

DE LA JUSTICE RÉTRIBUTIVE AUX NOUVELLES LÉGITIMATIONS DU
DROIT DE PUNIR (17^{ME}-DÉBUT 19^{ME} SIÈCLE)

Mémoire de Master 2 en droit, mention histoire du droit et des institutions
François PIERRARD

Sous la direction du Professeur François QUASTANA

Sommaire

Introduction

Partie 1. Évolutions des fonctions de la peine à travers les âges, de l'Antiquité à la première modernité

- **Chapitre 1. Les fonctions de la peine dans l'Antiquité**
- **Chapitre 2. Les fonctions de la peine au Moyen Âge**
- **Chapitre 3. Les fonctions de la peine de la Renaissance au Grand Siècle**

Partie 2. La révolution des fonctions de la peine autour du siècle des Lumières

- **Chapitre 1. Pré-Lumières ou origines idéologiques des nouvelles fonctions du droit de punir**
- **Chapitre 2. Lumières sur le droit de punir : la généralisation d'une nouvelle rationalité pénale**
- **Chapitre 3. Pourquoi changer ?**

Partie 3. Implications d'une droit de punir refondé et réformes du 18^{me} siècle

- **Chapitre 1. Nouvelle conception de la peine et codifications**
- **Chapitre 2. Aux origines de l'abolition de la peine capitale**
- **Chapitre 3. Nouvelles fonctions de la peine et nouvelle fonction de la prison**

Conclusion

Introduction

« Châtiment édicté par la loi (peine prévue) à l'effet de prévenir et, s'il y a lieu, de réprimer l'atteinte à l'ordre social qualifiée d'infraction (*nulla poena sine lege*) »¹. Telle est la première définition de la peine que donne le *Vocabulaire juridique* rédigé sous la direction de Gérard Cornu. Si elle peut être utile au juriste contemporain, elle n'est pas sans poser problème pour l'historien du droit. En effet, elle postule que la peine est nécessairement fixée par la loi, à l'exclusion donc de toute autre source du droit.

Mais c'est surtout un autre aspect de cette définition qui la rend inadéquate pour décrire l'ancien droit. Les fonctions qu'elle attribue à la peine sont seulement utilitaires (prévenir, réprimer), sans faire écho à la finalité réparatrice ou compensatoire. Or l'histoire de la peine a longtemps été caractérisée par sa dimension dite rétributive, visant à rétablir l'ordre social naturel atteint par l'infraction. C'est tellement vrai que l'étymologie du mot 'peine' reflète cette finalité : la *poena* est la « rançon destinée à racheter un meurtre, [d'où] compensation, réparation, vengeance, punition, châtement, peine »². Déjà en droit romain, la *poena* a un statut pénal lié à celui de vengeance³.

En fait, la définition du *Vocabulaire juridique* est symptomatique de la manière dont la peine est souvent conçue par les juristes contemporains. Elle n'est en grande partie que la reprise mot pour mot de celle donnée vers 1930 par Henri Capitant et ses collaborateurs⁴. Pour nombre de juristes et criminologues contemporains, le droit pénal moderne repose essentiellement sur les fonctions utilitaires de la peine telles qu'elles ont été mises en avant au siècle des Lumières. Ainsi, Maria Luisa Cesoni note que depuis Cesare Beccaria (1738-1794) et les utilitaristes, la prévention des infractions est devenue la fonction fondamentale du droit pénal⁵.

¹ Gérard CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^{me} éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2011, p. 743.

² Félix GAFFIOT, *Dictionnaire abrégé Latin français*, Paris, Hachette, 1936, p. 480.

³ « Il ne faut pas considérer la *poena* comme la réparation du tort subi. C'est le rachat ou prix du renoncement à la vengeance » (Emmanuelle CHEVREAU, Yves MAUSEN et Claire BOUGLÉ, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, Litec, 2007, p. 87).

⁴ « Châtiment édicté à l'effet de prévenir et, s'il y a lieu, de réprimer l'atteinte à l'ordre social qualifiée d'infraction » (Henri CAPITANT (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1930 [?], p. 369).

⁵ Maria Luisa CESONI (dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité organisée : la normalisation de l'exception*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2007, p. 2, citée par Pierre BERTHELET, *Crimes et châtements dans l'État de sécurité. Traité de criminologie politique*, Saint-Denis, Éditions Publibook Université, 2015, p. 219.

Dès lors, il semble souhaitable de mieux comprendre le passage de l'ancienne à la nouvelle conception de la peine. La justice rétributive a-t-elle disparu des priorités du droit pénal ou a-t-elle été seulement déclassée au profit des nouvelles fonctions de la peine ? Comment expliquer un tel changement ? Est-il avant tout d'ordre philosophique ? Quel est le rôle éventuel du recours aux sources antiques favorisé par la Renaissance et le *mos gallicus* ? Le changement de conception a-t-il eu une incidence sur les réformes législatives et codificatrices du 18^{me} siècle ? Entre la prévention, la répression et l'amendement, laquelle des nouvelles raisons de punir a le plus bénéficié de ce changement ? Sont-elles concurrentes ou liées entre elles ? Voilà toutes des questions que cette évolution pose à l'historien du droit.

La problématique du présent travail sera donc de tenter d'expliquer pourquoi et comment l'on est passé d'une pénalité rétributive à une pénalité préventive, répressive et/ou correctrice, d'une logique attachée à la compensation du désordre commis par la faute au moyen de la peine à une logique tournée uniquement vers l'avenir. Il s'agira aussi et avant tout de mieux situer le phénomène dans le temps. En effet, il reste beaucoup d'incertitude sur le moment ou l'intervalle temporel durant lequel est intervenue cette substitution de rationalité.

En 2008, dans la conclusion de sa thèse sur les *Finalités et modalités de la peine dans la doctrine pénale et la pensée politique des XVII^e et XVIII^e siècles*, Marie-Christine Guiol estime que « [p]ar ses critiques, Beccaria se présente comme le premier à contester les fondements même de la pénalité d'Ancien Régime, remettant en cause la logique rétributive »⁶. À première vue, c'est plus ou moins à la même conclusion que semble être arrivé Jean-Marie Carbasse huit ans plus tôt, sans pour autant dater le phénomène à la fin du siècle des Lumières : l'« idée *naturelle* que la peine est d'abord le châtement d'une faute n'a été jusqu'au XVIII^e siècle contestée par personne »⁷.

Pourtant, dans sa contribution au *Dictionnaire de philosophie politique*, Jean-Marie Carbasse se montre plus précis, en soutenant que s'il est vrai que la logique rétributive inspire la législation pénale européenne jusqu'au 18^{me} siècle, « [c]'est Hobbes qui renouvelle complètement les perspectives du droit pénal. En affirmant la radicale autonomie de Léviathan par rapport à une quelconque loi divine ou morale, il dénie à la peine toute finalité rétributive pour ne lui assigner, comme à la machinerie sociale tout entière, qu'un but de pure

⁶ Marie-Christine GUIOL, *Finalités et modalités de la peine dans la doctrine pénale et la pensée politique des XVII^e et XVIII^e siècles*, thèse de doctorat en droit, Université de Nice-Sophia Antipolis, 2008, p. 641.

⁷ Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000, p. 245.

utilité pratique »⁸. Quant à Guillaume Bernard, il estime que la conception moderne du système pénal émerge dès la fin du 16^{me} siècle⁹.

Pour Marie-Christine Guiol, le 17^{me} siècle serait pourtant un des âges d'or de la peine rétributive : « Au XVIII^e siècle, avec le développement de l'absolutisme (...), la compensation par le châtement va progressivement remplacer le rachat des crimes, davantage caractéristique des justices seigneuriales (...). En effet, l'affirmation du pouvoir étatique va engendrer la mise en place d'un véritable arsenal pénal, garant de la « justice » publique (...). De même, la finalité de la peine évolue : il importe dès lors de châtier le coupable parce qu'une faute a été commise »¹⁰.

Par ailleurs, Dario Ippolito remet en cause l'idée que la nouvelle justification du droit de punir caractérise vraiment le siècle des Lumières, estimant que si « [l]a théorie utilitariste de la fonction préventive des peines est sans doute largement exploitée par l'idéologie pénale des Lumières, (...) elle ne constitue [pas pour autant] un trait de son identité, ni un caractère propre à la distinguer ». Le professeur de philosophie du droit de Rome 3 remarque d'une part que la fonction préventive des peines est aussi mise en avant par des criminalistes conservateurs et d'autre part que « [l]a réponse rétributiviste (...), quoique vigoureusement refusée par Beccaria, n'est nullement étrangère à l'univers culturel des Lumières »¹¹.

Il y a lieu de vérifier ces différentes hypothèses. Peut-on attribuer à une source unique ou principale (qu'elle soit Thomas Hobbes ou Cesare Beccaria) un changement aussi varié dans son expression ? Car nous verrons dans le présent travail que si la disparition de la justice rétributive marque l'histoire philosophique de la peine au 18^{me} siècle, ce par quoi elle est remplacée semble, au moins en apparence, ne pas faire l'unanimité parmi les philosophes et les juristes.

Avant de rentrer dans le vif du sujet, il paraît nécessaire de préciser le vocabulaire retenu. En effet, une certaine confusion règne encore en la matière. Dans un article au demeurant fort

⁸ Jean-Marie CARBASSE, « Droit pénal », in Philippe RAYNAUD et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1996, p. 165 et 166.

⁹ Guillaume BERNARD, « La sanction pénale des classiques aux modernes : de la distinction à la confusion du droit et de la morale », in Annette SOUSA-COSTA (éd.), *Entre droit et morale : la finalité de la peine. Journée d'études du 13 novembre 2007, Université Paris Ouest Nanterre la Défense*, Bern, Peter Lang, 2010 (Travaux Interdisciplinaires et Plurilingues, 12), p. 123.

¹⁰ Marie-Christine GUIOL, *Finalités et modalités de la peine dans la doctrine pénale et la pensée politique des XVII^e et XVIII^e siècles*, op. cit., p. 33.

¹¹ Dario IPPOLITO, « La philosophie pénale des Lumières entre utilitarisme et rétributivisme », in *Penser la peine à l'âge des Lumières*, Luigi DELIA et Gabrielle RADICA (dir.), in *Lumières*, n° 20, Presses Universitaires de Bordeaux, 2012, p. 23 à 26.

intéressant, Marjorie Dupuis-Berruex estime que « dans l'ancien droit, la fin première de la peine vise à corriger le coupable en lui faisant payer le prix de sa faute ». N'est-ce pas plutôt la rétribution qui est la finalité première de la peine sous l'Ancien Régime ? En fait, Marjorie Dupuis-Berruex ne le conteste pas, puisqu'un plus loin elle fait état du « souci de justice distributive (...) progressivement remis en question. On abandonne la dimension vindicative de la peine pour lui préférer l'idée d'utilité sociale »¹². La divergence est donc verbale.

D'ailleurs, la terminologie de Marjorie Dupuis-Berruex a probablement été inspirée par le vocabulaire de certains auteurs d'Ancien Régime, car selon Jean-Marie Carbasse le mot 'corriger' était souvent employé par les criminalistes de l'époque « comme un simple synonyme de punir »¹³.

Il semble cependant préférable de caractériser l'ancienne conception de la peine comme étant rétributive, expiatoire ou compensatoire. Marie-Christine Guiol utilise également l'expression de « finalité restitutive »¹⁴, qui caractérise aussi bien la restitution de l'équilibre de l'ordre naturel postulée par la peine rétributive. Comme l'explique Jean-Marie Carbasse, « [d]ans l'ancien droit la peine est d'abord conçue (...) comme la contrepartie du délit », elle repose « sur le sentiment que le criminel a lésé la justice, qu'il a rompu une sorte d'équilibre global qu'il faut rétablir en lui infligeant une souffrance équivalente à celle qu'a subie sa victime »¹⁵.

Le présent travail comportera trois parties. La première portera sur le problème général de la peine dans l'histoire des conceptions pénales, jusqu'à la période qui nous intéresse. C'est ici qu'il y aura lieu de parfaire la définition des termes et de préciser l'état de la question avant les premières mises en cause du rétributivisme aux Temps modernes.

Dans la seconde partie, il s'agira de déterminer quand, pourquoi et comment nombre de philosophes du droit et de juristes des Temps modernes en sont venus progressivement à mettre de côté la justice rétributive au profit de conceptions plus utilitaires de la peine. Étant donné que les références aux buts de la peine sont moins susceptibles de se trouver dans la jurisprudence que dans la doctrine, c'est dans cette dernière, ainsi que dans les ouvrages de philosophie politique que nous recourrons principalement.

¹² Marjorie DUPUIS-BERRUEX, « La question pénale dans l'*Encyclopédie*. Aperçu sur la lutte opposant le parti des lumières au parti de la tradition », in *L'IRASCible*, n° 4 : *Savoirs pénaux, savoirs diffus. La circulation d'une pensée pénale réformatrice de l'Europe des Lumières à la Restauration monarchique*, 2013, p. 57-58.

¹³ Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 244.

¹⁴ Marie-Christine GUIOL, *Finalités et modalités de la peine dans la doctrine pénale et la pensée politique des XVII^e et XVIII^e siècles*, op. cit., p. 32.

¹⁵ Jean-Marie CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, Paris, Presses Universitaires de France, 1990, p. 206.

Le *terminus ante quem* de notre enquête ne pose guère difficulté : les codes pénaux de 1791 et 1810 sont à la fois la fin de l'ancien droit et le départ du nouveau, plus ou moins influencé par les théories pénales des Lumières. Le *terminus post quem* est plus difficile à déterminer, en raison du désaccord des historiens évoqué ci-dessus. Le siècle des Lumières sera certainement au cœur de notre propos. Mais pour comprendre un phénomène, il faut commencer par son ébauche, ses origines, souvent antérieures à sa formulation explicite.

Puisque Hobbes est considéré par Jean-Marie Carbasse comme un précurseur en ce domaine, il est nécessaire de comprendre l'ensemble du 17^{me} siècle. L'école dite du droit naturel moderne peut dès lors constituer un point de départ temporel pertinent. En raison du caractère particulièrement novateur du 16^{me} siècle, tant sur le plan intellectuel (Renaissance des philosophies stoïciennes, épicuriennes...) que religieux (Réformes...), la bonne compréhension de certains aspects du problème nécessitera de renvoyer à la première partie.

La troisième partie du travail portera sur les conséquences des nouveaux fondements attribués à la peine et donc sur l'incidence du changement de discours sur les politiques pénales, surtout au siècle des Lumières. Une telle entreprise pourrait être vaste, car il paraît hasardeux de choisir *a priori* les réformes susceptibles d'être conséquentes à la substitution de rationalité du droit de punir. Mais les limites du présent travail ne permettent pas une recherche de telle ampleur.

Le risque d'arbitraire semble inévitable. Cependant, celui-ci ne portera que sur le choix des réformes à examiner. En d'autres termes, cet arbitraire ne peut affecter l'examen proprement dit de l'existence ou non d'un lien de cause à effet ou d'une incidence entre le changement de conception de la peine et ces réformes. Il ne peut être que d'ordre méthodologique. Il n'aura d'autre conséquence que l'absence d'exhaustivité, absence qu'il faudra cependant avoir continuellement à l'esprit pour éviter d'absolutiser les résultats.

Partie 1. Évolution des fonctions de la peine à travers les âges, de l'Antiquité à la première modernité

Retracer l'évolution des buts attribués à la peine avant le 18^{me} siècle permet non seulement de jauger l'importance de la césure qui s'est opérée au siècle des Lumières ou auparavant, mais aussi de remarquer les emprunts au passé qui traversent les nouveaux discours sur la peine.

