russischen Staats etc.*, in-8<sup>o</sup>, Mittau, 1829, p. 203.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 203.

<sup>3</sup> EWERS, J.-PHIL. GUST., *Das älteste Recht der Russen in seiner geschichtlichen etc.*, in-8<sup>o</sup>, Dorpat, 1836, p. 314-335.

périr. Un voleur devait être pendant trois jours au carcan ; ensuite il était battu, souvent jusqu'à mort <sup>1</sup>.

Les peines redevinrent partout corporelles en Russie, mais sans que les peines pécuniaires fussent oubliées. Depuis la dynastie des Romanoff, le Code criminel de la Russie se rapproche de ceux des autres puissances européennes ; mais il se ressent profondément aussi de la forme despotique du gouvernement. Les peines, de plus en plus sévères, ont pour but l'intimidation. Les idées du vieux droit règnent toujours en ce qui concerne les dommages-intérêts.

Les délits sont d'autant plus sévèrement réprimés qu'ils sont plus dangereux pour l'État. La gradation est assez bien marquée.

Les principes relatifs à la responsabilité morale, à l'aggravation ou à l'atténuation de la peine sont posés dans les nombreuses ordonnances pénales rendues pour des cas particuliers.

Les peines sont, en général : la mort infligée suivant les divers modes, la mutilation (perte de la main, du nez, de l'oreille, etc.), les peines corporelles (knout, baguettes), la prison, l'amende, la confiscation, les peines infamantes, et les peines arbitraires que décrète le czar.

L'autorité souveraine seule inflige les peines ; le juge n'a plus le champ libre <sup>2</sup>.

Le Code militaire même, rédigé par Pierre le Grand, fut en grande partie emprunté aux législations contemporaines de Suède, du Danemark, et à la Caroline. Il est beaucoup moins imparfait qu'on ne pourrait le croire. Il distingue la préméditation, la faute, l'accident. L'intention n'y est pas confondue avec la tentative et la perpétration. La culpabilité y est graduée en raison du degré de participation de l'agent. On y trouve, enfin, une indication assez détaillée des causes d'excuse, d'aggravation et d'atténuation <sup>3</sup>.

Malgré ces emprunts, les lois pénales de la Russie portent à cette époque la double empreinte du despotisme et de la dureté propre à quelques-uns des czars de ce temps et de cette

<sup>1</sup> MALTE-BRUN, *Géogr. univ.*, t. III, p. 512.

<sup>2</sup> ALEX. VON REUTZ, *op. cit.*, p. 392.

<sup>3</sup> *Rev. de dr. français etc.*, mars 1846, p. 250.

dynastie. Les apologistes les plus décidés de la chose russe sont obligés d'en convenir : « La rémunération (le talion et la composition), l'intimidation et la moralisation, dit l'un d'eux, ont successivement marqué la législation russe. Le premier de ces systèmes expire avec la publication du premier soudebnik central, dont la base est la composition pécuniaire. Le second est marqué par des peines purement afflictives, la mort, la mutilation, le tenaillement des narines, le knout, les tortures barbares, des atrocités révoltantes. Le Code pénal militaire renchérit encore sur le Code pénal civil. Ce système atteignit son point culminant sous Alexis et Pierre le Grand ; il tomba peu à peu devant l'influence adoucissante des mœurs. Déjà sous Elisabeth ce n'était presque qu'un épouvantail » <sup>1</sup>.

On a vanté beaucoup la législation russe au XVIII<sup>e</sup> siècle : le fait est qu'elle avait un mérite relatif ; mais ce mérite n'est pas à comparer à celui de la plupart des législations modernes de l'Europe. Que la Russie, sous Catherine II, ait apporté des améliorations à ses lois criminelles, rien de plus connu ; qu'inspirée par les philosophes français, dont elle recherchait les lumières et les éloges, cette souveraine ait même devancé le reste de l'Europe dans certaines mesures, on doit le reconnaître encore ; mais que ces réformes fussent mûres, qu'elles se soient maintenues sincèrement ; qu'il y ait eu en Russie l'esprit qui les soutient, les fait vivre et les développe, c'est ce dont il est permis de douter en lisant le Code pénal russe.

Il a subi depuis peu de nouvelles réformes, nous le savons ; mais les améliorations introduites sont-elles respectées dans l'application ? La Russie a-t-elle des lois pénales tolérables, bonnes même en plusieurs points ; mais a-t-elle des juges ? a-t-elle des magistrats en général ? a-t-elle un peuple au niveau de ses institutions ? Sans prétendre accorder au livre de M. de Custine sur la Russie plus d'autorité qu'il n'en mérite, quoiqu'il se trouve d'accord sur les points essentiels avec d'autres ouvrages ni plus ni moins suspects, il faut convenir que le doute qui vient d'être élevé est bien voisin de la certitude. D'ailleurs, les qualités même qu'on nous vante dans le nouveau Code sont elles-mêmes un indice d'un reste de barbarie, ou d'une défiance qui serait injurieuse pour les juges s'ils ne la méritaient pas.

<sup>1</sup> *Revue de dr. fr., ib.*, p. 251.

Laissons parler M. de This lui-même : « La rédaction du nouveau Code russe, œuvre étonnante de précision, mais peut-être minutieuse à l'excès, a voulu déterminer avec exactitude la nature de chaque peine et sa corrélation avec les autres, établir dans chaque genre de répression plusieurs degrés, et dans chaque degré des gradations et modifications, afin d'avoir dans l'application toute la latitude désirable pour aggraver ou atténuer la peine selon l'infinie variété des circonstances qui modifient la criminalité de l'acte, et de ménager une transition presque insensible d'une peine précédente à une peine subséquente.... Avec les différentes variétés dans l'application, les divisions et les gradations, il se trouve que le législateur russe dispose de quarante et un modes de répression, arsenal assez riche pour satisfaire aux plus minutieuses exigences de l'incrimination »<sup>1</sup>.

Il nous resterait, si nous voulions pousser plus loin l'étude de ce sujet, à déterminer les influences combinées que nous venons d'examiner isolément. Mais ce travail nous mènerait beaucoup trop loin. Il suffit d'avoir appelé l'attention du lecteur sur chacun de ces points de vue. Ces influences diverses sont comme autant de causes qui peuvent s'exercer simultanément dans des proportions très variables, mais dont les effets combinés sont généralement faciles à distinguer, et peuvent, dès lors, être rapportés à leurs causes respectives.

Nous terminerons donc ce long chapitre par une observation qui n'est pas sans importance, puisqu'elle est destinée à prévenir un scandale contre lequel la haute raison de Pascal elle-même est venue s'achopper d'une manière peu édifiante : c'est qu'on ne doit pas être étonné que la législation pénale varie suivant les temps et les lieux. Cette diversité ne fût-elle pas explicable par l'ignorance et les préjugés des législateurs, le serait encore par bien des circonstances, mais surtout par celles de la civilisation et du climat. Ces situations, souvent très diverses, font, en effet, qu'une action matériellement identique est préjudiciable, qu'elle l'est plus ou moins, ou qu'elle ne l'est pas.

Dans le premier cas elle est un délit, et ce délit peut varier

<sup>1</sup> Cf. sur l'histoire de l'ancienne législation pénale de la Russie, M. Du Bois, op. cit., p. 567-617, et pour la pénalité, voir en outre 617-635.

en degrés; dans le second, c'est une action innocente. Elle peut même être un bienfait.

Faut-il donc s'étonner qu'elle soit punie dans un lieu ou dans un temps, qu'elle soit impunie ou même récompensée dans un autre temps ou dans un autre lieu? N'aperçoit-on pas, sous cette diversité apparente, une identité réelle? Qu'est-ce qu'on punit dans tous les cas, si ce n'est le mal fait injustement à autrui? Ne sont-ce pas, au contraire, les services qui sont récompensés?

Quand donc on aura trouvé un peuple qui punisse une action qu'il regarde comme utile aux autres, et qui récompense une action qu'il répute une occasion de mal et de souffrances injustes pour ceux qui l'endurent et qui, vivant sous les mêmes lois, forment la même cité, alors on pourra se scandaliser à bon droit, et crier à la contradiction; mais jusque là toute déclamation de ce genre contre la justice humaine n'est qu'ignorance, légèreté ou mauvaise foi.

Il n'y a pas plus lieu de s'étonner de la manière diverse, tant pour la qualité que pour la quantité, dont les peines sont décrétées suivant les temps et les pays : la raison de cette différence tient encore à la variabilité de la nature et au degré du délit suivant les circonstances, au vague naturel qui existe entre la peine et le délit sous le double point de vue encore de la qualité et de la quantité; à la différence des mœurs, des lumières, des croyances religieuses, etc.

Tout est donc proportionné, et une législation pénale faite par le peuple qui doit la subir est toujours à peu près ce qu'elle doit être. Mais comme les peuples changent de manière de sentir et de penser, il est nécessaire qu'une législation ne soit point considérée comme ayant une bonté absolue et comme devant rester immuable à tout jamais; elle doit, au contraire, varier indéfiniment, pour se conformer à l'esprit et aux besoins du temps<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Cf. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, t. III, p. 115-179; — *Essais historiques sur les lois*, p. 111 et 126.

## CHAPITRE VI.

Qualités de la peine.

## SOMMAIRE.

1. Deux qualités dominantes : justice, efficacité.
2. Qualités subordonnées, analogie, proportion, divisibilité, commensurabilité, révocabilité, impartialité, certitude, répression, correction, exemplarité, utilité morale, etc.
3. Développement.
4. Efficacité de la peine, comment assurée.
5. Utilité de la peine.
6. Promptitude de la peine.

Les peines doivent, autant que possible, réunir certaines qualités qui les rendent d'autant plus parfaites qu'elles s'y rencontrent en plus grand nombre et à un plus haut degré.

Les deux grandes qualités des peines sont la justice et l'utilité ou l'efficacité, qualités externes sans doute, et qui tiennent plus à l'application qu'à l'essence de la peine, mais qualités indispensables, qui sont le but de toutes les autres, c'est-à-dire des qualités intrinsèques.

Il est d'autant plus facile de rendre juste un système de pénalité et de mettre en lumière ce caractère fondamental, qu'il réunit à un plus haut degré les propriétés suivantes : L'analogie, la proportion, la divisibilité, la commensurabilité, la révocabilité et l'impartialité.

D'un autre côté, si la justice est déjà une garantie de l'efficacité de la peine, on peut dire néanmoins que cette efficacité augmente encore si la peine est certaine, si elle est coactive, corrective, exemplaire, et matériellement utile à la société et au condamné.

Reprenons en peu de mots ces qualités diverses.

D'après ce que nous avons dit du principe de la réciprocité appliquée à la peine, il ne nous reste plus rien à dire ici de l'analogie désirable entre la peine et le délit; elle ne doit être sacrifiée qu'à des qualités supérieures.

La proportion de la peine au délit, en constitue la justice rigoureuse ou stricte. La mansuétude de la société est rendue visible au coupable lui-même, si la peine reste au-dessous de

cette mesure sans cesser d'être suffisante. Elle peut l'être surtout si celui qu'elle atteint demeure convaincu que ceux qui le punissent ont encore pour lui de la pitié, de l'indulgence, et ne cèdent qu'à une nécessité qu'ils déplorent<sup>1</sup>.

Les délits de même nom pouvant varier considérablement quant au degré du préjudice et de la culpabilité, ce serait un mauvais genre de peine que celui qui ne serait pas susceptible d'autant de degrés qu'il peut y en avoir dans le délit même. Nous reviendrons sur ce point dans le chapitre suivant.

Il est bon aussi que le législateur, le juge, le coupable, le public, tout le monde enfin, puisse comparer les peines entre elles ainsi que les délits. Cette comparaison peut même être très utile à la société, à cause du choix possible des moyens criminels pour atteindre un même but<sup>2</sup>.

C'est encore une qualité dans une peine que de pouvoir être remise, pour le cas où elle serait devenue ou superflue ou trop dure, ou pour celui où l'erreur d'un tribunal aurait été reconnue.

La peine pour les uns, l'impunité pour les autres, des peines différentes pour les mêmes délits suivant la condition des personnes, tel a toujours été, plus ou moins, l'état des sociétés, surtout des sociétés anciennes et du moyen âge, des sociétés asiatiques, en un mot, de toutes les sociétés constituées sur le principe de l'inégalité. Ce n'est pas que l'égalité matérielle ou apparente soit beaucoup plus juste en droit pénal qu'en droit civil; mais si l'égalité proportionnelle est souvent la seule admissible, parce que c'est la seule qui approche de l'égalité absolue, véritable, elle a été trop souvent appliquée en sens inverse du vrai, puisqu'elle était plus dure pour le moins coupable, et plus légère pour le plus criminel. Mieux eût valu une égalité aveugle et brutale, une égalité absolue pour le même délit, sans aucune acception des personnes, qu'une égalité proportionnelle dont l'application était faite à rebours.

<sup>1</sup> Voir sur la proportion entre les délits et les peines, et sur l'arbitraire des châtimens : ROMAGNOLI, *Genesi del diritto penale*, t. I, p. 128-178 et p. 244-293; t. II, p. 381-387; éd. Firenz., 1834; — CIBBARIO, *della Economia politico del medio evo*, t. II, p. 93-104; — ROSSHIRT, *Geschichte der Deutschenstrafrecht*, t. I, p. 23; — *Essai histor. sur les lois*, p. 118; — ALB. DU BOYS, op. cit., t. II, p. 279 etc.

<sup>2</sup> V. BENTHAM, *Théorie des peines*, I, p. 41 et 42.

Les peuplades sauvages ne sont pas à l'abri de cet abus ; nulle part peut-être la justice n'y est plus vénale : c'est le prince, c'est le juge, c'est le prêtre qu'il faut gagner pour obtenir une ombre de justice, ou de qui le plus grand scélérat peut acheter l'impunité <sup>1</sup>. Nous en verrons plus d'un exemple.

On connaît le mot de Solon sur les lois, sur leur force contre les petits, et leur impuissance contre les grands.

A Rome, les peines variaient suivant la condition de l'accusé, même sous le despotisme impérial <sup>2</sup>, mais pour frapper d'autant plus fort sur le faible.

Les lois des barbares, celles des temps féodaux, la Caroline, les ordonnances des rois de France, les statuts des rois d'Angleterre, en général toutes les législations européennes, étaient empreintes de cette inique distinction. Les pays à esclaves, tels que la Russie, une grande partie de ceux du Nouveau-Monde, ont conservé dans leurs lois pénales des différences qui ne sont qu'une conséquence presque forcée de l'injustice des lois civiles sur l'état des personnes.

Les temps ne sont pas encore bien éloignés où les roturiers étaient condamnés à six ans de galères, par une ordonnance du plus populaire de nos rois <sup>3</sup>, s'ils s'avisait de tirer de l'arquebuse à une lieue à la ronde des forêts, parcs, bois, buissons et garennes de la couronne. Une autre ordonnance du même prince <sup>4</sup> va jusqu'à punir les récidives, en matière de chasse, du bannissement perpétuel et de la confiscation des biens, et même du dernier supplice.

Philippe-Auguste condamne le blasphémateur à payer quelques sous d'amende s'il est noble, et à être noyé s'il est roturier. Une ordonnance de Charles IX, donnée à Toulouse le 3 février 1566, après avoir défendu de vendre pendant le carême *aucunes espèces de chair, sinon aux Hôtels-Dieu et malades*, ajoute : « et ce sur peines aux contrevenants de 100 écus d'or sol, s'ils ont de quoi ; sinon, d'être fouettés par les carrefours des lieux où ils seront demeurants » <sup>5</sup>.

<sup>1</sup> *Hist. des voy.*, t. IV, p. 193.

<sup>2</sup> XII Tabl. ; D., liv. 48, tit. 8, l. 3, § 5 ; l. 16 ; tit. 19, l. 15, 28 38, § 2 et s. ; Cod., liv. 9, tit. 13 ; D., liv. 48, t. 50, l. 24 ; Cod., l. 9, t. 9, l. 4, 31. — *Novell.*, 77, 141. — V. aussi la première épître de SÉNÈQUE.

<sup>3</sup> *Ordonn.* de 1607.

<sup>4</sup> *Ord.* de 1601.

<sup>5</sup> PASTORET, *Lois pénales*, IV, p. 86.

Un domestique était convaincu d'avoir eu un commerce criminel avec sa maîtresse : on pardonnait à la maîtresse et l'on envoyait le domestique à la mort <sup>1</sup>.

L'efficacité des châtimens, avons-nous dit, est assurée non seulement par la justice de la peine, mais encore par l'assurance qu'on n'y échappera point si l'on vient à être jugé, par la probabilité très grande que le délit sera connu et l'auteur utilement poursuivi. On a souvent remarqué que c'est moins la rigueur des peines que leur certitude qui retient les malfaiteurs.

De plus, on est à l'abri des entreprises d'un criminel, au moins pour le temps de sa peine, si cette peine consiste ou dans la privation de la liberté ou dans le bannissement. Sous le rapport de la sécurité, nulle peine n'est comparable à celle de la mort, mais il faut qu'elle soit juridiquement possible et socialement nécessaire. Elle n'est d'ailleurs ni divisible, ni commensurable, ni rémissible. Ce sont là de grands défauts, qui doivent rendre d'autant plus circonspect dans l'application. Nous en parlerons plus tard.

Si la peine était propre à faire rentrer le condamné en lui-même, à le corriger, elle atteindrait le plus haut degré d'efficacité possible en ce qui le regarde. Si la publicité de cette même peine pouvait intimider tous ceux qui seraient malheureusement tentés de l'encourir, l'efficacité en serait bien plus grande encore, quoique moins sensible peut-être. Il suffit, au reste, pour qu'elle soit efficace à cet égard, qu'elle soit de nature à faire une salutaire impression sur l'esprit du peuple, sans toutefois sortir des limites de la justice. Mais pour qu'il en soit ainsi, la peine ne doit en rien froisser les préjugés ni les mœurs du temps et du pays.

On peut encore rendre la peine utile en faisant travailler le détenu ; elle se trouvera par là même allégée ; elle sera plus facilement corrective, moins dangereuse pour la santé intellectuelle, morale et physique. L'individu et la société ne peuvent qu'y gagner. Nous le verrons lorsqu'il sera question du système pénitentiaire. Mais toute manière d'utiliser la peine n'est pas également juste ou honnête <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> PASTORET, *Lois pénales*, IV, p. 48. Cf. sur la partialité ou l'impartialité des lois pénales : M. DU BOIS, *Hist. du dr. crim.*, t. II, p. 585, 627, 642, 652, 653 ; — le général D'ANAS, *Mœurs et coutumes de l'Algérie*, p. 198.

<sup>2</sup> Un des moyens d'expier son crime, d'après Zoroastre, est de donner

Les pages 328 et  
329 sont manquantes.  
Elles seront insérées  
bientôt. Merci.

août 2007

peine<sup>1</sup>, mais on n'y est pas toujours resté fidèle. Tantôt on a puni très sévèrement des délits qui n'en étaient pas, tout en laissant impunis de véritables crimes; tantôt on a frappé de la même peine des délits qui n'avaient guère de commun que le nom; tantôt on n'a gardé qu'une demi-mesure, on s'est laissé emporter après s'être trop retenu peut-être<sup>2</sup>.

La différence en plus ou en moins dans les délits de même nature est la raison du maximum et du minimum dans les peines.

Puisque l'essence des délits est toujours déterminée ou déterminable, qu'un délit est de telle espèce et non pas de telle autre, il faut bien lui infliger le genre de peine qui lui revient, mais il faut aussi que le degré de culpabilité serve de mesure au degré de la peine.

Ce sont donc de mauvaises sortes de peines que celles qui sont indivisibles, ou qui ne seraient susceptibles d'aucun allègement ou d'aucune aggravation par la manière dont elles peuvent être infligées.

Toutes les peines qui doivent être subies pendant un temps plus ou moins long, auxquelles on peut ajouter indéfiniment sans en changer la nature, comme celles de la privation de la liberté et de l'amende, se prêtent très bien à ces exigences.

<sup>1</sup> « Après s'être assuré des circonstances aggravantes (comme, par exemple, de la récidive) du lieu et du moment, après avoir examiné les facultés du coupable et le crime, que le roi fasse tomber le châtement sur ceux qui le méritent. » (*Lois de Manou*, VIII, 126, 324; — *Vendidad-Sadé*, p. 193; — *Pœna debet commensurari delicto*, l. 41 et 43, D., *De penis*; l. 1, God. Théod., *De crimin. pecul.*)

Dans les lois de Manou, il y a une intention marquée de graduer les peines non seulement d'après la nature des délits, mais encore d'après la condition des coupables. Une sorte de paternité semble même vouloir qu'on les inflige avec un certain regret, dans la stricte mesure où elles seraient arrachées: ainsi, le juge commencera par la réprimande; il s'élèvera au reproche sévère s'il le faut; ensuite à l'amende, à la peine afflictive, et enfin aux quatre peines à la fois en cas de nouvelle récidive.

Les trois dernières castes peuvent être punies par dix endroits du corps: les organes génitaux, le ventre, la langue, les mains, les pieds, l'œil, le nez, les oreilles, par les biens et le corps tout entier (peine capitale).

<sup>2</sup> « Qu'il (le roi) punisse d'abord par une simple réprimande, ensuite par des reproches sévères, troisièmement par une amende, enfin par un châtement corporel (VIII, 129). Mais lorsque, même par des punitions corporelles, il ne parvient pas à réprimer les coupables, qu'il leur applique les quatre peines à la fois. » (*Lois de Manou*, t. VIII, 129, 180.)

Certaines peines afflictives, celles du fouet, du knout, de la pleite ou du martinet s'y prêtent également. Mais cette espèce de peines est divisible aussi en intensité, et il n'est pas bon que l'exécuteur soit libre, comme il l'est dans certains pays, d'aggraver ou d'atténuer la peine par la manière de l'infliger. C'est un mal et un scandale qu'il puisse faire mentir les sentences des tribunaux par un calcul odieux. Un malheureux patient qui ne peut le fléchir en le payant ou qui n'a point d'amis plus riches que lui, qui ne trouve pas dans le public témoin de son supplice des sympathies assez efficaces pour le protéger contre la dureté de la peine, la subira dans une mesure d'autant plus rigoureuse que l'indulgence pourrait tarir les sources d'un revenu considérable<sup>1</sup>; l'humanité serait ici de mauvais exemple.

La peine de mort est celle qui se refuse le plus à la divisibilité, à moins qu'on ne voulût la convertir en supplice. Mais on peut, si l'esprit public n'y répugne pas, l'entourer d'un appareil qui, sans aggraver les souffrances, sans la convertir en supplice, en augmente l'effet moral. Elle doit, en tout cas, n'être qu'un minimum nécessaire. Nous l'avons déjà dit.

Les peines infamantes sont aussi susceptibles de plus et de moins.

Il n'y a donc pas de peines qui ne puissent être modifiées en sens contraire, et qui ne se prêtent à un minimum et à un maximum.

Il y a bien un inconvénient à cette élasticité de la peine, c'est de laisser plus ou moins à l'arbitraire du juge; mais cet inconvénient est incomparablement moins grand que celui de l'unité absolue de mesure dans la peine. Quel intérêt, d'ailleurs, le juge peut-il avoir à ne pas suivre sa conscience dans l'estimation du degré de la peine?

Il faudrait qu'il fût doublement vénal et corrompu pour frapper d'une peine imméritée celui qui n'aurait ni pu ni voulu acheter sa coupable clémence. Que dans certains pays le juge vende sa sentence d'absolution, cela se conçoit; mais il y a bien moins à craindre qu'il s'écarte de ses devoirs en dépassant la limite de la peine portée par la loi contre le délinquant qui ne cherche pas à le corrompre: il faudrait, pour qu'il en vint là,

<sup>1</sup> L'éventuel du bourreau.

qu'il fût dans l'habitude de vendre la justice criminelle, et qu'il n'eût à redouter, pour son coupable trafic, l'exemple d'une condamnation, c'est-à-dire d'une peine qui ne lui aurait pas été rachetée.

Dans les causes politiques même, un tribunal criminel ne doit-il pas mettre la justice avant l'intérêt d'un parti? Est-il généralement composé d'hommes de la même opinion? N'est-il pas soumis lui-même au jugement du public? Ne pourrait-il pas être partiellement écarté par l'accusé au moyen de la récusation?

Avec cette latitude, il peut arriver encore qu'un délit d'une nature en apparence plus grave, matériellement pris, soit puni d'une peine inférieure à celle d'un délit moins grave. En d'autres termes, de deux délits pris en eux-mêmes et dont l'un est plus grave que l'autre, le minimum du premier peut être au-dessous du maximum du second. En d'autres termes encore, et pour prendre un exemple, une tentative de meurtre, un meurtre même, peut être commis dans des circonstances tellement atténuantes, sans du reste qu'il y ait innocence, que celui qui s'en est rendu coupable soit bien moins sévèrement punissable que celui qui, de sang-froid, par férocité, mutilé son semblable. Et cependant le meurtre est en soi un plus grand crime que la mutilation.

Cette contradiction n'est apparente que pour des délits analogues; car pour ceux qui n'ont rien de commun, lorsqu'on est obligé de les frapper cependant d'une même espèce de peine, par exemple le vol et l'outrage, la contradiction n'a plus rien de spécieux; parce qu'on ne compare plus les deux délits, et qu'on ne met pas l'un au-dessus de l'autre.

Je dis, au surplus, que la contradiction n'est qu'apparente; elle porte plus sur les mots que sur les choses; on ne devrait pas s'arrêter ainsi aux dénominations, mais s'attacher plutôt aux intentions, à la réflexion, et surtout au degré de préjudice occasionné volontairement; en un mot, voir les actions dans toutes leurs circonstances, parce que c'est là seulement qu'est la réalité, le fait, la vérité.

On a supposé faussement qu'il n'y a qu'une seule échelle de délits: il y en a autant qu'il y a de classes de délits, et ces échelles sont plutôt parallèles qu'unilinéaires ou consécutives. De plus, dans la même famille de délits les degrés ne sont réellement

distincts et progressifs qu'autant que les circonstances et les délits sont différents; mais quand le délit seul est matériellement le même, ou que le délit étant matériellement différent les circonstances essentielles viennent à varier, alors la progression n'a plus cette régularité qu'elle peut avoir dans le cas où les faits analogues sont matériellement plus graves les uns que les autres, et où les plus graves sont accompagnés de circonstances ou également, ou plus ou moins répréhensibles et au même degré.

Il s'agit, comme on voit, de la question de la prestation des fautes en matière criminelle. Cette question, si délicate dans l'application en matière civile, ne l'est guère moins en matière criminelle.

On pourrait, ce semble, distinguer avec Filangieri<sup>1</sup> trois degrés de culpabilité, suivant qu'il n'y aurait qu'imprudence, ou qu'il y aurait volonté indélibérée, peu éclairée, peu libre, ou bien, au contraire, volonté délibérée de faire le mal. Il y aurait ainsi dans chaque ordre de délits trois degrés de fautes. Et comme il pourrait encore y avoir des différences importantes dans chaque degré, il serait bon que le juge pût s'y mouvoir sur une assez grande échelle de pénalité entre un minimum et un maximum.

<sup>1</sup> Quelque chose d'analogue se pratiquait autrefois en Chine. V. le *Chou-King*, édit. du Panth. lit., c. xxv, 15, 16 et 17.

## CHAPITRE VIII.

Des différentes peines en général <sup>1</sup>.

## SOMMAIRE.

1. La différence des peines n'est pas arbitraire ; sa raison.
2. Condition d'une peine.
3. La proportionnalité de la peine impossible dans le système de l'unité générique de la peine.
4. Discussion de ce système.
5. Deux sortes de peines universellement admises.
6. L'infamie, l'indignité n'a pu venir qu'après les deux autres espèces de peines.
7. Critique du Code pénal français.

La différence des peines n'est pas plus arbitraire que la peine elle-même ; elle a sa raison dans la différence des délits. De même donc qu'un délit n'est pas simplement un délit, mais bien tel ou tel délit, de même une peine n'est pas non plus une peine en général, mais c'est nécessairement telle ou telle peine.

De même encore que le délit n'est tel que parce qu'il porte atteinte à la légitime sensibilité d'autrui, dans sa personne, dans son honneur, dans ses biens, dans sa condition, ou plus simplement dans sa personne et dans ses biens ; de même aussi la peine ne peut être telle qu'à la condition d'atteindre et de faire souffrir la sensibilité du coupable dans sa personne ou dans ce qu'il possède et qui lui est cher, d'autres personnes exceptées.

Si la peine ne devait pas changer de nature suivant la nature même du délit, on devrait renoncer à l'idée de proportionner avec quelque exactitude et d'une manière un peu certaine le châtimement à la faute ; proportion qui a cependant toujours

<sup>1</sup> Voir sur ce sujet : REMMEVICH et METZLER, *Dissert. de pœnis naturalibus* ; — BERMANN, *Mémoires de politique*, 15 ; — BOEHMER, *Introd. in jus publ. univ.*, p. 556 ; — HOCHSTELTER, *de Jure pœnarum* ; — VICO, *de Uno universi juris principio et fine uno*, p. 141, édit. Ferr. Médiol., 1835 ; — MONTESQUIEU, *Esprit des Lois*, VI, 9 ; — ANCILOU, *de l'Esprit des Constitutions civiles, et de son influence sur la législation* (all.), Berlin, 1826, p. 231-276 ; — ROSSI, t. III, p. 119 ; — BOITARD, *Leçons sur le Code pénal*, p. 22-46, et p. 46-168.

été jugée nécessaire quand elle est physiquement et moralement possible. Il faudrait renoncer au principe de l'égalité juridique, de la réciprocité, seul principe cependant qui permette l'application de la notion de droit à la théorie de la peine.

Quelle proportion exacte y a-t-il, en effet, entre l'outrage, le meurtre et une peine purement pécuniaire, par exemple, et quel moyen de punition resterait-il avec celui qui ne possède rien ? Quelle proportion nettement appréciable y a-t-il encore entre le vol ou le dégât et une peine afflictive ?

Dira-t-on que l'unité entre la souffrance occasionnée par le délit et celle qui est occasionnée par la peine résulte de la contrariété qu'éprouve le délinquant d'être atteint dans ses biens ? Cela est vrai sans doute ; mais il faut convenir au moins que c'est là une ressemblance très éloignée, dont les termes sont d'une comparaison difficile, et que dès lors la proportion devient vague et incertaine <sup>1</sup>. La nécessité seule peut donc excuser de ne pas faire mieux.

On pourrait donc admettre en principe deux sortes de peines au moins : les unes qui affectent le coupable dans sa personne physique ou morale, les autres dans ses biens, suivant qu'il a lui-même attenté à la personne ou aux biens de ses semblables. S'il fallait, par des raisons d'humanité, de morale ou d'impossibilité physique, renoncer à cette proportionnalité, ne serait-on pas alors à temps d'opérer entre ces deux genres naturels de peines une sorte de compensation devenue légitime par la seule impossibilité de faire autrement, et d'en venir à la maxime du droit romain : que celui qui ne peut payer de sa bourse doit payer de son corps <sup>2</sup> ?

<sup>1</sup> Il y a une nature générique et une nature spécifique dans la peine comme dans le délit. La proportion est moins visible, moins parfaite quand on ne peut appliquer à une espèce de délit l'espèce de peine la plus propre, la plus analogue. Mais il y a encore une proportion générique, éloignée, entre une espèce quelconque de délit et une peine quelconque, par exemple entre le meurtre et la peine pécuniaire. Cette proportion et cette analogie du genre à l'espèce suffit donc pour qu'il y ait encore, à la rigueur, une certaine application possible du grand principe de la réciprocité en matière pénale ; mais cette application est plus vague et sa justesse moins certaine.

<sup>2</sup> C'est-à-dire entre la nature et le degré du délit d'une part, et la nature et le degré de la peine d'autre part.

<sup>3</sup> « Qui non habet in aere, luet in corpore (l. 25, D., De in jus vocando).

Quelle difficulté, quelle source d'arbitraire dans l'estimation pécuniaire d'un délit pour outrages, blessures, meurtres, etc. ! La même peine pécuniaire prononcée absolument par le législateur affectera-t-elle de même le pauvre et le riche, l'avare et le prodigue ?

Aussi a-t-on presque toujours admis deux sortes de peines, les unes qui portent sur la personne, les autres sur les biens. Tous les peuples civilisés ont en outre reconnu des peines morales qui atteignent la considération. Dans les sociétés les moins policées il y a une opinion publique qui est déjà d'une grande puissance. Il n'est peut-être pas de passion plus universelle que celle de l'amour-propre, passion qui fait naître le besoin de l'estime d'autrui. Or ce besoin, quelle que soit la nature de son objet, se retrouve chez tous les hommes. Tous sont sensibles à l'honneur, à la gloire ; tous sont portés à se faire valoir aux yeux de leurs semblables <sup>1</sup>. Partout donc il y a aussi des peines infamantes, qu'elles soient ou ne soient pas infligées à dessein comme telles.

Du reste, quand la vanité de l'homme ou la juste estime de lui-même font qu'il attache un prix plus ou moins grand à des distinctions extérieures, à des signes de supériorité ou de valeur, c'est une prise heureuse qui s'offre au législateur. Il peut alors atteindre l'amour-propre tout seul, et les peines infamantes peuvent prendre rang comme espèce distincte <sup>2</sup>. L'honneur, si frivole qu'en puisse être l'objet, est encore une espèce de bien, un très grand bien même ; mais il est d'une nature très spéciale, en sorte que la division commune des peines est très admissible, mais à la condition que le législateur prenne conseil de l'opinion en ce qui regarde l'infamie.

Nous devons dire cependant que la manière dont notre Code pénal entend et applique la division des peines ne nous semble pas rationnelle. Il admet trois classes de peines : 1° les unes afflictives et infamantes, 2° d'autres infamantes seulement,

<sup>1</sup> On sait que les cannibales même se font un honneur de savoir mourir héroïquement au milieu des supplices ; ils tiennent donc aussi à une bonne renommée après leur mort. — Les Germains, les Gaulois étaient très susceptibles sur l'article de l'honneur ; ils se faisaient une sorte de mérite de combattre sans bouclier. V. TACITE, *Mœurs des Germ.*, c. XXIV.

<sup>2</sup> On peut juger de l'importance attachée par les hommes à des signes de convention par le prix qu'ils mettent à les obtenir : c'est ainsi, par exemple, que l'ordre de la Jarretière se paie au moins 96,000 fr.

3° une troisième espèce qu'il appelle correctionnelle. Cette division pèche à plus d'un titre. 1° Toute peine, excepté peut-être celles de police administrative, emporte un certain opprobre. Il ne peut rien y avoir d'honorable, en principe, à être puni. Cependant, comme l'opinion n'est pas toujours d'accord avec les lois, si elle fait des exceptions, la loi aura beau vouloir attacher l'infamie à ses peines, elle ne donnera que plus d'éclat au mérite de celui qui les endure. C'est l'opinion qui fait l'infamie, l'honneur et le déshonneur. La loi n'y peut rien. Mais ce qu'elle peut très bien faire, c'est de priver, à des degrés divers, des droits politiques, civils, de famille, des emplois, des privilèges, des titres et des distinctions honorifiques, etc. Que l'opinion soit ou ne soit pas de son avis, elle affecte l'individu en lui refusant le bénéfice ou l'usage de ces sortes de droits ; elle peut faire plus en cela, puisqu'elle peut servir la chose publique. Voilà, selon nous, les limites dans lesquelles le législateur peut raisonnablement atteindre la sensibilité morale des citoyens. L'infamie proprement dite ne doit jamais être une peine légale, positive. Elle ne peut être qu'une peine morale, consécutive à d'autres peines, et fruit de l'opinion, qui l'inflige ou ne l'inflige pas, à son gré. 2° Toute peine ayant ou pouvant avoir pour but l'amendement du coupable, sans excepter la peine de mort, il s'ensuit que c'est mal diviser les peines que d'appeler les unes correctionnelles et les autres pas. Le Code a donc pris deux caractères de toutes les peines, la honte qu'elles entraînent et l'utilité morale qu'elles peuvent avoir à l'égard du coupable, pour des espèces particulières de peines : c'est plus qu'une faute de logique, puisque c'est, au moins en apparence, enlever le côté ignominieux et correctionnel au plus grand nombre des peines. 3° C'est une troisième faute d'avoir attaché l'infamie à des peines temporaires ; l'infamie est de sa nature perpétuelle ; on ne réhabilite pas un individu dans l'opinion publique aussi facilement qu'on lui ouvre les portes d'une prison. Ne serait-ce pas un quatrième tort d'avoir fait dépendre l'infamie de la sentence d'un tribunal plutôt que du délit, quoique à cause du délit <sup>1</sup> ?

<sup>1</sup> Cf. sur les art. 6-11, ou sur le système général de pénalité du Code pénal français, la critique étendue qu'en a faite BOTTARD dans ses *Leçons*, p. 46-56. Le Code pénal de Belgique, s'il a été réformé d'après le projet de 1849, supprimerait la distinction des peines en *infamantes* et *non infamantes*.

## § I.

Des peines afflictives ou corporelles. — De la peine de mort en particulier. — Des autres espèces de peines corporelles.

## SOMMAIRE.

1. Caractère des peines afflictives.
2. Leur variété.
3. Fécondité de l'imagination des anciens à ce sujet.
4. Les barbares. — La féodalité.
5. Progrès à cet égard. — Réformes désirables encore.
6. De la peine de mort. — Examen de sa légitimité.
7. De la mutilation.
8. De la saignée comme peine.
9. La fustigation, la flagellation.
10. La flétrissure par la marque.
11. Les galères, les travaux publics.
12. La détention dans le sens générique du mot. — Systèmes pénitentiaires. — Espèces.
13. Emprisonnement, peine naturelle, ancienne; comment envisagée par les Slaves. — Parti qu'en tire l'Autriche. — Manière équitable et intelligente dont cette peine est appliquée en Russie.
14. A quelle sorte de délits la privation de la liberté conviendrait le mieux, et dans quel sens elle convient pour tous les délits.
15. Détention préventive.
16. Exil, déportation, bannissement, relégation.

On appelle généralement afflictive toutes les peines qui consistent dans une sensation douloureuse qu'on fait éprouver. Telle est la peine capitale, celle de la mutilation, du fouet, de la marque, etc.

L'imagination des hommes a été féconde en inventions de ce genre. La vengeance porte déjà les sauvages à une certaine recherche dans les supplices, par exemple à faire périr lentement sous les coups de zagaie, à mutiler avant la décollation,

*tes.* « Cette détermination, dit le rapporteur, n'a pas besoin de justification. Il est inutile de rappeler ici tout ce qui a été dit et écrit contre les peines infamantes de par la loi. C'est une question désormais jugée définitivement. Que la société, qui vous donne des droits, vous prive de leur jouissance ou vous en déclare déchu lorsque vous faillez envers elle, rien de plus juste; mais que la loi fusse de l'infamie, c'est aller au-delà de son pouvoir: comme le dit Bentham, elle ne sait pas si l'opinion publique fera honneur à cette lettre de change tirée sur elle. » (*Revue de dr. français et étranger*, 1850, p. 669.)

Ce projet propose également la suppression de la déportation, parce que

à brûler vif à petit feu, à faire périr par l'action prolongée de l'eau bouillante, à faire enterrer vif, etc.

Mais les honneurs de l'invention en ce genre appartiennent aux anciennes civilisations de l'Orient: l'Égypte avait la mutilation, la peine capitale<sup>1</sup>, les mines, les travaux publics, le supplice de la cendre<sup>2</sup>, connu aussi des Hébreux, des Assyriens et des Perses; la Perse avait de plus l'affreux supplice des auges, l'écorchement vif; le percement de la langue pour cause de mensonge<sup>3</sup>. Dans l'Inde, les hommes des trois dernières classes peuvent être punis de dix peines afflictives: par les organes de la génération, par le ventre, la langue, les deux mains, les deux pieds, l'œil, le nez, les oreilles, enfin par la perte de la tête<sup>4</sup>. La Chine avait anciennement ses cinq supplices, sur la nature desquels on n'est pas d'accord<sup>5</sup>. Les Juifs brûlaient,

la Belgique n'a pas de colonies; — celle du bannissement, par respect pour les relations officieuses avec l'étranger, et au nom de la saine politique; — celles du *carcan*, de la *marque*, généralement réprouvés; — celle de la *dégradation civique* comme peine principale, parce qu'elle est indivisible, qu'elle frappe très inégalement, suivant la position sociale des coupables; — celle de l'*exposition publique*, dont les résultats fâcheux sont suffisamment connus; — celle, enfin, des *travaux forcés*. (*Rev. de dr. fr. et étr.*, p. 669-676.)

Le Code napolitain nous semble avoir raison également lorsqu'il déclare qu'« aucune peine n'est infamante, et que l'infamie résultant d'un crime infamant par sa nature ou par sa gravité ne s'étend qu'à la seule personne du coupable. » (*Lois pén. nap.*, art. 1.)

Dans l'Inde, ni le crime ni la peine n'emportent l'infamie. (DUBOIS, *Mœurs et cout. de l'Inde*, t. II, 453.)

<sup>1</sup> Amasis et Sabacon remplacèrent la peine capitale par la mutilation, par les travaux publics, et même par les travaux coloniaux. (DROB., I, 60, 65.)

<sup>2</sup> HEROD., II, § 400.

<sup>3</sup> *Ib.*, Terpsich.; VAL-MAXE, VI, 3.

<sup>4</sup> PASTOR., *Histoire de la Législation*. — V. aussi les *Lois de MANOU*.

<sup>5</sup> Les cinq supplices en usage du temps de Confucius, étaient, dit-on: 1<sup>o</sup> une marque noire qu'on imprimait sur le front; 2<sup>o</sup> l'amputation de l'extrémité du nez; 3<sup>o</sup> celle du pied ou du nerf du jarret; 4<sup>o</sup> la castration; 5<sup>o</sup> la mort. Ces cinq supplices servaient à punir trois mille (sortes?) délits. Ils n'ont été en usage que longtemps après le commencement de la monarchie; les dynasties de *Chang* et des *Tcheou* ajoutèrent beaucoup de lois criminelles à celles des *Hia*. Dans le commencement même de la dynastie des *Tcheou*, il était très rare qu'on eût recours aux supplices, et encore plus qu'on condamnât à mort. Au lieu que depuis Li-Ouang, qui monta sur le trône l'an 878 avant J.-C., les exécutions furent très fréquentes dans tout l'empire, sous la règle de quelques princes et empereurs cruels. (*Mém. concernant les Chin.*, IV, p. 56.)

pendaient, étranglaient, tranchaient la tête, sciaient en deux, crucifiaient, noyaient, écrasaient sous les pieds des animaux, sous les roues des chars, sous des traîneaux à battre le grain, sous des tas d'épines; ils lapidaient, précipitaient du haut des maisons, des tours, des rochers; ils emprisonnaient, enchaînaient par les mains, par le cou, par les pieds, mettaient sous le joug, etc. <sup>1</sup> Il est à présumer, du reste, qu'ils avaient emprunté une partie de leurs supplices à leurs voisins, comme aussi aux Egyptiens et aux Babyloniens, qui avaient le supplice du feu, celui des bêtes féroces, etc.

Les entraves, le collier, la roue, la peine capitale par le glaive, la corde, le poison, la massue, la croix, la lapidation, le bûcher, le *précipitement* d'un lieu élevé, etc., étaient les principales peines afflictives usitées chez les Grecs <sup>2</sup>.

Celles des Romains étaient à peu près les mêmes <sup>3</sup>. Les plus ordinaires étaient la peine capitale, la condamnation aux mines, l'interdiction de l'eau et du feu, la déportation, la relégation ou l'exil.

Les barbares se distinguaient dans les leurs par la faculté de racheter toutes les peines afflictives au moyen de la composition; faculté qu'on retrouve dans beaucoup d'autres législations, mais à un moindre degré, par exemple, chez les Perses d'aujourd'hui <sup>4</sup>.

Le moyen âge féodal renchérit sur la législation dite barbare, qui avait été en grande partie inspirée par le christianisme, et qui était plus douce et plus sensée, à beaucoup d'égards, que les législations anciennes <sup>5</sup>. Cette législation du moyen âge ou des temps féodaux, dont la sauvage expression se révèle particulièrement dans les tribunaux vehmiques <sup>6</sup>, était celle de la violence et de la force. Cependant le clergé, qui avait conservé le droit romain en l'appropriant à son esprit <sup>7</sup>, l'empereur

<sup>1</sup> PASTORET, *Moïse considéré comme législat.*, etc., p. 356-387.

<sup>2</sup> V. ROBINSON, *Antiq. grecq.*, trad. fr., t. I, p. 200-206. A Sparte on mordait le pouce aux enfants.

<sup>3</sup> Instil., § 2, *De publ. jud.*; D., l. 28. *De penis*; ib., l. 6, § 1 et 2; l. 7 et 8.

<sup>4</sup> ANQUETIL-DUPERRON, *Législat. orient.*, p. 209.

<sup>5</sup> GIOJA, *Dell'injuria, dei danni*, etc., p. 2, Milan, éd. 1839.

<sup>6</sup> V. *Das Fehmgericht Westphalens*, par WIGAND, Hanau, 1825, in-8°.

Nous y reviendrons.

<sup>7</sup> Le droit canon vient en partie du droit romain.

d'Allemagne et les autres princes européens, qui sentaient la nécessité de restaurer la justice, de soustraire les peuples à l'arbitraire des seigneurs, et qui entrevoyaient dans cette mesure un nouvel élément de puissance en leur faveur, se souvinrent aussi du droit romain. C'est de cette source, de celle du droit canonique et des codes barbares que sont sorties les législations modernes, sauf les changements que les temps et les circonstances y ont apportés, changements qui ne sont pas toujours des améliorations.

Les lois criminelles antérieures au XVIII<sup>e</sup> siècle sont pleines encore de dispositions cruelles, de peines ridicules ou immorales. Faut-il rappeler l'estrapade, la bastonnade, le knout, le piquettement, le cheval de bois ou de fer, l'immersion dans l'eau froide (*ducking*), la suffocation par l'eau (*drenching*), la flagellation, la mutilation, les incisions du nez, des lèvres, des oreilles, le bâillonnement, le pilori, l'infibulation, la marque, etc. <sup>1</sup>?

C'est peut-être moins encore par leur nature que ces lois sont injustes que par la manière dont elles étaient appliquées. C'est ce que nous verrons en nous occupant des différentes espèces de délits et de la manière de les punir. Constatons pour le moment les progrès considérables du droit criminel dans toutes les parties de l'Europe et du monde.

Il serait trop long, trop fastidieux, de rapprocher l'ancienne législation criminelle des différents peuples de celle qui les régit aujourd'hui.

Cependant de nouveaux progrès se préparent encore : parmi les peines afflictives, celles de la mort, de la flagellation ou de

<sup>1</sup> Au XVIII<sup>e</sup> siècle, les peines en usage en France, d'après l'ordonnance de 1670, étaient le feu, l'écartèlement, la roue, la potence, la tête tranchée, la claie, la question avec ou sans réserve de preuve, les galères à temps ou à perpétuité, le bannissement perpétuel ou à temps, le poing coupé, la lèvre coupée, la langue coupée ou percée d'un fer chaud, le fouet, la fustigation, l'amende honorable, le pilori, le carcan, la réclusion temporaire ou perpétuelle, le blâme, l'admonition, l'amende simple et l'aumône. A quoi il faut ajouter les peines accessoires, telles que la confiscation, la mort civile, etc. (JOUSSÉ, t. I, p. 88 et suiv.)

A une époque plus reculée, en France, en Allemagne, en Angleterre, dans presque tous les pays de l'Europe, on écorchait vif, on enterrait vif, on coupait en quatre quartiers, on faisait périr dans l'eau bouillante, on noyait, on crevait les yeux, on coupait les oreilles, le nez, les jarets, les parties sexuelles, etc. (JOUSSÉ, II, p. 131-135.)

la fustigation, celles des galères, de la marque, de l'exposition, les unes tendent à disparaître des codes nouveaux, et les autres se modifient.

Il est indispensable de nous y arrêter quelque peu.

I. Nous ne prendrons pas à tâche de reproduire tous les arguments contre la *peine de mort*, depuis Beccaria jusqu'à nos jours. Pour être équitable, il faudrait, d'ailleurs, rapporter aussi tous les arguments en faveur de cette peine <sup>1</sup>.

Il nous paraît plus convenable de nous borner à quelques réflexions qui auront surtout pour objet le côté juridique de cette espèce de peine considérée de la manière la plus générale, c'est-à-dire comme simple privation légale de la vie.

Quant aux accessoires de la peine capitale, aux différentes formes qu'elle a revêtues chez les peuples divers, formes qui avaient pour but d'aggraver le principal de la peine par des souffrances physiques ou morales accidentelles, qui précédaient, accompagnaient ou même suivaient la mort, tout le monde aujourd'hui convient que ces recherches, ces raffinements, sont un hors-d'œuvre excessif.

Des cinq espèces de peines capitales qui existaient encore en France avant 1789, il n'y en a plus qu'une seule, la plus simple de toutes, à moins que les accessoires réservés à celle qui atteint le parricide ne doivent en faire admettre une seconde. Mais si l'on a supprimé la peine préalable de la résection du poing, on pourrait peut-être supprimer encore, sans grand in-

<sup>1</sup> Voir contre J. HERING, THOMASSIUS, J.-D. MICHAELIS, BECCARIA, PASTORET, BENTHAM, MM. CARMINIANI, LAMARTINE, LUCAS, SELLON, LIVINGSTON, DE BROGLIE et GUIZOT (ou matière politique); pour : MONTESQUIEU, ROUSSEAU, MABLY, FILANGIERI, KANT, BECK, ROTTECK et la plupart des philosophes allemands et italiens; ROMAGNOSI, *Genesi de dritto penale*, part. v et vi, p. 522, édit. Firenze, 1834. Voir encore la *Themis*, t. IX; PORTALIS, *de l'Usage et de l'Abus de l'Esprit philos.*, II, p. 400; *Revue de législ. et de jurispr.*, t. II, 112, 201; III, p. 390; IV, 62; *Rev. étrangère et fr. de législ.*, etc., t. I, p. 898; II, p. 256, 271; III, p. 400; IV, p. 479, 639, 800, 859; VIII, p. 334; IX, p. 158; *Théorie du Code pénal*, t. I, p. 10 et suiv. On voit aussi dans ces différents articles l'état des législations modernes sur ce point. — Il faut savoir, au surplus, que la peine de mort peut être supprimée de droit, mais qu'elle peut exister de fait, comme conséquence physique d'une autre peine qui n'en porte pas le nom. C'est ainsi qu'en Russie la peine de mort est abolie; ce qui n'empêche pas qu'au troisième coup de knout un bourreau qui sait son métier ou qui a reçu des ordres par voie de *retentum*, peut expédier son homme. — V. *La Russie en 1839*, par le marquis DE CUSTINE, et *La Russie sous Nicolas I<sup>er</sup>*, par YVAN GOLOVINE.

convénient, le voile noir, et surtout laisser au condamné ses habits <sup>1</sup>. Toutefois, il n'y a rien dans cet appareil qui répugne aux mœurs, et toute circonstance propre à frapper l'esprit du peuple sans convertir la peine en supplice a bien sa raison d'être. On peut même dire que le voile est moins une aggravation de peine qu'un adoucissement, puisqu'il soustrait le patient aux regards de la foule, et qu'il dérobe à sa vue une partie des terribles apprêts qui l'attendent <sup>2</sup>.

Une des plus puissantes raisons extrinsèques en faveur de la peine capitale, c'est, aux yeux d'un grand nombre, la conscience universelle, le sens commun, qui l'a toujours crue légitime alors même qu'elle n'était pas nécessaire. Mais elle n'a été nulle part plus commune que chez les peuples à théocratie, tels que les Egyptiens, les Juifs, les Indiens, les Perses, les Gaulois, les Etrusques, etc., par la raison sans doute que tous les délits deviennent, sous ce régime, comme autant d'offenses à la Divinité, et que le châtimement en est mesuré sur la dignité de l'offensé. Chez les Péruviens, peuple à caractère doux, mais soumis au régime théocratique, tous les délits étaient punis du dernier supplice <sup>3</sup>. Les Germains regardaient toute exécution à mort comme un sacrifice. La loi des Frisons s'en explique formellement, au moins pour les délits religieux; elle ordonne que celui qui a profané un temple « soit immolé aux divinités du pays. » Chez les Scandinaves le patient est une victime en l'honneur d'Odin: le dieu vient s'asseoir la nuit sous la potence pour converser avec le supplicié; il aime qu'on l'invoque sous le nom de *Hanga Drottin*, le seigneur des pendus <sup>4</sup>.

La peine capitale n'est pas aussi répandue parmi les sauvages qu'on le croirait bien. C'est là, du reste, une douceur de mœurs relative sur laquelle il ne faut pas s'abuser. Elle s'explique bien un peu par l'indifférence et par l'intérêt. La vie de l'homme y a moins de prix qu'ailleurs, et les choses y en ont peut-être davantage. On retrouve des dispositions analogues chez les peuples barbares, plus avancés en civilisation que les sauvages.

<sup>1</sup> Si c'est une femme à plus forte raison.

<sup>2</sup> V. sur d'autres accessoires cruels et barbares les *Origines du droit français*, par M. MICHELET, p. 367-376.

<sup>3</sup> ROBERTSON, *Histoire d'Amérique*, II, p. 705, édit. Panth. littér.

<sup>4</sup> *Les Germ. avant le christ.*, p. OZANAM, p. 122.

Il n'y a que deux crimes capitaux dans le royaume de Juda : le meurtre et l'adultère avec les femmes du roi <sup>1</sup>.

A Issini, trois crimes seulement sont punis de mort : la fuite des esclaves, la trahison et la sorcellerie <sup>2</sup>. Les traîtres, ceux qui révèlent les secrets du conseil, sont décapités sans cérémonie; leur condamnation est sans retour. Les esclaves fugitifs sont sacrifiés aux fétiches. Cette peine s'exécute par la submersion solennelle, avec marques diverses d'exécration publique. Ce genre de mort rappelle le sentiment religieux dans les profondeurs mystiques duquel les anciens avaient cru entrevoir que tout grand coupable appartient à la justice personnifiée, aux dieux.

Ce fait psychologique est retracé par Vico, en suivant le fil du langage, d'une manière fort ingénieuse, si toutefois elle n'est pas vraie. Les peines, dit-il, n'avaient d'abord aucun caractère humain à l'exception de la réprimande et de la contrainte (*animadversio et coercitio*), exercées par le père de famille. Entre égaux, il n'était question que de repentir (*penitentia*). C'est même de là qu'est venu le mot peine (*pœna*). Pour les délits graves, la peine était d'être voué, consacré (*devotio, consecratio*).

Pour des hommes pleins de respect envers leurs parents, il suffisait de la réprimande paternelle; c'est-à-dire que le père mettait sous les yeux de son fils la faute dont celui-ci s'était rendu coupable, et la peine était réputée suffisante; comme dit TERENCE, le père n'avait pas besoin d'exercer d'autre rigueur : *patri erat satis supplicii*. C'est pour cette raison qu'on disait connaître (*noscere*) pour punir, ne pas connaître (*non noscere*) pour pardonner (*ignoscere*), feindre de ne pas voir une faute (*connivere peccato*) pour la laisser impunie.

Entre égaux, pour les délits privés, comme pour le vol, on pouvait faire des arrangements, promettre sa grâce à celui qui faisait des offres pour obtenir son pardon (*pacta offerebantur pollicitationibus*). De là le mot paix (*pax*) pour pardon (*venia*). On appelle paix la fin de la guerre, en tant qu'elle est un pardon conditionnel d'une injure publique. C'est là aussi pourquoi le mot *paix* veut dire *rester en repos*.

<sup>1</sup> BOSMAN, *Voyages*, p. 357.

<sup>2</sup> SARIS, *Voyages*, t. II, p. 153.

Les grands crimes étaient punis par le vœu et la consécration (*devotio et consecratio*). La loi des Douze Tables consacre aux dieux des parents (*sacer divis parentum*) celui qui porterait une main coupable sur son père. Elle voue à Cérès (*sacer Cereri*) celui qui, pendant la nuit, volerait des fruits. Avant la loi des Douze Tables, la loi Junia vouait à Jupiter (*Jovi sacer*) celui qui oserait toucher un tribun du peuple <sup>1</sup>.