En effet, nous verrons dans la seconde partie que les conceptions de la peine qui apparaissent aux 17^{me} et 18^{me} siècles ne sont pas sans rapport avec certaines théories antiques, quelques novateurs se réclamant d'ailleurs explicitement d'auteurs comme Platon et Sénèque. Il apparaît donc utile d'évoquer les apports de la philosophie pénale au cours des siècles.

Pour ce faire, cette première partie suivra un ordre chronologique, en partant de l'Antiquité (Chapitre 1), en poursuivant avec le Moyen Âge (Chapitre 2), avant d'en arriver aux Temps modernes (Chapitre 3), dont nous ne verrons ici que les deux premiers siècles, en montrant l'état de la question à la veille du siècle des Lumières.

Chapitre 1. Les fonctions de la peine dans l'Antiquité

Sans pouvoir parcourir toute l'Antiquité, il semble important d'évoquer trois 'périodes' qui ont particulièrement marqué l'histoire des conceptions de la peine. Pour commencer, il y a lieu d'évoquer la loi du talion et sa formalisation par l'un des premiers textes juridiques connus (code Hammurabi), ainsi que la Bible (Section 1). Il y aura ensuite lieu de s'intéresser aux discours des premiers philosophes de l'Athènes des 5^{me} et 4^{me} siècles avant notre ère concernant les fonctions de la peine (Section 2), avant de terminer ce chapitre par les conceptions pénales véhiculées par le droit romain, ainsi que par les discussions qui l'ont traversé (Section 3).

Section 1. La loi du talion, le code Hammurabi et l'Ancien Testament

Par loi du talion (*talis* : tel), on entend le principe juridique qui « exige de punir une offense par une peine équivalente ». Contrairement à ce que l'on pourrait croire, il s'agit de la « première véritable entrave à la vengeance privée »¹⁶. C'est en fait la première expression connue de la rétribution (*retribuere* : donner en échange) publique.

Le premier texte juridique la formulant qui nous soit parvenu est appelé le code Hammurabi, du nom d'un roi homonyme du 18^{me} siècle avant J-C. Ce code est découvert en 1902 sous les ruines de l'Acropole de Suse (actuellement en Iran), par l'archéologue suisse Gustave Jéquier. Mais les historiens se divisent sur la question de savoir si la loi du talion existait déjà auparavant ou bien si elle est une innovation de cette époque¹⁷. Dans tous les cas, il faut reconnaître que le code Hammurabi n'applique que partiellement la loi du talion :

« Si un homme de la classe des notables crève l'œil d'un autre notable, on lui crèvera un œil. S'il brise l'os d'un autre notable, on lui brisera un os... S'il crève l'œil d'un homme de la classe populaire ou brise l'os d'un homme du peuple, il pèsera 1 mine d'argent (60 sicles). S'il crève l'œil d'un esclave de notable, ou brise l'os d'un esclave de notable, il pèsera la moitié de son prix. Si un notable casse la dent d'un autre notable, son égal, on lui cassera une dent. S'il casse la dent d'un homme du peuple, il pèsera un tiers de mine d'argent. Si un notable frappe la joue d'un autre notable qui est

¹⁶ Jean-Pierre BAUD, « La nature juridique du sang », in *Terrain*, n° 56, mars 2011, point 5 et note 3.

¹⁷ Josef KLÍMA, « La perspective historique des lois hammourabiennes », in *Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 116^{me} année, n° 2, 1972, avec l'intervention de Jean NOUGAYROL, p. 297, 301 et 314.

plus âgé que lui (ou d'un statut plus élevé que lui), il sera frappé publiquement de 60 coups de nerf de bœuf. S'il frappe la joue d'un autre notable qui est son égal, il pèsera et livrera 60 sicles d'argent »¹⁸.

Comme on peut le voir, dans le code Hammurabi, la loi du talion n'est prévue que dans les cas où l'agresseur appartient au même statut social que celui de sa victime. Autrement, la peine n'est pas identique à l'infraction commise. De plus, même lorsque le statut social des deux parties est le même, la peine prévue n'est pas toujours identique, comme le montre le dernier exemple cité : le fait pour un notable de frapper la joue de son égal n'est pas passible du frapement de sa joue, mais du paiement d'une amende.

Il est vrai qu'une interprétation trop stricte de la loi du talion susciterait inévitablement des problèmes insolubles. Ainsi par exemple, que faire en cas d'homicide involontaire ? La peine capitale ne serait-elle pas disproportionnée ? Le code Hammurabi prévoit les cas analogues des coups et blessures involontaires et des coups et blessures ayant entraîné la mort sans avoir eu l'intention de la donner :

« Si un notable frappe un autre notable durant une rixe et lui inflige une blessure, cet homme jurera : “je ne l'ai pas frappé intentionnellement” et il paiera le médecin. S'il meurt à la suite de ce coup, il jurera “je ne l'ai pas frappé intentionnellement” ; si la victime est un notable, il pèsera et livrera une demi-mine (30 sicles) d'argent. Si la victime est un homme de la classe populaire, il livrera un tiers de mine d'argent »¹⁹.

La loi du talion connaît également des applications dans la Bible. L'Ancien et le Nouveau Testament doivent être distingués, comme nous le verrons dans les sections suivantes. Mais dans l'Ancien Testament, le principe selon lequel le meurtre est passible de la peine capitale est répété à plusieurs reprises :

« [Q]ui répand le sang de l'homme, par l'homme son sang sera répandu, car à l'image de Dieu l'homme a été fait » (Genèse, 9, 6).

« Quiconque frappe quelqu'un et cause sa mort devra être mis à mort » (Exode, 21, 12).

¹⁸ Cité par Thierry ALCOLOUMBRE, « La Bible d'avant la Bible. “La Bible et le monde mésopotamien. Réflexion comparative” », in *Pardès*, n° 51, 2012, p. 24-25.

¹⁹ *Ibidem*, p. 25.

« Si un homme frappe [mortellement] un être humain, quel qu'il soit, il devra mourir » (Lévitique, 24, 17).

Cependant, comme dans le code Hammurabi, ces mesures ne s'appliquent qu'en cas d'homicide volontaire, comme il ressort notamment de cet autre passage :

« Vous n'accepterez pas de rançon pour la vie d'un meurtrier passible de mort, car il doit mourir » (Nombres, 35, 31)²⁰.

Ainsi, l'homicide involontaire est seulement passible d'une amende. Ce qui montre que dans l'Ancien Testament, la loi du talion n'est pas non plus interprétée de manière stricte. Sont par contre punis de la peine de mort, les crimes d'idolâtrie, de blasphème, de sorcellerie, d'adultère et la violation du repos sabbatique²¹. Mais cela ne signifie pas que l'aspect exemplaire est mis en avant, car il n'est pas fait mention de la publicité de l'exécution. C'est seulement que ces infractions sont considérées comme particulièrement graves.

La loi du talion telle qu'elle est mise en œuvre par le code Hammurabi et l'Ancien Testament offre un témoignage de la manière dont les peuples les plus anciens appréhendent la justice pénale. La peine est avant tout conçue comme le moyen d'effacer la dette contractée par le crime. Ainsi, Jean-Marie Carbasse remarque que l'expression « faire disparaître le mal du milieu de toi » adressée au peuple d'Israël est fort présente dans le Deutéronome²².

L'exemplarité est secondaire, comme le montre le fait que le code Hammurabi punit de simples amendes des violences non seulement involontaires mais aussi volontaires, comme dans le cas de la crevaisson d'un œil ou du bris d'un os d'un homme libre mais de classe populaire. Le but de la peine n'est pas tant d'effrayer le délinquant ou ses concitoyens que de rétablir l'ordre de la justice qu'il a blessé.

Section 2. Athènes et la naissance de la philosophie pénale

Pour ce que nous pouvons en savoir, la rétribution semble être la première finalité attribuée aux peines dans les temps les plus reculés de l'histoire de Grèce. Eva Cantarella note que « dans la société qui suivit celle que décrit Homère, la lapidation apparaît (...) sous une double forme : dans certains cas, les moins fréquents, comme rite cathartique ; dans d'autres,

²⁰ Cités par Jean-Marie CARBASSE, *La peine de mort*, Paris, Presses Universitaires de France, 3^{me} éd. mise à jour, 2016, p. 10-11.

²¹ *Ibidem*, p. 11-12.

²² *Ibidem*.

comme geste séculier, expression du désir collectif de punir celui qui a commis des torts envers tout le groupe. Il s'agirait d'une vengeance, mais d'une vengeance profondément différente de la vengeance privée »²³.

Purifier le criminel de sa faute et venger son crime appartiennent à la justice rétributive, puisque ces actions visent d'abord à compenser le crime et non le bien futur du criminel ou de la société. Cela implique effectivement une forme de vengeance, mais pas dans le sens péjoratif où cette expression est employée de nos jours, puisque cette vengeance est faite autant pour l'ordre de la société que pour libérer le criminel de sa faute.

Mais au 5^{me} siècle avant notre ère, la philosophie connaît ses premières ébauches dans la démocratie athénienne. Dès les tous premiers philosophes, la réflexion est portée sur le fondement de la peine. Les différentes écoles vont ainsi tenter de répondre à la question suivante : pourquoi punir ?

Commençons par les premiers philosophes grecs. Si l'on en croit Platon, le sophiste Protagoras (490-vers 420 avant J-C) rejette toute vengeance même publique, estimant que « ce qui est fait est fait », pour se concentrer uniquement sur la prévention de nouvelles infractions :

« Personne en punissant un coupable, n'a en vue ni ne prend pour mobile le fait même de la faute commise, à moins de s'abandonner comme une bête féroce à une vengeance dénuée de raison : celui qui a souci de punir intelligemment ne frappe pas à cause du passé – car ce qui est fait est fait – mais en prévision de l'avenir, afin que ni le coupable ni les témoins de sa punition ne soient tentés de recommencer »²⁴.

En somme, aux dires de Platon, Protagoras voit uniquement dans la peine son caractère utile : empêcher le coupable de nuire à nouveau et faire un exemple. Ces deux fonctions, qui vont avoir un grand avenir, sont généralement regroupées de nos jours sous le terme de 'prévention'. Pour être plus précis, l'on parle de 'prévention spéciale' dans le premier cas et

²³ Eva CANTARELLA, *Les peines de mort en Grèce et à Rome. Origines et fonctions des supplices capitaux dans l'Antiquité classique*, Paris, Albin Michel, 2000, p. 76-77.

²⁴ PLATON, *Protagoras*, 324-a, b, cité par Gérard COURTOIS, « La vengeance chez Aristote et Sénèque à la lumière de l'anthropologie juridique », in *Archives de philosophie du droit*, t. 28 : philosophie pénale, 1983, p. 30.

de 'prévention générale' dans le second²⁵. Quant à la justice rétributive, Protagoras, pour qui « l'homme est la mesure de toutes choses », ne semble guère s'en soucier.

Passons maintenant du courant sophiste à Socrate et à son disciple Platon. Jean-Marie Carbasse remarque que « Platon conserve cette vieille idée que le crime est une souillure (...) et que, par là, il doit donner lieu à une purification »²⁶. Mais en même temps, Platon est influencé par Socrate pour qui « nul n'est méchant volontairement »²⁷. Il en vient alors à faire de la peine un moyen de guérison : la peine est avant tout médicinale et ce n'est que si le malade est incurable, que la peine devient éliminatrice en vue de l'intérêt de la cité²⁸.

Avec Platon, la peine acquiert ainsi une dimension correctrice. L'amendement devient même la fonction première de la peine. Mais de quel type d'amendement s'agit-il ? Platon, comme Socrate, ne croit pas vraiment au libre arbitre de l'homme. En quelque sorte, le mal est l'équivalent de la maladie, la peine du médicament, le juge du médecin. Ce n'est que lorsque le criminel est incorrigible qu'il y aura lieu de lui appliquer une peine éliminatrice pour le bien de la cité.

Ainsi, cette conception de la peine paraît moins utilitariste que celle de Protagoras. Mais fait-elle pour autant place à la justice, à l'idée de rétribution ? Cela est loin d'être évident. Certes, Platon estime que le crime est une souillure qui appelle une purification. Mais en même temps, comment pourrait-elle être purifiée si elle est involontaire ? Que le préjudice puisse être réparé (comme il l'est de nos jours au moyen de dommages et intérêts) ne fait guère difficulté, mais peut-on parler de rétribution pénale ?

Par ailleurs, Richard F. Stalley fait remarquer que pour Platon, les préjudices commis involontairement ne sont pas des actions injustes. Platon semble ainsi faire de la justice quelque chose de subjectif, dépendant des dispositions du sujet. Il est peut-être symptomatique que dans les *Lois*, la justice ne jouit plus du premier rang parmi les vertus qu'elle avait encore dans la *République*²⁹. Dans une telle conception, il paraît difficile que la peine puisse avoir pour objectif de rétablir l'ordre de la justice, puisque ce qui est à réparer

²⁵ Michel van de KERCHOVE, « Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », in *Informations sociales*, n° 127, 2005, p. 25-26.

²⁶ Jean-Marie CARBASSE, « Droit pénal », *op. cit.*, p. 165.

²⁷ PLATON, *Lois*, 860 e, cité par Jean-Marie CARBASSE, « Droit pénal », *op. cit.*, p. 165.

²⁸ Jean-Marie CARBASSE, « Droit pénal », *op. cit.*, p. 165.

²⁹ Richard F. STALLEY, « La justice dans les Lois de Platon », in *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 16, 2002, p. 232-233 et 237.

n'est pas tant une injustice qu'un préjudice. Nous voyons donc déjà ici ce qu'une position plus ou moins déterministe peut avoir pour conséquence en matière de droit pénal.

Mais Aristote, qui disait aimer son maître Platon mais plus encore la vérité³⁰, vient revaloriser la notion de libre arbitre :

« Ceux qui désobéissent aux lois et se montrent rebelles à la vertu doivent être punis et châtiés ; quant à ceux qui se révèlent absolument incorrigibles, il faut les bannir ». L'homme vertueux n'a besoin que d'exhortations, tandis que le « méchant, qui ne poursuit que son plaisir » doit être traité comme une « bête de somme »³¹.

Comme on le voit, Aristote reconnaît à la peine des fonctions diverses, ainsi que le remarque également Stamatios Tzitzis³². Mais ce qu'il faut surtout noter, c'est qu'en reconnaissant le libre arbitre de l'homme, Aristote fait de la peine un acte de justice, au sens le plus noble du terme, c'est-à-dire un acte vertueux et non plus guidé par des considérations purement utilitaires. C'est ce qui ressort notamment du Livre VII de *La Politique* :

« [L]es justes vengeances (...) procèdent (...) de la vertu, mais elles sont seulement nécessaires et bonnes à cause d'une nécessité (en effet, il serait préférable que ni l'individu, ni la cité n'aient besoin d'y recourir) (...) [E]n effet, elles ne font que supprimer un mal »³³.

La peine est donc une souffrance, certes, mais elle n'est pas arbitraire, décidée pour sauvegarder les intérêts de la majorité, ni même justifiée par des considérations utilitaires. Elle découle d'un ordre objectif, inhérent à la nature de toute société, comme Aristote s'en explique au Livre V de son *Éthique à Nicomaque* :

« Dans les échanges sociaux, c'est le juste fondé sur le principe du subir à son tour, qui maintient la cohésion des citoyens – entendu il est vrai selon la proportion et non

³⁰ Cela a donné lieu à un proverbe latin devenu célèbre : « *Amicus Plato, sed magis amica veritas* ».

³¹ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, X, 9, 9-10, cité par Jean-Marie CARBASSE, « Droit pénal », *op. cit.*, p. 165.