Nous donnons ces inductions philologiques pour ce qu'elles peuvent valoir, et nous revenons à l'histoire.

Quoique on ne connaisse guère que trois sortes de peines sur toute la Côte-d'Or, la mort, l'esclavage et l'amende, la peine capitale y est très rare. La loi punit cependant l'homicide; mais il n'arrive jamais qu'un meurtrier la subisse s'il a de quoi payer l'amende, ou s'il a des amis en état de la payer pour lui. C'est avec les parents du mort qu'il faut composer. L'amende dépend de la qualité du personnage tué, et peut s'élever très haut, afin d'ôter à des nègres riches la tentation de se venger sauf à payer l'amende.

Si le meurtrier n'est pas en état de payer, il est remis au pouvoir des parents de la victime, qui deviennent les maîtres absolus de sa vie. Ils peuvent exiger sang pour sang. Lorsque la vengeance les détermine à prendre ce parti, l'exécution est cruelle. Ils font souffrir mille morts au condamné, à moins que les facteurs hollandais ne le tirent d'entre leurs mains, et ne le fassent exécuter d'un seul coup <sup>2</sup>.

Dans les pays gouvernés par un roi, le supplice est plus uniforme et moins barbare. Le criminel est livré à l'exécuteur, qui lui bande aussitôt les yeux et lui lie les mains derrière le dos. Il le conduit dans quelque champ, où il le fait mettre à genoux, lui fait baisser la tête et le perce d'un coup de zagaie. Il lui coupe ensuite la tête avec la hache, et mettant le corps en pièces, il en abandonne les parties aux oiseaux de proie <sup>3</sup>.

Dans le royaume de Benin, le meurtre et l'adultère sont les deux seuls crimes punis du dernier supplice, encore y a-t-il de nombreuses exceptions établies en principe. Tous les autres crimes s'expient avec de l'argent, et l'amende est proportionnée

<sup>1</sup> De *Constantia philologiae*, C., De *pœnis*, p. 201.

<sup>2</sup> BOSMAN, p. 168.

<sup>3</sup> ARTHUS, IV, 64.

à la nature de l'offense. Si les criminels sont insolubles, ils sont condamnés à des peines corporelles <sup>1</sup>.

La peine de mort n'a guère lieu dans les îles Tonga que pour offense envers les dieux, ou pour outrage au chef de la tribu <sup>2</sup>.

Il y a peu de crimes capitaux parmi les nègres du Sénégal; le meurtre et la trahison sont les seuls qui soient punis de mort. Le châtement ordinaire est le bannissement; c'est-à-dire que le roi vend les coupables à la Compagnie, et dispose à son gré de tout ce qui leur appartient. L'exécution suit immédiatement la sentence <sup>3</sup>.

Il est fâcheux que la douceur relative de ces législations puisse s'expliquer par l'intérêt, et par l'intérêt du prince.

Les barbares aussi sont peu prodigues du dernier supplice, encore n'est-il infligé qu'autant que le coupable a été pris sur le fait ou qu'on a obtenu son aveu. Cette dernière condition a fait naître parmi les peuples l'usage de la torture <sup>4</sup>.

La peine capitale n'est pas prodiguée non plus dans le Code pénal Chinois.

Dans la Perse moderne, la loi ne permet pas de condamner un homme à mort s'il n'est accablé par soixante-douze témoins, qui ne sont même pas pris au hasard. A Ispahan, c'est à peine si l'on voit une exécution capitale en douze ou quatorze ans <sup>5</sup>. Aucun arrêt de mort n'est mis à exécution sans que le roi ne l'ait ordonné trois fois, et les grands ont la faculté de demander grâce pour le condamné <sup>6</sup>. Même usage dans l'Inde <sup>7</sup>.

Il est assez inutile de faire voir que les barbares et les peuples civilisés n'ont pas eu de scrupule sur la légitimité de la peine capitale, et que si la composition l'a très souvent remplacée, surtout chez les premiers, c'était une compensation où les deux parties, ainsi que le pouvoir public et la société elle-même, trouvaient leur avantage, mais nullement un aveu, ni même un abandon absolu de la peine de mort. Ce qui prouverait mieux que tout le reste combien peu les nations les plus civi-

<sup>1</sup> NYERDAL, dans BOSMAN, p. 448.

<sup>2</sup> DUMONT-D'URVILLE, *Voy. aut. du monde*, t. IV, p. 245.

<sup>3</sup> BRUE, *Premier Voy. au Sénégal*, 1697.

<sup>4</sup> RUBRUQUIS, *Voy. dans les parties orientales du monde*, t. VII, p. 304.

<sup>5</sup> ANQUETIL DU FERON, *Législation orientale*, p. 68.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 80.

lisées mêmes ont été éloignées de concevoir la moindre inquiétude à cet égard, c'est la facilité avec laquelle était décernée la peine de mort; elle atteignait non seulement les plus grands crimes, mais encore des fautes qui n'étaient que des péchés, souvent même des péchés d'un ordre tout relatif. Les mille accessoires qui diversifiaient et aggravaient la peine de mort font assez voir que, loin de l'infliger à regret, le législateur semblait se délecter dans les douleurs savamment accrues et prolongées du malheureux patient <sup>1</sup>. C'est ainsi, par exemple, que d'anciens peuples du Nord étaient dans l'habitude de faire mourir les grands criminels en leur ouvrant le corps par les côtés, pour ensuite arracher les poumons. Le prince ou chef remplissait d'ordinaire l'office de bourreau. Ce supplice s'appelait le *at-rista-orn* <sup>2</sup>. Il fut infligé au chef de Northumbres en 866. Il serait impossible de décrire les mille sortes de tourments inventés par la soif du sang pour rendre la mort plus douloureuse; en lisant les descriptions qu'on en trouve dans les lois des différents peuples, dans leurs coutumes, dans les historiens et les voyageurs, on croirait que c'est le génie de l'enfer, bien plutôt que celui de la justice, qui a inspiré ces épouvantables conceptions.

A la vue de tant d'abus et d'horreurs, il n'est pas surprenant que des hommes pleins d'humanité aient songé à couper le mal à sa racine, et qu'au lieu de régler la peine capitale ils aient entrepris de l'effacer des codes des nations.

Ce n'est pas, du reste, du XVIII<sup>e</sup> siècle que datent ces tentatives, et que des législateurs ont essayé de faire disparaître de leurs codes criminels la peine capitale. En Egypte, où elle atteignit d'abord tous les crimes, et plus tard le parricide, le parjure, l'adultère, le mensonge même lorsqu'il avait pour but de tromper le magistrat sur les moyens de subsistance qu'on possédait, Sabacon la remplaça par la déportation et les travaux publics: fut-ce par intérêt bien entendu ou par humanité, c'est ce que nous ignorons.

<sup>1</sup> Voir dans le *Dictionnaire de la pénalité*, par EDWE, une multitude de supplices qui entraînaient la mort.

<sup>2</sup> Ainsi nommé à cause de sa prétendue ressemblance avec les victimes de l'aigle: « *Ad speciem aquilæ*, dit Snorre, *dorsum et ita laniebat ut adacto ad pinam gladio, costisque omnibus ad lumbos usque à tergo divisus, pulmones extraheret.* » (*Abrégé de l'Hist. d'Anglet.* du docteur LINGARD, par M. de MARLES, t. I, p. 59.)

Mais c'est surtout chez les modernes, et depuis le siècle dernier, que la peine de mort a été mise en question, et qu'on a tenté de la faire disparaître de plusieurs codes. Les uns l'ont abolie seulement en matière de délits privés, d'autres en matière politique; il en est, enfin, qui l'ont proscrite à tous égards, mais ils ont été forcés la plupart de la rétablir. Elle fut rayée du Code russe par Elisabeth de Russie en 1753 et 1754, mais seulement en matière de délits privés. Fallait-il faire une exception pour les crimes politiques, lors surtout que le catalogue de ces crimes est presque aussi chargé que celui de la Chine? Il faut, il est vrai, pour qu'il y ait peine de mort possible, que l'accusation soit portée devant le tribunal suprême; mais qui est-ce qui en décide? n'est-ce pas l'empereur? Qui nomme les membres de la commission, n'est-ce pas l'empereur? Est-il bon aussi que le mode de la peine capitale soit laissé à l'arbitraire des juges? qu'ils puissent faire revivre l'écartèlement, la mort par le feu, et d'autres supplices encore?

N'était-il pas dérisoire, d'ailleurs, de supprimer la peine de mort et de conserver le knout pour la plupart des délits, lorsqu'on savait que le bourreau pouvait tuer un homme d'un seul coup, et qu'on lui en laissait la faculté? Faculté précieuse, j'en conviens; mais une pareille satisfaction devait-elle donc être sournoisement réservée à la vengeance? Combien de fois le patient n'a-t-il pas expiré sous les verges? Le supplice des baguettes n'était-il pas mille fois plus cruel que celui de l'échafaud? Un médecin, dira-t-on, était préposé à l'exécution de la peine; il devait veiller à ce qu'elle ne dépassât pas la mesure voulue par la sentence. Soit; mais ce médecin ne pouvait-il pas être déchargé secrètement de toute responsabilité?

Nous sommes heureux de pouvoir parler au passé, car le Code russe a été réformé en ce point comme en plusieurs autres<sup>1</sup>. La peine du knout a été remplacée par celle du fouet à lanières. Mais n'y a-t-il pas un art de manier cet instrument de supplice qui en fasse aussi un instrument de mutilation et de meurtre? Cet art n'allait-il déjà pas en Russie jusqu'à

<sup>1</sup> C'est ainsi, par exemple, que le nouveau Code criminel de ce pays (1845) rejette l'exposition et l'amende honorable. L'exposition, dit M. de This, est de tous les châtimens le moins appréciable: il frappe en aveugle, il frappe en raison inverse. Le scélérat endurec domine et écrase la foule qui l'entoure; il triomphe presque. Mais que dire de l'homme chez qui

enlever d'un seul coup un lambeau de chair au patient? Aurait-il été désappris? n'aurait-il pas, au contraire, été perfectionné? Nous aimons à penser qu'il n'en est rien, par la raison que les réformes dont nous parlons ont en général été dictées par un esprit de justice et de modération. C'est ainsi, par exemple, que la durée illimitée des peines a remplacé leur perpétuité. L'époque de la libération dépend, par le fait, de l'amendement moral du condamné. Quant à la peine de mort, elle a été maintenue comme un mal nécessaire, indispensable, dès qu'il est le seul moyen de détourner un mal plus funeste; mais elle n'est édictée que pour la violation des quarantaines et les délits militaires. Le parricide même n'est pas puni de mort. Si dans certaines parties de l'empire, en Pologne, par exemple, la peine de mort est appliquée, presque toujours il y a commutation.

Léopold, en réformateur plus hardi qu'Elisabeth et Catherine, fit complètement disparaître la peine de mort du Code toscan. Mais cette mesure ne put tenir. La Convention ne crut pas pouvoir aller jusque là. Et encore, au moment où elle venait de proclamer l'abolition de la peine capitale en matière politique, le lord-chancelier d'Angleterre soutenait la nécessité de la maintenir. L'homme qui se rend coupable de haute trahison, disait-il, doit continuer à être puni de mort, parce qu'il amène la guerre civile, trouble la paix publique, et inspire des sympathies coupables et presque du respect. Il faut convenir que si les attentats politiques supposent des passions d'un ordre plus élevé, lors surtout qu'elles ne sont pas celles de tout le monde, ils peuvent être beaucoup plus désastreux que les crimes privés. En tout cas, s'ils dégèrent en assassinat, en guerre civile, pourquoi mériteraient-ils plus d'indulgence que des délits de même nature qui causent beaucoup moins de maux? S'il y a des cas où la révolte peut être un droit, est-ce le plus souvent? est-ce un principe qu'il faille proclamer dans la législation même? n'est-ce pas le contraire qui doit se présumer? Disons-le donc, si la suppression de la peine de mort

est un sentiment de délicatesse n'est pas mort au moment où on l'attache au poteau fatal? Dans cette heure de mortelle angoisse, toute une révolution a dû s'opérer en lui: l'homme qui montait était capable de repentir et d'amendement; l'homme qui descend a rompu en face avec la société, il lui déclare la guerre à outrance.

en matière politique est un bien, c'est moins parce qu'elle était injuste en principe, que parce qu'elle pouvait être aveuglément appliquée par les partis. L'abus était ici très voisin de l'usage, très périlleux, et mille fois plus déplorable que l'indulgence. Félicitons-nous donc plus que jamais qu'elle ait disparu de nos Codes.

Le système pénitentiaire n'a pas empêché de conserver la peine capitale dans la généralité des Etats de l'Union et dans chaque Etat en particulier, excepté dans la Louisiane.

Tous les peuples suivraient cet exemple, que la question de droit resterait entière. Cette question peut s'énoncer ainsi : La peine de mort est-elle légitime, et dans quel cas ?

Nous avons vu que l'exercice du droit de punir est réglé par un principe de justice, celui de la réciprocité en matière de mal fait à autrui ; que ce principe est le même que celui du droit civil, le principe de l'égalité. Nous en concluons deux choses : la première, que l'exercice du droit de punir étant juste en soi, la peine pourrait encore être justement infligée alors même que la société n'aurait rien à craindre ou ne serait pas intéressée à punir ; la seconde, que la peine de mort ne peut avoir lieu que pour le cas d'homicide volontaire direct ou indirect, autrement il n'y aurait plus réciprocité.

Mais la peine de mort n'est pas seulement légitime, elle est relativement nécessaire ; elle est plus douce, plus humaine que certaine : autres peines auxquelles on serait sans doute obligé de recourir si elle était abolie.

Nous disons d'abord qu'elle est relativement nécessaire :

1° En ce qu'il n'y a pas plus de proportion entre la nature de la peine capitale et celle des autres peines qu'entre l'homicide volontaire et les autres délits contre les personnes. Et cependant il faut qu'il y ait une certaine proportion dans la peine comme dans le délit, proportion qui disparaîtrait par la suppression de la peine capitale.

2° En ce que certains criminels ne sont effrayés que de la peine de mort. La preuve qu'en général ils la redoutent plus que toute autre, c'est qu'il y a très peu de suicides dans les bagnes.

3° En ce que la société n'est pas suffisamment défendue, protégée sans la peine capitale. Celui qui a tué de sang-froid l'un de ses semblables est un juste sujet de terreur pour tous les autres.

Personne n'ignore, au surplus, avec qu'elle facilité on s'échappe du bague et des prisons. Tant donc qu'on n'aura pas trouvé le moyen de détenir les meurtriers à perpétuité s'il est nécessaire, et sans aucune chance possible d'évasion, la société ne sera pas suffisamment protégée. « Les Romains, dit Linguet, n'admettaient point la peine de mort contre un citoyen. Qu'en résultait-il ? Les plus affreux forfaits dont l'histoire ait jamais été souillée. L'exil était la seule peine infligée à un scélérat de préteur convaincu lui-même d'avoir fait périr plusieurs citoyens avec autant d'injustice que de cruauté. Qu'est-ce qu'une pareille mollesse, sinon un encouragement pour tous les Verrès à venir, et une proscription prononcée contre tout malheureux qui n'aura à opposer que la vaine réclamation de ses droits aux ordres d'un homme puissant à qui les lois assurent l'impunité quand il les aura violées »<sup>1</sup> ?

D'un autre côté, les précautions à prendre pour s'assurer parfaitement de la personne de ces malheureux paraissent devoir être si rigoureuses, que la détention ne serait qu'un long supplice, et par conséquent la peine de mort sous une autre forme et accompagnée de circonstances qui l'aggravent. C'est pourquoi nous disons que la peine capitale est plus humaine que celles qui pourraient la remplacer efficacement.

Nous ne pensons pas non plus qu'un meurtrier puisse être relâché au sein de la société ; il y aurait là une double imprudence, parce que le meurtrier doit inspirer une éternelle horreur, parce que les parents ou amis de la victime (à plus forte raison cette victime elle-même si l'on conservait la peine de mort pour la tentative de meurtre, art. 2 C. pén.) seraient tout particulièrement révoltés à la vue de l'assassin, et pourraient être tentés souvent d'achever l'œuvre de la justice sociale. En vain déciderait-on que le meurtrier ne pourrait plus habiter le théâtre de son crime : cette précaution, qui d'ailleurs n'est pas sans inconvénients graves pour la société et pour le libéré lui-même, pourrait bien ne pas satisfaire la conscience publique, singulièrement le besoin de vengeance de ceux qui se croiraient intéressés à la peine<sup>2</sup>. Mais qu'arriverait-il alors ? c'est que si le meurtrier succombait à son tour par la ven-

<sup>1</sup> *Théorie des lois civiles*, t. III, nouv. éd., p. 170-171.

<sup>2</sup> Elle ne serait bonne, d'ailleurs, que pour les grands Etats.

geance, comme il pourrait sembler aux siens qu'il a été tué injustement, le besoin de le venger ferait commettre un nouveau crime, et sèmerait ainsi entre deux familles une haine de sang qui ne finirait qu'avec elles. On aurait la *vendetta* corse et les meurtres sans nombre dont elle est le principe, et, par suite, des mœurs féroces et sauvages.

La peine de mort est donc, sous ce rapport, plus économe du sang humain et moins contraire à la douceur des mœurs et à la sociabilité.

Cette peine a d'ailleurs, et au plus haut degré, la plupart des caractères d'une bonne peine : elle ne dépasse point les limites d'une juste réciprocité ; si elle n'est pas divisible, c'est que le crime même auquel elle s'applique ne l'est pas non plus ; elle est personnelle ; elle est éminemment appréciable, et cela pour chacun à proportion de la dégradation où l'on peut être descendu. Ainsi, une âme qui n'a pas encore perdu toute élévation en sera moins affectée que celle qui a perdu tout sentiment noble et qui ne tient plus qu'à la vie animale. La plus grande perversité de celle-ci se trouvera donc aussi plus punie, par cela seul qu'elle est réellement plus punissable.

Heureusement qu'on ne peut plus dire en France, et dans beaucoup d'autres pays, ce que disait Linguet en 1767 : « Dans toute l'Europe, et en Angleterre plus qu'ailleurs, les châtimens sont infligés précisément en raison inverse de ce qu'exigeait une politique éclairée. On y punit le pauvre par la tête et le riche par la bourse. Le malheureux qui, n'ayant rien, cède à un moment de faiblesse, on le pend. L'homme opulent qui, au milieu de toutes les jouissances, en cherche dans le crime une plus raffinée, plus faite pour flatter des cœurs dépravés, on lui vend son absolution. N'est-ce pas là agir d'une manière directement contraire au bon sens ? »

La peine de mort a ce caractère d'utilité encore qu'elle est complètement rassurante et qu'elle est exemplaire.

Il faut cependant convenir que si la justice se trompe lorsqu'elle fait tomber la tête du condamné, son erreur est de toutes les erreurs de ce genre la plus irréparable. Mais ce n'est pas là une raison de contester la justice ni même l'utilité de

<sup>1</sup> LINGUET, *Théorie des lois civiles*, t. III, nouv. édit., p. 170-171.

cette peine ; cela prouve seulement la nécessité de ne l'infliger qu'avec parfaite connaissance de cause.

C'est un grand mal sans doute de faire mourir un innocent ; mais, outre que ce mal est devenu fort rare depuis que la procédure criminelle a pris un caractère rationnel, le mal serait-il moindre si les meurtriers étaient impunis et s'ils pouvaient librement continuer leur homicide industrie au sein de la société ? Si, d'un autre côté, vous êtes assez convaincu de leur culpabilité pour les envoyer au bagne, pourquoi ne le seriez-vous pas assez pour les envoyer à l'échafaud ?

Sur quoi donc se fonde-t-on pour rejeter la peine de mort comme illégitime et comme inutile ? Sur plusieurs raisons ; nous allons examiner les principales.

1<sup>o</sup> L'homme, dit-on, n'a pas droit de vie et de mort sur son semblable. A Dieu seul appartient ce droit suprême.

Si l'on veut dire par là que personne ne peut disposer sans raison, brutalement, violemment de la vie de qui que ce soit, on est dans le vrai ; mais ce n'est pas la question. Il s'agit de savoir s'il n'est pas juste de punir de mort le meurtrier. Or, nous avons établi la justice de cette peine, et de la manière la plus concise, la plus simple et la plus incontestable. Un seul raisonnement nous a suffi. Il faut nier le principe de réciprocité, démontrer qu'il ne peut se concilier avec la justice, avec le principe d'égalité ; il faut nier la justice elle-même ou lui donner une base chimérique, si l'on veut contester notre démonstration.

Si le droit de vie et de mort était ravi à l'homme sur l'homme d'une manière aussi absolue, il ne serait d'ailleurs pas permis de défendre ses jours en tuant l'injuste agresseur. Le meurtrier jouirait alors, il faut en convenir, d'un privilège difficile à justifier.

2<sup>o</sup> On se reporte à l'origine fictive de la souveraineté, et l'on soutient que la société ou celui qui la représente ne peut avoir d'autre droit que ceux qui lui ont été conférés, et que personne n'ayant pu lui donner le droit de vie et de mort sur

<sup>1</sup> Je n'irais pas cependant jusqu'à dire avec Priestley que le danger de laisser échapper des coupables en appréhendant trop de frapper des innocents est si grand, qu'il peut compenser celui de frapper injustement un innocent. (*Cours d'histoire et de politique*, t. II, p. 169 et 170.)

soi, puisque personne ne le possède, ce droit n'appartient pas plus à la cité qu'à l'individu.

Il y a plusieurs réponses à faire à cet argument sophistique.

a) Filaugieri fait remarquer qu'on ne cède par là que les droits qu'on a sur les autres et non ceux qu'on a sur soi-même, et que si par conséquent l'on a individuellement le droit de se défendre directement et indirectement dans la mesure du préjudice qu'on a déjà souffert et de ce qu'on peut raisonnablement avoir à redouter, l'exécution de ce droit peut être remise au souverain en entrant en société.

b) On peut dire aussi, avec Kant, qu'il faut distinguer ici du criminel le législateur ou le membre de la communauté sociale qui confère le pouvoir législatif au souverain par lui institué, et lui donne le droit de décerner la peine de mort contre tout citoyen coupable de meurtre volontaire. Le législateur ne fait que déclarer ce qui lui semble être la vérité en matière de justice pénale; le criminel se met dans le cas de souffrir la peine qu'il a jugé comme législateur devoir frapper le délinquant quel qu'il fût. Ce n'est pas le législateur qui a tort ici, c'est le coupable. D'ailleurs, si un peuple ne devait décerner de peines que celles que ses membres pourraient s'infliger s'ils vivaient isolés de leurs semblables, il n'en pourrait porter aucune, puisque la peine (civile au moins) n'a de sens qu'autant qu'elle est infligée par une autre personne.

c) On peut dire, en troisième lieu, que le raisonnement des adversaires de la peine capitale n'aurait, dans tous les cas, qu'une valeur hypothétique, puisqu'ils supposent que le souverain n'a d'autres droits que ceux dont il est investi par le peuple et parce qu'ils lui sont ainsi conférés.

Nous pensons, au contraire, que le droit de punir suivant la mesure de la justice et de l'utilité est une attribution nécessaire de la souveraineté; que c'est plus qu'un droit, que c'est un devoir. Un peuple qui fait un souverain lui donne par là même, et sans qu'il s'en explique, le droit de punir dans toute son étendue. Il faudrait donc prouver par de tout autres raisons que celles alléguées, que la peine de mort ne peut faire partie de ce droit.

Qui ne voit, d'ailleurs, l'énorme différence qu'il y a entre se suicider par désespoir ou pour se punir d'un grand crime et

tomber sous le glaive de la justice? Dans le premier cas on ajoute un crime inutile (je dis inutile, puisqu'il y a repentir) à un autre; dans le deuxième, on subit une peine qui peut avoir son prix moral dans le système de l'expiation et dans celui de la réciprocité.

d) Nous n'admettons pas, d'ailleurs, que l'homme n'ait pas le droit juridique ou social de se détruire; on confond ici la morale avec le droit. Ce qui est défendu au nom de l'une ne l'est pas toujours au nom de l'autre; et c'est le cas pour le suicide. On ne prouve donc rien encore en arguant de l'immoralité du suicide réfléchi et libre, s'il y en a de tels cependant, contre la légitimité de la peine de mort.

3° Ce n'est pas l'homme, dit-on encore, qui donne la vie, il n'a donc pas le droit de la ravir. Réponse :

a) Il n'y a aucune liaison entre ce principe et cette conséquence; ce n'est donc pas un raisonnement.

b) Si c'en était un, il s'ensuivrait que l'homme n'a le droit d'user de rien, parce qu'il ne crée rien. Et si l'on restreint son action destructive aux êtres animés, crée-t-il plutôt les animaux qu'il ne se crée lui-même? Lui contestera-t-on cependant le droit de les faire périr pour son usage?

c) Il y a plus, si le devoir de respecter la vie de son semblable était absolu, il serait défendu de sauver la sienne propre par la mort de l'assassin.

d) Cette apparence de raisonnement n'est d'ailleurs qu'une pétition de principe, car il s'agirait d'abord de savoir si de ce que l'homme ne donne pas la vie à son semblable il n'aurait pas réellement le droit de la lui ôter dans certains cas.

Mais ce n'est plus une question pour nous : le principe de la juste réciprocité ne permet aucun doute sur l'existence de ce droit.

Il n'est pas vrai, au surplus, que l'homme n'ait pas un certain empire de fait sur l'existence de son semblable, puisqu'il le procrée. En cela il possède une action immédiate qu'il n'a point en ce qui regarde la multiplication des animaux et des plantes.

4° On se rejette sur la non nécessité de la peine de mort, et l'on dit que la société peut protéger autrement les citoyens.

a) Mais telle n'est pas la question, pas toute entière du moins : l'Etat pourrait protéger suffisamment les citoyens sans recourir

à la peine capitale, qu'il resterait encore à savoir si cette peine est injuste en soi; car je n'admets point qu'une peine non nécessaire, pour être inhumaine, barbare, soit nécessairement injuste. Elle n'a ce dernier caractère qu'autant qu'elle dépasse l'intensité du délit.

b) Il est faux que dans l'état actuel de nos moyens de détention la société ait une garantie suffisante contre les récidives criminelles. — Il est faux que pour la majorité des hommes la peine capitale ne soit pas plus exemplaire, plus répressive et plus utile, quand du reste elle est appliquée comme le demande la justice, que les autres peines par lesquelles on pourrait la remplacer. Le souverain n'a pas le droit d'exposer la société aux entreprises coupables des méchants. On a vu, au surplus, que la tentative en avait été faite et qu'elle avoit échoué.

5° La peine de mort n'empêche pas, dit-on, les assassinats; on va presque jusqu'à soutenir qu'elle les engendre.

a) On sait très bien, à la vérité, qu'elle ne prévient pas ceux qui se commettent; mais qui oserait soutenir qu'il ne s'en commet pas qui auraient cependant lieu sans elle? La recrudescence des meurtres et des assassinats a épouvanté la plupart des législateurs qui avaient voulu bannir la peine de mort de leurs lois criminelles, et les a forcés de l'y maintenir. Elle ne semble pouvoir disparaître qu'à la condition de mœurs beaucoup plus douces que celles des peuples les plus civilisés d'aujourd'hui, à moins de la remplacer par des peines terribles où le patient laisse souvent sa vie.

Un autre genre d'expérience nous autorise encore à conclure en faveur de la nécessité de la peine de mort. On a vu en France, il y a quelques années, des vieillards attendre leur quatre-vingtième année pour se venger par le meurtre, persuadés qu'ils étaient qu'à cet âge on ne pouvait plus être condamné à monter sur l'échafaud. On a vu des assassins avouer que s'ils n'avaient pas cru que la peine de mort avait été abolie ils n'auraient pas trempé leurs mains dans le sang. Supprimez donc la peine de mort avec de pareils principes et de pareilles mœurs!

b) S'il fallait faire disparaître de nos codes criminels toutes les peines qui ne retiennent pas tous ceux qui sont tentés de les enfreindre, quelles sont celles qui subsisteraient?

c) Nous allons plus loin, et nous disons qu'un scélérat qui, n'étant plus retenu par aucun sentiment moral; par aucune idée de droit et de devoir, et qui méprise la mort à laquelle ses crimes peuvent l'exposer, est un homme si dangereux qu'il y a presque nécessité morale à le retrancher complètement de la société; c'est celui-là surtout qui mérite de tomber sous le glaive de la justice.