³² « Aristote, en considérant la sanction, tant comme une *timôria*, sanction infligée en vue de la réparation du tort fait à l'offensé, que comme une *kolasis*, sanction infligée en vue de la répression du tort de l'offenseur, présente une philosophie de la sanction comme une exigence de la cité. (...) Il y va d'une sanction qui vise l'amélioration du délinquant et qui marie avec succès les finalités de la sanction, tant comme impératif éthique que finalité utilitaire » (Stamatios TZITZIS, « Du devoir de punir au droit de punir. Les Anciens et les modernes », in Annette SOUSA-COSTA [éd.], *Entre droit et morale : la finalité de la peine. Journée d'études du 13 novembre 2007, Université Paris Ouest Nanterre la Défense*, Bern, Peter Lang, 2010 [Travaux Interdisciplinaires et Plurilingues, 12], p. 7).

³³ ARISTOTE, *La Politique*, VII, 1332, a 11 et s., cité par Gérard COURTOIS, « La vengeance chez Aristote et Sénèque à la lumière de l'anthropologie juridique », *op. cit.*, p. 53.

comme obéissant à une stricte égalité – car le fait de rendre en proportion de ce que l'on a reçu fait subsister la cité. En effet, ou bien les hommes s'efforcent de rendre le mal pour le mal, et s'ils ne le font pas, ils se considèrent comme des esclaves, ou bien ils rendent le bien pour le bien, mais en tout cas, c'est ce genre d'échanges qui fait de la cité un tout »³⁴.

La peine est donc conçue comme le rétablissement de l'ordre social naturel, mis à mal par le crime. Partant, il ne s'agit pas seulement d'un droit de punir, mais dans une certaine mesure d'une obligation de punir, sans l'exercice de laquelle la société viendrait à disparaître. Celle-ci est en effet fondée sur un ordre équilibré où l'on rend « le bien pour le bien » et « le mal pour le mal ».

Cette approche semble dominante dans la pensée grecque. Selon Stamatios Tzitzis, « à la place du droit de punir, il existe chez les Anciens [grecs] un devoir de punir, un *chréon*. Ce terme désigne un impératif issu de l'ordre du monde »³⁵. Mais comme le précise Suzanne Saïd, dans la cité grecque antique, la vengeance est aussi « un moyen de rendre à l'offensé son honneur perdu, de réaffirmer tout à la fois sa dignité et sa puissance, en infligeant à son offenseur un outrage qui l'humilie »³⁶.

Section 3. Droit romain et influences philosophiques

En droit romain, les fonctions des peines varient selon le type d'infraction. En effet, au moins depuis la loi des XII tables (vers 450 avant J-C), il y a une nette distinction entre d'une part les crimes et délits privés et d'autre part les crimes et délits publics. Cette distinction commande le choix du tribunal, la procédure suivie, le type d'action, mais aussi les fonctions de la peine. En cas de crimes et délits privés, le but est surtout de satisfaire la victime, tandis qu'en cas de crimes et délits publics, la répression est effectuée par et pour la société³⁷.

Cependant, la question est rendue encore plus compliquée par le fait que, contrairement aux grecs, les romains n'élaborent guère de réflexion sur les fonctions de la peine. Il faut distinguer le point de vue du législateur, du philosophe et de la victime, ainsi que les

³⁴ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, V, 8, 1132, b 31 et s., cité par Gérard COURTOIS, « La vengeance chez Aristote et Sénèque à la lumière de l'anthropologie juridique », *op. cit.*, p. 53.

³⁵ Stamatios TZITZIS, « Du devoir de punir au droit de punir. Les Anciens et les modernes », *op. cit.*, p. 3.

³⁶ Suzanne SAÏD, « Le futur des peines en Grèce ancienne des "Tragiques à Platon" », in *Le droit et le futur*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985, p. 11, citée par Jean PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, 2^{me} éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1991, p. 8.

³⁷ Michel HUMBERT, « La peine en droit romain », in *La peine. Punishment*, première partie : Antiquité, *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, t. LV, 1991, p. 133.

différentes époques que la société romaine a traversées. La fonction éducatrice proposée par Socrate et Platon n'est guère reprise par les romains³⁸, si ce n'est chez quelques auteurs influencés par les grecs, comme nous le verrons.

Selon Michel Humbert, « les deux vocations de la peine que l'histoire de Rome a connues et illustrées [sont] la peine réparatrice et la peine dissuasive. Selon les époques, selon aussi la forme du pouvoir politique, l'accent sera placé tantôt sur l'une, tantôt sur l'autre ; mais jamais l'une ne refoulera complètement l'autre »³⁹. Il s'agit dès lors de retracer la hiérarchie entre rétribution et prévention aux différentes phases parcourues par la société romaine, allant de l'époque archaïque au bas-empire, en passant par l'époque classique.

A l'époque archaïque, sous la royauté et peut-être déjà auparavant, la peine de la *sacratio* punit un nombre important de crimes publics. Il s'agit de laisser le coupable se faire tuer par le premier venu et donc de lui retirer toute protection, par sa consécration à une divinité. Cette peine revêt moins une dimension dissuasive qu'expiatoire, puisque pour certains crimes comme l'homicide involontaire, elle peut être remplacée par l'immolation d'un bélier. En réalité, elle semble surtout avoir une finalité religieuse⁴⁰.

La typologie des peines devient plus variée au début de la république, de même que leurs fonctions. Selon Michel Humbert, la loi des XII tables est partagée entre buts vindicatifs et préventifs, mais les premiers dominant. Parmi les peines prévues par cette loi, on trouve le talion, mais également la *poena*, dont l'étymologie indique non seulement sa dimension rétributive ou expiatoire, mais aussi le fait qu'il s'agit d'un rachat pour éviter la vengeance⁴¹.

À l'époque classique, il semble que la question du but de la peine fait l'objet d'interrogations plus explicites. Dans ses *Nuits attiques*, le magistrat et grammairien Aulu-Gelle (+/-123-180) présente deux débats sur la question. Le premier oppose un philosophe et un juriste, Favorinus et Sextus Caecilius Africanus. Le philosophe défend la conception réparatrice, déplorant son atténuation dans le droit, et estime que la peine doit être proportionnelle au crime commis. Le juriste est préoccupé d'exemplarité, allant presque jusqu'à justifier la peine du débiteur insolvable qui consiste en sa mise à mort suivie de son découpage :

³⁸ Michel HUMBERT, « La peine en droit romain », *op. cit.*, p. 135.

³⁹ *Ibidem*, p. 137.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 137 à 139.

⁴¹ *Ibidem*, p. 139-140.

« N'est-il pas évident que l'on a entouré la peine de cet appareil de cruauté, précisément pour n'avoir jamais à y recourir ? Si nous voyons aujourd'hui adjudger maint débiteur, c'est que les hommes pervers ne redoutent plus aucunement la peine des fers »⁴².

Dans une telle conception, le droit n'est plus tant le rétablissement de l'équilibre qu'un moyen de « discipline morale » : « La sévérité de la répression est souvent une leçon de conduite, un moyen de discipline morale »⁴³.

Un autre passage des *Nuits attiques* fait davantage écho à la pensée grecque en énumérant trois fonctions de la peine, dont la correction du coupable. C'est l'un des rares textes romains à évoquer la correction. Du reste, celle-ci est réduite au cas d'imprudence, alors que les deux autres fonctions sont considérées comme visant la dignité de la victime et l'intérêt de la société :

« On a pensé qu'il devait exister trois sortes de punitions. La première, que l'on nomme *nouthésia* (blâme) ou *kolasis* (punition), s'emploie lorsque l'on corrige ou châtie celui qui a failli par imprudence, pour le rendre à l'avenir plus attentif à son devoir. La seconde, nommée *timôria* (châtiment), a pour but de protéger la dignité et l'autorité de l'homme offensé, de peur que l'impunité n'expose au mépris celui dont l'honneur a été blessé par l'injure. La troisième, *paradeigma* (exemple), est celle qui tend à empêcher par la crainte d'un châtiment exemplaire la répétition de fautes qu'il est de l'intérêt de la société de prévenir »⁴⁴.

Remarquons que dans l'ancienne Rome le caractère rétributif de la peine peut être ambigu. En effet, il semble dans certains cas viser davantage la compensation de la victime que le rééquilibrage de l'ordre naturel de la société. Cela est particulièrement vrai dans le cas des peines privées, comme le montant de l'amende qui revient entièrement à la victime⁴⁵. Cependant, la réparation peut aussi concerner la famille de celle-ci, comme le montre ce passage du grammairien Callistrate (2^{me} siècle avant J-C) repris au Digeste :

« [I]l a été décidé, par plusieurs, que les assassins de grands chemins subiraient le supplice de la croix là où ils ont perpétré leurs crimes (...) afin que la peine infligée en

⁴² AULU-GELLE, *Nuits attiques*, 20, 1, 50, cité par Michel HUMBERT, « La peine en droit romain », *op. cit.*, p. 145.

⁴³ *Ibidem*, 20, 1, 53, cité par Michel HUMBERT, « La peine en droit romain », *op. cit.*, p. 145.

⁴⁴ *Ibidem*, 7, 14, cité par Michel HUMBERT, « La peine en droit romain », *op. cit.*, p. 146.

⁴⁵ Michel HUMBERT, « La peine en droit romain », *op. cit.*, pp. 146-147.

retour, au lieu même où ils ont commis leur assassinat, consolât les parents et les proches de leurs victimes »⁴⁶.

Avec l'empire (qui commence en 27 avant J-C), la rétribution tend progressivement à être mise de côté par rapport à l'exemple. Un passage attribué (probablement à tort) au rhéteur Quintilien (1^{er} siècle après J-C) le dit sans ambages : « *omnis poena non tam ad vindictam pertinet, quam ad exemplum* »⁴⁷. De plus, bien que marginale, l'influence de Platon en matière de finalité de la peine n'est pas inexistante et est notamment visible chez Sénèque (mort en 65 après J-C), qui en tire un adage devenu célèbre :

« *Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur* » (*De ira*, I, 16), que l'on peut traduire par : « La sagesse invite à punir non pas parce qu'une faute a été commise, mais pour qu'on n'en commette plus »⁴⁸.

Cet adage est important, non seulement parce qu'il provient d'un philosophe un temps proche de la cour impériale (Sénèque est conseiller de Caligula et précepteur de Néron⁴⁹), mais aussi parce qu'il sera repris aux Temps modernes, comme nous le verrons dans la Partie 2. Appartenant au courant stoïcien, Sénèque rejette non seulement la cruauté et les supplices hors du commun⁵⁰, mais aussi toute colère, même réfléchie et prudente. Or il semble que c'est parce qu'il rejette toute colère, qu'il rejette aussi toute vengeance et donc toute rétribution⁵¹.

Pour Sénèque, la peine n'est donc légitime que si elle est nécessaire. Paradoxalement, sa morale stoïcienne le conduit à réduire la peine à sa dimension utilitaire : il ne s'agit pas de punir « parce qu'une faute a été commise, mais pour qu'on n'en commette plus ». Partant, si Sénèque tente de limiter l'arbitraire impérial, il n'est pas un protagoniste de la mansuétude. Selon Michèle Ducos, « Sénèque se montre un fidèle disciple de l'Ancien Stoïcisme en

⁴⁶ Digeste 48, 19, 28, 15, cité par Michel HUBERT, « La peine en droit romain », *op. cit.*, p. 147.

⁴⁷ *Declam.* 74, cité par Michel HUBERT, « La peine en droit romain », *op. cit.*, p. 148.

⁴⁸ André LAINGUI, « Les peines dans la littérature des adages juridiques », in Jacqueline HOAREAU-DODINAU et Pascal TEXIER (dir.), *La peine. Discours, pratiques, représentations*, Limoges, Pulim, 2005 (Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique, 12), p. 119.

⁴⁹ Michèle DUCOS, « La réflexion sur le droit pénal dans l'œuvre de Sénèque », in *Revista de filología clásica y hebrea*, t. 44, n° 133-135, 1993, p. 444.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Voir Martin BLAIS, « La colère selon Sénèque et selon saint Thomas », in *Laval théologique et philosophique*, vol. 20, n° 2, 1964, p. 247 et 250.

refusant le pardon qui supprime la peine et la faute »⁵². La peine de mort n'est plus une juste rétribution du crime, mais un « moyen »⁵³.

Cependant, la peine de mort doit rester le châtement du dernier recours. Pour Sénèque, la peine est utile, mais aussi moralisatrice et partant elle vise aussi à l'amendement du coupable, ce qui est peut-être davantage dans la lignée de Platon :

« [T]ant qu'il le peut il [le protecteur des lois] traite les esprits par des paroles de façon à persuader chacun de faire son devoir, à lui inspirer le désir du bien et de la justice, à faire naître la haine des vices et l'estime des vertus »⁵⁴.

Comme on le voit, chez Sénèque la peine a une fonction 'pédagogique', si l'on peut utiliser cette expression, car cette 'pédagogie' concerne des adultes. Selon Michèle Ducos, cela provient du fait que Sénèque serait influencé par le principe déterministe de Socrate, selon lequel « nul n'est méchant volontairement »⁵⁵. En tout cas, il semble que pour Sénèque, l'origine du mal ne se situe pas tant dans la nature humaine que dans la société⁵⁶, ce qui est peut-être pour lui une raison de plus pour rejeter le rétributivisme.

Quoi qu'il en soit, dans un autre de ses ouvrages, le *De Clementia*, Sénèque attribue trois fonctions à la peine, allant de l'amendement à la prévention spéciale, en passant par la prévention générale :

« [L]a loi veut corriger celui qu'elle frappe ou améliorer les autres par cet exemple, ou donner aux autres par la suppression des méchants plus de sécurité »⁵⁷.

En plus de cette influence philosophique, la pratique criminelle se voit modifiée dès le 2^{me} siècle, avec l'accroissement de l'exemplarité des peines. Il semble que l'empereur Hadrien (117-138) va jusqu'à décider de punir sans culpabilité apparente, « afin de détourner les jeunes gens du même âge ». Paradoxalement le texte qui nous transmet cette décision

⁵² Michèle DUCOS, « La réflexion sur le droit pénal dans l'œuvre de Sénèque », *op. cit.*, p. 446.

⁵³ « Retranchons-les de la communauté des mortels où ils corrompraient par leur contact, employons le seul moyen possible pour les empêcher d'être méchants » (*De Ira*, 1, 15, 1, cité par Michèle DUCOS, « La réflexion sur le droit pénal dans l'œuvre de Sénèque », *op. cit.*, p. 446).

⁵⁴ SÉNÈQUE, *De Ira*, 1, 6, 3, cité par Michèle DUCOS, « La réflexion sur le droit pénal dans l'œuvre de Sénèque », *op. cit.*, p. 447.

⁵⁵ Michèle DUCOS, « La réflexion sur le droit pénal dans l'œuvre de Sénèque », *op. cit.*, p. 449.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 454.

⁵⁷ SÉNÈQUE, *De Clementia*, 1, 22, 1, cité par Michèle DUCOS, « La réflexion sur le droit pénal dans l'œuvre de Sénèque », *op. cit.*, p. 451.

utilise le terme de correction (« *coercendum* »), mais il s'agit d'éduquer les autres plutôt que d'amender le pseudo-coupable⁵⁸.

La peine peut alors devenir fluctuante selon le besoin social. L'un des rares auteurs à consacrer un traité au droit pénal, Claudius Saturninus (2^{me} siècle après J-C), en fait état dans son *De poenis paganorum* :

« Il arrive que les mêmes crimes soient frappés dans certaines provinces de peines plus lourdes : ainsi pour les incendies de récoltes en Afrique, les destructions de vignes en Mysie, ailleurs, là où l'on exploite les minerais, les crimes de fausse-monnaie. Il arrive en effet parfois que les supplices de quelques malfaiteurs soient aggravés, quand, pour réprimer l'audace d'un trop grand nombre de scélérats, il faut donner un exemple »⁵⁹.