6° C'est encore en vain qu'on allègue ici les erreurs de la justice humaine et tout ce qu'elles ont d'irréparable.

a) Répare-t-on complètement les injustices attachées aux erreurs inséparables des actions humaines, et des autres jugements des tribunaux criminels en particulier? Si vous ne voulez d'une justice pénale qu'à la condition qu'elle soit infaillible ou que ses erreurs puissent être complètement réparées, dites plutôt que vous n'en voulez pas du tout.

b) Ce n'est pas, d'ailleurs, la question, encore une fois. Il ne s'agit pas de savoir si l'on peut se tromper en envoyant un homme au supplice, mais bien si l'on a le droit d'y envoyer un grand coupable, un assassin.

c) Qu'on réforme les lois concernant l'administration de la justice criminelle si l'on trouve qu'elles présentent trop peu de garanties à l'innocence, mais qu'on se souvienne aussi que la société doit être protégée, que les choses humaines sont toutes entachées d'une certaine imperfection, et que les maux qu'on se préparerait par trop d'indulgence pourraient bien surpasser ceux qui sont inséparables d'une juste sévérité. Qu'on établisse si l'on veut, ainsi que des auteurs l'ont déjà proposé, qu'aucun jugement prononçant la peine capitale, ne sera exécuté sans avoir été revu par un tribunal supérieur; mais ce tribunal ne manquerait-il pas toujours d'un élément de la procédure, la physiognomie vivante des débats du procès?

Vaudrait-il mieux mettre en principe que nul ne subira la peine capitale qu'autant qu'il sera convaincu du crime qui entraîne cette peine et qu'il l'avouera? que si l'une de ces deux conditions (*convictus et confessus*) vient à manquer, cette peine ne pourrait être appliquée? — On ne peut condamner un accusé sur son simple aveu, car cet aveu peut être dicté par le dévouement ou par quelque autre raison, telle que le désir d'expier un ancien crime, ou de mourir sans se suicider, en sorte que la justice serait ainsi doublement égarée. Mais dès

qu'un accusé est dûment convaincu par la déposition de plusieurs témoins graves et dignes de confiance, ou par d'autres faits qui laissent infiniment peu de place à la supposition de la possibilité de son innocence, ne serait-ce pas se montrer trop scrupuleux que de ne vouloir pas asseoir sa conviction sur de telles bases?

Et puisque l'on convient qu'il pourrait alors y avoir lieu à détenir le coupable indéfiniment jusqu'à ce qu'il eût avoué son crime ou que son innocence eût été reconnue, n'est-ce pas admettre qu'on est assuré de son crime ou qu'on l'a puni trop légèrement? Cette détention ne ressemblerait-elle, pas d'ailleurs, à une espèce de torture, et ne courrait-on pas ainsi la double chance de ne pas punir suffisamment de grands coupables qui se refuseraient opiniâtement à l'aveu de leur crime, ou de punir trop sévèrement des hommes qui, justement impatientés de cette vie de souffrances et de privations qui les attend, s'avoueraient coupables d'un crime dont ils seraient innocents pour mettre un terme à leurs maux?

Nous ne croyons donc pas devoir partager l'avis de Krug sur cette question; il nous semble qu'il suffit qu'un accusé soit convaincu pour que la peine attachée à son crime, quelle qu'elle soit, puisse être exécutée. S'il y a erreur ou mensonge dans les témoignages, ce n'est pas le juge qui est responsable du sang innocent, ce sont les témoins.

7° La peine de mort est, dit-on encore, contraire aux principes du christianisme. A quoi nous répondons :

a) S'il en était ainsi, cela ne prouverait nullement qu'elle fût injuste et qu'il fallût l'abolir : 1° parce que le christianisme n'a pas eu pour but de faire de la législation civile ou criminelle, mais uniquement de régler les relations de justice et surtout de bienveillance de particulier à particulier, abstraction faite de toute autorité sociale; 2° parce qu'une bonne législation ne s'inspire que de la raison, et ne se met point sans nécessité à la suite des religions positives, qui doivent être sans autorité, pour elle, malgré les justes égards qu'elles méritent, attendu qu'elle ne peut les apprécier ni les juger, et que si elle s'abandonne aveuglément à leur direction, elle abdique la sienne pour ne plus reconnaître que celle des sacerdoxes.

On sait de plus ce qu'ont été les législations théocratiques. Le prêtre est bien plutôt un homme de foi, de poésie, d'immo-

bilité, comme son dogme (et tout dogme a naturellement ce caractère), qu'un homme de science, de raison et de progrès. Il importe donc que la législation, qui doit avoir quelque chose de la flexibilité des mœurs et du progrès des idées, soit en des mains un peu plus libres.

Je ne parle pas d'un autre danger non moins grave, celui qui résulte de la tendance de tout corps sacerdotal à sanctionner civilement tous les actes de l'homme, à mettre au rang des crimes capitaux des fautes qui ne sont pas même des délits ou des contraventions, bien qu'elles puissent être des énormités morales, des péchés très graves, mais enfin des fautes qui ne se rapportent qu'à la vie privée et religieuse. Cette confusion déplorable est non seulement contraire à la juste liberté dont tous les hommes doivent jouir, mais elle engendre encore une telle perturbation dans les idées morales, qu'elle est une cause féconde de préjugés fanatiques chez les uns, comme de de scepticisme moral et religieux chez les autres.

b) Remarquons encore que si l'on prenait la lettre de l'Evangile pour principe en matière de législation criminelle, ce ne serait pas seulement la peine de mort qui devrait être supprimée, mais toutes les peines possibles.

8° On reproche, enfin, à cette peine de ne pas laisser au coupable le temps du repentir; d'être contraire au principe de l'amélioration du coupable par la peine, et de rendre les mœurs publiques plus dures et plus féroces.

a) Le premier de ces reproches se rapporte à une croyance religieuse avec laquelle la législation criminelle n'a rien à voir, à moins qu'on ne veuille la puiser ailleurs qu'à la notion sacrée de la justice telle qu'elle est manifestée par la raison seule.

Il a le tort plus grave encore d'être dans le faux : en fait, la très grande partie des condamnés à mort expirent dans des sentiments religieux, et ceux qu'une fin aussi terrible est impuissante à ramener à des sentiments de moralité peuvent être légitimement présumés incorrigibles, et seraient vraisemblablement restés criminels toute leur vie, sans mourir enfin dans des sentiments meilleurs. Ainsi, la peine de mort, plus que toute autre, est propre à provoquer le repentir et à porter le condamné à se réconcilier avec le ciel.

b) Encore qu'on admit cette croyance religieuse dans le lé-

gislateur, on ne prouverait point par là que la peine de mort ne soit pas juste en soi.

D'ailleurs cet argument, s'il prouvait quelque chose, n'aurait évidemment aucune valeur pour le cas du repentir; il n'y aurait plus alors de raison suffisante de suspendre les coups de la justice. Mais qu'arriverait-il? c'est qu'un condamné qui commencerait à intéresser par son retour à des sentiments meilleurs pourrait être frappé de mort, tandis que la perversité d'un autre lui servirait de protection contre la peine capitale. Ce résultat, qui blesse la conscience, serait encore contraire à la morale, en ce qu'il y aurait un certain avantage à ne point se repentir, ou bien à ne point paraître repentant quand même on le serait véritablement.

Et puis, est-ce la faute de la société si le condamné ne se repent point? est-ce sa faute, et une faute qu'on puisse juridiquement lui imputer, si ce même coupable s'est rendu criminel et s'est tellement familiarisé avec le mal qu'il le chérisse et s'y attache? Laissons donc à l'individu sa responsabilité, si nous voulons qu'il fasse des efforts pour se retenir dans la voie de l'honnêteté ou pour y rentrer dès qu'une fois il a eu le malheur d'en sortir.

b) Est-il bien vrai que la société soit responsable, à ses risques et périls, de l'amélioration morale de tout coupable? N'est-ce pas là trancher la question par la question même? Qu'ai-je besoin, pour reconnaître si la peine de mort est juste en soi, de songer à l'avenir moral du coupable? La peine, considérée au point de vue de la justice, et comme on l'entend ordinairement<sup>1</sup>, n'est qu'une question de passé et de droit. Ce qui ne veut point dire cependant que lorsqu'on inflige une peine autre que celle de la mort il ne soit pas mieux de chercher l'amélioration du coupable que de le laisser se pervertir encore davantage dans les fers ou dans les maisons de force.

En résumé, l'objection tirée des considérations religieuses, singulièrement de la probabilité ou de l'espérance du repentir chez les condamnés à mort dans le cas où on leur laisserait la vie, a le tort :

<sup>1</sup> C'est aussi, à notre sens, une question d'avenir; mais nous réfutons, et nous devons nous mettre sur le terrain de nos adversaires.

D'être en dehors de la question, la question de justice;

D'être une raison d'ordre et d'intérêt publics moins forte que celle qu'on donne à l'appui de la peine capitale;

D'être une raison théologique;

D'être même une mauvaise raison de ce dernier genre : car si le condamné pouvait se convertir dans le cas où il ne serait pas mis à mort, il serait possible aussi qu'il ne se convertit pas, qu'il aggravât ses crimes du tort de l'opiniâtreté et de la persévérance dans le mal. De plus, il faut manquer d'intelligence théologique, faire de Dieu je ne sais quelle aveugle machine à jugement, pour penser que si les hommes ont tort de faire jamais mourir quelqu'un de leurs semblables par la raison qu'il aurait pu, avec le temps, se réconcilier avec Dieu et avec la société, Dieu ne lui tient pas compte de cette possibilité, possibilité qui est une certitude pour celui qui prévoit jusqu'aux actions libres des hommes. En deux mots : Dieu ne serait pas juste, ne serait pas Dieu, s'il subordonnait sa justice, sa miséricorde même à nos torts, à notre ignorance, aux nécessités que nous subissons dans notre manière d'agir à l'égard des coupables.

Il ne subordonnera donc point le sort éternel d'un malheureux condamné à une circonstance extérieure qui a pu prévenir en lui un repentir efficace qu'il eût infailliblement connu s'il eût vécu sa vie d'homme, même dans les fers, comme on suppose qu'il en avait le droit.

Quant à cette autre objection, qu'il est dit sans distinction, *non occides*; outre que les conséquences en iraient loin, elle se trouve suffisamment réfutée par les cas nombreux où la peine capitale est prononcée par la loi mosaïque. L'argument théologique est donc aussi faible que déplacé<sup>1</sup>.

c) Est-il bien vrai, maintenant, que la peine de mort rende les mœurs d'un peuple plus dures et plus féroces? Cela peut être lorsque cette peine est prodiguée, lorsque les tribunaux criminels ne présentent pas les garanties nécessaires, et que l'exécution est accompagnée de circonstances qui rendent la peine odieuse et la société presque haïssable. Mais il n'en peut être ainsi dans les cas contraires, si la peine de mort est restreinte à l'assassinat direct ou indirect, et qu'elle soit infligée avec la décence et le respect nécessaire de l'humanité.

<sup>1</sup> Cf. saint Thomas, *C. Gentil.*, III, 146.

Il faut surtout se garder de punir le vol de la peine capitale, parce que le voleur se trouve alors avoir un intérêt tout particulier à cumuler le vol et l'assassinat.

S'il est nécessaire de donner à la simple peine de mort un aspect plus frappant et plus exemplaire, parce que l'assassinat aura été un régicide, un parricide, ou qu'il aura été accompagné de circonstances atroces, on peut alors y ajouter des accessoires extérieurs plus lugubres, plus infamants, qui la distinguent de la simple peine capitale, sans augmenter la douleur physique, sans convertir la peine en supplice.

Tout supplice proprement dit est barbare, respire la passion, et déshonore celui qui le fait subir. Il empêche une partie de l'effet salutaire que l'exemple de la peine doit exercer. On commence par plaindre le supplicié, on peut finir par l'admirer.

Un autre inconvénient qui doit faire abolir les supplices et restreindre la peine de mort autant que possible, et en général abaisser la peine au niveau du délit et des mœurs, c'est que les juges, surtout si ce sont des jurés, se laissent facilement effrayer d'une peine trop forte et, plutôt que de la faire infliger, déclarent un coupable innocent, ou bien déclarent des circonstances atténuantes où il n'y en a pas.

De là une impunité totale ou partielle qui est souvent un malheur, et presque toujours un scandale. La loi doit être toute puissante : il vaudrait beaucoup mieux qu'elle fût abolie que d'être violée.

Toutefois, lorsque le nombre des coupables qui auraient encouru la peine capitale serait très grand, s'il n'y avait pas lieu d'infliger une peine plus sévère aux uns qu'aux autres, et que la société n'eût rien à redouter d'une commutation de peine, alors le souverain devrait l'accorder plutôt que de faire tomber un très grand nombre de têtes.

Nous pensons aussi que l'infanticide commis par une femme pour se soustraire à la flétrissure de l'opinion ne mérite pas la peine de mort.

D'autres considérations d'un ordre psychologique et social élevé viendraient à l'appui de cette opinion.

Il en est de même du meurtre en duel, surtout entre militaires. Il faut, en tous cas, distinguer entre l'offensé et l'offensant, et tenir compte de la manière dont le combat s'est

passé<sup>1</sup>. La pudeur et l'honneur sont deux sentiments si précieux et en eux-mêmes si respectables, qu'ils doivent être pris en considération jusque dans leur excès de délicatesse. Nous sommes loin de penser, cependant, que ces deux délits doivent rester impunis. Mais ils seront dignes de beaucoup d'indulgence d'un côté, tant que, d'une part, la femme pauvre n'aura pas plus de moyens d'existence par elle-même, tant que la séduction ne sera pas sévèrement réprimée, tant que l'opinion flétrira sans pitié les suites d'une faiblesse qu'elle se fait un jeu de provoquer; tant que, d'un autre côté, la loi ne protégera pas plus efficacement l'honneur des citoyens, et que l'opinion publique sera si peu sensée que de prétendre qu'il suffit de tuer un homme qu'on a outragé pour mériter l'estime et presque l'admiration des honnêtes gens.

II. Les peines afflictives proprement dites autres que celle de mort, et qui pourraient être destinées à punir des délits, tels que la *mutilation*, les *blessures*, les *coups*, pourraient, sans injustice, être prises de la nature du mal physique occasionné par le délinquant. Mais la réciprocité, même réduite, serait souvent une barbarie que nos mœurs ne comportent pas. Ainsi la mutilation, les blessures et la fustigation ne peuvent plus être utilement administrées par la main du bourreau, parce que les deux premières espèces de peines nous répugnent réellement, et que la troisième est très avilissante, très démoralisante, surtout chez un peuple où le mobile de l'honneur, de l'inviolabilité de la personne physique est encore très puissant.

D'autres fois la nature et la morale s'opposent à la réciprocité, même proportionnelle et réduite, par exemple pour tous les attentats à la pudeur. On a bien parlé d'une peine analogue, telle que la castration : mais si nous rejetons la mutilation en général, non comme injuste sans doute, mais comme inhumaine ou non nécessaire, nous ne pouvons pas non plus admettre ce dernier genre de peines. Il faut prendre l'analogie de plus haut, ne voir dans ces sortes de crimes que des attentats contre la personne physique, et les punir de peines physiques encore, mais sans mutilation.

La mutilation est surtout inadmissible lorsqu'elle rend inca-

<sup>1</sup> V. à ce sujet FILANGIERI, t. V, p. 17, trad. GALLOIS.

pable de travail et qu'elle affecte des parties visibles du corps. Elle joint, dans ce dernier cas, les inconvénients de la flétrissure à ceux de la mutilation.

L'avantage de la société doit encore être pris en considération dans le choix des peines. Or, il y a une véritable perte pour elle à mettre un homme dans l'impuissance de travailler. Il y en a un autre à le rendre incapable de se reproduire. Sans cette circonstance, le viol, crime si odieux et si révoltant, pourrait être réprimé par la peine énergique dont nous parlons.

La mutilation pénale a été pratiquée en France, comme dans tous les autres pays du monde, depuis les premiers temps de la monarchie jusqu'à nos jours. Elle affectait ordinairement les oreilles, les yeux, le nez, les mains, les pieds, la langue, les lèvres<sup>1</sup>.

Dans la Malaisie, chez les Achémois (*apud Achienses*), la mutilation est une des peines les plus ordinaires des grands crimes : on coupe quelquefois au même individu les deux mains et les deux pieds. A d'autres on coupe les oreilles, le nez ou les lèvres, ou toutes ces parties à la fois<sup>2</sup>.

A Siam on coupe la cuisse, on brûle le bras, on arrache les dents pour le moindre délit. L'ancien législateur de la Perse, Zoroastre, voulait qu'on coupât les oreilles au voleur. Mahomet, plus fort sur l'analogie, mais moins intelligent en économie politique, entend qu'on lui coupe les mains<sup>3</sup>. La mutilation figurait aussi largement dans les cinq supplices ordonnés par le Chou-King<sup>4</sup>.

Les empereurs romains n'épargnaient pas plus la mutilation que la mort<sup>5</sup>. Les Egyptiens<sup>6</sup>, les Grecs<sup>7</sup>, les Barbares<sup>8</sup>; les

<sup>1</sup> GRÉC. DE TOURS, V, VI; — *Capitul.*, V, § 196, 206, 247, 252; III, § 4, 10; VI, § 277; quatr. addit., § 129 et 142; — Ord. de 1272, 1343, 1460, 1510, 1546, 1608, et déclarat. de 1651 et 30 juillet 1666.

<sup>2</sup> G. ARTHUR, *Ind. orient. descript.*, VII<sup>e</sup> part., grav., Francf., 1607.

<sup>3</sup> PASTORET, *Parall. de Zor., Conf. et Mahom.*, 1<sup>re</sup> part., art. 5; 3<sup>e</sup> part., art. 4.

<sup>4</sup> *Ibid.*, 2<sup>e</sup> part., art. 2.

<sup>5</sup> SÉTOUR, *Vies d'Auguste, de Tibère, de Caligula, de Néron, de Domitien*.

<sup>6</sup> DIOD., I; HÉROD., II.

<sup>7</sup> ELIEN, *Hist. div.*, XIII, 24.

<sup>8</sup> *Lois des Wisig.*, III, t. 4, l. 1 et 3.

anciennes lois anglaises, polonaises, espagnoles, siciliennes en sont également déshonorées<sup>1</sup>.

III. C'était une peine afflictive d'une singulière espèce que celle infligée parfois au soldat romain : on lui faisait une saignée<sup>2</sup>. C'était une punition par *blessure* ou plutôt par plaie. Rarement on voit ce genre de peines employées pour elles-mêmes. Les blessures n'ont été, en général, que la conséquence de la mutilation et de la fustigation. Ce n'est pas de nos jours qu'on pourrait trouver dans ce genre de souffrances un nouveau mode de punition. Nous avons cherché ailleurs la raison de cette peine singulière.

IV. L'emploi du *bâton* et du *fouet*<sup>3</sup> est bien plus naturel déjà que celui de la lancette ou du scalpel. Et cependant cet usage tend à disparaître des codes criminels.

Ce qui le rend si odieux chez les peuples libres, c'est son origine présumable : à la peine du fouet s'attache l'idée de servitude : c'est la peine généralement infligée, dans les temps anciens et moyens, aux esclaves et aux vilains. Il est d'ailleurs si facile d'en abuser, qu'on ne pourrait équitablement la faire revivre qu'en recourant à des machines à fustigation, suivant l'idée de Bentham; machines qui seraient mues par des ressorts d'une force connue, à laquelle n'ajouterait rien celle du bourreau. Mais il est plus simple d'abandonner complètement ces derniers vestiges de la servitude.

La peine du fouet était toujours infligée chez les Juifs quand la loi n'avait pas désigné le genre de supplice, et si elle n'avait pas dit qu'il serait capital. Le nombre des coups était de quarante au plus; en cas de récidive, soixante-dix-neuf. Celui qui avait été condamné trois fois à la flagellation pour délit grave, ou quatre fois pour des fautes légères, n'avait plus de

<sup>1</sup> Particulièrement à propos de l'adultère.

<sup>2</sup> A.-GELL., X, 8. Il y avait plusieurs autres peines, notamment la bastonnade, le joug, la retenue de la paie, etc.

<sup>3</sup> Je ne distingue pas ici entre la fustigation et la flagellation, à plus forte raison entre la fustigation avec un instrument ou avec un autre; et cependant le même peuple a presque tenu à honneur d'être frappé, battu avec un morceau de bois de vigne, tandis qu'il se serait cru déshonoré s'il avait été frappé avec un bâton d'une autre essence! Ailleurs, le bâton déshonore, tandis que le fouet n'a rien de flétrissant! Je ne distingue pas davantage, enfin, entre la flagellation avec des verges, ou des lanières de cuir, ou des cordes.

pardon à espérer pour une quatrième ou cinquième chute : un cachot qui n'avait pas six pieds de hauteur, et tellement étroit qu'on ne pouvait s'y étendre, devenait le dernier asile du criminel obstiné. Là, pour tout breuvage, de l'eau ; du pain pour toute nourriture, et de l'orge, enfin, quand l'affaiblissement annonçait une mort prochaine <sup>1</sup>.

La flagellation et la fustigation ont pour ainsi dire régi l'univers ; on les rencontre partout : en Egypte <sup>2</sup>, en Perse <sup>3</sup>, dans l'Inde <sup>4</sup>, en Chine <sup>5</sup>, à Rome <sup>6</sup>, à Athènes <sup>7</sup>, à Sparte <sup>8</sup> ; chez les Barbares du moyen âge <sup>9</sup> ; chez les Musulmans <sup>10</sup> ; dans le droit canon comme dans le droit civil <sup>11</sup> ; dans les communautés religieuses comme dans les prisons <sup>12</sup>. En France, saint Louis faisait donner le fouet aux blasphémateurs impubères. La bastonnade fut, dit-on, introduite dans les armées par François I<sup>er</sup>. Elle figure, du moins, dans les ordonnances forestières de Henri IV <sup>13</sup> et dans celles de Louis XIV <sup>14</sup>. Les souverains eux-mêmes se sont humblement soumis à cette peine

<sup>1</sup> Deuter., xiv, 1-3 ; Misna, iv, p. 289 ; Proverb., x, 13 ; xxvi, 3 ; Ps. cxxviii, 3 ; Eccle., xlii, 3 ; Michée, iv, 14 ; SCHICKARD, p. 143 ; SELDEN, de Synedr., II, 13, § 6 ; Misna, iv, p. 232. — V. aussi SALVADOR, Lois de Moïse, p. 208, et les commentaires de l'Épître de saint PAUL aux Hébreux.

<sup>2</sup> Descript. de l'Égypt. antiq., t. IV, pl. 66, fig. 10 ; Descript., ch. vi, p. 81 ; Descript. des hypogées, ch. x, p. 351. La bastonnade s'administre aujourd'hui au Caire exactement de la même manière qu'au temps des Pharaons.

<sup>3</sup> PLUT., Apophth. des rois, etc. ; STRAB., ch. cxlii.

<sup>4</sup> Lois de Manou, VIII, 299, 315.

<sup>5</sup> La peine du fouet ne figure pas dans les cinq supplices anciens ; mais la bastonnade est la peine principale du Code actuel. La peine du bâton, comme celle du fouet, pourrait bien être d'origine mantschoue, ou du moins ne pas remonter jusqu'au VI<sup>e</sup> siècle avant notre ère.

<sup>6</sup> Lois des XII Tabl., tabl. II<sup>e</sup>, l. 1 ; l. 16, Cod., Ex quibus causis infam. irrogatur, l. 28, § 3, D., De penis. VAL.-NAX., II, 74 ; JUVÉNAL, VIII, 247 ; TRIT.-LIV., V, 6 ; CIC., Philipp., III, 6 ; POLYB., VI, 7 ; HORAT., ép. 4 ; SALLUST., Cat., 51 ; TACIT., Ann., I, 17, 18, 23, 31 et 32.

<sup>7</sup> ARISTOPH., Pax ; TERENCE, Andr. ; POLL., lil, 8.

<sup>8</sup> PLUT., Vies d'Arist., de Lycurgue.

<sup>9</sup> Wisigothor. leges, l. II, tit. 1, l. 18, 38 ; III, tit. 4, l. 15 ; IV, l. 3, l. 1.

<sup>10</sup> MONTESQ., Lettres pers., 157 et 158 ; les Voyag.

<sup>11</sup> L. Capitatum, 28, § in princip. et § 1, D., capital. pen.

<sup>12</sup> On connaît l'histoire des flagellants, et l'usage de la discipline dans un grand nombre de couvents d'hommes et de femmes.

<sup>13</sup> Ord. de 1272, 1601 ; une loi de Childob., 554, inflige le fouet aux esclaves. — V. BALUZE, t. I, p. 8, 16, 1266.

<sup>14</sup> Ord. de 1669, 1680.

lorsqu'elle leur était infligée par le pape ou par ses représentants <sup>1</sup>. Il est vrai qu'ils ont fini par la recevoir sur les épaules des chapelains et des cardinaux. Mais les Romains, les Espagnols, les Portugais, les Napolitains, les Anglais, les Allemands, les Russes la reçoivent encore sur leurs propres épaules, et des mains du bourreau ou de ceux qui sont obligés d'en remplir les tristes fonctions. En 1823 parut une loi de Pie VII pour forcer les juifs domiciliés à Rome d'entendre chaque semaine un sermon qu'ils croient plein de blasphèmes, et pour faire condamner au fouet les chrétiens ou autres qui oseraient rire d'un spectacle si bizarre. En 1824, dans l'Espagne rendue par le succès de nos armes au pouvoir absolu, des hommes furent juridiquement condamnés à recevoir chacun plusieurs volées de coups de bâton, ou promenés dans les rues sur un âne et fouettés en même temps par la main du bourreau. Les jésuites gouvernaient les naturels du Paraguay comme autrefois leurs élèves dans les collèges, fouettant hommes et femmes, grands et petits.

Au reste, avant que les jésuites eussent des collèges à diriger, on fouettait déjà dans les établissements d'instruction publique ; et saint Ignace lui-même reçut les verges au collège de Sainte-Barbe à l'âge de plus de trente-trois ans. On fouettait les pages à la cour de France, même après qu'ils avaient combattu dans les armées. Des rois n'ont pas dédaigné de manier la fêrule : don Pèdre I<sup>er</sup>, roi de Portugal, donna lui-même la question de cette manière à l'évêque de Porto, et le père de Frédéric II prenait personnellement la peine de bâtonner les dames et les ministres du culte tout comme ses officiers, et lui-même encore bâtonnait les soldats.

En 1822, on rétablit cette peine à Naples par forme d'essai. Dans le royaume de la Grande-Bretagne on la conserve dans les régiments, tout en parlant de la supprimer dans les armées. L'Allemagne et la Russie ne croient pas plus pouvoir s'en passer que les Koli-Kong (dans le Cambodge-siamois), les Chinois, l'empereur du Maroc et le Grand-Sultan. En France, elle n'existe plus qu'au bague et, dit-on, dans les écoles des Frères <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Raymond VI, comte de Toulouse ; Henri II, roi d'Angleterre ; Louis VIII, roi de France ; notre Henri IV, en 1595.

<sup>2</sup> LANJUNAIS, Œuvres, t. IV, p. 531 et s.

Il y a toutefois cette grande différence entre la bastonnade par le bambou chez les Chinois et la bastonnade par le coudrier chez les Sarmates modernes ou Russes, que la première s'administre suivant des règles bien plus humaines que la seconde, qu'il est possible de s'en racheter moyennant une légère somme d'argent, et qu'enfin si le châtement doit être mortel on recourt franchement à une peine capitale beaucoup plus simple et plus humaine, parce qu'elle est plus expéditive. Du reste, le bambou doit avoir une longueur déterminée; l'une des extrémités est plus petite que l'autre; la largeur de chacune d'elles est fixée par les règlements, ainsi que le poids total de cet instrument de supplice. On frappe tantôt d'un bout tantôt de l'autre, suivant les cas, et jamais plus de quarante coups. C'est une remise de soixante pour cent sur le nombre légal<sup>1</sup>. En Russie, on ne regarde pas de si près à la confection du knout, de la pleite ou des verges. On en prodigue les coups par centaines. Les militaires condamnés aux verges peuvent rarement y résister: au bout de quatre à cinq cents coups, il faut emporter le patient à l'hospice, d'où il ne sort que pour y rentrer après avoir reçu son contingent<sup>2</sup>. Le sexe n'en dispense pas, tandis qu'en Chine la prison remplace la fustigation pour les femmes<sup>3</sup>.

V. La *flétrissure* est une des peines qu'il faut le moins s'étonner de rencontrer universellement: elle est afflictive et infamante tout à la fois. Elle est éminemment propre, lorsqu'elle s'attache à quelque partie visible du corps, à inspirer une salutaire défiance. Malheureusement si cette note est perpétuelle, si elle ne peut disparaître avec le temps (comme il arrive lorsqu'elle consiste à raser les cheveux, la barbe d'une certaine façon, etc.), elle peut faire durer la peine outre mesure, rendre la condition du condamné très difficile dans la société, lui ôter tout espoir de regagner jamais l'estime des hommes, par conséquent lui inspirer le dangereux amour-propre de s'en faire craindre, et remplir son cœur de haine ou de désespoir.

La marque qui affecte les parties cachées du corps, les épaules,

<sup>1</sup> Code pénal de la Chine, t. I, p. 41-46.

<sup>2</sup> Voir la Russie sous Nicolas I<sup>er</sup>.

<sup>3</sup> Cf. Dictionnaire de la pénalité, art. Fouet.

les, les fesses, est déjà moins dangereuse à cet égard<sup>1</sup>; mais celle-là encore ne devrait atteindre, en tout cas, que les condamnés à des peines perpétuelles, à moins que la flétrissure elle-même ne dut être considérée comme peine principale, ce qu'il n'est pas impossible d'admettre.

Il est surprenant qu'on n'ait pas eu l'idée de marquer de couleurs passagères, mais d'une certaine durée, le visage des détenus dont la fuite pourrait être à craindre. Bentham en a déjà fait la réflexion<sup>2</sup>. Il est probable qu'au bout de sept ans, s'il est vrai que le corps humain se renouvelle complètement dans cet intervalle, la couleur la plus solide aurait disparu.

Quoi qu'il en soit, la marque, admise chez tous les peuples un peu civilisés, a varié beaucoup par la nature des signes qui la composaient, par la partie du corps qui la recevait, etc. Ici, c'est la figure de l'instrument du délit<sup>3</sup> ou d'un supplice<sup>4</sup> qui est empreinte; là, c'est un signe sans rapport avec la nature du crime ou de la peine<sup>5</sup>; ailleurs, ce sont de simples lettres alphabétiques, mais des lettres accusatrices<sup>6</sup>. Tantôt ces stigmates s'impriment sur le front, sur les joues, sur la main; d'autres fois sur l'épaule, sur les fesses ou sur d'autres parties cachées du corps.

Dans notre ancienne législation pénale, la marque était un signe qui pouvait avoir les plus graves conséquences: la peine de mort était comminée, en cas de récidive, contre celui qui la portait<sup>7</sup>.

La marque, même cachée, a eu souvent les suites les plus funestes pour ceux qui avaient eu le malheur d'en être flétris ou pour ceux qui leur étaient indissolublement unis. On en a vu, par exemple, qui ont mieux aimé se laisser périr sans secours dans les dangers les plus pressants ou se donner la mort

<sup>1</sup> La Russie en est encore à la marque sur le front et les joues du voleur et du meurtrier, après avoir infligé le knout.

<sup>2</sup> La marque par une empreinte noire figurait dans les peines chez les anciens Chinois.

<sup>3</sup> Par exemple, les parties sexuelles de la femme ou de l'homme dans le cas d'adultère. (*Lois de Manou.*)

<sup>4</sup> Une potence en Pologne.

<sup>5</sup> Une fleur de lis en France autrefois; les deux clefs à Rome.

<sup>6</sup> Comme K. (calomnie, chez les Romains); G. A. L. en France, et plus tard T. P., T. P. F., etc.

<sup>7</sup> Décret. du 4 mars 1794.

que de mettre à découvert les signes de leur déshonneur. Preuve qu'ils ne méritaient plus de les porter, si jamais ils avaient été assez coupables réellement pour mériter de les recevoir <sup>1</sup>.

C'est une espèce de marque aussi, mais de toutes la moins dangereuse, que celle qui consiste dans la coupe, la couleur, la nature, etc., des vêtements <sup>2</sup>.

VI. Les galères, les travaux publics en général <sup>3</sup> sont une peine afflictive; ils atteignent la sensibilité physique par la nature pénible des occupations, par celle de l'habitation, des vêtements et des aliments. Ils l'atteignent indirectement encore par les peines afflictives que le manquement à la discipline peut attirer aux détenus.

Cependant les travaux publics n'ont déjà plus le même caractère de douleur physique immédiatement occasionnée par la main de l'homme, qui distingue les peines afflictives proprement dites. C'est une sorte de transition des peines afflictives aux peines dont l'essence consiste principalement dans la privation de la liberté, peines qu'on peut appeler afflictives encore dans le sens large du mot.

On a tout dit sur les bagnes envisagés comme écoles du crime <sup>4</sup>; il n'y a qu'une opinion possible sur ce point; ils sont condamnés par la raison et la morale. Mais ce qu'il y a de juste et de bon dans la peine des galères, et qu'il faut conserver autant que possible, c'est l'éloignement de la société, le travail utile et pénible. L'Etat n'est pas obligé de supporter les conséquences pécuniaires qu'entraîne la nécessité d'isoler les coupables du reste de la communauté sociale. Ces conséquences doivent donc, autant que possible, peser sur eux <sup>5</sup>. L'esclavage de la peine, dans cette mesure imposée par la nécessité et limitée par la justice, n'a donc rien que de parfaitement naturel et d'équitable. Laissons de côté le mot d'esclavage si l'on veut,

<sup>1</sup> V. BENTHAM, *Théorie des peines*, t. 1, p. 122.

<sup>2</sup> V. aussi notre article *Fletrissure*, dans l'*Encyclopédie du XIX<sup>e</sup> siècle*.

<sup>3</sup> Cf. *Dict. de la pénalité et Répertoire du droit criminel*, par M. MORIN, aux mots : *Bagne, Forçat, Galères, Travaux publics*.

<sup>4</sup> V., par exemple, BENTHAM, *Théorie des peines*, t. 1, p. 144-168; 202-214.

<sup>5</sup> Mais sur eux seuls; de là un autre problème à résoudre, celui de ne point faire une concurrence désastreuse aux travailleurs honnêtes, en employant les condamnés.

et ne voyons que les choses, la position que se fait le criminel dans la société, celle qu'il fait à la société même à son égard, et nous comprendrons sans peine que les travaux durs ou répugnants peuvent être justement réservés aux grands coupables.

En abolissant les bagnes, en les convertissant en systèmes pénitentiaires, il ne s'agit donc point d'affranchir les détenus de tout travail utile à la chose publique, et de mettre chacun d'eux pour ainsi dire en garni, d'en faire un pensionnaire de l'Etat. Un pareil système de répression ne paraîtrait que ridicule à ceux-là mêmes qui devraient le subir. Le difficile est sans doute d'obtenir un travail sincère, et le silence dans le cas où le travail exige le concours des forces. Eh bien! il faut le reconnaître, les infractions à ce genre de discipline doivent être punies d'une peine disciplinaire, telle que le complet isolement temporaire, l'abstinence, l'obscurité, surtout la peine terrible et si redoutable de l'inaction absolue <sup>1</sup>. Il faut que le détenu apprenne à aimer, à estimer le travail, même le travail pénible, comme un bienfait <sup>2</sup>.

C'est ici le lieu de dire un mot des deux systèmes pénitentiaires en présence : celui d'Auburn, qui admet le travail en commun, mais en silence pendant le jour et l'isolement pendant la nuit; celui de Philadelphie, ou de l'isolement du jour et de la nuit. Ce dernier prend aussi le nom de système cellulaire.

Puisqu'un des plus grands inconvénients des bagnes c'est l'enseignement mutuel du vice et du crime, il est clair que si l'on veut l'éviter il faut isoler les condamnés. Il est impossible d'empêcher des hommes qui travaillent en commun, qui se voient, de se parler, de se connaître, et de se lier très facilement pour recommencer leur vie criminelle lorsqu'ils viennent à se rencontrer après leur mise en liberté. Il faut une vigilance extrême pour n'obtenir que des résultats imparfaits <sup>3</sup>; il faut

<sup>1</sup> C'est ce que propose EDWARD LIVINGSTON, *Introductory report to the cod of reform and prison discipline*.

<sup>2</sup> N'est-il pas étrange aussi que le service militaire soit infligé dans certains pays, comme en Russie, à titre de peine? Est-ce un moyen bien sûr de rendre la profession honorable?

<sup>3</sup> M. FRÉSTER, *des Classes dangereuses dans les grandes villes*, fait très bien voir l'impossibilité presque absolue d'empêcher toute communication: plutôt que de s'abstenir, ces malheureux s'écrivent avec leur propre sang, à défaut d'encre.

des peines disciplinaires fréquentes et plus ou moins dures pour faire respecter des règlements qu'ils sont si violemment tentés de transgresser à chaque instant, et que l'amour-propre du mal porte encore à braver.

Les objections les plus sérieuses contre le système cellulaire c'est : 1° la dépense de construction ; 2° la santé intellectuelle et physique des détenus ; 3° l'impossibilité de leur faire exécuter un grand nombre de travaux qui ne peuvent s'effectuer qu'en commun. Mais on peut dire :

1° Qu'il y a économie dans le nombre des hommes employés à la surveillance, dans le moindre nombre des détenus, s'il est prouvé d'ailleurs que ce système est moralement plus efficace que l'autre ;

2° Que les détenus ne sont privés de communication qu'avec les hommes dont l'influence pourrait être pernicieuse ; mais qu'ils sont visités, instruits, remontrés, exhortés par des hommes de bien, et qu'ils peuvent lire et écrire ; par conséquent, que leur intelligence a tous les aliments propres à la fortifier, à la redresser, loin d'être exposée à dépérir ;

3° Qu'il est regrettable, à la vérité, qu'ils ne puissent être occupés en plein air et chargés de travaux de toute nature, particulièrement des plus pénibles. Mais, d'une part, la prison doit être saine, et la peine plus morale encore que physique<sup>1</sup>. D'un autre côté, il ne serait pas impossible de faire passer les condamnés qui sembleraient donner des garanties suffisantes d'un régime à l'autre, comme premier adoucissement mérité. Enfin, le système de Philadelphie pourrait n'être réservé que pour les criminels les plus désespérants.

Ce système a d'ailleurs de nombreux et incontestables avantages qui lui sont propres : les détenus ne s'endoctrinent point, ne se corrompent point ; ils ne peuvent former aucun complot pour le présent ni pour l'avenir. Leur amour-propre de malfaiteur n'est plus mis en jeu ; ils ne sont plus les uns aux autres des occasions de distraction, des modèles qu'il faut suivre, des émules qu'il s'agit d'égaliser, des rivaux à surpasser en forfanterie, en mauvais sentiments, en propos audacieux ou cyniques, en opiniâtreté dans le mal, en mépris de tout bien. Au

<sup>1</sup> On sait combien les anciennes prisons étaient malpropres et meurtrières. — V. GORANI, *Recherches sur la science du gouvernement*, t. I, p. 75-90.

contraire, les réflexions sont plus sérieuses, les instructions plus efficaces ; le travail est la seule distraction, il devient un besoin très impérieux ; le goût, l'habitude en est contractée ; la lecture, des entretiens utiles sont un bienfait à défaut d'autres occupations.

Ajoutons que l'expérience semble s'être prononcée d'une manière frappante pour ce système. Les hommes éclairés et impartiaux qui ont étudié longuement les résultats se sont rendus à l'évidence, quoiqu'un certain nombre d'entre eux eussent d'abord conçu des préventions contraires<sup>1</sup>. En Amérique, en Angleterre, où le système d'Auburn avait d'abord eu la préférence, on revient à celui de Philadelphie, malgré les dépenses considérables que doit entraîner un pareil changement. Enfin, une grande réunion d'hommes graves, qui ont réfléchi, qui ont lu, expérimenté, après s'être communiqué leurs observations et leurs réflexions, sont unanimement convenus de la supériorité du système cellulaire. Un congrès tout entier, composé d'hommes distingués venus de toutes les parties de l'Europe, est un argument qui en vaut un autre<sup>2</sup>.

Quoi qu'il en soit, la détention, lorsqu'elle est possible, c'est-à-dire lorsqu'un peuple possède les ressources nécessaires pour l'employer sans inhumanité, est une des peines les plus naturelles ; mais le travail doit en être inséparable. Il faut de plus que ce travail ne soit pas une concurrence funeste à l'honnête ouvrier. Or, pour étendre ce double progrès, déjà réalisé dans quelques pays, à Berne, par exemple, il conviendrait peut-être

<sup>1</sup> Tels que MM. DE TOCQUEVILLE, DE BRAUMONT, CRAWFORD, JULIUS, de Metz.

<sup>2</sup> Le Congrès scientifique de Francfort, en 1846. — Au surplus, on peut lire, sur la question, les nombreux ouvrages spéciaux où elle est traitée, entre autres le *Système pénal* de M. CH. LUCAS. La plupart de ces ouvrages sont analysés et examinés dans les nombreux articles consacrés par deux recueils estimables : la *Revue de FOELIX*, t. I, p. 7, 129, 688 ; II, 471 ; VI, 237, 394, 583 ; VIII, 991 ; IX, 569 ; celle de M. WOLOWSKI, t. IV, p. 219, 294, 382, 420 ; V, 41, 57, 449 ; VII, 111, 161, 201, 363, 441 ; XIX, 269 ; et t. I, p. 235 de la nouvelle collection. — V. encore BENTHAM, *Théorie des peines*, t. I, p. 242-268 ; *Traité de législation civile et pénale*, t. III, p. 7-94. — La réforme des prisons tient étroitement à celle du système pénitencier ; on peut voir à ce sujet les deux revues que je viens de citer : celle de FOELIX, t. IV, p. 481, 584, 641, 650, 801 ; VI, 161, 321, 426, 520, 530, 596, 786 ; VII, 59, 366 ; celle de M. WOLOWSKI, t. VI, p. 237, 394 ; VII, 1 ; VIII, 292 ; XI, 161 ; ALAUZET, *Essai sur les peines et le système pénitentiaire*.

de choisir le siège des établissements pénitentiers plus à la portée des besoins de l'agriculture; cette industrie est celle où il y a le moins de concurrence, et où elle est le moins à craindre.

La détention a été quelquefois regardée comme une peine trop douce pour le peuple. Les Slaves la regardaient comme une peine pour les gens d'église et les personnes d'un rang supérieur; pour les personnes d'une condition inférieure elle n'était qu'un moyen de s'assurer d'elles <sup>1</sup>.

Ailleurs on savait et l'on sait encore mettre l'incarcération au niveau de tous les délits et de toutes les sensibilités. Le Code autrichien, par exemple, en prenant la prison pour base de la pénalité, a su en aggraver indéfiniment le régime par la main du geôlier et dans l'ombre; la prison a trois degrés: elle est simple, dure ou très dure. Elle peut durer de six mois à vingt ans, si elle est temporaire. Elle peut être perpétuelle. Elle est aggravée également par le jeûne, les travaux durs, les châtimens corporels, l'exposition publique, le bannissement après la peine subie. Ces moyens divers d'aggraver ou d'alléger le sort des détenus seraient très utiles entre des mains humaines ou justes seulement <sup>2</sup>.

Le châtimement corporel est souvent appliqué comme peine principale.

On trouve dans le Code russe, à l'égard de l'emprisonnement, des dispositions dignes d'éloges. Telles sont celles qui interdisent de confondre dans les prisons les accusés et les condamnés; les simples inculpés et ceux dont la culpabilité est plus probable; les grands criminels avec ceux qui le sont moins; les détenus pour dettes avec ceux qui sont renfermés pour des méfaits d'une nature plus grave; celle qui veut la séparation des coaccusés pour un même délit; celle qui défend de faire subir la peine à une femme en couches avant la quarantaine de relevailles; et quelques autres encore qui ne pouvaient guères n'être pas empruntées à la plupart des autres législations de l'Europe.

Le système pénitentiaire se trouve en germe dans la con-

<sup>1</sup> MACIENOWSKI, op. cit., II, p. 91.

<sup>2</sup> Ce n'est pas toujours ce qui arrive sous le régime autrichien; il faut voir à ce sujet les *Mémoires d'ANDRIENNE* et les *Prisons* de SILVIO PELLICO.

damnation à l'exil sans sortir du territoire russe, et avec obligation de prendre part aux travaux de colonisation <sup>1</sup>.

VII. Tous les délits contre la liberté individuelle demandent naturellement à être punis par la détention <sup>2</sup>. Ce genre de peine est nécessairement très étendu, par la double raison que tous les délits ne sont en dernière analyse que des abus de la liberté, et surtout parce que la sûreté publique exige que le malfaiteur soit mis dans l'impuissance de retomber dans sa faute, pour un temps du moins qui n'excède pas celui de la peine méritée.

Ne pourrait-on pas même, sauf les formes nécessaires à la garantie d'une bonne justice, regarder le détenu qui n'aurait point changé de sentiments comme un ennemi de la société, et ne le rendre à la liberté qu'autant qu'il serait dans la disposition probable de n'en plus abuser, sauf à tempérer les rigueurs de sa captivité? Nous n'ignorons point qu'on ne peut punir un délit possible, ni même un délit probable; mais il est certainement permis d'enfermer un furieux. Cette prolongation de captivité serait donc moins une peine qu'une mesure de précaution trop justifiée par le nombre excessif des récidives, pour garantir la société contre de nouveaux attentats. S'il fallait, d'ailleurs, que cette précaution, si fondée qu'elle fût en réalité, eût un caractère pénal pour être légitime, c'est-à-dire qu'elle fût précédée d'un délit, je trouverais ce délit dans des dispositions menaçantes pour la sécurité publique; elles ne seraient que trop propres à répandre l'alarme au sein de la population, si elles en étaient connues. La justice naturelle ne s'oppose donc point à ce qu'une cour d'équité, par exemple, prononçât, lorsque la peine est arrivée à son terme, s'il y a lieu de rendre le détenu à la liberté. La composition de cette cour, les

<sup>1</sup> Ce système va, dit-on, recevoir une exécution plus précise et plus complète. Deux maisons de ce genre doivent être prochainement construites à Moscou et à Saint-Petersbourg sur les plans publiés par M. Gerberr de Medelsheim, qui sera chargé de la direction des travaux. — En attendant cette amélioration, un nouveau mode de transporter les exilés en Sibérie vient d'être mis à exécution; il est plus rapide, mais beaucoup plus fatigant que l'ancien; les hommes de l'art le regardent comme funeste à la santé: on perd dans ce trajet deux condamnés sur dix. (*La Semaine*, cah. du 19 septembre 1847, p. 634, 1<sup>re</sup> col., et 636, 2<sup>e</sup> col.)

<sup>2</sup> Ce terme est employé par nous dans un sens générique, pour indiquer la privation de la liberté.

preuves d'après lesquelles ses sentences devraient être portées, sont une question de procédure qui n'a rien d'insoluble et qui ne doit pas nous arrêter ici. Nous ne voyons à cette théorie que quatre objections quelque peu sérieuses : 1<sup>o</sup> le danger de mettre l'arbitraire à la place de la justice ; 2<sup>o</sup> un encouragement donné à l'hypocrisie ; 3<sup>o</sup> une charge excessive pour le trésor public ; une 4<sup>o</sup> aggravation de peine.

1. Il y aurait d'autant moins de danger de retenir injustement en captivité un détenu incorrigible, qu'il ne le serait que d'après sentence portée par un tribunal dont les membres auraient aussi pour mission obligée la visite régulière des condamnés, l'inspection et la haute surveillance des prisons ; que le condamné serait parfaitement libre de se comporter de manière à n'être pas retenu au-delà du temps fixé pour la peine principale ; que par cela seul qu'il ne pourrait ou ne voudrait point mériter son élargissement au bout de ce laps de temps, c'est qu'en réalité il serait dans des dispositions hostiles à l'égard de la société : c'est donc lui, lui seul, qui se ferait sa position nouvelle, et qui contraindrait la société à l'y maintenir.

2. Sans doute l'hypocrisie pourrait surprendre la religion du tribunal d'équité chargé de prononcer sur l'opportunité de l'élargissement. Mais notons bien plusieurs choses : la première, c'est qu'un tribunal n'est pas obligé d'être infaillible ; la seconde, que cette erreur serait sans doute assez rare ; la troisième, que, fût-elle fréquente, la société en souffrirait encore moins que de l'état actuel des choses ; la quatrième, que plus elle le serait, moins on aurait à se plaindre d'une mesure qu'au premier abord on croirait injuste ; la cinquième, qui est très importante, c'est qu'un rôle joué longtemps finit très souvent par se convertir en habitude et en sentiments. Qu'un homme ait simulé d'abord la docilité, la douceur, le respect de la règle, l'amour du travail, il ne jouera pas ce jeu pendant huit ou dix ans sans devenir à la fin ce qu'il a voulu paraître. Ceux qui connaissent bien l'esprit et le cœur humain ne me démentiront pas.

3. La dépense qu'entraînerait la mesure proposée serait amplement rachetée par la possibilité de remettre plus fréquemment une partie de la peine à des détenus dont la conduite aurait été irréprochable pendant un certain temps ; par le nombre bien moins considérable des récidives ; par une

surveillance devenue plus facile et moins coûteuse, à cause de la perspective assurée de voir la peine abrégée à la suite d'une bonne conduite soutenue.

4. Nous disons aussi qu'il n'y aurait pas aggravation de peine, puisque cette prolongation de captivité serait prévue par la loi, et que, d'autre part, il serait possible d'abrégier la durée légale de la détention, soit en réduisant le nombre maximum aujourd'hui fixé par la loi, soit en accordant au tribunal de surveillance et d'administration des maisons de ce genre la faculté d'abrégier eux-mêmes le temps fixé par la loi et la sentence de condamnation, mais dans une mesure et dans des conditions qui seraient fixées. On pourrait aussi réduire et adoucir la surveillance de la haute police. Enfin, par le fait que les anciens condamnés retombent en si grand nombre dans leurs premières fautes, et voient ainsi leur peine se renouveler avec aggravation, il n'est pas douteux qu'en moyenne il ne vailût mieux pour la société et pour eux-mêmes rester une première fois plus longtemps privés de la liberté que d'être mis prématurément dans le cas d'en abuser de nouveau. Il n'est pas moins certain non plus que s'ils devaient être absolument incorrigibles, mieux vaudrait encore pour eux et pour les autres qu'ils fussent indéfiniment réduits à l'impuissance de redevenir coupables.

Il y a, du reste, deux grandes manières de mettre la société à l'abri des atteintes d'un coupable au moyen de l'isolement, suivant qu'on l'y enferme ou qu'on l'en chasse.

Il peut y être renfermé plus ou moins étroitement, par la prison, par l'exil ou la relégation.

Il en est chassé par la déportation et le bannissement.

La prison peut être plus ou moins dure, et il est facile d'en distinguer au moins quatre degrés : 1<sup>o</sup> la prison solitaire sans travail, et avec un régime alimentaire grossier et peu abondant ; 2<sup>o</sup> la prison solitaire avec travail, et régime alimentaire très suffisant ; 3<sup>o</sup> la prison solitaire avec travail facultatif, et régime alimentaire d'une qualité supérieure ; 4<sup>o</sup> enfin, la prison non solitaire avec occupation facultative au choix du détenu, et un régime qu'il peut améliorer suivant ses moyens et ses goûts. Ce dernier degré de prison n'est plus que la privation de la liberté.

L'exil ou la relégation consisterait à désigner un lieu, un

rayon déterminé sur le territoire du pays, où le condamné serait obligé de vivre sans encourir une peine plus sévère s'il venait à le quitter. Cette condition est naturellement celle de toute rupture de ban.

La *déportation* n'est encore que l'exil, puisque le déporté ne l'est que dans les possessions nationales, mais avec cette circonstance plus dure que c'est dans les colonies<sup>1</sup>.

Le *bannissement* est l'expulsion pure et simple du territoire national, de celui des colonies tout aussi bien que de celui de la métropole.

Nous avons déjà parlé des divers systèmes pénitentiaires. Nous n'ajouterons qu'une seule réflexion : c'est qu'en graduant les peines, on se réserve la facilité de les proportionner aux délits indépendamment de la durée, et de ne pas punir préventivement des individus qui ne sont encore qu'inculpés, si d'ailleurs il est nécessaire de s'assurer de leur personne. Un autre avantage, c'est qu'on peut faire passer un détenu d'un degré à un autre quand il en a été jugé digne; circonstance qui permet un adoucissement à la détention perpétuelle, et qui pourrait servir à mieux s'assurer du véritable changement moral qu'on croit avoir obtenu. Ces mitigations successives bien ménagées nous semblent de la plus haute importance dans un bon système pénal. On pourrait espérer alors qu'aucune peine ne serait perpétuelle de fait; l'espérance serait toujours mise au prix d'un repentir suffisamment éprouvé. Si le détenu ne devait jamais recouvrer la liberté, il ne pourrait s'en prendre qu'à lui-même. Ce système serait peut-être le seul propre à concilier les opinions contraires sur la perpétuité des peines. Quant aux formes à suivre pour relever successivement le condamné d'un état inférieur à un état supérieur, c'est une autre question. Pour notre part nous aurions peu de réputation pour la *cour d'équité* proposée par M. Ch. Lucas<sup>2</sup>.

La *relégation* ne convient que pour les délits qui menacent des personnes déterminées. Elle peut être plus dure par ses conséquences pécuniaires ou de fortune qu'un emprisonnement dans la localité, mais d'une moindre durée.

<sup>1</sup> Voir sur la déportation les débats intéressants qui eurent lieu à l'Académie des sciences morales et politiques, en 1858, à l'occasion des *Mémoires* de MM. LÉLUT et LÉON FAUCHER sur ce sujet.

<sup>2</sup> *Du système pénal*, p. 306.

La déportation convient surtout pour les délits qui troublent gravement l'ordre social, lorsqu'ils ne sont pas de nature à se renouveler aussi facilement dans les colonies, et qu'il n'y a pas trop à craindre la rupture du ban ou de nouvelles machinations avec d'anciens ou de nouveaux complices.

La déportation, d'ailleurs, est moins l'extirpation du mal que son déplacement. C'est purger la métropole en empoisonnant les colonies. D'un autre côté, pour n'établir sur un sol donné que des *convicts*, pour espérer d'y fonder une colonie avec les seuls éléments de cette espèce, il faut d'abord avoir un lieu convenable, c'est-à-dire désert, cultivable cependant, suffisamment vaste, assez éloigné de la métropole pour n'avoir pas trop à redouter une rupture de ban de la part des déportés, pas assez toutefois pour que leur transport soit très coûteux, ou très dangereux pour leur santé. Or, ces conditions ne sont pas faciles à réunir. Et cependant peut-on, sans manquer grièvement à la justice et à l'humanité, verser toute une immonde population de malfaiteurs au milieu d'indigènes propriétaires d'un sol qui suffit à peine pour les nourrir et qui n'en veut rien céder, ou qui, s'ils consentent à nos établissements, ignorent les conséquences terribles pour eux de cette concession?

Admettons néanmoins que ces premières difficultés soient levées : quelle société formeront entre eux seuls ces déportés? De quel œil ceux qui pourraient s'amender verront-ils envahir incessamment leur colonie par des flots de criminels? Quelle sécurité pour eux-mêmes! Quelle sécurité pour leurs enfants surtout! Quel présent et quel avenir, en un mot! Je m'arrête, car les faits ont parlé. Il faut voir dans les écrits de ceux qui les ont observées la triste condition et la morale plus triste encore des déportés de Botany-Bay<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> V. BENTHAM, *Théorie des peines*, I, p. 215-242. — V. aussi *Revue étrang. et franç. de législat. etc.*, t. I, p. 193; II, 705; IV, 433; VI, 704. Suivant M. HANTULE (*Rev. de dr. fr. et étrang.*, 1849, p. 678-706), les colonies anglaises destinées à recevoir les condamnés seraient très florissantes, la prospérité y serait en progrès, et quelques Anglais n'en auraient dit tant de mal que par esprit d'égoïsme et de rivalité, afin que les autres pays ne fussent pas tentés d'imiter une institution dont l'Angleterre se trouve parfaitement.