Sous le bas-empire, à partir de Dioclétien (284-305), l'exemplarité de la peine semble l'emporter définitivement, même si son caractère expiatoire ne disparaît pas complètement. Ainsi, dans les lois impériales, la terminologie du passé (*vindicare*, *vindicta*, etc.) continue à être utilisée, mais cohabite avec un langage dissuasif (*severissima*, *acerbissima*, *atrocior*...). La justice rétributive reste tout de même assez présente pour que l'accroissement des peines nécessite une justification, comme le montre cette mesure de Dioclétien condamnant la mise en vente d'hommes libres enlevés injustement en 287 :

« Nous décidons d'opposer au laxisme une sévérité accrue. Prononcez sans hésiter la peine de mort contre ceux que vous trouverez coupables d'un tel crime, afin que par cette peine les autres soient effrayés et ne poussent pas l'audace de transférer loin de la ville (...) des ingénus pour les vendre ensuite impunément »⁶⁰.

Pour terminer cette section, il convient de parler de l'approche du christianisme, qui devient religion de l'empire sous Théodose I^{er}. Saint Paul soutient que les peines portées par l'autorité civile participent de la justice divine :

« [C]e n'est pas sans raison que [l'autorité] porte le glaive ; elle est un instrument de Dieu pour faire justice et pour châtier ceux qui font le mal » (*Épître aux romains*, 13, 4)⁶¹.

⁵⁸ *Collatio* (recueil du 4^{me} siècle), 1, 11, 2, cité par Michel HUMBERT, « La peine en droit romain », *op. cit.*, p. 150.

⁵⁹ Cité par Michel HUMBERT, « La peine en droit romain », *op. cit.*, p. 151.

⁶⁰ Code de Justinien, 9, 20, 7, cité par Michel HUMBERT, « La peine en droit romain », *op. cit.*, p. 153.

⁶¹ Cité par Jean-Marie CARBASSE, *La peine de mort*, *op. cit.*, p. 17

Mais l'enseignement du Christ aborde aussi la question de la vengeance, en faisant même référence à la loi du talion :

« Vous avez appris qu'il a été dit : *œil pour œil et dent pour dent*. Eh bien, je vous dis, moi, de ne pas tenir tête au méchant : au contraire, quelqu'un te donne-t-il un soufflet sur la joue droite, tends-lui l'autre joue » (Matthieu, 5, 38-39)⁶².

Le sens de ce passage n'est pas évident. Est-ce une condamnation de la loi du talion, pourtant en partie adoptée par l'Ancien Testament, ainsi que de toute répression pénale ? C'est ce que certains ont en partie pensé. Pourtant, il est à remarquer que Jésus-Christ ne condamne jamais l'autorité temporelle. Tout le monde connaît cette fameuse phrase : « Rendez à César ce qui est à César, et à Dieu ce qui est à Dieu » (Marc, 12, 17).

Mais il y a plus. Lors de sa passion, lorsque Pilate, le préfet romain de Judée, évoque son pouvoir de le condamner à mort (« Ne savez-vous pas que j'ai le pouvoir de vous faire attacher à une croix, et que j'ai le pouvoir de vous délivrer ? »), Jésus-Christ ne nie pas cette puissance, mais la rapporte à son origine : « Vous n'auriez aucun pouvoir sur moi, s'il ne vous avait été donné d'en haut » (Jean, 19, 10-11).

Ne doit-on donc pas plutôt voir dans le passage cité par saint Matthieu la distinction entre pouvoir temporel et pouvoir spirituel ? Tout en prenant de la distance par rapport à la loi du talion, Jésus ne la condamne pas, mais estime qu'elle ne doit pas déterminer la conduite du pouvoir spirituel.

C'est ainsi que Jésus met davantage l'accent sur l'amendement des coupables que sur la rétribution de leurs actes. Comme dans le cas de la femme adultère, où non seulement le Christ n'appelle pas à appliquer la loi de Moïse (devenue inapplicable, les juifs ayant perdu le droit de condamner à mort au profit des romains, mais pourtant rappelée par les pharisiens), mais se contente d'amener la femme à se convertir :

« Personne ne t'a condamnée ? (...) Moi non plus, je ne te condamne pas. Va, et ne pèche plus » (Jean, 8, 10-11)⁶³.

C'est cette conduite qui va guider celle de l'Église à travers les siècles et notamment lors du développement de son droit (droit canonique) au Moyen Âge, comme nous le verrons au chapitre suivant.

⁶² Cité par Jean-Marie CARBASSE, *La peine de mort, op. cit.*, p. 13.

⁶³ *Ibidem*, p. 14.

Entre-temps, dès le 5^{me} siècle, alors que la justice pénale de l'Empire romain tend à l'exemplarité, saint Augustin appelle à l'amendement des hérétiques donatistes plutôt qu'à la vengeance, dans une lettre de 412 au comte Marcellinus :

« Remplis, juge chrétien, l'office d'un père pieux... et que les atrocités des pécheurs ne soient pas pour toi une occasion de te complaire à la vengeance, mais qu'elles soient comme des plaies que tu prends soin de guérir »⁶⁴.

Cette position l'amène à écarter la peine de mort :

« Ne va pas, pour punir la faute, perdre l'homme en le tuant. Ne va pas le tuer, car il n'y aurait plus de repentir possible ; ne va pas jusqu'à le mettre à mort, car il n'y aurait plus d'amendement possible ! »⁶⁵.

Cette attitude va être citée au siècle des Lumières pour condamner la peine capitale. Mais faut-il vraiment en conclure que saint Augustin condamne la peine de mort ? Non point, puisqu'en une autre circonstance, il estime que celle-ci ne va pas à l'encontre du commandement « Tu ne tueras point » :

« Si celui qui tue son semblable de propos délibéré commet un assassinat, il y a cependant des cas où l'on peut donner la mort sans péché : ainsi lorsqu'un soldat tue un ennemi à la guerre, ou lorsqu'un juge prononce la peine capitale contre un criminel »⁶⁶.

En réalité, il semble qu'il s'agit encore une fois d'une conséquence de la distinction entre pouvoir spirituel et pouvoir temporel.

⁶⁴ Augustin D'HIPPONE, *Épître* 133, cité par Jean-Marie CARBASSE, *La peine de mort, op. cit.*, p. 27.

⁶⁵ Augustin D'HIPPONE, *Sermon*, 13, 8, cité par Jean-Marie CARBASSE, *La peine de mort, op. cit.*, p. 27.

⁶⁶ Cité par Jean-Marie CARBASSE, *La peine de mort, op. cit.*, p. 28.

Chapitre 2. Les fonctions de la peine au Moyen Âge

Résumant l'énorme influence d'Aristote jusqu'au siècle des Lumières en matière de droit pénal, Jean-Marie Carbasse écrit : « Ainsi la Cité se défend, tout en infligeant au criminel une peine rétributive de ses forfaits : c'est cette position moyenne qui inspirera, jusqu'au XVIII^e s., la législation pénale de l'Europe »⁶⁷.

Il ne faudrait cependant pas en inférer que cette rationalité pénale ne connaît aucune évolution durant tout ce temps. Le droit criminel va au contraire suivre les bouleversements sociaux qui marquent autant de césures dans la conception même de la société. Entre les royaumes barbares, la féodalité, les cités médiévales dotées de privilèges et puis le développement de la centralisation opérée par la monarchie dès la fin du Moyen Âge, les modèles de gouvernance sont très différents et leurs incidences successives sur le droit criminel inévitables.

Pour simplifier l'histoire des fonctions de la peine au Moyen Âge, on peut dire qu'on passe progressivement d'une conception de la justice pénale laissant une certaine place aux règlements privés des litiges, à une conception publique excluant toute vengeance privée. Après avoir considéré le droit pénal des peuples germaniques (Section 1), nous verrons les changements mis en œuvre dès le 12^{me} siècle sous l'impulsion du développement du droit canonique et de la scolastique (Section 2) et de la redécouverte du droit romain (Section 3).

Section 1. Droit germanique et tarification des infractions

Historiquement, le système pénal des peuples germaniques qui envahissent l'Occident aux 4^{me} et 5^{me} siècles laissait place à la vengeance privée, ce qui générait des *vendettas* successives. C'est pourquoi, dès leur établissement dans nos contrées, leurs chefs tentent d'imposer un nouveau modèle de règlement des conflits en adoptant les lois dites barbares, teintées de droit romain⁶⁸. Ainsi, dans le royaume franc, Clovis promulgue la loi salique vers 507-511, qui oblige les coupables à verser une certaine somme d'argent à la victime ou, si celle-ci a été tuée, à sa famille. A titre d'exemple, l'homicide d'un homme libre appelle un *wergeld*, c'est-à-dire une composition pécuniaire de 200 sous⁶⁹.

⁶⁷ Jean-Marie CARBASSE, « Droit pénal », *op. cit.*, p. 165.

⁶⁸ Jean-Marie CARBASSE, *La peine de mort*, *op. cit.*, p. 31-32.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 32.

Dans un tel modèle, quelles sont les fonctions de la peine ? Il s'agit certes d'une réparation, dont le caractère pénal ressort du fait qu'elle est instituée pour remplacer la vengeance. Mais cette réparation n'est pas très rétributive pour la société dans son ensemble, puisque seule la victime et sa famille peuvent bénéficier de cette composition pécuniaire. Le caractère rétributif de la peine n'est pourtant pas tout à fait absent, car la composition pécuniaire est accompagnée d'un *fredus*, sorte d'amende qui, comme l'explique Jean-Marie Carbasse, représente au moins à l'origine « le rachat du trouble causé (...) au groupe social tout entier »⁷⁰.

Par ailleurs, le rachat n'est pas possible pour toutes les infractions. Ainsi par exemple, dans le royaume franc, la trahison, la désertion et les actes de violence commis à l'encontre du roi sont passibles de la peine capitale⁷¹. Le rachat par composition pécuniaire est interdit aux hommes non libres, du moins dans la loi salique, la loi burgonde et la loi ripuaire⁷². Cependant, la peine a peut-être surtout une fonction pacificatrice. À propos de l'ordre judiciaire franc, Bruno Dumézil note que « [p]ar rapport à l'époque romaine, où le procès avait pour but de rétablir les droits de la partie lésée, la vocation de l'institution judiciaire [a] changé : il s'agi[t] maintenant de rétablir la concorde et de réconcilier les adversaires, quitte à accepter certaines entorses au droit ou à l'ordre public »⁷³.

Dans un premier temps, les fonctions utilitaires de la peine ne sont donc pas évidentes, sauf lorsque la vengeance intervient malgré le versement de la composition pécuniaire. Poursuivre la violence après le paiement du *wergeld* est en effet lourdement sanctionné par les rois francs⁷⁴. Par moment, la peine acquiert une dimension exemplaire. Dès 596, Childebert II rend l'homicide volontaire injustifié toujours passible de la peine capitale, écartant ainsi le *wergeld*⁷⁵.

Ce sont surtout les carolingiens qui accentuent l'exemplarité, comme en témoignent les capitulaires de Charlemagne et de Louis le Pieux de 802 et 823-825. Ce dernier va jusqu'à parler de terreur exemplaire en son canon 21 : « *Dignam correctionem accipiat, ut ceteris negligentibus exemplum terroris praebeat* ». L'ordre romain est pris pour modèle et les peines

⁷⁰ Jean-Marie CARBASSE, « La peine en droit français des origines au XVII^e siècle », in *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, t. LVI : *La Peine/Punishment*, deuxième partie : *Europe avant le XVIII^e siècle*, 1991, p. 158.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ibidem*, p. 159.

⁷³ Bruno DUMÉZIL, *Des gaulois aux carolingiens*, Paris, Presses Universitaires de France, 2013, p. 99.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 100.

⁷⁵ Jean-Marie CARBASSE, « La peine en droit français des origines au XVII^e siècle », *op. cit.*, p. 159.

afflictives comme les mutilations se développent. Cependant, la restauration carolingienne est éphémère. Dès le 10^{me} siècle le règne des compositions pécuniaires entre hommes libres reprend et atteint son paroxysme puisqu'elles sont désormais fixées par les parties, la vengeance privée redevenant même une alternative. Pour les hommes non libres, la justice seigneuriale se développe, favorisant les peines qui peuvent rapporter au seigneur (amende, confiscation des biens, rachat de peine)⁷⁶.

De son côté, l'Église développe un système de pénitences. Dès les 5^{me} et 6^{me} siècles, les monastères organisent une véritable prise en main des infractions internes. À ce propos, Nira Pancer note que « [l]e châtement est répressif et expiatoire mais aussi, et cela principalement dans la règle de saint Benoît, il devient processus de redressement et de correction »⁷⁷. Ici réapparaît le souci d'amendement que nous avons déjà rencontré chez saint Augustin. Le droit canonique le reprendra par la suite pour en faire une des fonctions importantes, sinon la principale de son propre droit pénal.

Section 2. Scolastique, droit canonique et rétribution

Les 12^{me} et 13^{me} siècles sont l'âge d'or de la scolastique, favorisé par le développement des universités et des ordres mendiants (dont l'ordre prêcheur fondé par saint Dominique) et par la redécouverte d'une partie de l'œuvre d'Aristote. Le stagirite est fortement mobilisé par le plus grand théologien de ce courant, saint Thomas d'Aquin (1225-1274), qui va jusqu'à l'appeler « le philosophe ». Comme lui, saint Thomas conçoit l'homme comme un être doté de libre arbitre et la peine comme une compensation à l'atteinte portée à l'ordre de la justice :

« [D]ans la mesure où l'homme transgresse l'ordre de la justice (...) il ne rentre dans l'ordre que par la compensation de la peine (...) par laquelle est rétablie la juste égalité des choses (...). La peine a pour but de rétablir l'équilibre exigé par la justice, en infligeant à celui qui a abusé de sa volonté quelque chose qui répugne à sa volonté »⁷⁸.

La doctrine fait écho à cette finalité justicière de la peine. Ainsi, Balde de Ubaldis (1327-1400) note que « la peine criminelle est aussi contenue dans le nom d'*emenda* par lequel

⁷⁶ Jean-Marie CARBASSE, « La peine en droit français des origines au XVII^e siècle », *op. cit.*, p. 159-160.

⁷⁷ Nira PANCER, « « Crimes et châtements » monastiques : aspects du système pénal cénobitique occidental (Ve et VIe siècles) », in *Le Moyen Age*, t. CIX, 2003, p. 269.

⁷⁸ Cité par Marie-Christine GUIOL, *Finalités et modalités de la peine dans la doctrine pénale et la pensée politique des XVII^e et XVIII^e siècles*, *op. cit.*, p. 133-134.

l'injure faite à la République est émondée »⁷⁹. La rétribution se distingue ainsi de la vengeance privée, en ce qu'elle est une réparation qui ne compense pas seulement l'offense commise à une personne mais aussi celle commise à la société, comme l'explique saint Thomas :

« Le mérite et le démérite sont relatifs à une rétribution conforme à la justice. Une pareille rétribution n'a lieu que lorsque quelqu'un favorise ou lèse les droits d'autrui. Pour comprendre cela, il faut considérer que tout homme vivant dans une société est, dans une certaine mesure, partie et membre de toute la société. Par suite, quiconque fait du bien ou du mal à un individu vivant dans une société, fait du bien ou du mal à cette société elle-même ; de même que celui qui blesse la main d'un homme, blesse l'homme lui-même. Donc, lorsqu'on fait du bien ou du mal à une personne particulière, on acquiert un double mérite ou démérite. D'abord [par rapport à] la personne aidée ou lésée. Ensuite de la part de la société tout entière »⁸⁰.

Dans la pratique, le souci de justice est manifeste par le développement, de plus en plus important au cours des 12^{me} et 13^{me} siècles, de la proportionnalité de la peine par rapport au délit commis. C'est aussi l'époque de la représentation du roi justicier. Le principe inquisitoire commence tout doucement à prendre la place du système accusatoire. L'arbitraire de la justice seigneuriale est limité par une certaine fixation des peines opérée par les chartes⁸¹.

La théologie chrétienne vient appuyer le caractère avant tout expiatoire de la peine. Deux dogmes doivent être ici mentionnés, celui du jugement dernier et celui de la rédemption des péchés par le sacrifice de la croix. Tous les deux sont d'ailleurs représentés dans les cours de justice, le premier étant privilégié dans le Saint-Empire, le second dans le royaume de France⁸².

⁷⁹ BALDE DE UBALDIS, *Com. ad X*, 1, 31, 18, *Dilectus*, n° 2, éd. Lyon, 1585, fol. 116v-b, cité par Emmanuël FALZONE, « *Pæna et emenda*. Les sanctions pénale et non pénale dans le droit canonique médiéval et la pratique des officialités », in Marie-Amélie BOURGUIGNON, Bernard DAUVEN et Xavier ROUSSEAU (dir.), *Amender, sanctionner et punir. Recherches sur l'histoire de la peine, du Moyen Âge au XX^e siècle*, actes des journées d'étude des 19-20 octobre 2009, Louvain-la-Neuve, Presses universitaires de Louvain, 2012, p. 116-117.

⁸⁰ Thomas D'AQUIN, *Somme théologique*, traduction de l'Institut docteur angélique, *prima secundae*, question 21, article 3, disponible sur Internet à l'adresse suivante : <http://docteurangelique.free.fr/bibliotheque/so/mmes/2sommethéologique1a2a.htm> (consulté le 9 mai 2018).

⁸¹ Jean-Marie CARBASSE, « La peine en droit français des origines au XVII^e siècle », *op. cit.*, p. 161.

⁸² Voir notamment la crucifixion du parlement de Paris attribuée à André d'Ypres et celle anonyme du Parlement de Toulouse, datant toutes les deux du milieu du 15^{me} siècle.

Concernant le jugement dernier, il a pour finalité de rétribuer les mérites et démérites acquis ou commis ici-bas par les hommes. En effet, au jugement dernier, l'amendement n'aura plus de sens puisqu'il s'agira du jugement définitif, qui distribuera les peines et les récompenses éternelles en fonction des péchés commis ou des mérites gagnés par les hommes tout au long de leurs vies sur cette terre.

Le jugement dernier n'aura pas non plus pour fonction directe de prévenir les péchés, puisque ceux-ci ne seront plus possibles. Dans l'au-delà, notre volonté sera définitivement tournée vers le bien ou le mal et sera donc délivrée de cette possibilité de changement qu'elle connaît ici-bas. Tout au plus, peut-on dire que le jugement dernier joue préventivement et donc indirectement une fonction de prévention par la crainte qu'il inspire.

Quant au sacrifice de la croix, sa fonction est également réparatrice. Il s'agit de payer la dette du péché, dette infinie contractée par l'homme qui ne peut pleinement la satisfaire. Il n'a pas la fonction exemplaire qu'a normalement la peine, puisque c'est la seconde personne de la sainte Trinité qui s'en est chargée une fois pour toutes. En revanche, le sacrifice de la croix comprend une dimension correctrice évidente, la passion du Christ devant amener les pécheurs à résipiscence.

C'est en se basant aussi sur ces deux dogmes que se développe à partir du 12^{me} siècle⁸³ un droit pénal canonique, chargé de traiter des délits relevant de la juridiction de l'Église. L'offense à Dieu étant en soi infinie de par le caractère infini de l'offensé, la peine ne peut la réparer intégralement. Seul Jésus-Christ, précisément par le sacrifice de la croix, a pu justement rétribuer Dieu des fautes commises par les hommes.

Quel est alors le rôle de la peine en droit canonique ? Avant tout de faire coopérer les pécheurs publics aux mérites du sacrifice de Jésus-Christ et ainsi de les en faire bénéficier. Né du système des pénitences développé par l'Église depuis l'Antiquité, le droit pénal canonique en est distingué pour y réserver le traitement des péchés publics d'une certaine gravité. Ne peuvent être considérés comme délits canoniques que des péchés mortels externes⁸⁴.

La peine canonique a donc pour but principal de corriger les coupables et de les faire participer à la réparation que Jésus-Christ a payée pour eux. Ainsi, l'amendement que poursuit

⁸³ Raphaël ECKERT, « Peine judiciaire, pénitence et salut entre droit canonique et théologie (XII^e s. – début du XIII^e s.) », in *Revue de l'histoire des religions*, n° 4, 2011, p. 483.

⁸⁴ Emmanuël FALZONE, « *Pœna et emenda*. Les sanctions pénale et non pénale dans le droit canonique médiéval et la pratique des officialités », *op. cit.*, p. 128-129.

le droit pénal canonique comprend avant tout la contrition, comme le montre cette assertion d'Henri Bohic, canoniste à l'université de Paris au 14^{me} siècle : « Dieu n'a pas requis principalement une peine pécuniaire, mais la contrition »⁸⁵.

Ce qui ne signifie pas que la peine canonique n'a pas d'autre but que l'amendement des pécheurs et leur coopération à l'expiation que Jésus-Christ a faite pour eux. L'Église étant aussi une société humaine, son droit de punir est également rétributif. C'est pourquoi, le théologien Pierre le Chantre (mort en 1197) estime qu'un criminel qui a fait pénitence et a été absous au for interne peut encore être condamné à une peine au for externe⁸⁶. Par ailleurs, la peine canonique a aussi une fonction d'exemple⁸⁷, de sorte que plusieurs canonistes estiment que seules des infractions susceptibles de causer un scandale peuvent être comprises au rang des délits canoniques⁸⁸.

Cependant, ces fonctions sociales ont en droit canonique un rôle secondaire. C'est ce qu'explique au 14^{me} siècle le canoniste Antonius de Butrio (1338-1408) qui, en parlant du droit canonique dans son ensemble, explique que l'ordre social est subordonné au salut des âmes, lui-même destiné à la vision béatifique, gloire de Dieu en même temps que fin dernière des hommes :

« [L]e droit canonique a deux fins, l'utilité publique et le salut de la société ainsi que les biens éternels, mais principalement les biens éternels ; c'est pourquoi un évêque doit d'abord considérer Dieu et ensuite le salut du peuple »⁸⁹.

Ainsi, même si dans certains cas, la peine canonique n'a pas d'autre but que le rétablissement de l'ordre dans l'Église (comme dans l'exemple du recours antérieur au sacrement de pénitence), habituellement le droit pénal canonique participe à la mission de sanctification des

⁸⁵ Henri BOHIC, *Com. ad. X*, 5, 40, 23, *Ex parte*, n° 3 (*In quartum et quintum Decretalium libros commentaria*), Venise, 1576, fol. 350-a, cité par Emmanuël FALZONE, « *Pœna et emenda*. Les sanctions pénale et non pénale dans le droit canonique médiéval et la pratique des officialités », *op. cit.*, p. 131.

⁸⁶ Pierre LE CHANTRE, *Summa de sacramentis et animae consilis*, éd. J.-A. Dugauquier, Louvain-Lille, 1957 (*Analecta Mediaevalia Namurcensia*, 7), deuxième partie, p. 114, cité par Raphaël ECKERT, « Peine judiciaire, pénitence et salut entre droit canonique et théologie (XII^e s. – début du XIII^e s.) », *op. cit.*, p. 505.

⁸⁷ Raphaël ECKERT, « Peine judiciaire, pénitence et salut entre droit canonique et théologie (XII^e s. – début du XIII^e s.) », *op. cit.*, p. 506, qui cite un canoniste anonyme selon lequel si la pénitence vise l'amendement du coupable, la peine a pour but l'exemple.

⁸⁸ Emmanuël FALZONE, « *Pœna et emenda*. Les sanctions pénale et non pénale dans le droit canonique médiéval et la pratique des officialités », *op. cit.*, p. 129.

⁸⁹ Antonius DE BUTRIO, *Com. ad X*, 1, 34, 2, *Treugas*, n° 12, éd. Venise, 1578, fol. 93v-b, cité par Emmanuël FALZONE, « *Pœna et emenda*. Les sanctions pénale et non pénale dans le droit canonique médiéval et la pratique des officialités », *op. cit.*, p. 135.

âmes qu'a l'Église. Il se distingue donc du droit pénal séculier non seulement quant aux délits pour lesquels il est compétent mais aussi quant à ses buts.

Pour être plus précis, Marie-Christine Guiol note « que dès le Moyen Age, le droit canonique fait la distinction entre deux types de peines, en fonction de leur objectif : les peines médicales, dont le but est l'amendement du coupable, et les peines vindicatives, similaires à celles prononcées par les juges séculiers, dont le but est d'infliger au coupable un véritable châtement. Mais, même dans le cas de ces dernières peines, le droit canonique recherche le salut du pécheur »⁹⁰.

Cette différence par rapport au droit séculier explique que le droit canonique développe sa propre échelle des peines, conçue pour amender les coupables : amende honorable, pèlerinage, excommunication, emprisonnement⁹¹... Contrairement au droit séculier, le droit canonique considère la prison comme une peine ordinaire, du moins à partir de la fin du 13^{me} siècle. Dans la décrétale *Quamvis*, insérée au *Sexte*, datant de 1298, le pape Boniface VIII soutient que la prison doit amener les coupables à la pénitence⁹².

Est-ce à dire qu'en droit pénal laïc, la peine n'a aucune fonction d'amendement ? C'est ce que soutient Jean-Marie Carbasse : « L'idée que la peine doit amender le délinquant (...) est totalement inconnue avant le 18^e siècle. Seul le droit canonique (...) s'est préoccupé de la « guérison » des coupables (...) au moyen de pénitences et de longues peines de prison »⁹³. Pourtant, il faut remarquer que la rétribution a pour but de rétablir l'ordre social antérieur, ce qui implique d'effacer la faute commise. D'ailleurs, il faut noter que la peine de prison n'est pas inconnue des juridictions séculières, même si elle n'a pas le statut de peine ordinaire⁹⁴.

⁹⁰ Marie-Christine GUIOL, *Finalités et modalités de la peine dans la doctrine pénale et la pensée politique des XVII^e et XVIII^e siècles*, *op. cit.*, p. 308.

⁹¹ Emmanuël FALZONE, « *Pœna et emenda*. Les sanctions pénale et non pénale dans le droit canonique médiéval et la pratique des officialités », *op. cit.*, p. 121, 123 et 124.

⁹² Emmanuël FALZONE, « *Ut peccata sua deflere et amplius talia non committat*. L'emprisonnement dans la pratique des officialités du diocèse de Cambrai et la réception de la doctrine canonique au XV^e siècle : châtier et sauver ? », in Dirk HEIRBAUT, Xavier ROUSSEAUX et Alain WIJFFELS (dir.), *Histoire du droit et de la justice. Une nouvelle génération de recherches/Justicie- en rechts- geschiedenis. Een nieuwe onderzoeksgeneratie*, Presses universitaires de Louvain, 2009, p. 280.

⁹³ Jean-Marie CARBASSE, « La peine en droit français des origines au XVII^e siècle », *op. cit.*, p. 165.

⁹⁴ Julie CLAUSTRÉ, « La prison de "desconfort". Remarques sur la prison et la peine à la fin du Moyen Age », in Sylvie HUMBERT, Nicolas DERASSE et Jean-Pierre ROYER (dir.), *La prison, du temps passé au temps dépassé*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 19-44.

Section 3. Redécouverte du droit romain et exemplarité des peines

À partir des 12^{me} et 13^{me} siècles, la pratique de tarifer les infractions est mise à mal par le souci d'exemplarité, qui est d'abord formalisé dans les régions romanisées (comme dans les statuts d'Arles vers 1160), du moins dans la France méridionale. La peine prend alors une dimension dissuasive et préventive plus importante⁹⁵.

Si la *pax privata* est admise *erga omnes* par les glossateurs jusqu'à Accurse (mort entre 1259 et 1263), elle n'est désormais plus opposable au juge. De la même façon, si le *Tractatus criminum* datant des années 1130/1140, attribué (mais à tort semble-t-il) à Jacobus, élève d'Irenius, reprend la distinction romaine entre crimes et délits publics et privés, continuant à reconnaître le principe accusatoire⁹⁶, cette distinction n'est pas retenue et le système inquisitoire se développe dès le 13^{me} siècle.

Le droit romain n'est donc peut-être pas la seule source d'inspiration. Ainsi, c'est un philosophe nominaliste ou terministe peu enclin à accroître le pouvoir des princes, Nicole Oresme (vers 1320-1382), qui semble être le premier à utiliser le mot 'répression'⁹⁷. Dans le même temps, les peines sont aggravées, les peines corporelles tendent à remplacer les amendes pour les infractions les plus importantes, sauf dans les cours seigneuriales où les amendes continuent à être pratiquées, même parfois pour des coups et blessures graves⁹⁸.

L'aspect exemplaire de la peine devient de plus en plus important, y compris chez certains praticiens du droit coutumier. Ainsi, à la fin du 13^{me} siècle, un bailli comme Philippe de Beaumanoir traduit cette préoccupation dans ses *Coutumes de Beauvaisis* (1283) :

« [B]onne chose est que l'on poursuive les malfaiteurs et qu'ils soient si rigoureusement punis et justiciés selon leur crime que, par la crainte de la justice, les autres en prennent exemple et ainsi qu'ils se gardent de méfaire »⁹⁹.

⁹⁵ Jean-Marie CARBASSE, « La peine en droit français des origines au XVII^e siècle », *op. cit.*, p. 164.

⁹⁶ Jean-Marie CARBASSE, « *Ordinaire, extraordinaire*. Quelques remarques sur les avatars d'une distinction romaine dans l'ancienne procédure française », in Jacqueline HOAREAU-DODINAU, Guillaume MÉTAIRIE et Pascal TEXIER (dir.), *Procéder. Pas d'action, pas de droit ou pas de droit, pas d'action ?*, Limoges, Pulim, 2006 (Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique, 13), p. 128-129.

⁹⁷ Marie-Christine GUIOL, *Finalités et modalités de la peine dans la doctrine pénale et la pensée politique des XVII^e et XVIII^e siècles*, *op. cit.*, p. 215, note 939.

⁹⁸ Jean-Marie CARBASSE, « La peine en droit français des origines au XVII^e siècle », *op. cit.*, p. 162-163.

⁹⁹ Cité par Louis de CARBONNIÈRES, « Peine », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 1138-1139.

Il est vrai que Beaumanoir n'est peut-être pas représentatif des praticiens de son temps. Proche du pouvoir royal, il est l'un des rares auteurs d'alors à écrire un coutumier qui nous soit parvenu. Bien qu'il soit peu probable qu'il ait étudié le droit romain à l'université d'Orléans, comme certains l'ont suggéré, il manifeste une vaste culture juridique dépassant celle du comté de Clermont dont il expose le droit coutumier¹⁰⁰. Cependant, cet extrait montre que l'exemplarité n'est plus à cette époque l'apanage du droit savant.

Néanmoins, ce caractère préventif n'est pas présenté comme le but ultime de la peine. Dans ce passage, Beaumanoir ne fait que souligner le caractère utile de la peine, il n'entend pas présenter les différentes fonctions de celle-ci. D'ailleurs, il est à remarquer que même à cet endroit, il fait usage de mots renvoyant à la notion de justice : « justiciés », « justice ». Il est certes bon que « les malfaiteurs (...) soient (...) rigoureusement punis », mais cela doit rester inséparable du fait qu'ils soient « justiciés selon leur crime ».