On peut voir dans BOITARD, p. 70-87, op. cit., les difficultés particulières attachées à la déportation. La loi de 1850 (16 juin) a pu en aplanir quelques-unes, mais il en est qui paraissent insurmontables.

Le bannissement pour délits contre les personnes et les propriétés est un attentat aux droits des autres nations, à moins qu'il ne frappe un étranger qu'on renvoie dans sa patrie. Mais le bannissement est une peine à conserver cependant pour les délits politiques, qui supposent plus d'exaltation que de perversité. Tel qui ne peut supporter de voir sa patrie soumise à un régime qu'il croit illégal ou tyrannique, peut devenir ailleurs un homme fort paisible, plein d'honneur, et utile à ceux qui l'ont accueilli.

Le bannissement est si naturel, d'ailleurs, qu'il faudrait s'étonner s'il n'avait pas été pratiqué chez presque tous les peuples. Les Athéniens permettaient à l'accusé de s'expatrier; et avaient l'ostracisme; à Rome, on mettait un condamné dans la nécessité de quitter le sol de la patrie en lui interdisant le feu et l'eau; en Chine, la relégation est très fréquente.

Celui qui, chez les Chipeonays (tribu sauvage de l'Amérique du nord), a versé le sang de son compatriote, est abandonné de ses parents et de ses amis; il est réduit à une vie errante, et dès qu'il sort de sa retraite chacun s'écrie : « Voilà le meurtrier ! »<sup>1</sup>

Quelque chose d'analogue s'observe parmi les Groënlandais. Presque dépourvus d'idées religieuses et de lois, et bien qu'ils ne voient dans le culte qu'une cérémonie sans but et dans les cérémonies qu'un abus de la force, ils sont d'un caractère assez doux pour que le malfaiteur leur semble assez puni lorsque, dans une assemblée publique, il a été accablé de reproches<sup>2</sup>.

Cette douceur de mœurs, sans le secours de la religion surtout, est très remarquable. Elle semble être beaucoup plus grande dans le Nord que dans le Midi : cette différence devient de plus en plus sensible à mesure que les peuples comparés s'éloignent davantage de la zone équatoriale.

L'excommunication religieuse conduisait naturellement à l'extermination. Cette peine fut prononcée par les Athéniens contre plusieurs philosophes. Les empereurs chrétiens la décernèrent d'abord contre l'hérésie. Arcadius la remplaça par celle de mort. Elle tenait une grande place dans les Capitulaires de Charlemagne, et Grégoire de Tours en mentionne de

nombreux exemples. Les peuples qui ont senti la disette de la population, qui ont possédé de vastes territoires, comme les Romains, les Chinois et les Russes, ou qui ont craint de voir leurs compatriotes porter ailleurs des éléments de richesse et de prospérité, ou qui ont redouté pour eux-mêmes la contamination des erreurs religieuses, ont été plus réservés dans l'application de la peine du bannissement. Aujourd'hui encore la Chine et la Russie ne bannissent point, elles déportent<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Il paraît même qu'à une certaine époque la déportation, sous le nom d'exil, était la peine ordinaire en Chine.

« Cinq espèces d'exils furent imaginés par Chun; ils correspondaient aux cinq espèces de supplices admis avant lui. Ces cinq sortes d'exils avaient lieu dans cinq districts différents.

« Le fouet était la punition des mandarins; mais ils pouvaient s'en libérer avec de l'argent.

« Sous le règne de Yao, dit-on, il n'y avait plus de supplices, et ils n'étaient pas nécessaires.

« L'exil avait lieu quand le délit ne pouvait pas être parfaitement prouvé, ou quand les circonstances en diminuaient la malice ou la gravité. » (*Mém. concernant les Chinois*, t. I, p. 179.)

<sup>1</sup> MACKENZIE et HEARNE, *Voy. à l'Océan du Nord*, t. II, p. 22, 28 et 29.

<sup>2</sup> *Gazette ministérielle danoise*, 1803, n° 15 et 16.

## § II.

## Des peines pécuniaires.

## SOMMAIRE.

1. Avantages et inconvénients de ces sortes de peines.
2. Distinction entre les peines pécuniaires et les réparations civiles.
3. Autre distinction usitée dans notre ancien droit.
4. Motif de charité donné autrefois à la confiscation.
5. Peines pécuniaires usitées dans l'antiquité, dans l'Inde, en Perse, en Egypte, en Grèce, à Rome, chez les Germains, chez les autres barbares, dans les temps modernes, partout.
6. Confusion de la composition et de la peine.
7. Encore un mot sur la composition.
8. Usitée chez les Chinois.
9. Sorts divers de la composition chez les Français.
10. Abus des justices seigneuriales à cet égard.
11. Caractère odieux de la confiscation.
12. Son abolition.
13. Les peines pécuniaires elles-mêmes doivent être personnelles autant que possible.
14. Réflexion à ce sujet.
15. *Quid* si le coupable n'est pas en état de payer?

Ces sortes de peines ont plusieurs avantages : elles sont divisibles à volonté, se convertissent immédiatement en profit, sont rémissibles, susceptibles d'une certaine égalité proportionnée à la fortune du condamné, et analogues pour les cas de délits contre les propriétés. Mais elles ont l'inconvénient de n'être analogues que pour les délits de cette nature, d'atteindre les membres innocents de la famille du condamné, sa femme, ses enfants, ses héritiers, et, par-dessus tout, d'être absolument inapplicables aux malfaiteurs qui ne possèdent rien.

Il faut bien distinguer, d'ailleurs, les peines pécuniaires proprement dites d'avec les indemnités et les dommages-intérêts, qui sont des réparations civiles. Les peines seules peuvent être proportionnées à la fortune présumée du coupable <sup>1</sup>, en même

<sup>1</sup> Ou mieux à son revenu. Cette base est d'une application difficile; mais on pense bien qu'elle ne peut être qu'un point de départ approximatif. Il ne serait pas plus facile de régler les amendes sur la fortune des coupables;

temps qu'à la gravité du délit; les dommages-intérêts et les indemnités ou dépeus (comme on disait anciennement) ont une mesure absolue : c'est le bénéfice légitime que le délit a empêché de faire, et la lésion positive ou la perte qu'il a occasionnée (*lucrum cessans, damnum emergens*).

En France, on distinguait encore autrefois, et avec raison, entre la réparation civile et les intérêts civils : la condamnation à la réparation civile, conséquence d'un crime, entraînait toujours l'infamie de fait; les intérêts civils auxquels on peut être tenu sans qu'il y ait dol, mais quand il y a faute seulement, n'emportaient pas l'infamie.

La confiscation, l'amende <sup>1</sup>, l'aumône à titre de peine <sup>2</sup> étaient réputées infamantes de droit.

Aujourd'hui la confiscation générale, l'aumône à titre de peine ne sont plus admises par le Code pénal français <sup>3</sup>. L'amende et les frais sont les seules peines pécuniaires qu'il reconnaisse, car les restitutions civiles ne sont pas des peines, à proprement parler, puisqu'elles ne consistent que dans la réparation du préjudice matériel occasionné.

Les peines pécuniaires ont été en vigueur chez les Indiens,

bles; on ne la connaît pas mieux qu'on ne connaît les revenus. Et puis on atteindrait plus fortement par là les membres innocents de leurs familles. Il faut en pareille matière laisser beaucoup au pouvoir discrétionnaire du juge; il y a moins à craindre de l'arbitraire de sa part que de l'inflexibilité d'une loi trop précise.

<sup>1</sup> Toutes les fois, du moins, qu'elle provenait d'une cause infamante de sa nature, qu'elle était prononcée à la suite d'une instruction extraordinaire, et au profit du roi. On suivait, en lui donnant plus d'extension quant aux espèces, le droit romain dans les deux premières conditions : « Non multa, sed causa infamiam irrogat... Non alia autem notatur quam de qua pronuntiatum est. » (L. 4, § 4, D., *De his qui not. inf.*; *ibid.*, l. 19.)

<sup>2</sup> Ou à titre de restitution indéterminée pour le cas d'usure, de malversation, etc.

<sup>3</sup> D'après une ordonnance de 1864, la confiscation était de droit commun toutes les fois qu'il y avait condamnation à mort, à la mutilation ou à l'exil. La ville de Carcassonne fut exemptée de la mesure, excepté pour les cas de lèse-majesté.

Plusieurs ordonnances successives (1411, 10 octobre, 17 févr.; 1413, 2 mars; 1418, 18 août; 1420, 9 avril; 1477, 14 mars) décidèrent que les créanciers du condamné seraient d'abord payés sur ses biens, et que le surplus seulement serait confisqué : en effet, il n'y a de biens propres *nisi deducto ave alieno*. On oubliait seulement que les enfants sont aussi des créanciers. — Les biens des criminels de lèse-majesté furent confisqués par l'ordonnance de Villers-Cotterets, 1531, art. 1.

les Egyptiens, les Perses, les Juifs, les Grecs, les Romains, les Germains, les Barbares, les Chinois, partout, en un mot.

L'amende joue un très grand rôle dans le système pénal indien; on fait même au roi, au pouvoir exécutif, une sorte d'obligation de n'y point renoncer: « En prenant ce qu'il ne doit pas prendre, en refusant ce qui lui revient de droit, le roi a fait preuve de faiblesse, et il est perdu dans ce monde et dans l'autre »<sup>1</sup>.

En Egypte, l'amende expiait le meurtre involontaire d'un animal. La confiscation fut souvent prononcée par Amasis<sup>2</sup>.

Les lois de Zoroastre ne prononçaient pas la confiscation, mais elles décernaient des amendes qui pouvaient absorber les facultés du condamné<sup>3</sup>. C'est, du reste, ce qui peut arriver partout; mais le législateur doit prendre en considération les fortunes moyennes lorsqu'il détermine un chiffre de cette nature. Le mieux serait peut-être, comme l'a proposé un publiciste distingué de nos jours, de poser un maximum dans la loi, en laissant au juge la faculté de s'y élever ou de s'en éloigner en descendant jusqu'au niveau du plus faible dommage et des plus modestes facultés du délinquant<sup>4</sup>.

L'excommunication majeure entraînait chez les Juifs la perte des biens<sup>5</sup>. On brûlait quelquefois les meubles du condamné; le plus souvent on confisquait ses biens au profit des prêtres<sup>6</sup>. La confiscation était aussi une conséquence de la peine de mort, lorsqu'elle était prononcée par le roi<sup>7</sup>. Il pouvait encore l'ordonner comme peine principale<sup>8</sup>. Cette peine semble cependant peu d'accord avec la loi mosaïque, qui veut la fixité des héritages dans les familles.

La condamnation pécuniaire prononcée en faveur des ministres du culte, ou plutôt des besoins du temple et de ses prêtres, peut être envisagée comme un rachat de la peine im-

<sup>1</sup> *Lois de Manou*, VIII, 171.

<sup>2</sup> *DION. DE SICILE* et *HÉROD.*, II.

<sup>3</sup> *Vendidad-Sadé*, farg. 4, p. 293. Cf. *PASTORET, Zor., Conf. et Mah.*, etc., p. 181.

<sup>4</sup> *V. Système pénal*, par M. LUCAS, p. 394.

<sup>5</sup> *Nomb.*, XXI, 3; *I Reg.*, XV, 8.

<sup>6</sup> *Levit.*, XXVII, 21, 28; *Nomb.*, XVIII, 14; *Esd.*, X, 7, 9.

<sup>7</sup> *MAIMON., de Regib.*, IV, 9; *MIKOTZI, Præcept. affirm.*, etc.

<sup>8</sup> *II Reg.*, IX, XIX.

posée à la faute commise; toutes les fois qu'il n'y avait pas lieu à un supplice capital, on se rachetait par un sacrifice, un travail dans le temple, des offrandes au Seigneur<sup>1</sup>.

Les lois d'Athènes voulaient qu'avant tout débat l'accusateur et l'accusé consignassent une somme destinée à celui des deux qui obtiendrait gain de cause. Elles condamnaient en outre l'accusateur à une amende de mille drachmes s'il n'avait pas eu pour lui au moins la cinquième partie des voix<sup>2</sup>. Sous la république, et peut-être déjà sous la royauté, les lois romaines décernaient des peines pécuniaires contre celui qui coupait méchamment les arbres de son voisin, qui conservait infidèlement la chose par lui reçue en dépôt, qui volait en plein jour, qui prêtait à de trop forts intérêts, qui avait mal administré les biens d'un mineur.

On sait de quelle manière un empereur romain se flattait de battre monnaie. Avant les empereurs, la confiscation était déjà un moyen d'enrichir ses amis politiques en affaiblissant le parti contraire<sup>3</sup>. Mais Justinien comprit que les familles des condamnés ne doivent pas être dépouillées au profit du trésor public; il ne réserva la confiscation que pour les crimes de lèse-majesté<sup>4</sup>. C'était trop encore, et ce trop devait cependant durer jusqu'au XIX<sup>e</sup> siècle dans presque tous les pays civilisés. Le droit canon ne devait pas faire exception à cet odieux système de pénalité<sup>5</sup>. Bien entendu que l'amende ne pouvait être omise par une législation qui s'appropriait des mesures encore plus violentes<sup>6</sup>. Peu importe qu'on déguise les peines pécuniaires sous le titre d'aumône, d'œuvres pies, etc.<sup>7</sup>; elles n'en sont pas moins en dehors d'une juridiction purement spirituelle.

En France, depuis le XVI<sup>e</sup> siècle (août 1539, août 1670, avril 1695), on ne permet plus aux officialités de condamner à l'a-

<sup>1</sup> *Levitiq.*, IV, V.

<sup>2</sup> *DEMOSTH. in Mid.* L'amende pouvait être doublée si elle n'était pas payée intégralement dans un certain délai.

<sup>3</sup> *V. D.* (XLIX, 14) et *Cod.* (X, 1), *De jure fisci*.

<sup>4</sup> *Nov.* 134, c. 13.

<sup>5</sup> *C. Cum secundum leges 19, De hæret.*, in 6; *C. Excommunicamus, De sentent. Excommunicat.*; *C. Ita quorumdam*; *C. Ad liberandam, De Judæis*.

<sup>6</sup> *C. In Archiepiscopatu, De raptor*; *C. 2, De maledic.*; *C. Postulasti, De Judæis*. Etc.

<sup>7</sup> *Institul. au dr. ecclési.*, par FLEURY, t. I, p. 171.

mende en leur propre nom, ni à la confiscation sans aucun prétexte <sup>1</sup>.

L'amende peut-elle être regardée comme ayant son origine dans l'usage de la composition? Cette origine paraît d'autant plus incertaine que l'amende profite au prince, tandis que la composition profitait à la partie civile. Il est plus naturel d'y voir une peine établie par le prince par suite de la perturbation de l'ordre public, même dans tout délit privé. Le prince est chargé de veiller à la conservation de cet ordre : le troubler, c'est donc offenser l'autorité chargée de le maintenir; c'est, de plus, la constituer en déperis de moyens préventifs, d'établissements de pénalité, de frais judiciaires. C'est donc lui donner le droit de réclamer une indemnité à titre de peine <sup>2</sup>. Cette origine n'en exclut pas une autre, celle de l'avidité du prince. La justice coûte peu à rendre chez les sauvages : il y a cependant des peuplades où le chef se fait payer une amende par le délinquant, alors même qu'il n'adjuge aucune indemnité au plaignant.

D'ailleurs, la composition en usage chez les Germains et les Barbares, chez les Juifs, les Perses, les Mahométans, les Chinois, chez tous les peuples pauvres et peu civilisés, où l'autorité publique n'est point assez forte ou assez pénétrée de l'étendue de ses devoirs pour se charger de punir le coupable; la composition, disons-nous, était moins une peine qu'une réparation civile; et alors même qu'elle eût été une peine, elle ne pourrait pas davantage représenter l'amende, puisque la peine a d'abord appartenu exclusivement à l'offensé ou à sa famille. Peut-être dirait-on que l'autorité civile, en se réservant la peine, s'est par là même emparée de la composition. Mais

<sup>1</sup> MUY. DE VOUGL., *Institut. au dr. crim.*, et D'HERICOURT, *Lois ecclési.*, p. 36. Mais l'official pouvait encore condamner à la prison perpétuelle ou à temps. Anciennement, il condamnait aux galères, au bannissement, à la torture ou question, au pitori, à l'échelle, au carcan, au fouet, à la marque par le fer chaud, à l'amende honorable *in figuris*, etc.

<sup>2</sup> GAIUM, *op. cit.*, paraît croire que l'amende a sa raison dans le trouble de la paix publique. Il l'oppose à l'amende *privée*, ou satisfaction, qui met fin à la *fehde* (vendetta), et l'appelle amende *publique*, p. 648. EWENS regarde l'amende publique elle-même comme une satisfaction encore, en cas de meurtre, attendu que la grande famille, la nation, se trouve privée d'un de ses membres. C'est la réparation faite au chef de la famille sociale.

l'observation serait inexacte, puisque du moment où l'action publique a été conçue et appliquée, l'action primitive, unique d'abord, est restée sous le nom d'action civile. La composition n'a donc fait que changer de nom; elle est devenue la réparation civile.

C'est l'action publique qui est nouvelle, et avec elle l'amende. Jusque là il n'y avait donc pas de peine, à proprement parler : si l'offensé ou sa famille ne pouvaient ou ne voulaient point composer avec le coupable, c'est alors seulement qu'ils le punissaient ou le faisaient punir par l'autorité. Cette peine, en satisfaisant leur besoin de vengeance, les indemnisait assez : ils ne demandaient point de réparations civiles. Le mal qu'ils souffraient de l'injure était censé pleinement guéri. C'est précisément parce qu'ils ne pouvaient cumuler la satisfaction de la vengeance et les avantages de l'indemnité, qu'ils finirent par donner la préférence à cette dernière, par la raison sans doute qu'ils étaient plus sensibles encore au mal physique ou matériel qu'au mal moral; à la perte de leurs biens, ou au plaisir de l'augmenter, qu'au besoin de venger l'offense.

Ce sentiment a tout à la fois un bon et un mauvais côté : il tendait à l'adoucissement des mœurs, à l'extinction des haines; mais il mettait l'argent au-dessus de l'honneur, de la vie, d'une sorte de devoir même. A tout prendre, cependant, il était plus favorable aux mœurs qu'il ne leur était contraire. Si l'amour du gain en était excité, il devenait par là même d'autant plus répressif.

Ceux qui n'acceptaient pas la composition cumulaient souvent la vengeance et les réparations civiles : de là des inimitiés individuelles, des guerres de familles, ou des guerres seigneuriales qui n'avaient pas de fin. C'était donc un très grand bien que les parties composassent d'elles-mêmes ou qu'elles y fussent contraintes par un pouvoir supérieur.

Au reste, cet usage des peuples primitifs <sup>1</sup> est encore en pleine vigueur chez les Chinois, où toutes les peines, excepté

<sup>1</sup> HOMÈRE, *Iliad.*, XVIII, 497, en décrivant le bouclier d'Achille, représente deux personnages qui se disputent devant le juge pour le *Weregeld* ou prix du sang.

Les Arabes ont encore leur *Tair* ou vengeur du sang, comme les Hébreux avaient leur *Goël*. Même usage chez les Kourdes.

celles du bannissement <sup>1</sup> et de la mort, sont rachetables à prix d'argent; encore les femmes sont-elles admises à se libérer pécuniairement de ces deux dernières <sup>2</sup>.

Ce n'est là qu'une commutation de peines, à laquelle le trésor impérial et l'humanité trouvent peut-être plus leur compte que la justice et la bonne police : car il faut dire que les fonctionnaires publics, les gradués, de simples particuliers peuvent aussi échapper au bannissement et même à la mort dans plusieurs cas particuliers <sup>3</sup>.

Chez les Francs, la composition a été tantôt contrariée, tantôt favorisée par le pouvoir supérieur. Childebert voulut la restreindre <sup>4</sup>; Dagobert renouvela les anciennes dispositions <sup>5</sup>; Louis le Débonnaire la prescrivit, à la demande du clergé, en 822, et cet exemple fut suivi par Charles le Chauve <sup>6</sup>. L'homme libre qui ne pouvait se racheter se mettait aux gages de l'offensé jusqu'à ce qu'il se fût entièrement acquitté envers lui <sup>7</sup>. Les compositions, dit Pastoret, se retrouvent encore dans plusieurs coutumes locales sous les premiers règnes de la troisième race <sup>8</sup>.

Il semblerait, d'après certaines mesures législatives, que la composition n'avait pas seulement lieu de partie à partie, à raison des intérêts civils, mais encore entre le coupable et le magistrat chargé de la vindicte publique.

Mais il est à croire que ce n'était là qu'un grave abus. Quoi qu'il en soit, défense avait été faite aux procureurs du roi, aux procureurs fiscaux des justices seigneuriales, aux seigneurs de ces mêmes justices, à qui les amendes et confiscations profitaient, de ne faire aucune composition à raison des crimes qu'ils étaient chargés de poursuivre, à peine, contre les seigneurs, d'être privés de leurs justices; contre les juges,

<sup>1</sup> Moins accommodants en cela que les anciennes lois de France, qui accordaient aux magistrats de l'Écluse la faculté de le remplacer par des amendes. (Ord. du 15 juillet 1456.)

<sup>2</sup> Code pénal de la Chine, t. I, p. 19.

<sup>3</sup> Ibid., p. 14.

<sup>4</sup> BALUZE, t. I, p. 30.

<sup>5</sup> Ibid., p. 18.

<sup>6</sup> Ibid., p. 627, 628 et 766.

<sup>7</sup> Ibid., p. 349.

<sup>8</sup> Lois pénales, 2<sup>e</sup> part., p. 142.

d'être privés de leur charge <sup>1</sup>. Un arrêt du Parlement de Besançon, en date du 6 septembre 1718, défend expressément à tous officiers des bailliages de son ressort d'entrer directement ni indirectement dans les transactions qui seraient faites sur une accusation, à peine de punition exemplaire <sup>2</sup>. La confiscation, peine pécuniaire la plus abusive, était en général inconnue dans les pays de droit écrit. Elle n'était pas admise par les Coutumes du Berri, du Boulonais, de la Touraine, du Loudunois, de La Rochelle, de l'Angoumois, de Calais, de Lille, de Tournay, de Cambrai, de Bayonne, de Saint-Sever; les Coutumes de Normandie, de Bretagne, d'Anjou, du Maine, du Poitou, de Ponthieu et du Perche ne l'admettaient que pour les meubles <sup>3</sup>. La confiscation pour crime de lèse-majesté et quelques autres s'exerçait au profit du roi sur les meubles et les immeubles <sup>4</sup>, au préjudice même des créanciers du condamné. Dans les autres cas le roi ne profitait de la confiscation que pour les meubles; le seigneur haut-justicier s'emparait des immeubles, sauf les droits des créanciers <sup>5</sup>.

La confiscation n'est si odieuse que parce qu'elle atteint les innocents plus encore que le coupable, parce qu'elle déplace les richesses avec préjudice pour le pays, et par un motif toujours suspect de cupidité. Le fisc se déconsidère en donnant à penser qu'il exploite l'infortune des particuliers, et qu'il s'enrichit en raison de la multiplicité des crimes. Les souverains les plus absolus en ont quelquefois rougi <sup>6</sup>.

On ne peut donc trop s'applaudir de l'abolition de ce genre de peine. Restent l'amende et les frais, puisque les indemnités et les dommages-intérêts ne sont pas, à proprement dire,

<sup>1</sup> Ordonn. de 1356, art. 2; Déclarat. du 13 août 1371; Ord. de 1535, ch. 13, art. 51; Déclar. de nov. 1554, art. 26.

<sup>2</sup> Recueil des édits et ordonn. de ce Parlement. — V. aussi la Coutume de Senlis.

<sup>3</sup> BERTONNIER, en ses Quest. de dr., v<sup>o</sup> Confiscation.

<sup>4</sup> Le roi prend tout, dit LOYSEL, Institut. coutum., liv. VI, tit. II, max. 20 et 21.

<sup>5</sup> La loi romaine réservait déjà ces droits : *Pennis fiscalibus creditores præponuntur.* (L. 7, D., De jure fisci.)

<sup>6</sup> La confiscation au profit de la couronne, en Russie, avait été abolie en 1785 et en 1802; mais les décrets de 1809, 1810 et 1820 l'ont rétablie pour les immeubles contre les nobles des provinces limitrophes qui, pendant une insurrection, se retireraient sans autorisation à l'étranger.

des peines. Nous avons déjà parlé de l'amende. Les frais devraient, autant que possible, être convertis en amende; ils seraient ainsi plus complètement supportés par la partie qui succomberait. C'est un grand mal que la justice criminelle et civile soit si coûteuse : d'une part, la peine s'en trouve considérablement aggravée; de l'autre, il devient impossible au pauvre de se faire rendre justice sans s'exposer à une ruine presque certaine. Si la justice doit être payée en partie par ceux qui réclament ses services ou qui les rendent nécessaires, il faudrait du moins rendre aussi peu onéreuse que possible une charge si contraire à l'esprit de libéralité et de désintéressement avec lequel la société doit remplir l'un de ses premiers devoirs envers ses membres. Que dire donc d'une législation ou d'une jurisprudence faisant peser les frais de procédure sur la partie civile qui obtiendrait gain de cause, ou sur le prévenu qui serait acquitté<sup>1</sup>. Mais je n'ai point à m'occuper de cette question.

Les peines pécuniaires, les réparations et intérêts civils mêmes doivent, autant que possible, être personnels<sup>2</sup>. Quand donc le condamné ne s'est point enrichi par son délit, la peine pécuniaire qui l'atteint semblerait devoir être remise à ses héritiers, à ses héritiers directs surtout. On peut dire cependant que s'il avait vécu la condamnation aurait eu ses suites, et que la succession future qu'elle frapperait s'en trouverait toujours diminuée d'autant. Mais cette raison n'a qu'une force apparente : le condamné père de famille qui survit à sa condamnation reste encore à sa femme et à ses enfants; il peut le plus souvent leur être utile encore. Lorsqu'au contraire il succombe, sa famille perd son soutien. J'oserais donc être d'un autre avis que Merlin et Cambacérés lors de l'examen de cette question<sup>3</sup>.

Quand il s'agit de la réparation d'un dommage causé, alors

<sup>1</sup> *Procès-verbaux du Conseil d'Etat*, séance du 31 mai 1808; Locré, t. XXV, p. 118.

<sup>2</sup> La solidarité existait à plus forte raison pour l'amende chez les peuples qui l'admettaient pour l'imputabilité et les peines afflictives, par exemple chez les Anglo-Saxons et autres barbares divisés en groupes ou unités domestiques ou civiles propres à faciliter l'action de la police et de la justice. Nous avons déjà reconnu cette solidarité. Cf. M. Du Bois, *op. cit.*, p. 157-182.

<sup>3</sup> V. *Théorie du Code pénal*, t. I, p. 223 et s.

même que le délinquant ne s'est pas enrichi par là, il se trouve avoir contracté une obligation par le fait de son délit ou quasi-délit; et cette obligation est une vraie créance sur ses biens : sa succession n'a donc de valeur nette que dans la proportion de ce qui reste après paiement intégral des charges, *deducto ere alieno*.

Il faut dire, toutefois, qu'il y aurait de la sévérité, de la dureté à faire peser minutieusement sur un homme pauvre toutes les conséquences pécuniaires résultant d'un quasi-délit survenu par son fait au préjudice d'un particulier opulent. Le juge doit ici chercher la conciliation de la justice avec l'humanité, conciliation qui n'est encore que de la justice, de l'équité.

Si la peine pécuniaire n'est point subie, c'est ou par impuissance ou par mauvais vouloir de la part du condamné. Si la loi manquait de moyens pour vaincre cette résistance ou pour remplacer une peine par une autre, il y aurait impunité. Ces moyens sont naturellement un travail forcé qui profite à l'Etat ou à la partie civile, jusqu'à concurrence du paiement intégral de l'amende ou des dommages-intérêts. Mais il pourrait arriver qu'un condamné ou un débiteur devint ainsi l'esclave de la peine, que son travail et sa liberté fussent indéfiniment aliénés. Il n'y aurait rien là qu'un fait strictement juste, surtout à l'égard du condamné ou du débiteur de mauvaise foi. Mais comme l'esclavage est antipathique à nos idées et à nos mœurs, les lois modernes, la loi française singulièrement, sont doublement indulgentes en pareil cas, puisqu'elles ne forcent point au travail le détenu pour dettes, et qu'en général elles limitent le temps de l'incarcération. Passé ce temps, le détenu est élargi, qu'il ait ou n'ait pas acquitté l'amende ou la dette, qu'il soit ou ne soit pas insolvable, qu'il ait ou non donné caution. Le créancier pauvre ne peut d'ailleurs nourrir son débiteur dans une maison d'arrêt. De sorte que la peine, pour ne pas être trop dure, devient souvent nulle.

## § III.

Des peines infamantes et morales. — De la mort civile.

## SOMMAIRE.

1. Peines infamantes proprement dites.
2. L'infamie ne peut atteindre l'homme sans honneur.
3. Nécessité d'attacher à l'infamie des effets qui seuls pourraient constituer une pénalité, même sans flétrissure morale.
4. Ces principaux effets. — Leur divisibilité.
5. La mort civile. — Examen de quelques-uns de ses effets généralement admis.
6. Autres peines morales.
7. Plusieurs ont été abolies. — De l'exposition.
8. Difficulté d'appliquer les peines purement morales.
9. Ont été infligées chez presque tous les peuples. — Chez les Juifs, — en Grèce, — etc.
10. Peines morales tenant à la religion.

Toute peine, avons-nous dit, entraîne en général un certain degré de mésestime publique pour celui qui l'endure. Sous ce rapport donc les peines infamantes ne forment pas une classe à part.

Mais il faut distinguer la perte de l'estime publique de la perte de certains droits de l'ordre moral : toute peine est essentiellement une réduction de nos droits. Or, les droits de la cité, ceux de la société en général, ceux qui tiennent aux liens de famille peuvent être enlevés toutes les fois que leur exercice deviendrait périlleux pour la cité, pour les relations sociales, pour la famille, et dans la mesure même de ce péril. Ils peuvent encore être ravés par le législateur toutes les fois que cette peine, sans être de nature à nuire à personne, est propre à faire souffrir l'amour-propre de celui qui l'endure, en réduisant au niveau de ses mérites la considération publique.

Celui qui ne jouit d'aucune estime ne peut, à la vérité, rien perdre à cet égard, surtout s'il le sait. Ceux, au contraire, qui sont très considérés et qui tiennent à l'être peuvent perdre plus que la vie. Mais celui qui s'estime, qui tient à la bonne renommée, est beaucoup moins en danger de faillir que celui qui n'en connaît pas le prix ou qui la méprise. Les peines infamantes, inutiles pour celui-ci, seraient souvent trop sévères

pour celui-là. Elles agiraient en raison précisément inverse de ce qu'elles devraient faire : plus il y aurait d'abjection, moins il y aurait de douleur dans la flétrissure légale; moins, au contraire, il y aurait de dégradation, plus l'opprobre serait sensible. Et comme le législateur, le juge lui-même, ne peut apprécier le degré de bassesse auquel est réellement descendu un coupable, c'est une raison pour en laisser l'estimation vague à cet autre tribunal dont les sentences sont vagues elles-mêmes, celui de l'opinion publique.

Le législateur et le juge doivent donc se prendre à quelque bien moral, à quelque droit plus certain, plus positif ou plus fixe, lors surtout qu'en privant de l'exercice de ce droit on en prévient un nouvel abus. Alors la peine aura au moins le mérite de l'analogie, et pourra plus facilement en avoir un autre encore, celui de la mesure. Il peut se faire, sans doute, que l'exercice de ces droits soit peu cher à celui qui en a mal usé; mais si à l'abus qui en est fait se joint un autre délit positif, il est clair qu'une peine particulière et principale doit atteindre ce délit, et que l'interdiction dont il s'agit n'est plus qu'accessoire et une juste garantie pour l'avenir, garantie suffisamment motivée, du reste, par l'abus du droit dont l'exercice est retiré.

Les principales peines de ce genre pourraient être la destitution ou l'exclusion de toute fonction publique; la privation du droit de vote, d'élection, d'éligibilité, du droit de porter aucune décoration; l'incapacité d'être juré-expert, d'être témoin dans des actes authentiques, de déposer en justice avec les formes solennelles qui supposent l'honneur et la vérité<sup>1</sup>; de n'être point admissible de droit, mais exceptionnellement et s'il y a utilité présumable, dans un conseil de famille, et aux fonctions de tuteur, curateur et subrogé-tuteur; la privation du droit de port d'armes; l'exclusion facultative du droit de faire partie de la garde nationale, de servir dans les armées, mais à charge alors ou de s'y faire remplacer à ses frais, et, en cas d'impossibilité, d'être employé à des travaux d'utilité publique représentant le service honorable que le condamné s'est mis dans l'impuissance morale de remplir.

Ces différentes peines peuvent être prononcées séparément

<sup>1</sup> BENTHAM a fait ressortir, dans sa *Théorie des peines*, etc., p. 440-454, le grave inconvénient attaché à l'incapacité légale de déposer en justice ou de servir de témoin dans les actes solennels.

ou cumulativement, principalement ou accessoirement, selon les circonstances. La privation des droits politiques n'entraîne point nécessairement celle des droits civils, celle des droits civils n'entraîne point celle des droits de famille, et réciproquement.

La mort civile est une autre espèce de peine du même genre, qui prive en outre le condamné d'un grand nombre d'autres droits civils<sup>1</sup> : elle entraîne, dans le droit français, la perte des biens possédés, l'incapacité de recueillir aucune succession, de transmettre à ce titre les biens que le condamné aurait acquis depuis sa condamnation; l'incapacité de disposer de ses biens en totalité ou en partie, soit par donation entre vifs, soit par testament; l'incapacité de recevoir à ce titre, excepté pour cause d'aliments; celle de procéder en justice en son nom, celle de se marier ou de continuer civilement à jouir des effets d'un mariage antérieur. (Art. 23 du Code civil.)

La mort civile, qui nous vient du droit romain, *mors civilis æquiparatur naturali*<sup>2</sup>, est jugée. On lui reproche, entre autres défauts, de manquer de justice, de moralité et d'humanité, en brisant les liens regardés comme indissolubles d'ailleurs par le Code, les liens du mariage. Le conjoint devrait, si l'art. 23 était conséquent, avoir la faculté de convoler. Il ne l'a pas. S'il vit avec le condamné, les fruits de leur union ne sont pas légitimes; et, de plus, ils ne peuvent hériter de leur parent mort civilement. La confiscation existe donc à leur préjudice; ils sont donc plus maltraités, ces enfants très légitimes, que les enfants naturels ordinaires, qui peuvent être ou légitimés par mariage subséquent, ou adoptés, ou recevoir par donation entre vifs ou testamentaire les biens de leur père ou mère. Il faut dire plus, le mariage est de droit naturel : le législateur a donc entrepris au-delà de ses droits en prétendant soit l'anéantir, soit l'empêcher. L'ordonnance de 1670 avait été plus sage; elle avait reconnu au mort civil la faculté de se marier, attendu que l'union de l'homme et de la femme est plutôt du droit des gens que du droit civil<sup>3</sup>; mais ces sortes de mariages n'avaient pas d'effets civils<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Ceci était écrit avant la suppression de la mort civile dans nos lois. Nous le laissons subsister comme l'expression de notre opinion à l'appui d'une réforme si nécessaire.

<sup>2</sup> L. *Relegati*, D., *De penis*.

<sup>3</sup> MUYART DE VOUGL., p. 76 et suiv.

<sup>4</sup> Les enfants ne pouvaient pas succéder à leurs parents. (*Déclaration du*

Être promené par les rues sur un âne, avec un chapeau de paille; assister à la potence; être blâmé ou réprimandé solennellement; être condamné à l'amende; être privé d'un office, d'un bénéfice, de privilèges; la condamnation à vider les fosses d'aisances, sous peine d'avoir ses meubles jetés par les fenêtres; la suppression des libelles et ouvrages, leur lacération ou mise au feu par la main du bourreau : telles étaient les peines infamantes proprement dites autrefois usitées en France<sup>1</sup>.

L'admonition, l'interdiction des officiers, leur suspension; la condamnation à faire brûler un cierge devant un autel, à ne pas fréquenter certains lieux; l'aumône, la peine du double, du triple, la saisie du temporel des ecclésiastiques; la prison, la peine du talion pour avoir calomnié; le décret d'ajournement personnel; celui de prise de corps; le plus ample informé, n'étaient pas réputées peines infamantes<sup>2</sup>.

Le bannissement à perpétuité hors du royaume, la condamnation de la mémoire, être traîné sur la claie après sa mort, faisaient partie des peines capitales. Le carcan, le pilori étaient rangés parmi les peines afflictives corporelles, tandis que les galères à temps, la réclusion dans une maison de force, la réclusion dans un monastère après avoir été authentiquée (fouettée) pour cause d'adultère, l'amende honorable, le bannissement à temps, l'exil, les œuvres serviles, la dégradation de la noblesse, appartenaient aux peines afflictives non corporelles<sup>3</sup>.

De toutes les peines infamantes ayant pour but propre de couvrir de confusion celui qui les endure publiquement, l'exposition a été la dernière à disparaître de notre Code pénal<sup>4</sup>. Déjà le carcan, cette autre peine barbare qui consistait à tenir

26 novembre 1639, art. 5 et 6.) La *Coutume de Normandie*, art. 277, renferme une disposition contraire. — Cf., pour les vices inhérents à la mort civile, BOITARD, p. 87-96. Cette peine a été justement abolie par le législateur français en 1855. La Belgique a rayé de son Code la mort civile en 1849. M. MOUJAN a publié en 1850, dans la *Revue du droit franç. et étrang.*, p. 370-391, 480-503, deux excellents articles sur la question. On peut voir un article de M. CAUVET dans la *Revue de législation et de jurispr.*, 1849.

<sup>1</sup> Jousse, 1, p. 68-76.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 76-84.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 42-68.

<sup>4</sup> Un décret du 12-14 avril 1848 et la loi du 2 janvier 1850 ont effacé les derniers vestiges de l'exposition. — Cf. BOITARD, p. 101-105.

un homme enchaîné comme un animal féroce, et à le montrer au public dans cet état d'humiliation, avait disparu de notre législation à la suite du pilori, de la claie, de l'authentique<sup>1</sup>, etc., etc. L'exposition publique tenait encore, et cependant les malfaiteurs effrontés en étaient peu touchés, ceux qui ne l'étaient pas le devenaient ou en étaient trop affectés. Le public s'habitua à ces spectacles, et ceux qui pouvaient en profiter n'y trouvaient trop souvent que des leçons d'impudence et de cynisme qu'ils se proposaient bien de répéter un jour avec aisance si la fortune les y contraignait. La populace, que ces sortes de spectacles intéressait, y montrait en général des dispositions peu favorables : elle insultait à la position des condamnés avec une joie inhumaine, ou avec une curiosité injurieuse et plus propre à révolter le patient, à provoquer son effronterie ou ses sarcasmes, qu'à l'humilier en le faisant rentrer en lui-même.

Rien de plus délicat à manier que les peines purement infamantes : il faudrait humilier le coupable sans le révolter et le pervertir, sans le déshonorer à jamais, sans en faire le jouet de la populace. Il faudrait que le peuple y trouvât un sujet de réflexion pour lui-même plutôt qu'une occasion de s'amuser cruellement, ou de s'indigner contre un malheureux, ou de le plaindre au point de regretter presque la peine qui le frappe.

Et cependant des peines de ce genre ont été infligées presque partout : l'honneur de convention est aussi ancien que la vanité. Chez les Juifs on ne privait pas ordinairement les condamnés de la sépulture<sup>2</sup>, mais on ne les déposait pas non plus dans le sépulcre de leurs pères ; deux tombeaux particuliers leur furent même destinés : on enfermait dans l'un ceux qui étaient morts par le feu ou la lapidation ; ceux qui mouraient par le glaive ou la corde étaient déposés dans l'autre. L'exclusion de la sépulture paternelle fut absolue pour les coupables lapidés ; pour les autres on abandonnait le corps à la famille lorsqu'elle le réclamait<sup>3</sup>. On suspendait quelquefois dans un lieu apparent les mains de l'homicide<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Ainsi appelés de l'authentique *sed hodie adultera*, etc. (L. 30, Cod., *Ad leg. jul. de adult.*)

<sup>2</sup> *Levit.*, x, 4; *Nomb.*, xi, 34; *IV Reg.*, ix, 35.

<sup>3</sup> *Misa*, iv, p. 236; *Selden, de Synedr.*, II, 13, § 4; *LEIDEKKER*, XII, 10, p. 694.

<sup>4</sup> *II Reg.*, iv, 12.

Cette mutilation ne se pratiquait qu'envers les coupables déjà morts, excepté dans le cas du talion<sup>1</sup>. Adonibezec, auquel on coupa les mains et les pieds, n'est pas un coupable condamné, c'est un ennemi vaincu<sup>2</sup>. Lui-même avait ainsi traité soixante-dix rois<sup>3</sup>.

En Grèce, l'infamie, *ἀφύα*, avait trois degrés. Dans le premier, le condamné, sans perdre la jouissance de ses biens, était privé de quelques-uns de ses droits de citoyen ; le second emportait l'interdiction temporaire des droits de cité, la confiscation des biens ; l'absolue interdiction des droits civils et religieux frappait le condamné et atteignait toute sa postérité<sup>4</sup>. Le manquement à l'honneur militaire était particulièrement atteint par l'infamie<sup>5</sup>.

Indépendamment de l'ignominie attachée à certaines sentences des censeurs, les Romains avaient aussi l'infamie résultant du vœu de la loi ou de la sentence du préteur : les condamnés pouvaient perdre jusqu'à la liberté, comme dans la grande *diminution de tête*<sup>6</sup>. Il y avait, de plus, des notes d'infamie attachées à certains états ou à certains délits<sup>7</sup>. L'infamie n'était inhérente qu'aux délits publics et à ceux des délits privés qui étaient à cet égard assimilés aux délits publics<sup>8</sup>. La fustigation n'emportait point par elle-même la flétrissure<sup>9</sup>.

Les peines infamantes, ou plutôt grotesques, étaient nombreuses et variées au moyen âge ; la discipline religieuse et la discipline civile y recouraient également<sup>10</sup>.

Les peuples modernes, plus soucieux de la dignité humaine,

<sup>1</sup> *Exod.*, xxi, 24 et 25; *Lévitiq.*, xxix, 19, 20; *Deutr.*, xix, 21; *JOSEPHÉ*, IV, 8, § 33-35.

<sup>2</sup> *Jug.*, i, 1-7.

<sup>3</sup> Cf., relativement à tout ce qui précède, *Deutr.*, xxxii, 24; *III Reg.*, xiii, 22; *xiv*, 14; *JÉRÉM.*, xlii, 19; *viii*, 6; *xxiv*, 20; *xxvi*, 30; *II MACH.*, v, 10; *NICOLAI, de Sepulcr. hebr.*, p. 107; *II Paralip.*, xxi, 19; *xxiv*, 25; *xxviii*, 27; *JOSEPHÉ*, ix, 5, § 5; 8, § 2.

<sup>4</sup> *ANDOCID., de Myster.*; *Schol. in Aristoph. Ran.*; *PLUTARCH., in Lyland.*

<sup>5</sup> *HERM. SCHELLING, de Solonis legibus apud orat. attic.*, Berol., 1842, p. 57-59.

<sup>6</sup> L. 6, § 2; l. 8, D., *De penis.*

<sup>7</sup> D., *De his qui infam. notantur.*

<sup>8</sup> L. 7, D., *De public. jud.*

<sup>9</sup> L. 22, D., *De his qui not. inf.*

<sup>10</sup> *MICHELLET, Orig. du dr. franç.*, p. 377-391.

ont été moins prodigues des peines qui ne sont propres qu'à divertir la populace.

Un genre de peines morales qu'on trouve dans quelques théocraties ou chez les peuples qui ont des religions d'Etat, ce sont celles qui ont un caractère religieux, ou même de simples menacés des peines réservées aux méchants dans la vie future. Les amendes honorables dans les églises appartiennent à la première espèce. On trouve des traces de la seconde dans les lois de Zoroastre et de Manou. C'est même, pour le législateur persan, la durée des châtimens de la vie future qui sert de base pour déterminer la durée des peines temporelles. Ainsi, un coupable reçoit autant de coups de fouet qu'il doit passer d'années en enfer. Sept cents ans d'enfer, sept cents coups de fouet par conséquent, pour quiconque manque à sa promesse à l'égard d'animaux domestiques qui ont rendu des services; huit cents pour cause de négligence grave à leur égard; neuf cents pour manquement envers un précepteur.

Un autre système de pénalité plus utile, c'est de donner au laboureur des ustensiles aratoires, des grains, des terres; au soldat des armes; au prêtre, de quoi faire des sacrifices <sup>1</sup>.

Les peines spirituelles étant généralement plus douces que les temporelles, et grâce à la confusion des deux ordres de juridiction, la pénitence supplanta quelquefois la peine: nous en avons déjà vu des exemples.

L'ancien usage de recourir aux pénitences pour se soustraire à la peine méritée se retrouve dans les droits russe, lithuanien et monténégrin. Les parents qui avaient tué leur enfant à dessein devaient, après avoir subi une année et demie de prison, se présenter en outre quatre fois dans l'année devant l'église, confesser leurs péchés en présence du peuple réuni, et promettre de s'amender.

Celui qui, monté à cheval, avait sans le vouloir renversé une femme enceinte et occasionné un avortement était tenu à une cérémonie analogue. Il ne restait pas debout à la porte de l'église, mais dans l'église même, sur un lieu élevé et préparé à cet effet. Il payait de plus des dommages-intérêts si, par sa faute, la mère ou l'enfant venait à mourir. Le même cas, prévu par la loi russe, est puni autrement <sup>2</sup>.

<sup>1</sup> PASTORET, *Zoroastre, Conf. et Mah.*, etc.

<sup>2</sup> MACIOWSKI, *op. cit.*, t. IV.

## CHAPITRE IX.

### *Du cumul des peines.*

#### SOMMAIRE.

1. Double signification de ces mots.
2. En général on doit éviter le cumul, lors surtout que le délit n'a pas un caractère complexe.
3. Peine principale et peines accessoires souvent inséparables.
4. Ce que sont en général les peines accessoires.
5. Difficulté à cet égard.

Les peines peuvent être cumulées de deux manières: ou lorsque étant de même nature, par exemple l'emprisonnement ou l'amende, l'une est ajoutée à l'autre et forme avec elle un tout dont les parties sont continues ou simultanées; ou lorsque étant de différentes natures, l'une est adjointe à l'autre.

Deux peines peuvent être réunies sans distinction de principale et d'accessoire, ou bien, au contraire, en donnant l'une comme conséquence de l'autre.

De plus, deux peines peuvent être infligées ou pour le même délit, ou pour plusieurs délits simultanés ou consécutifs <sup>1</sup>.

En général, on se borne autant que faire se peut, lorsque le délit n'est pas complexe, à un genre particulier de peine: elle est physique, ou morale, ou pécuniaire seulement. Mais, outre qu'il n'est pas toujours possible d'infliger la peine qui conviendrait le mieux, le délit est souvent de nature à demander une peine principale et une peine accessoire. Le moyen de laisser à un condamné aux travaux forcés à perpétuité ou à la déportation la jouissance de ses droits politiques, civils et famille? La chose fût-elle physiquement possible, elle ne le serait pas moralement.

<sup>1</sup> Le cumul de ce genre était prescrit par la loi romaine: « Nennunquam plura delicta concurrentia faciunt, ut illius impositas detur; neque enim delictum ob aliud delictum minuit pœnam. Qui igitur hominem subripuit et occidit, quia subripuit, furti, quia occidit, aquilia tenetur. Etc. » (L. 2, D., *De privat. delict.*)

Les peines accessoires sont en général des incapacités légales résultant des peines principales. Telles sont la mort civile, l'interdiction d'une certaine catégorie de droits, la surveillance de la haute police. Mais précisément parce que les peines accessoires résultent de la nature des choses et s'imposent comme d'elles-mêmes, c'est une raison pour rendre les peines principales moins sévères, et pour n'admettre comme accessoires que les peines qui le sont réellement, je veux dire indissolublement.

Dans le cas où plusieurs peines distinctes concourent pour frapper une même tête, la plupart des peuples se bornent à la peine la plus forte; remise est faite de la peine moindre. Il faut considérer comme peine plus forte celle qui, par rapport à une autre peine de même nature, est plus grave quant à la durée ou à l'intensité, en l'envisageant dans toute son étendue légale, sans du reste que le jugé soit obligé d'en appliquer le *maximum*.

Toutefois cette réduction des peines méritées par plusieurs délits distincts, séparés ou connexes, est une affaire d'humanité et non de stricte justice; il n'y aurait pas impossibilité juridique de faire subir à un individu coupable à plusieurs chefs toutes les peines dues à ses forfaits, soit simultanément si la nature des choses le permettait, soit successivement.

Il est certaines peines cependant dont la connexion pourrait avoir son danger, alors même qu'elle serait juste. Ainsi, c'était une mauvaise pénalité que celle des anciennes lois qui joignaient l'amende ou la confiscation aux peines afflictives. On ne se contentait pas de faire mourir un homme, on prenait encore ses biens à ses héritiers; heureux quand on n'assassinait pas judiciairement pour dépouiller de même. On conçoit encore que la possession la plus honnête d'une grande fortune soit le plus grand des crimes aux yeux d'un tyran cupide; mais que dire de l'absurde et inutile barbarie qui voulait que la maison du coupable fût rasée? N'était-ce pas le meilleur moyen d'attacher son souvenir aux lieux qu'il avait habités? Dans certains endroits même, comme à Saint-Amand en Flandre, on ne démolissait pas l'habitation du condamné, on y mettait le feu. Cette sauvage coutume fut abolie par une ordonnance de juin 1336.

## CHAPITRE X.

*De la légalité des peines.*

## SOMMAIRE.

Conditions pour qu'il y ait légalité dans la peine: qu'elle soit décernée par la loi; — que le degré en soit déterminé approximativement au moins; — appliquée au délit qu'elle est destinée à punir; — prononcée sur des preuves légales; — sur preuves juridiques suffisantes; — appliquée judiciairement; — par le juge compétent; — d'après les formes prescrites par les lois pénales existantes à l'époque du délit; — n'atteindra que les coupables; — infligée dans le temps, le lieu et de la manière voulue par la loi ou l'usage.

Une peine est légale aux conditions suivantes :

1<sup>o</sup> Elle doit être portée par la loi<sup>1</sup>, au moins quant à l'intention et à l'esprit.

Un grand défaut dans les lois pénales d'Athènes, c'est que souvent la peine qui devait atteindre un délit n'était pas déterminée par la loi. Il fallait alors deux jugements, l'un qui avait pour objet la question de culpabilité, l'autre celle de la peine méritée. Dans l'intervalle du premier au second jugement on demandait à l'accusé quelle peine il croyait mériter. Cette peine était ensuite discutée comparativement à celle qui avait été proposée par l'accusation; les juges prononçaient ensuite.

Qui croirait que le canton de Zurich, l'un des plus industriels, des plus peuplés, des plus éclairés de la Suisse, ne possédait pas encore un code de lois pénales, aucune loi pénale, dit Rossi<sup>2</sup>, en 1835? Depuis cette époque, ce canton a réparé une omission peu digne du rang distingué qu'il occupe dans la Confédération helvétique.

2<sup>o</sup> La deuxième condition requise pour qu'il y ait légalité dans la peine, c'est que le degré en soit déterminé par la loi, sans préjudice pour le pouvoir discrétionnaire à laisser au

<sup>1</sup> L. 431, D., *De verbor. oblig.* Exception en fait de discipline correctionnelle. Encore faut-il, autant que possible, qu'elle soit fixée par des règlements ou des avertissements préalables. (L. 10, D., *De legibus*.)

<sup>2</sup> *Traité de droit pénal*, t. I, p. 60.

juge; le degré lui-même est alors divisible; il a seulement un maximum et un minimum.

3° La peine doit être appliquée au délit qu'elle est destinée à réprimer <sup>1</sup>.

4° Elle ne doit être prononcée que sur des preuves légales, et non sur des preuves qui pourraient être personnelles au juge <sup>2</sup>. Moralement, la sentence qui se fonderait sur la connaissance que le juge aurait personnellement du fait serait irréprochable; mais elle ne serait pas juridiquement régulière.

5° Les preuves juridiques doivent être suffisantes, c'est-à-dire propres à produire la certitude morale <sup>3</sup>; si elles ne le sont pas, l'accusé doit être acquitté ou renvoyé avec la restriction d'un plus ample informé. Mais ce plus ample informé ne doit avoir lieu que sur des probabilités d'une certaine force et pour un temps défini. Le plus ample informé indéfini serait déjà une peine, une peine morale grave.

6° La peine doit être appliquée judiciairement, ou selon les formes voulues, et après les opérations préalables prescrites par la loi.

7° Elle doit l'être par le juge compétent <sup>4</sup>.

8° Elle doit l'être d'après les lois pénales existantes à l'époque du délit, à moins que l'accusé n'ait un intérêt à être jugé d'après une loi plus récente, car la rétroactivité en matière criminelle peut être admise en faveur de l'accusé si l'intérêt public ne s'y oppose point <sup>5</sup>. Il n'y a donc pas injustice à juger un délit d'après une loi plus sévère sous l'empire de laquelle il aurait été commis; mais il y aurait injustice à lui appliquer une loi nouvelle plus dure que celle qui existait au moment où le délit a eu lieu.

9° La peine ne doit atteindre que les coupables <sup>6</sup>. Notre an-

<sup>1</sup> L. 10, D., *De legibus*.

<sup>2</sup> L. ult., Cod., *De probat.*; Capit. CAR. MAGN., l. 156, lib. v.

<sup>3</sup> L. 5, § 1, D., *De penis*.

<sup>4</sup> L. 131, D., *De verbor. obligat.*

<sup>5</sup> Il ne serait pas plus juste d'exhumer d'anciennes lois plus sévères que les lois actuelles, que d'appliquer aux cas présents des lois postérieures plus défavorables aux accusés. Il paraît cependant que cela se pratiquait chez les Romains. (Cic., *de Amic.*, II; *Catil.*, IV, 4; — SALLUST, *Jug.*, 31; — APPIEN, I, 17; — VALER. MAXIM., IV, 7, 1.

<sup>6</sup> L. 18, Cod. Théod., *De penis*.

cienne jurisprudence exceptait mal à propos le crime de lèse-majesté; c'était un fâcheux emprunt au droit romain <sup>1</sup>. Certaines lois barbares avaient été plus sages. La loi des Wisigoths est formelle à l'égard de la personnalité des peines: elle n'y met point d'exception <sup>2</sup>. La loi saxonne était moins équitable <sup>3</sup>. Mais dans l'antiquité, où le principe de la solidarité était en général facilement admis, on était moins scrupuleux sur l'étendue de l'imputabilité quant aux personnes. C'est ainsi qu'en Macédoine et en Perse les parents du coupable de lèse-majesté étaient condamnés à mourir <sup>4</sup>.

Ailleurs, la même responsabilité atteignait les innocents pour délits publics d'une autre nature ou pour délits privés. Toute la parenté d'Aman fut pendue avec lui <sup>5</sup>. Une empoisonneuse athénienne, Théoris, fut condamnée à mort avec tous les siens <sup>6</sup>. Tous les proches d'Hannon partagèrent sa fin tragique. A Rome même, lorsqu'un maître était tué par ses esclaves, ceux d'entre eux qui n'avaient pris aucune part au crime, les affranchis demeurant sous le même toit, étaient également punis du dernier supplice <sup>7</sup>. Au Pérou, si une fille consacrée au soleil manquait à ses obligations de continence, elle était enterrée vive, son séducteur pendu, et la ville où cet homme était né détruite, l'emplacement maudit et désert <sup>8</sup>. Au Japon, la peine atteint tous les proches parents du coupable <sup>9</sup>. Une loi semblable existait autrefois en Russie. En Chine, lorsqu'il se commet quelque grand crime, les mandarins de la circonscription administrative sont révoqués, et les parents punis <sup>10</sup>. La loi de l'empire du Milieu permet aussi que l'innocent partage

<sup>1</sup> L. 15, § 3, D., *Ad senat. Turpil.*

<sup>2</sup> « Omnia crimina sequantur auctores. Nec pater pro filio, nec filius pro patre, nec uxor pro marito, nec maritus pro uxore, nec frater pro fratre, nec vicinus pro vicino, nec propinquus pro propinquo ullam calumniam pertimescat. Sed ille solus judicetur culpabilis qui culpanda commisit, et crimen cum illo qui fecerit, moriatur: nec successores aut heredes pro factis parentum ullum periculum pertimescant. » (*Leg. Wisig.*, l. VI, t. 1, l. 48.)