Cette dernière expression montre bien que le mot « justiciés » n'est pas une simple répétition de celui de « punis » auquel il succède, mais elle rappelle que la peine est avant tout la rétribution du crime auquel elle doit être proportionnelle. De toute façon, Beaumanoir précise en un autre passage les fonctions assignées à la peine : « la justice doit être établie pour la vengeance du crime et pour que celui qui l'a commis sache et comprenne quelle peine il a méritée »¹⁰¹.

¹⁰⁰ Jean-Marie CARBASSE, « Philippe de Beaumanoir, coutumes de Beauvaisis », in *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 22, 2002, p. 136.

¹⁰¹ Philippe DE BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, 1283, réédition, Paris, Salmon, 1899, t. 2, p. 485, cité par Marie-Christine GUIOL, *Finalités et modalités de la peine dans la doctrine pénale et la pensée politique des XVII^e et XVIII^e siècles*, op. cit., p. 203.

Chapitre 3. Les fonctions de la peine de la Renaissance au Grand Siècle

Les Temps modernes ayant débuté par la Renaissance et la Réforme, il paraît opportun de commencer ce dernier chapitre de la Partie 1 en recherchant l'influence qu'ont pu avoir le recours accru aux œuvres antiques et la naissance du protestantisme sur les conceptions des fonctions de la peine (Section 1). D'autre part, il s'agira de comprendre ce que le renforcement des États a eu pour conséquence en matière de logique répressive (Section 2). Enfin, il y aura lieu de dresser un bref état des lieux sur la place encore accordée à la justice rétributive à la charnière entre le Grand Siècle et le siècle des Lumières (Section 3).

Section 1. Humanisme juridique et bouleversements religieux

Avec l'humanisme, les textes des philosophes antiques sur la peine sont reconsidérés. Or parmi ceux-ci, nous avons vu que certains, comme Sénèque, prônaient une conception anti-rétributiviste de la peine : celle-ci ne peut regarder vers le passé (en d'autres termes, le délit commis), mais seulement vers l'avenir (correction, prévention ou exemple).

Ces œuvres antiques ont-elles une influence sur l'approche pénale des juristes de la Renaissance ? Examinons le cas de Sénèque et de son *De Ira*. Tout d'abord, notons que le théâtre de Sénèque jouit d'une grande faveur suite à sa réédition en 1484, au point de devenir « [l]e modèle dramaturgique le plus fréquemment imité par les auteurs français »¹⁰².

Or Bruno Méniel fait remarquer que « [l]es dramaturges français [appartiennent] souvent au milieu des gens de robe et au camp des « politiques » [et] s'accordent avec le néo-stoïcisme, qui est la philosophie du pouvoir, au temps du premier Bourbon [Henri IV] ». Il y a plus. Ces auteurs « lisent le *De Ira* de Sénèque (...) et conçoivent la colère comme une *perturbatio*, une force délétère pour l'individu et pour la société »¹⁰³, conception de la colère qui semble être, comme nous l'avons vu¹⁰⁴, à l'origine de l'approche de la peine chez Sénèque.

L'influence stoïcienne n'est d'ailleurs pas l'apanage de la France et concerne aussi des juristes d'autres pays. Ainsi, le flamand Josse de Damhouder (1507-1581), membre du conseil des finances de Marie de Bourgogne, cite Sénèque dans son *Enchiridion des causes*

¹⁰² Bruno MÉNIEL, « La colère dans la tragédie humaniste », in *Cahiers de recherches médiévales et humanistes*, n° 21, 2011, p. 374.

¹⁰³ *Ibidem*.

¹⁰⁴ Voir *supra*, p. 17.

criminelles, édité à Louvain en 1555. Du moins, il semble bien que c'est à son adage qu'il renvoie lorsqu'après avoir cité le nom de Platon, il écrit :

« Il fault punir le forfait, & la faute, non pas pour le passé delict, car icelluy ne peult estre corrigé, ains affin que de rechief ne pechent, & ne a son exēple les autre aussy pechent, ce qu'advient sy les crimes ne sont puniz »¹⁰⁵.

En tout cas, la réception de Sénèque est explicitement revendiquée pour cet autre passage du philosophe romain cité sur la page de titre : « Il nuist & dommage aux bons, qui espargne les mauvais »¹⁰⁶.

Par ailleurs, l'avènement du protestantisme n'est pas sans incidence sur le droit pénal. En effet, Luther et Calvin mettent à mal le libre arbitre de l'homme. Le premier rédige dès 1525 un traité intitulé *De servo arbitrio*, du serf arbitre. Le second va plus loin encore en estimant que c'est Dieu qui décide qui ira au ciel et qui n'y ira pas (prédestination).

Or nier ou diminuer le libre arbitre de l'homme revient à nier la culpabilité des délinquants ou en tout cas à relativiser celle-ci. Calvin estime que la loi morale a notamment pour but de montrer aux hommes combien ils sont pécheurs et impuissants sans le secours divin et de freiner les effets sociaux des péchés¹⁰⁷. Partant, c'est la peine elle-même qui est amenée à changer de nature. Il ne s'agit plus tant de rétablir l'ordre naturel d'une société, que d'éviter que le désordre atteigne des proportions trop importantes.

Comme on le voit, le protestantisme favorise une approche utilitariste de la peine. Ainsi, Calvin estime que même en matière de droit pénal ecclésiastique, la peine doit être répressive et exemplaire et, selon Marta García-Alonso, il exclut déjà le caractère rétributif de la peine ecclésiastique¹⁰⁸. Il est vrai que cela ne concerne pas le droit pénal séculier. Mais qu'est-ce qui empêcherait d'en faire l'application ? Comme l'explique Jacques Fierens, avec le protestantisme, « [l]e rôle de la norme légale devient essentiellement répressif (...). L'important est de faire respecter les lois plutôt que de rechercher le juste »¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Josse de DAMHOUDER, *La practique et enchiridion des causes criminelles*, Louvain, Imprimeurs Etienne Wauters et Jehan Bathen, 1555, p. 2.

¹⁰⁶ *Ibidem*, page de titre.

¹⁰⁷ Marta GARCÍA-ALONSO, « Le pouvoir disciplinaire chez Calvin », in *Renaissance and Reformation/Renaissance et Réforme*, vol. 33, n° 4, 2010, p. 31.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 36.

¹⁰⁹ Jacques FIERENS, *Le droit naturel pour le meilleur et pour le pire*, Presses Universitaires de Namur, 2014, p. 249.

Ainsi, la double influence de l'humanisme et du déterminisme protestant va favoriser l'émergence d'une nouvelle conception de la peine. Si celle-ci n'est pas encore formulée, ses prémices sont nées. Le cas de Jacques Cujas (1522-1590) est intéressant : « principal représentant de l'«humanisme historiciste» »¹¹⁰, au moins un temps « tenté par le calvinisme »¹¹¹, il ne nie pas la fonction rétributive de la peine, mais semble la faire passer au second plan : « *Omnis enim pena non tam ad delictum quam ad exemplum pertinet* »¹¹². Son élève, Pierre Ayrault (1536-1601) reprend plus ou moins la même idée : « la justice en toutes ses exécutions [exécutions capitales], tant plus à l'exemple qu'au châtement »¹¹³.

Un autre cas intéressant est celui de Francis Bacon (1561-1626), chancelier d'Angleterre sous Jacques I^{er}, « représentant du stoïcisme le plus connu » en Angleterre selon Leonard Forster¹¹⁴ et anglican. Il soutient sans ambiguïté que « la première intention [des lois pénales] est de prévenir le crime »¹¹⁵, même si dans ses *Essays* datant de 1597, il reconnaît que « [v]ouloir étouffer en soi toute semence de colère n'est qu'une fanfaronnade de stoïcien »¹¹⁶. La rétribution n'est pas encore abandonnée, mais elle est déjà mise de côté.

Section 2. Centralisation étatique et peines exemplaires

A partir du 16^{me} siècle, l'exemplarité prend de l'importance, le souci de justice rétributive étant néanmoins conservé. Comme l'écrit Marie Gloris Bardiaux-Vaïente, « l'idée d'exemplarité existait déjà au Moyen-Âge, mais à partir du XVI^e siècle, la centralisation de la justice criminelle au profit de l'État va de pair avec une répression plus sévère et exemplaire »¹¹⁷.

¹¹⁰ Xavier PRÉVOST, « Jacques Cujas et les poètes de l'Antiquité tardive », in *Cahiers de recherches médiévales et humanistes*, n° 24, 2012, p. 381.

¹¹¹ Laurens WINKEL, « CUJAS Jacques », in Patrick ARABEYRE, Jean-Louis HALPÉRIN et Jacques KRYNEN (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français (XII^e-XX^e siècle)*, Paris, PUF-Quadrige, 2007, p. 220.

¹¹² Cité par Jean-Marie CARBASSE, « La peine en droit français des origines au XVII^e siècle », *op. cit.*, p. 164.

¹¹³ Pierre AYRAULT, *L'ordre, formalité et instruction judiciaire*, livre 1, article 2, cité par Marie-Christine GUIOL, *Finalités et modalités de la peine dans la doctrine pénale et la pensée politique des XVII^e et XVIII^e siècles*, *op. cit.*, p. 232.

¹¹⁴ Leonard FORSTER, « La renaissance du stoïcisme », in Tibor KLANICZAY, Eva KUSHNER et Paul CHAVY (dir.), *L'époque de la Renaissance (1400-1600)*, t. IV : *Crises et essors nouveaux (1560-1610)*, Amsterdam et Philadelphie, John Benjamins Publishing Company, 2000, p. 129.

¹¹⁵ Francis BACON, *Œuvres philosophiques et morales du chancelier François Bacon*, Paris, Calixte Volland, 1797, t. I, ch. XXVI : *Des devoirs du Juge*, p. 209.

¹¹⁶ Francis BACON, *Essais de morale et de politique*, in *Œuvres philosophiques, morales et politiques de François Bacon*, Paris, A. Desrez, 1836, p. 532.

¹¹⁷ Marie GLORIS BARDIAUX-VAÏENTE, *Histoire de l'abolition de la peine de mort dans les six pays fondateurs de l'Union européenne*, thèse en histoire, Université Michel de Montaigne – Bordeaux III, 2015, disponible sur Internet à l'adresse suivante : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01246549/document> (consulté le 25 avril 2018), p. 27.

Sans formellement renverser l'ordre des fonctions de la peine, Josse de Damhouder met déjà nettement l'accent sur le caractère répressif dans son *Enchiridion des causes criminelles* :

« Il appert qu'il touche a la republicque, que les delictz soient puniz, affin que les malfaictz ne demeurēt impuniz. (...) [I]l touche a la republicque, que la province, ou pays soit purgé des mauvais, afin de demourer en paix & repos, veu que non facilemēt remettre la paine, touche & compete a la republicque, afin que personne legierement ne procede aux malfaictz, mais que utile, voire necessaire soit cōtre les delinquantz icelle partie de iustice, la quelle est appellée des philosophes & studieux de sapience, vengeance, ou aultrement on la peult nommer punition, comme demonstre Plato en son livre de la republicque, quand il dict. Souffrir peines, est evitement de tresgrād mal, car elle les faict en autre cas plus prudens, sages, & iustes »¹¹⁸.

Certes, la justice et la vengeance de la société sont évoquées, mais l'on ne peut pas dire que Damhouder les met en valeur. De plus, nous avons vu qu'il semble citer l'adage de Sénèque, ainsi qu'un autre passage de l'œuvre du philosophe romain. L'accent est ainsi mis sur l'exemplarité. Or Damhouder reçoit une large audience en Europe¹¹⁹, à tel enseigne que son *Enchiridion des causes criminelles* exerce une influence sur les *Landrecht* de Prusse et du Brandebourg de 1620 et de 1684 et est traduit jusqu'en Pologne¹²⁰.

La pratique manifeste également ce souci d'exemplarité. Aux Grands jours d'Auvergne de 1665, 324 des 347 condamnations à mort sont exécutées en effigie. Le *retentum*, c'est-à-dire la diminution de la douleur d'une peine sans que le public en soit prévenu, confirme l'importance de la prévention générale¹²¹. Enfin, seule l'exemplarité peut expliquer que certains crimes sont susceptibles de faire l'objet de « procès au cadavre ou à la mémoire d'un défunt », pour reprendre l'expression de l'ordonnance criminelle de 1670¹²².

¹¹⁸ Josse de DAMHOUDER, *La practique et enchiridion des causes criminelles*, *op. cit.*, p. 2.

¹¹⁹ Renée Martinage va jusqu'à écrire que « [l]e livre se répandit dans toute l'Europe et devint le manuel de tous ceux qui s'occupaient de justice pénale » (Renée MARTINAGE, *Histoire du droit pénal en Europe*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998, p. 25).

¹²⁰ François-Louis GANSHOF, « H. P. Schaap. *Philips Wielant en diens Corte Instructie omme jonghe practisienen in civile zaken* », compte-rendu, in *Revue belge de philologie et d'histoire*, t. 7, fasc. 4, 1928. p. 1652. Voir aussi Michael OSTLING, *Between the Devil and the Host. Imagining Witchcraft in Early Modern Poland*, Oxford University Press, 2011, p. 50.

¹²¹ Jean-Marie CARBASSE, « La peine en droit français, des origines au XVII^e siècle », *op. cit.*, p. 165.

¹²² L'ordonnance criminelle de 1670 prévoit quatre crimes pouvant faire l'objet de poursuites contre le cadavre : lèse-majesté, duel, rébellion à justice avec force ouverte et suicide (Serge DAUCHY, « Trois procès à cadavre devant le Conseil souverain du Québec (1687-1708). Un exemple d'application de l'ordonnance de 1670 dans les colonies », in Serge DAUCHY et Véronique DEMARS-SION (dir.), *Juges et criminels. Études en hommage à Renée Martinage*, Hellemmes, Ester, 2001, p. 38).

Ainsi, la pratique semble être fortement influencée par l'accroissement d'exemplarité. Le meilleur exemple en est peut-être cette phrase tirée du *Recueil d'arrêts notables des cours souveraines de France* de Jean Papon (1505/1507-1590), qui paraît à première vue exclure la rétribution, même si le sens du mot 'corriger' est ambigu, comme nous l'avons vu dans l'Introduction¹²³ : « toutes peines et réprimandes ne tendent à autres fin que de restreindre par sévérités et corrections les maléfices »¹²⁴.

Néanmoins, la rétribution va encore rester pendant longtemps la première fonction des peines. Ainsi, Benedict Carpzov (1595-1666), l'un des plus grands criminalistes du 17^e siècle¹²⁵, considère le criminel comme le débiteur d'une peine¹²⁶. Comparer le criminel à un débiteur, c'est sous-entendre que le crime engendre une dette, une obligation juridique, et donc que le droit de punir a tout à la fois son fondement et ses limites dans l'existence de cette dette et non dans la raison d'État.

En d'autres termes, cela implique que la peine ne dépend pas de l'utilité de la société, appréciée subjectivement par le législateur ou par le juge en fonction des temps et des lieux, mais d'un acte prouvé objectivement (nous sommes encore à ce moment dans un système de preuves légales, excluant l'intime conviction du juge), dont la responsabilité incombe à son auteur, et qui appelle en retour une peine, sinon de même nature (loi du talion), du moins proportionnelle, mettant fin à la dette contractée.