<sup>3</sup> Tit. 2, l. 5.

<sup>4</sup> CLAUD., *ad Horat.*; AM.-MARCEL., XXIII; Q.-CURT., VI-VIII; JUSTIN., X.

<sup>5</sup> DANIEL, VI, 24.

<sup>6</sup> DÉMOSTR., in *Aristog.*

<sup>7</sup> TACIT., *Annal.*, XIV.

<sup>8</sup> *Hist. des Incas*, IV, 3.

<sup>9</sup> *Atlas hist.*, t. V, *Disc. sur le Jap.*, p. 168.

<sup>10</sup> Le P. LE COMTE, *Lettre IX*.

le sort du coupable ou soit puni en sa place. Les fils et les petits-fils, les épouses et les frères sont autorisés à suivre les condamnés dans leur exil, quelque éloigné qu'il soit; et tous les proches parents ont la faculté de recevoir des soufflets, des coups de fouet, et autres légers châtimens, à la place de leurs anciens<sup>1</sup>.

Que l'on considère la peine ou comme une rétribution du mal physique pour un mal physique, ou comme une rétribution du mal physique pour un mal moral, ou comme un exemple propre à intimider, ou comme un moyen d'améliorer le coupable, ou comme une sorte de satisfaction donnée à la justice, une réparation du désordre moral (ce qui rentre dans le second point de vue), elle doit être supportée par le coupable, et par le coupable seul. Elle ne peut l'être utilement par l'innocent. S'offrir-il à l'endurer, sa réparation ne réparerait rien au fond, ne devrait rien réparer. S'il ne s'offrait pas de lui-même en expiation, il y aurait un crime de plus.

Il suffit, pour mieux comprendre encore la vérité de cette proposition, d'expliquer l'illusion qui a vraisemblablement donné naissance à l'opinion contraire. Deux peuplades sont en guerre; elles ne se connaissent point de personnes à personnes, d'individus à individus. Elles sont l'une pour l'autre deux personnes morales comme deux corps de nation. Il s'agit de tirer vengeance d'un meurtre commis par l'un des membres de l'un de ces deux corps sur un des membres de l'autre. La peuplade à venger demande le meurtrier; on lui propose un innocent qui veut bien payer pour le coupable, et l'innocent est accepté. Pourquoi? parce que le peuple offensé ne voit dans le peuple d'où l'injustice est partie qu'un tout, un corps, une personne, laquelle est coupable dans l'un de ses membres; et c'est cette personne coupable qu'elle veut châtier dans l'un de ses membres encore, sans rechercher autrement celui d'entre eux qui a commis le crime. La peine est censée ressentie de cette manière au même degré que suivant l'autre mode dans la personne collective qu'on punit, puisqu'elle est supposée secrètement avoir conscience de tous ses membres.

On assimile encore, sans qu'on s'en doute, la dette criminelle à une dette civile. L'essentiel, au civil, c'est que le

<sup>1</sup> *Mém. concern. les Chin.*, IV, p. 158.

créancier soit désintéressé. Un tiers peut donc libérer le débiteur; c'est tout simplement une générosité faite par celui qui paie à celui qui doit, chose très permise assurément.

Mais en matière criminelle, si le dévouement est permis, s'il est excusable au moins à certains égards, il n'est pas acceptable par la justice: ce n'est pas une victime quelconque qu'il lui faut, comme il faut un certain nombre d'écus à un créancier<sup>1</sup>; il s'agit, au contraire, d'une équation à rétablir: il y a un mal physique mérité par un mal moral dans un agent déterminé, agent qui est par conséquent la seule personne dans laquelle puisse être rétabli l'équilibre de la justice, parce que c'est là qu'il pèche, et pas ailleurs. C'est là qu'est la dette active, qu'est la créance; c'est là qu'il faut combler le vide en payant.

Le vrai créancier en matière criminelle c'est donc la justice, qui veut être satisfaite dans la personne et par la personne du coupable, et qui ne peut l'être que de cette manière. Ce n'est pas une souffrance, une douleur en général qu'il lui faut, comme il faut une certaine quantité d'écus à un créancier, mais bien une peine, c'est-à-dire une souffrance dans un sujet coupable et parce qu'il est coupable: sans quoi il n'y a plus de peine, plus de dette payée. Tous les tiers possibles ne sont et ne peuvent être que des agents de la justice, mais nullement des débiteurs par elle acceptables.

C'est donc un genre de justice digne des temps les plus gros-

<sup>1</sup> Les écus sont essentiellement de nature à représenter d'autres écus; ils sont, à cet égard, du nombre des choses où l'espèce est tout et l'individu rien: si bien que ce sont les mêmes écus qui sont censés rendus dans un prêt, quoiqu'il n'en soit rien du tout. Mais en droit criminel, ce n'est pas une douleur abstraite à souffrir par une personne quelconque, qui est méritée, qui est due: c'est une douleur déterminée par le caractère de pénalité, et qui dès lors ne peut être subie que par le coupable. Si elle est endurée par un autre, que cet autre le veuille ou non, elle perd son caractère de peine; elle n'est plus qu'une douleur sans raison, ou même contre toute raison juridique. Ce n'est plus qu'un paralogisme absurde ou horrible en matière pénales. C'est à peu près comme si, en matière civile, on payait à un autre qu'à celui auquel on doit. Il y a toutefois cette différence qu'en matière criminelle le créancier c'est la justice absolue, qui ne peut souffrir que ce qui lui est dû soit remis à un autre. Il ne suffit donc pas que le coupable consente à n'être pas puni, à voir un innocent souffrir en son lieu et place. Cette prétendue substitution est aussi impossible qu'il est impossible qu'un coupable soit innocent, qu'un innocent soit coupable, ou que l'un soit l'autre.

siers que celle où l'innocent est admis à la peine pour le coupable. Aussi le retrouvons-nous chez les sauvages. Un meurtre ayant été commis sur un membre de la tribu des Chactas par un jeune sauvage d'une peuplade voisine, les Chactas demandèrent le coupable. Il allait être livré, lorsque le père du meurtrier, reconnaissant que la réclamation était juste, mais que le coupable serait plus utile à sa femme et à ses jeunes enfants que lui, faible vieillard, offrit sa tête à la place de celle de son fils. Son dévouement fut accepté<sup>1</sup>. La conduite de ce père infortuné se conçoit, c'est du dévouement; mais celle des Chactas ne se comprend qu'à l'aide des illusions dont nous avons parlé.

J'ai dit que le dévouement ne serait pas toujours juste : il serait très répréhensible s'il était accompagné de la croyance que le coupable épargné aujourd'hui reprendra demain sa vie criminelle.

10. Une dixième et dernière condition pour que la peine soit légale, c'est qu'elle soit infligée dans le temps, le lieu, et de la manière voulue par la loi ou par l'usage<sup>2</sup>.

## CHAPITRE XI.

### *Comment finit la peine.*

#### SOMMAIRE.

1. La peine prend fin de huit manières.
2. Réflexions sur chacune d'elles : la mort, — la prescription, — la grâce, — la peine subie, — les asiles, — le bénéfice d'une loi nouvelle, — la transaction, — la commutation. Ces deux derniers modes n'en éteignent qu'une partie.
3. Compensation de la peine.

La peine finit : 1° par la mort du condamné; 2° par la prescription; 3° par la grâce; 4° par l'exécution de la sentence; 5° en mettant sous la protection des asiles réservés aux condamnés qui parviennent à s'y abriter, ce qui est une sorte de

<sup>1</sup> NOUGARET, *Beautés de l'hist. des Etats-Unis de l'Amér. sept.*, 2<sup>e</sup> éd., p. 260.

<sup>2</sup> L. 18, § 15, D., *De penis*.

grâce ou de prescription; 6° par le bénéfice d'une loi applicable aux condamnés. Elle finit encore, mais d'une manière relative ou partielle seulement : 7° par la transaction; 8° par la commutation.

La mort n'a cependant pas toujours suffi pour apaiser le ressentiment des offensés ou de la société; on a plus d'une fois exercé une sorte de vengeance sur les dépouilles inanimées d'un accusé ou d'un condamné. Mais c'est oublier ce que l'humanité se doit à elle-même :

« Mortel, ne garde pas une haine immortelle. »

La prescription de la peine par le bannissement volontaire est justement regardée comme un moyen de mettre fin à la peine, puisque le bannissement est une peine réelle. Ce n'est peut-être pas toute la peine méritée; mais, on le sait, l'humanité n'est pas déplacée dans les lois pénales; elle n'est pas, non plus, dangereuse ou inutile quand elle ne va pas jusqu'à l'impunité.

La grâce est une faveur du prince qui doit être dispensée avec sagesse et réserve, sans porter atteinte ni aux droits privés ni à l'ordre public. Aux Etats-Unis, elle est exercée au nom du peuple par le gouvernement de chaque Etat, et par le président de la république quant aux peines prononcées par les cours de l'Union.

Le droit d'asile était bon pour protéger l'accusé à une époque où la justice était sans force, et où le peuple et les particuliers sévissaient sans information et sans mesure contre ceux qu'ils croyaient coupables; mais le droit d'asile accordé aux condamnés dans une société où la justice est régulièrement administrée est un grave abus : il provenait en général de la rivalité des pouvoirs ou des juridictions, de certaines prérogatives inconsidérément accordées ou arrachées par l'orgueil à un pouvoir faible ou aveugle. Il pouvait résulter encore d'un sentiment d'humanité mal conçu : telle fut sans doute l'origine de la prérogative des évêques d'Orléans, qui avaient la faculté, en prenant possession de leur siège, de mettre en liberté un certain nombre de détenus.

Il faut distinguer, du reste, entre le droit d'asile qui met à l'abri des poursuites ou les retarde pour les rendre plus régulières, et le droit d'asile qui tend à éluder la condamnation.

Nous n'avons pas à parler ici du premier de ces droits; il appartient à la procédure criminelle.

La transaction qui a lieu, de l'agrément de l'autorité, entre le condamné et la partie lésée à laquelle la peine physique est censée profiter, est un arrangement en vertu duquel une première peine prend fin, en totalité ou en partie, suivant qu'elle est entièrement remplacée par une peine différente, ou qu'elle est simplement réduite.

La réparation civile devient ainsi toute la satisfaction donnée à la société. La loi des Bourguignons avait réuni le droit d'asile et celui de la transaction: elle forçait le criminel réfugié dans un temple à se racheter par une amende pour les fautes légères, et pour les crimes capitaux par une composition que réglait elle-même la personne offensée<sup>1</sup>. Nous avons parlé ailleurs de la transaction dans la poursuite des délits ou du désistement<sup>2</sup>, qu'il ne faut pas confondre avec la composition, dont il est ici question.

C'est encore une transaction sur la nature et la durée de la peine lorsque le condamné à mort, par exemple, consent à se prêter à certaines expériences ou opérations périlleuses, ou à courir tel ou tel danger plus ou moins grand, à rendre à la société ou à des particuliers des services déterminés, à la condition d'être déchargé d'une peine prononcée contre lui. Mais, en supposant qu'il n'y ait rien d'immoral dans ces sortes d'arrangements entre le pouvoir public et le condamné, il faut encore, pour qu'il soit irrépréhensible du côté de la justice, que le condamné consente librement à cette espèce de commutation.

Une peine ne serait irrémissible qu'autant, avons-nous dit, qu'en la remettant on nuirait à des tiers qui ne seraient pas eux-mêmes disposés à pardonner.

C'est dire que le pouvoir exécutif n'a pas le droit d'être généreux si l'impunité devait tourner au préjudice de particuliers déterminés ou de la société; mais qu'il peut faire grâce, qu'il le doit même au point de vue de l'intérêt social, si cet intérêt a plus à gagner par le pardon que par l'exécution de la sentence de condamnation, sans du reste que les droits d'aucun particulier puissent en souffrir.

<sup>1</sup> Tit. 70, l. 2, 3, 4.

<sup>2</sup> Voir, sur cette question, ATRAULT, *Ordr. form. et instruct. judic.*, II, art. 4, § 83 et 84.

La peine peut encore être commuée en une peine inférieure, si le condamné semble l'avoir été trop sévèrement, ou s'il s'est concilié l'intérêt de ceux qui l'approchent et qui sont en état de le bien connaître.

Si la peine est diminuée pour la première de ces raisons, ce n'est que justice; si elle l'est pour la seconde, c'est une faveur, il est vrai, mais cette faveur est moralement méritée, et, par hypothèse, elle ne coûte rien à personne.

Ajoutons que l'implacabilité va mal à l'homme, à la société, au souverain; qu'elle est doublement onéreuse par le travail moins productif auquel se livre le détenu, et par les frais qu'il coûte à la société. Elle lui est onéreuse à d'autres égards encore, puisque l'homme privé de sa liberté, privé de relations avec les gens de bien, isolé, ou en rapport avec les méchants, peut avoir tellement à souffrir de cet état qu'il en perde la santé du corps et de l'esprit, l'intelligence, la moralité et même la vie.

On ne peut donc être arrêté sur cette voie de la clémence que par une juste considération d'intérêt public ou privé, c'est-à-dire par les dispositions mêmes du condamné, lorsqu'il ne présente point les garanties nécessaires pour qu'on puisse au moins impunément user de cette bonté envers lui<sup>1</sup>.

Mais puisque c'est là le grand obstacle à l'adoucissement de la peine ou à la rémission complète de ce qui en reste à subir, il faut en conclure que la société fait une œuvre sage, utile et morale en s'efforçant, par la manière dont elle traite le condamné, de ramener en lui des dispositions qui permettent d'user de clémence à son égard. C'est là une tendance très prononcée aujourd'hui chez les nations les plus civilisées.

Quant à la compensation de la peine par les services rendus ou qu'on peut raisonnablement attendre de la part du délinquant, elle ne peut en général être entendue en ce sens qu'il doive échapper à l'action de la justice, qu'il ne doive pas être

<sup>1</sup> La commission nommée pour procéder à la révision du Code pénal de la Belgique proposait également la suppression des *peines perpétuelles*, par cette considération surtout qui avait déjà frappé le Congrès de Francfort, c'est que l'emprisonnement individuel étant plus dur que l'emprisonnement en commun, il est juste qu'il soit moins long; et, s'il est moins long, il cesse d'être perpétuel.

mis en accusation. Cela ressemblerait trop à l'impunité et à un privilège odieux.

Mais on peut avoir égard à ces circonstances, soit pour infliger une peine moins sévère, soit pour adoucir la peine prononcée, soit pour la commuer ou la remettre entièrement. De cette manière la justice a son cours, et la reconnaissance publique son effet.

## APPENDICE.

### TABLEAU DES DÉLITS.

#### I. Délits contre les personnes.

##### 1° Contre la personne physique.

##### A. Contre l'existence.

##### a) Homicide.

α) Homicide proprement dit.

β) Meurtre.

γ) Assassinat.

##### B. Contre la personne physique.

##### a) Mauvais traitements.

α) Coups.

β) Blessures.

γ) Mutilation.

##### b) Contrainte, violence.

α) Négative, empêchement.

β) Positive.

αα) Contrainte proprement dite.

ββ) Détention arbitraire (charte privée).

##### C. Contre la tranquillité physique et morale.

a) Menaces.

b) Sûreté compromise.

c) Violation du domicile.

##### 2° Contre la personne intellectuelle, morale et religieuse.

##### A. Contre la personne intellectuelle.

a) Tromperie juridiquement préjudiciable.

b) Persécution de la pensée exprimée, ou empêchement de l'exprimer.

c) Atteinte portée aux facultés intellectuelles, par breuvages ou autrement.

##### B. Contre la personne morale et religieuse.

a) Diffamation, calomnie, médisance, injures, faux témoignage.

- b) Violence exercée contre la conscience d'autrui pour l'empêcher de faire ce qu'il croit bon et qui ne nuit à personne, ou pour l'obliger à faire ce qu'il croit mauvais, sans que le droit d'autrui l'exige.
- c) Empêcher quelqu'un de vaquer au culte socialement innocent de son choix.
- d) Forcer quelqu'un à l'exercice d'un culte (même innocent, même salutaire) qu'il n'affectionne point.

II. Délits contre les choses, comme moyens physiques à l'usage des personnes, — et contre les associations ou institutions.

1° Contre les choses.

A. Empêcher injustement :

- a) L'acquisition des choses utiles.
- b) La conservation.
- c) L'usage.
- d) La transmission.

B. Tromper dans les contrats : fol, fraude.

2° Contre les associations.

A. Contre les associations à but spécial.

- a) Association agricole, industrielle, commerciale.

b) Lésions faites par :

- α) Des administrateurs ;
- β) De simples associés ;
- γ) Des tiers.

Le préjudice porté à une société peut être matériel ou moral.

B. Contre les associations à but général.

a) Domestique :

- α) Par des membres de cette espèce de société.

αα) Infidélité, abandon entre mari et femme.

ββ) Abandon des enfants, mauvais traitements exercés contre eux par les parents. — Infanticide.

γγ) Parents outragés, maltraités par les enfants. — Parricide.

δδ) Injustice des maîtres envers les serviteurs.

εε) Infidélité des serviteurs envers les maîtres.

ζ) Par des tiers.

αα) Séduction, rapt, adultère.

ββ) Corruption d'un enfant.

γγ) Viol, suppression d'état, etc.

δδ) Supposition de part, etc.

b) Association communale — comme la suivante, *mutatis mutandis*.

c) Association civile :

α) Par les membres de cette société. — Exercice illégal du pouvoir ou des fonctions publiques.

αα) Lèse-nation.

ββ) Atteinte à la constitution.

γγ) Haute trahison.

δδ) Malversation, forfaiture, etc.

ζ) Par les simples citoyens.

αα) Lèse-majesté, régicide.

ββ) Atteinte à l'ordre, à la sûreté, à la sécurité publique.

γγ) Complot, conspiration, conjuration, révolte.

δδ) Émeute, insubordination, rébellion.

εε) Refus des services exigibles : militaire, civil, pécuniaire.

ζζ) Contre les biens de l'État ou du public : fausse monnaie, altération des monnaies, falsification du papier-monnaie ; vol des biens de l'État, dégâts exercés contre eux.

η) Par des tiers. — Délits internationaux.

d) Association internationale. — Délits contre le droit des gens naturel et les traités.

- e) Association cosmopolitique, humanitaire. — Droit des gens encore, mais surtout moral. Droits de l'homme mis sous la protection du genre humain. — Délits contre ces droits.

Sans attacher une très grande importance à des synthèses de genre de celle-ci, nous les croyons cependant assez utiles pour en donner encore un autre tableau. Celui qui précède est plus général, plus approprié à notre ouvrage. Celui qui suit est plus détaillé, plus convenable peut-être comme plan et comme table méthodique d'un code pénal. C'est un des plus complets et des mieux exécutés que nous connaissons. Nous l'extrayons de la *Philosophie du droit* (Philosophische Rechtslehre) de ZACHARIE (Théod. Maximil.).

### I. Délits contre les droits des particuliers, délits privés.

#### 1° Ceux qui violent les droits primitifs internes de l'homme.

##### A. Délits contre la vie et la jouissance de la vie.

###### a) Homicide.

aa) Homicide simple.

bb) Homicide qualifié.

α) Homicide accompagné de vol (*latrocinium*).

β) Assassinat (homicide que l'on fait commettre par un autre pour de l'argent).

γ) Parricide, trois espèces.

αα) Commis sur ascendants, sur ses parents, *parricide* proprement dit.

ββ) Infanticide, parricide commis sur ses enfants ou ascendants.

γγ) Homicide commis sur des proches en général.

b) Délits contre la liberté personnelle, pour toute la vie ou pour une partie de la vie (*placium*). — Le *stuprum violentum* et le *crimen raptus* en sont des modes particuliers.

##### B. Délits contre les droits de conserver, d'exercer et

de perfectionner ses facultés spirituelles et corporelles.

a) Délits contre les facultés spirituelles (*delicta in vires mentis humanæ*).

b) Délits contre les facultés corporelles.

#### 2° Délits contre les droits naturels extérieurs de l'homme.

A. Contre le droit d'être en rapport organique avec ses semblables (particulièrement la *castration*; occasionner volontairement la *stérilité*). — L'*adultère*, la *bigamie* et l'*inceste* sont plutôt de simples délits de police (*mehr bloss Polizeyvergehen*), dans l'acception la plus stricte qui sera indiquée plus bas, que des crimes proprement dits.

B. Contre la possession (*jus possidendi*).

a) Le vol. — Il faut y joindre le *sacrilège* et le *péculat*.

b) La *rapine*, vol à main armée.

c) L'incendie.

C. Contre le droit de commercer avec ses semblables : *tromperie* (*falsum*). Il y en a de plusieurs sortes.

D. Contre le droit de vivre en société avec ses semblables (de jouir auprès d'eux d'une *bonne réputation*; — *injures*).

### II. Délits contre les droits publics, délits publics.

#### 1° Contre la constitution de l'Etat.

A. Contre toutes les parties de la constitution, sans distinction.

a) Haute trahison (*crimen perduellionis*).

b) Lèse-majesté (*crimen læsæ majestatis*). — La constitution est ici *indirectement* attaquée tout entière.

B. Contre quelques parties de la constitution.

a) Associations illicites destinées à paralyser ou à entraver le pouvoir.

b) Résistance à l'autorité publique (*tumultus*), qu'il ne faut pas confondre avec la rébellion.

c) Manœuvres coupables pour obtenir un em-

- ploi ou parvenir à une fonction publique (*crimen ambitus*).
- d) Délits commis dans l'exercice des fonctions, malversation.
- aa) Contre un jugement judiciaire.
- bb) Abus du pouvoir public qu'on a entre les mains (*vis publica*).
- cc) Concussion, exaction, extorsion (*crimen repetundarum*).
- 2° Contre le pouvoir public, le gouvernement proprement dit.
- A. Contre le pouvoir criminel (*criminal Gewalt*).
- a) En s'arrogeant le droit de punir soi-même.
- aa) Violation de la forme de la juridiction criminelle qu'on a indûment exercée.
- bb) Abus du droit de défense nécessaire (*Nothwehr*).
- b) Mise en liberté d'un individu légalement détenu.
- B. Contre le pouvoir civil.
- a) Exercice illégitime du pouvoir judiciaire.
- b) Illégale défense de soi-même (*Selbsthülfe, vis privata*).
- C. Contre la police publique. — Les principaux délits de ce genre sont :
- a) Le blasphème, qui ne doit être puni que comme scandale;
- b) Le faux-monnayage, la contrefaçon du papier-monnaie.
- D. Contre l'administration financière.
- a) En levant des impôts de son chef;
- b) En détournant les fonds publics dont on a la garde (*crimen residui*).
- E. Contre le pouvoir de faire la guerre et la paix.
- a) En se soustrayant frauduleusement au service militaire.
- b) Insubordination, désertion, etc.

Le livre de Zachariae renferme de très bonnes choses, et distribuées d'une manière parfaitement logique, ainsi que tout le

reste de l'ouvrage, sur l'appréciation des différents degrés de culpabilité, etc., p. 155-166. Nous ne rapporterons ici que les principes qu'il établit à ce sujet, et dont il tire de nombreuses conséquences.

I. Estimation de la gravité objective des délits.

Un délit est d'autant plus punissable :

- 1° Que la violence du droit est plus grande en soi;
- 2° Qu'elle est une occasion plus prochaine de commettre de nouveaux délits;
- 3° Qu'il est plus difficile de s'en garantir.

II. Estimation de la gravité subjective des délits.

Un délit est d'autant plus punissable sous ce rapport :

- 1° Qu'il décèle plus de dépravation dans le coupable;
- 2° Qu'il y a plus de liberté dans sa perpétration, et que l'agent en est la cause plus essentielle.

Ici se présentent les questions des degrés d'intention, de lumières, de perpétration, de cause morale ou physique, de complicité, etc.

Relativement à la procédure criminelle, l'auteur pose les principes suivants :

- I. Les débats criminels doivent être publics, et avoir lieu de vive voix plutôt que par écrit.
- II. L'Etat doit admettre, en ce qui concerne la recherche et la poursuite des délits, la maxime : « Pas de plaignant, pas de juge, » mais dans les cas seulement où il y a des accusateurs publics préposés à la recherche des délits.
- III. La législation sur la procédure criminelle ne doit être ni trop surchargée de formalités, ni trop expéditive.
- IV. Les formes à suivre doivent avoir pour but l'examen et la décision de ces deux questions :
  - 1° A quelle catégorie de délits appartient provisoirement le fait incriminé, et quels sont les faits qui tendent à prouver qu'il a été commis, et dans quelles circonstances objectives;

2° Qui est l'auteur, ou quels sont les auteurs de ce fait, et quelle en a été l'intention, la disposition (circonstances subjectives).

V. La peine ne peut être prononcée par le juge contre un accusé qu'autant qu'il y a preuve *complète et directe* de l'existence du délit et de son imputabilité déterminée.

VI. Une fois la sentence portée, plus de recherche possible en cas d'absolution, plus d'instruction nouvelle en cas de condamnation : — ce qui n'est point exclusif du droit de grâce, qui ne doit être exercé qu'avec beaucoup de mesure.

Zachariæ, partant du principe que tout droit revient à celui de la liberté, réduit aussi toutes les peines à la privation directe ou indirecte, pour toujours ou pour un temps, de la liberté. Les peines pécuniaires portent elles-mêmes sur la liberté, en ce sens qu'elles en atteignent les fruits, etc. Il rejette la confiscation, n'admet la peine capitale que comme une sorte de *jus necessitatis*, et repousse la marque, la torture, etc., p. 151-155.

## ERRATA.

P. 8, lig. 19, l'argent, lisez : l'agent.

32, lig. 24, manquer aux uns et aux autres, lisez : leur manquer.

41, lig. 14 et 15, possibles commis, lisez : qu'il est possible de commettre.

51, lig. 9, qu'y, lisez : que d'y.

52, lig. 20, de loi, lisez : de la loi.

TABLE DES CHAPITRES <sup>1</sup>.

## PREMIÈRE PARTIE.

## LIVRE I.

## Des Délits en général.

CH. I. Essence du Délit; — ses Conditions . . . . .	1-11
II. Envers quels êtres on peut délinquer. . . . .	11-18
III. Qui est-ce qui peut délinquer. . . . .	18-25
IV. De l'imputabilité du Délit. — Des Excuses péremptatoires. . . . .	26-56
V. Des Circonstances aggravantes ou atténuantes proprement dites. . . . .	56-87
VI. De la Tentative . . . . .	87-93
VII. Du Concours des Délits et du Concours des Peines. . . . .	93-96
VIII. De la Récidive. . . . .	96-118
IX. De la Complicité . . . . .	118-129
X. De la Responsabilité pénale . . . . .	129-135
XI. De la Responsabilité civile. . . . .	135-140
XII. De la Manière dont les Délits se réparent et s'effacent. . . . .	140-141
XIII. De la Réhabilitation. . . . .	141-144

## LIVRE II.

## Des Peines en général.

CH. I. Ce que la Peine doit être; — sa Nature, son But. . . . .	145-194
II. Du Droit de punir. . . . .	195-202
III. Qui peut légitimement punir. . . . .	202-205

<sup>1</sup> Cette table rectifie une erreur qui s'est glissée dans le numérotage des chapitres du livre Ier, depuis le IX<sup>e</sup> jusqu'à la fin.

CH. IV. Ce que la Peine a été dans les différentes phases du droit criminel . . . . .	206-260
V. Influences diverses qui modifient les lois criminelles.	260-323
VI. Qualités de la Peine . . . . .	324-328
VII. De la Quantité ou du Degré de la Peine. . . . .	328-334
VIII. Des différentes Peines en général. . . . .	334-398
IX. Du Cumul des Peines. . . . .	399-400
X. De la Légalité des Peines. . . . .	401-406
XI. Comment finit la Peine. . . . .	406-410
APPENDICE. — Tableau des Délits . . . . .	411-418