Ces deux exemples tirés de deux des criminalistes (Damhouder et Carpzov) les plus importants du 16^{me} et de la première moitié du 17^{me} siècle montrent que malgré le développement progressif de l'absolutisme, le droit criminel de cette époque repose encore sur l'idée de justice, entendue comme vertu tendant à rendre à chacun ce qui lui est dû ou ce qu'il a mérité. L'exemplarité reste couplée à la rétribution. Louis de Carbonnières note que c'est « pour imprimer l'idée que la punition est la conséquence directe du crime, [que]

¹²³ Voir *supra*, p. 4.

¹²⁴ Jean PAPON, *Recueil d'arrêts notables des cours souveraines de France*, livre 24, titre 10, cité par Marie-Christine GUIOL, *Finalités et modalités de la peine dans la doctrine pénale et la pensée politique des XVII^e et XVIII^e siècles*, *op. cit.*, p. 231.

¹²⁵ Jean-Marie Carbasse le qualifie de « plus grand criminaliste européen » du 17^{me} siècle (Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000, p. 126). Renée Martinage dit la même chose (Renée MARTINAGE, *Histoire du droit pénal en Europe*, *op. cit.*, p. 25).

¹²⁶ Mathieu SOULA, « A la recherche de la peine : regard rétrospectif », in *AJ Pénal*, n° 9, 2015, p. 23.

certaines peines sont « réfléchissantes » : la langue qui a blasphémé est coupée, la main qui a volé est tranchée... »¹²⁷.

Même un novateur comme Jean Bodin (1529/1530-1593), théoricien de la souveraineté, continue d'appréhender la peine comme une vengeance du crime et non uniquement comme un moyen de prévention : « [La peine] doit servir non seulement pour la vengeance des forfaits, ains aussi pour diminuer le nombre des meschans et pour la seureté des bons »¹²⁸.

De sorte que l'on peut affirmer que ni l'âge d'or des châtiments exemplaires, ni la renaissance des idées antiques et notamment stoïciennes, ni la théorisation progressive de la raison d'État n'ont eu pour effet immédiat la renonciation à l'idée de rétribution. Mais en même temps, comme nous l'avons déjà vu dans la section précédente, les bases philosophiques et religieuses du changement de conception de la peine sont déjà partiellement posées.

À cet égard, Bodin joue peut-être un rôle en ce qu'il tend à mélanger justice commutative et justice proportionnelle, en proposant une « justice harmonique »¹²⁹. Pour Bodin, cette justice harmonique doit être « en partie egale, en partie semblable : l'égalité seroit entre les hommes mediocres plus ou moins riches, et la proportion geometrique entre les grands seigneurs et les povres »¹³⁰. Ainsi, la peine n'est plus tant la rétribution d'un acte, que celle d'une personne, l'inégalité des peines étant alors justifiée : les peines corporelles sont plus adaptées aux pauvres et les peines pécuniaires aux riches¹³¹.

Par ailleurs, l'absolutisme royal se développe au cours du 17^{me} siècle, de sorte que la justice devient de plus en plus le monopole de l'État, qui veille à la tranquillité publique au moyen de peines exemplaires. Le préambule de l'ordonnance criminelle de Louis XIV d'août 1670 témoigne de ce souci d'exemplarité lorsqu'il affirme que la peine « assure le repos public, &

¹²⁷ Louis de CARBONNIÈRES, « Peine », *op. cit.*, p. 1139.

¹²⁸ Cité par Louis Augustin BARRIÈRE, « Jean Bodin et le droit pénal », in Gabriel-André PÉROUSE et Christian BRUSCHI (dir.), *L'œuvre de Jean Bodin. Actes du colloque tenu à Lyon à l'occasion du quatrième centenaire de sa mort (11-13 janvier 1996)*, Paris, Champion, 2004, p. 105.

¹²⁹ Guillaume BERNARD, « La sanction pénale des classiques aux modernes : de la distinction à la confusion du droit et de la morale », *op. cit.*, p. 124.

¹³⁰ Jean BODIN, *Les six livres de la République*, éd. Ch. Frémont, M.-D. Couzinet et H. Rochais, Paris, 1986, t. VI, Liv. VI, Chap. VI, p. 274, cité par Guillaume BERNARD, « La sanction pénale des classiques aux modernes : de la distinction à la confusion du droit et de la morale », *op. cit.*, p. 124.

¹³¹ Guillaume BERNARD, « La sanction pénale des classiques aux modernes : de la distinction à la confusion du droit et de la morale », *op. cit.*, p. 124.

contient par la crainte des châtements ceux qui ne sont pas retenus par la considération de leur devoir »¹³².

Section 3. La rétribution à la charnière des 17^{me} et 18^{me} siècles

Avant de passer à l'étude des premières mises en cause de la rétribution, examinons deux citations qui montrent la place qu'elle occupe encore à la charnière du siècle de Louis XIV et du siècle des Lumières.

En 1690, au début de ses *Réflexions sur les prisons des ordres religieux*, Jean Mabillon (1632-1707), moine bénédictin de la Congrégation réformée de Saint-Maur, rappelle les fonctions respectives des justices pénales laïques et ecclésiastiques :

« Dans la Justice Seculiere on a en vûë principalement de conserver & de reparer le bon ordre, & d'imprimer de la terreur aux méchans ; mais dans la Justice Ecclésiastique on a égard sur toutes choses, au salut des ames ; c'est pourquoi l'on doit toujours employer les moyens qui ont plus de rapport à cette fin »¹³³.

Cette citation est intéressante en ce qu'elle montre qu'à la fin du 17^{me} siècle, les différences de fonctions des droits pénaux séculiers et canoniques sont encore les mêmes que celles dégagées au Moyen Âge, telles que nous les avons vues¹³⁴. Le droit pénal séculier doit « principalement » se charger « de conserver & de reparer le bon ordre » – ce qui est la fonction rétributive, et « d'imprimer de la terreur aux méchans », – ce qui est la fonction préventive de la peine.

Tandis que le droit pénal canonique doit avoir « égard sur toutes choses, au salut des ames », c'est-à-dire à l'expiation et à l'amendement des pécheurs publics. Et Mabillon de préciser que « l'on doit toujours employer les moyens qui ont plus de rapport à cette fin ». Cette remarque qui introduit un ouvrage sur les prisons n'est pas anodine et fait probablement référence à la fonction éminemment correctrice de l'emprisonnement, qui n'a alors le statut plénier de peine qu'en droit canonique.

¹³² Cité par Yves CARTUYVELS, *Une généalogie de la codification en droit pénal*, thèse de doctorat en criminologie, Université catholique de Louvain, 1993, p. 96.

¹³³ Jean MABILLON, *Réflexions sur les prisons des ordres religieux*, in *Ouvrages posthumes de D. Jean Mabillon, et de Thierry Ruinart, bénédictins de la congrégation de Saint Maur*, t. 2, Paris, François Babuty, 1724, p. 321.

¹³⁴ Voir *supra*, p. 24 à 28.

Même chez les philosophes, l'on continue à trouver des références à la conception rétributive. Encore au début du 18^{me} siècle, l'allemand Gottfried Wilhelm Leibniz (1646-1716) voit dans la peine laïque une exigence de la justice rétributive :

« [L]'harmonie des choses demande une satisfaction » ; « [i]l y a une espèce de justice qui n'a point pour but l'amendement, ni l'exemple »¹³⁵.

Ces deux citations tirées de deux auteurs qui diffèrent tant par leurs pays, par leurs religions, que par leurs fonctions, laissent à penser que l'idée selon laquelle les peines ont d'abord pour fonction de rétablir l'équilibre de l'ordre social naturel blessé par le crime est encore largement acceptée à la charnière du Grand-Siècle et du siècle des Lumières. Cela pourrait être considéré comme une confirmation des conclusions de Marie-Christine Guiol et d'autres historiens du droit sur l'abandon du rétributivisme au 18^{me} siècle¹³⁶. Pourtant, nous allons voir à présent que la conception utilitariste est déjà née depuis un temps, lorsque le siècle des Lumières ne fait que commencer.

¹³⁵ Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 244-245.

¹³⁶ Voir *supra*, p. 2.

Partie 2. La révolution des fonctions de la peine autour du siècle des Lumières

La première partie a montré qu'à la charnière entre les 17^{me} et 18^{me} siècles, entre le Grand Siècle et le siècle des Lumières, le premier but assigné aux peines était encore la justice pour des auteurs pourtant fort différents.

En fait, comme nous le verrons dans cette seconde partie, c'est surtout dans la seconde moitié du 18^{me} siècle que la fonction rétributive cesse d'être considérée comme la fin principale des peines, chez quasiment tous les philosophes des Lumières et auteurs de doctrine ouverts à leur influence.

Que s'est-il donc passé entre le début et la fin de ce siècle pour que la hiérarchie des fonctions de la peine soit complètement bouleversée ? C'est ce que nous allons examiner dans le chapitre 2 de cette seconde partie. Mais avant cela, il convient de nous intéresser aux précurseurs.

Comme indiqué dans l'introduction, il y a désaccord entre les historiens quant à l'identité et à l'époque de ces premiers novateurs. C'est pourquoi, le chapitre 1 commencera par situer dans le temps les signes avant-coureurs de cette nouvelle théorie de la peine, bien antérieurs à sa généralisation.

Chapitre 1. Pré-Lumières ou origines idéologiques des nouvelles fonctions du droit de punir

Ce premier chapitre ayant pour but de dater les premières remises en cause de la conception rétributiviste de la peine aux Temps modernes et d'identifier leurs auteurs et les différents systèmes de pensée dont elles procèdent, il apparaît opportun d'opter pour un plan chronologique. Chaque section va donc être consacrée à un auteur.

Sans éviter tout risque d'arbitraire, mais étant donné l'objet de l'enquête, la priorité est accordée aux philosophes et théoriciens du droit connus pour leur approche novatrice ou carrément révolutionnaire et notamment aux tenants du contractualisme et aux représentants de l'école du droit naturel moderne (Grotius, Hobbes, Pufendorf...).

Étant donné qu'il s'agit de retracer une généalogie, les auteurs examinés ne défendent pas tous aussi explicitement la nouvelle légitimation du droit de punir. Néanmoins, l'utilité du propos demande à n'exposer que les théories d'auteurs qui ont eu une incidence sur la question. Concrètement, cela signifie que seuls des philosophes et juristes mettant en cause la rationalité rétributive sont abordés dans ce chapitre.

Malgré le fait qu'aucun ouvrage antérieur au *Léviathan* d'Hobbes au milieu du 17^{me} siècle semble n'avoir été reconnu comme précurseur en la matière¹³⁷, il apparaît plus prudent de faire commencer l'enquête au début du 17^{me} siècle, même si celle-ci ne prétend pas à l'exhaustivité.

Section 1. Hugo Grotius ou la rétribution passée sous silence (1625)

Hugo Grotius (1583-1645) est ambigu sur les fonctions de la peine. Dans son *De iure belli ac pacis* (1625), il cite Platon et Sénèque :

« C'est un mot célèbre (...) de Platon, qui a été traduit par (...) Sénèque ; *que l'on ne doit pas punir précisément à cause du mal qui a été commis ; (car ce qui est fait, est fait ; on ne sauroit faire qu'il ne l'aît pas été) mais à cause du mal qui pourroit être commis à l'avenir* »¹³⁸.

¹³⁷ Voir *supra*, p. 2-3.

¹³⁸ Hugo GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, t. II, trad. de Jean BERBEYRAC, Amsterdam, Pierre de Coup, 1729, p. 55. Si nous utilisons cette traduction, c'est non seulement parce qu'elle est facile d'accès (elle se

Dire « que l'on ne doit pas punir précisément à cause du mal qui a été commis » peut encore être interprété de diverses façons, eu égard aux différentes acceptions de la notion philosophique de cause. Mais préciser que la faute doit être punie « à cause du mal qui pourrait être commis à l'avenir » indique bien que l'on a en vue sa prévention, sans référence à l'idée de châtement.

Est-ce à dire que Grotius franchit l'étape décisive de la substitution de la prévention des crimes et délits à la justice rétributive comme fonction première de la peine ? Pas nécessairement. Tout d'abord, la célèbre maxime de Sénèque est citée mais non intégralement reprise à son compte par Grotius, même si un peu plus loin il soutient que la formule de Platon faisant la matière de cette maxime « est tout-à-fait bien fondée, en matière des Punitons Humaines »¹³⁹. D'autre part, cette maxime laisse bien de côté la justice rétributive, mais sans la rejeter nommément.

Cependant, force est de constater que Grotius ne fait aucun cas de la satisfaction comme finalité première de la peine. Il estime que les peines poursuivent trois buts :

« [D]ans toute Puniton, on a en vuë ou le bien du Coupable même, ou l'utilité de celui qui avoit intérêt que le Crime ne fût pas commis, ou enfin l'avantage de tout le monde généralement »¹⁴⁰.

Néanmoins, l'on pourrait faire objecter que même dans ce passage, Grotius ne rejette pas expressément l'aspect rétributif de la peine, celui-ci pouvant être compris sous la généralité des expressions employées, notamment sous celle d'« avantage de tout le monde généralement ». Voyons donc rapidement ce que Grotius entend par chacune de ces fonctions attribuées à la peine.

Par le « bien du Coupable », il entend le « but de corriger le Coupable, & de le rendre plus homme de bien, en guérissant le mal par son contraire »¹⁴¹. Tandis que par l'« utilité de celui qui avoit intérêt que le Crime ne fût pas commis », il vise le but de « faire en sorte qu[e] [la victime] ne soit désormais exposé[e] à rien de semblable, ni de la part de celui qu'on punit, ni

trouve sur Google Livres), mais aussi parce qu'elle est due à un juriste influent au siècle des Lumières. Par souci d'harmonisation avec le reste de notre travail, nous ne reproduisons pas les petites capitales qui y sont utilisées.

¹³⁹ Hugo GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, op. cit., p. 56.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 59.

¹⁴¹ *Ibidem*.

de la part d'aucun autre »¹⁴². Enfin, l'« avantage de tout le monde » « demande les mêmes choses, que l'intérêt de la personne lésée », c'est-à-dire d'« empêcher d'un côté que celui qui a fait du mal à quelqu'un n'en fasse désormais à aucun autre » et « de l'autre, il faut empêcher (...) que d'autres personnes, flattées par l'espérance de l'impunité, (...) n'insultent quelqu'un »¹⁴³.

Il ne semble donc pas que l'exposition des fonctions de la peine donnée par Grotius comporte la rétribution. Cependant, l'on ne peut en conclure qu'il la rejette expressément, d'autant qu'il ne prétend pas forcément à l'exhaustivité. De la même façon, Grotius condamne explicitement la vengeance, mais il n'est pas certain qu'il comprenne sous ce terme autre chose que la vengeance privée, fruit d'un simple ressentiment. Cependant, reconnaissons ici aussi l'ambivalence de son propos, puisqu'il termine sa partie sur la vengeance par cette phrase ambiguë :

« Puis donc qu'un Homme fait mal d'en punir un autre, purement & simplement pour le punir ; il faut voir maintenant, quelles raisons d'utilité il peut y avoir, qui rendent la Puniton légitime »¹⁴⁴.

Dans cette phrase, Grotius ne condamne plus seulement la vengeance privée, mais aussi la punition du coupable sans utilité (« purement & simplement pour le punir »). Il est vrai que l'on ne sait au juste qui est visé par ce propos. L'« Homme fait mal d'en punir un autre... ». Mais de quel homme s'agit-il ? De tout homme ou seulement de l'individu qui n'est pas détenteur de la puissance publique ? S'agit-il de condamner toute vindicte y compris publique ou seulement la vengeance privée de la victime vis-à-vis de l'auteur du méfait, souvent imprégnée de ressentiment ?

L'ambiguïté de Grotius provient aussi du fait qu'à la manière de certains humanistes de la Renaissance, il cite bon nombre de philosophes et auteurs antiques, sans nécessairement se positionner par rapport à eux ni même les commenter. Cela est également vrai à propos de la

¹⁴² Hugo GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, op. cit., p. 61. Ce second but lie tout à la fois les fonctions préventives et répressives : « il y a trois moyens d'empêcher que la personne lésée (...) ne souffre plus de mal de la part de l'offenseur. Le premier est, de faire mourir le Coupable : le second, de le mettre hors d'état de nuire : le dernier, de lui faire souffrir quelque mal, par où il apprenne à ses dépens à être plus sage ; ce qui a du rapport avec la correction, dont nous avons parlé ci-dessus. (...) Pour mettre ensuite à couvert la personne lésée du tort & des maux pareils que d'autres pourraient lui faire ; il faut que le Coupable soit puni, non pas en cachette, mais publiquement & à la vuë de tout le monde » (*ibidem*, p. 62).

¹⁴³ *Ibidem*, p. 66.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 57-58.

question qui nous intéresse et notamment concernant la présence ou non d'une référence à la satisfaction chez les anciens :

« On peut rapporter ici une division des Peines, que l'on trouve dans Platon, & dans le Philosophe Taurus, un de ses anciens Commentateurs, dont parle Aulu-Gelle (...); toute la différence qu'il y a entr'eux, c'est que Platon n'a conçu que deux fins, (...) sçavoir, la correction & l'exemple; au lieu que Taurus y en ajoûte une troisième, je veux dire, (...) la satisfaction pour le tort qu'on a fait. Clément d'Alexandrie définit la Puniton qui s'exerce dans la dernière de ces vuës, & que (...) Plutarque n'a pas oubliée; (...) *un acte par lequel on fait souffrir quelqu'un à son tour, pour se dédommager du mal qu'on en a reçu*. C'est proprement cette sorte de Puniton, qu'Aristote (...) rapporte à la *Justice*, qu'il appelle *Permutative*: mais s'il parle ailleurs & de la *satisfaction* (...) & de la *correction*, il ne dit rien de l'*exemple* »¹⁴⁵.

Se rendant probablement compte du caractère purement descriptif de ce passage, Grotius poursuit en disant vouloir « traiter la matière avec plus d'exactitude » et donner son « avis », mais c'est pour se contenter d'énumérer les trois buts de la peine que nous avons vus ci-dessus.

Bref, il est certain qu'avec Grotius, l'accent n'est plus mis sur le caractère rétributif de la justice criminelle, même s'il ne le rejette pas expressément. Comme Damhouder avant lui, il fait écho à la maxime de Sénèque, mais ne franchit pas explicitement le pas du rejet de la fonction rétributive de la peine. Mais à la différence du juriste flamand, il semble déjà ne plus faire aucune mention de la rétribution.

Reste alors à se demander pourquoi Grotius ne semble attacher aucune importance à la satisfaction, au rétablissement de l'ordre naturel compromis par la faute. Expliquer ce phénomène risquerait de nous emmener fort loin, dans des considérations philosophiques ou théologiques considérables, sans d'ailleurs forcément trouver la meilleure explication. Les limites du présent travail nécessitent de se contenter d'évoquer deux hypothèses, l'une théologique, l'autre plutôt philosophique.

Concernant l'hypothèse théologique, il faut tout d'abord écarter une tentative d'explication trop simpliste. Celle-ci pourrait se résumer comme suit : Grotius est calviniste ; or le calvinisme défend la théorie de la prédestination et nie par conséquent le libre arbitre des

¹⁴⁵ Hugo GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, op. cit., p. 58-59.

hommes ; cette négation implique l'absence de culpabilité et donc de droit pénal ou du moins de peines expiatoires.

Certes, la négation du libre arbitre implique la disparition de la justice rétributive, comme nous le verrons mieux plus loin, et le calvinisme a eu une incidence à cet égard, comme nous l'avons vu dans la Partie 1¹⁴⁶. Mais le problème est ici que Grotius fait partie des remontrants ou arminiens, c'est-à-dire des partisans d'un calvinisme atténué, notamment sur la question du libre arbitre. Il est même fait prisonnier pour cela, avant d'arriver à s'échapper et à se réfugier en France. Il est vrai qu'il semble que la position de Jacobus Arminius (+/-1560-1609) sur le libre arbitre reste en partie calviniste, mais Grotius paraît pour sa part croire à la responsabilité des hommes, comme fondement préalable des peines :

« Ces distinctions posées, nous disons, que personne ne peut être puni raisonnablement pour un Crime d'autrui, lorsqu'il est lui-même innocent. La véritable raison de cela n'est pas que les Peines ont été établies pour corriger les Hommes, comme le Jurisconsulte Paul (...) raisonne sur ce sujet ; car on peut, ce semble, faire un exemple hors de la personne même du Coupable, en la personne néanmoins de quelqu'un qui le touche de près, comme nous le (...) dirons tout-à-l'heure : mais c'est parce que toute obligation à la Peine vient de ce qu'on l'a méritée ; or tout mérite ou démérite est personnel, comme ayant pour principe la volonté de chacun, qui est ce que l'on a de plus propre & de plus incommunicable ; idée que donne le mot (...) Grec dont on se sert pour exprimer le Libre Arbitre »¹⁴⁷.

En revanche, deux autres positionnements théologiques de Grotius peuvent éventuellement expliquer sa hiérarchie des fonctions de la peine. Il faut tout d'abord faire remarquer que même dans sa théologie, le célèbre juriste ne semble pas faire grand cas de la satisfaction. Jan Rohls note que Grotius partage la doctrine « de la mort expiatoire du Christ en tant que Dieu fait homme, mais sans la développer dans sa forme anselmienne traditionnelle, à savoir la doctrine de la satisfaction »¹⁴⁸. Cela est peut-être dû à un certain anthropocentrisme emprunté

¹⁴⁶ Voir *supra*, p. 32-33.

¹⁴⁷ Hugo GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, *op. cit.*, p. 147.

¹⁴⁸ Jan ROHLS, « Autorité de l'État et de l'Église chez Hugo Grotius », in Françoise KNOPPER, Jean-Louis BRETEAU et Bertrand VAN RUYMBEKE (dir.), *Protestantisme(s) et autorité/Protestantism and authority, Anglophonia*, n° 17, Toulouse, Presses Universitaires du Mirail, 2005, p. 204.

aux stoïciens¹⁴⁹. En tout cas, il est à noter que la théologie de Grotius n'écarte pas un certain arbitraire en matière de peine :

« [II] n'en est pas de même à l'égard des Punitons Divines (...). Car Dieu peut agir (...) en vertu de son droit suprême & absolu sur les Hommes, sans se proposer d'autre but que son action même »¹⁵⁰.

Ainsi, même si Grotius s'éloigne de la doctrine calviniste sur la question de la prédestination, il semble néanmoins en conserver un certain arbitraire attribué à l'action divine. Cet aspect volontariste de la pensée de Grotius (où la volonté tend à primer sur l'intelligence) semble également transparaître dans sa manière de concevoir le rapport de l'homme à Dieu, puisque selon Jan Rohls, si la religion de Grotius consiste « en une partie théorique et une partie pratique », « [d]e ces deux, il ne fait aucun doute que la partie pratique est selon lui déterminante. Davantage qu'une foi ou une connaissance de contenus, la religion est avant tout un mode d'agir éthique »¹⁵¹.

Cette prépondérance éthique peut expliquer la place de la fonction d'amendement qu'a la peine chez Grotius. Le fait qu'il mette en avant l'amendement ou la correction du coupable (première fonction de la peine énumérée) doit être rapproché de sa théorie sur les relations entre Église et État. Jan Rohls note que « le pouvoir de décision sur l'Église en tant qu'institution publique ne peut revenir, selon [Grotius], qu'à l'instance responsable de toutes les institutions publiques, donc à l'État »¹⁵². Étant donné cette doctrine accordant un pouvoir ecclésial à l'État, l'on peut se demander dans quelle mesure Grotius ne transfère pas aussi la fonction correctrice des peines du droit canonique au droit pénal laïc.

L'hypothèse philosophique tient aux sources antiques mobilisées par Grotius. Nous l'avons vu, son argumentaire est empreint d'humanisme, en ce sens qu'il recourt aux auteurs de l'Antiquité grecque et latine. Parmi ceux-ci, se trouve un stoïcien comme Sénèque. Grotius participe-t-il au courant néo-stoïcien en vogue sous Henri IV¹⁵³ et probablement encore vivant à son arrivée en France en 1621 ? Valéry Laurand et Jean Terrel notent qu'il y a de la part de

¹⁴⁹ Jacqueline Lagrée cite le passage suivant d'une œuvre de Grotius : « C'est ce qui faisait dire aux Stoïciens que le monde a été fait pour l'homme » (Jacqueline LAGRÉE, « Notes sur les références antiques du Meletius de Grotius », in *Lumières*, n° 1 : *Stoïcisme antique et droit naturel moderne*, 2003, p. 51).

¹⁵⁰ Hugo GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, *op. cit.*, p. 55-56.

¹⁵¹ Jan ROHLS, « Autorité de l'État et de l'Église chez Hugo Grotius », *op. cit.*, p. 203.

¹⁵² *Ibidem*, p. 202.

¹⁵³ Voir *supra*, p. 31.

Grotius à la fois distances et proximités par rapport aux stoïciens¹⁵⁴. Tout dépend donc du domaine étudié. Qu'en est-il de la question qui nous occupe, à savoir la condamnation de toute colère et donc de toute vengeance y compris publique ?

Comme nous l'avons noté, dans son *De iure belli ac pacis*, Grotius cite la formule anti-rétributiviste de Sénèque. Cependant, il ne la prend pas explicitement à son compte. Néanmoins, dans une œuvre plus ancienne, le *Meletius* datant de 1611, Grotius évoque déjà la question de la vengeance. Or, selon Jacqueline Lagrée, il l'y condamne à l'instar de Sénèque¹⁵⁵. Plus généralement, la professeure d'histoire de philosophie de Rennes I estime que Grotius « a été fortement marqué par les Stoïciens »¹⁵⁶. Ainsi, il semble que le néostoïcisme soit pour quelque chose dans le rejet implicite de la rétribution comme fonction de la peine chez Grotius. Il reste à tenter de comprendre d'où peut venir cette influence.

La réception du stoïcisme chez Grotius ne vient probablement pas de France, puisqu'elle est antérieure à son arrivée dans le pays des Bourbons. En revanche, elle peut venir du brabançon Juste Lipse (1547-1606), l'une des grandes figures du néostoïcisme, puisque que comme le note Jacqueline Lagrée, « c'est à lui que l'on doit la redécouverte du système stoïcien »¹⁵⁷. Selon François Rigaux, « Juste Lipse (...) est notable par l'influence qu'il exerça sur Grotius »¹⁵⁸. Dans tous les cas, une telle influence est tout à fait possible, étant donné qu'avant de devenir professeur à l'université de Louvain, Juste Lipse a enseigné à Leyde, là où Grotius étudie quelques années plus tard¹⁵⁹.

Pour conclure, il semble que Grotius soit bien l'un des premiers à mettre en cause la finalité rétributive de la peine. Cependant, l'on ne peut nier une certaine ambiguïté de sa part. De sorte que certains historiens en ont fait un représentant du rétributivisme. Ainsi, Jean-Marie Carbasse fait expressément référence à « l'opinion de Grotius » comme un exemple d'auteur des Temps modernes attaché à l'idée selon laquelle « [l]a peine est juste d'abord parce qu'elle est *méritée* : elle est avant tout le *prix* du forfait ». Il fait remarquer que Grotius définit la

¹⁵⁴ Valéry LAURAND et Jean TERREL, « Présentation », in *Lumières*, n° 1 : *Stoïcisme antique et droit naturel moderne*, 2003, p. 8.

¹⁵⁵ Jacqueline LAGRÉE, « Notes sur les références antiques du *Meletius* de Grotius », *op. cit.*, p. 48.

¹⁵⁶ Jacqueline LAGRÉE, *Le néostoïcisme. Une philosophie par gros temps*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 2010, p. 146.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 22.

¹⁵⁸ François RIGAUX, « L'apport des juristes belges à la doctrine du droit international », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit, Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 543.

¹⁵⁹ Grotius commence ses études à Leyde en 1594, alors que Juste Lipse la quitte pour Louvain en 1591 (Jacqueline LAGRÉE, *Le néostoïcisme. Une philosophie par gros temps*, *op. cit.*, p. 23).

peine comme « un mal de passivité infligé à cause d'un mal d'activité »¹⁶⁰. Certes, mais en fait-il aussi la rétribution de ce « mal d'activité » ?

Section 2. Thomas Hobbes ou la négation de la rétribution (1651)

Dans son célèbre *Léviathan* (1651), Thomas Hobbes (1688-1679) ne laisse aucune place à la justice rétributive. Selon sa septième loi de nature, il faut « que dans les vengeances (c'est-à-dire quand on rend le mal pour le mal) on ne considère pas la grandeur du mal passé, mais la grandeur du bien qui doit s'ensuivre ». Sans envisager que « la grandeur du bien qui doit s'ensuivre » pourrait être le rétablissement de l'ordre social, il en déduit que :

« Il nous est interdit (...) d'infliger un châtement avec aucun autre dessein que la correction de l'offenseur et l'instruction des autres », estimant que « cette loi découle de celle qui la précède immédiatement, et qui ordonne de pardonner quand on a obtenu des sécurités pour l'avenir »¹⁶¹.

Sans distinguer la vengeance privée de la vengeance publique, il ajoute que :

« [L]a vengeance exercée sans égard pour l'exemple et l'avantage futur revient à retirer triomphe ou gloire du mal souffert par autrui, sans que cela tende à une fin (car la fin est toujours une chose à venir) ; or, tirer gloire de ce qui ne tend à nulle fin, c'est là de la vaine gloire, chose contraire à la raison ; et en faisant souffrir sans raison, on tend à amener la guerre, ce qui est opposé à la loi de nature : c'est ce qu'on désigne généralement du nom de cruauté »¹⁶².

Le fait pour Hobbes de ne même pas prendre en compte la fonction rétributive est-il lié à sa théorie du contrat social ? L'on sait en effet qu'il est l'un des premiers à défendre une doctrine du pacte social. Or Hobbes en déduit que la justice n'existe pas tant qu'il n'y a pas de conventions : « là où nulle convention n'est intervenue antérieurement, aucun droit n'a été transmis, et chacun a un droit sur toute chose. En conséquence, aucun ne peut être injuste ». De là découle une nouvelle conception de la justice et de l'injustice : « la définition de

¹⁶⁰ Jean-Marie CARBASSE, *La peine de mort, op. cit.*, p. 43.

¹⁶¹ Thomas HOBBS, *Léviathan*, choix de chapitres et présentation par Philippe CRIGNON, trad. par François TRICAUD, Paris, Flammarion, 2017, ch. XV.

¹⁶² *Ibidem*.

l'injustice n'est rien d'autre que la non-exécution des conventions » et « [e]st juste tout ce qui n'est pas injuste »¹⁶³.

Si Hobbes écarte le caractère rétributif de la peine, c'est peut-être aussi parce qu'il rejette le libre arbitre de l'homme : « L'appétit, la crainte, l'espoir et les autres passions ne sont pas appelés volontaires, car ils ne viennent pas de la volonté, mais sont la volonté, et la volonté n'est pas volontaire »¹⁶⁴.

En effet, pour Hobbes, l'homme peut délibérer et prendre une décision en usant de sa volonté, mais celle-ci est déterminée par des facteurs nécessaires :

« Il [un certain Bramhall] ne devrait pas renoncer à cette vérité particulière qu'il y a des causes certaines et nécessaires qui amènent chaque homme à vouloir ce qu'il veut, bien qu'il ne conçoive pas encore selon quel mode la volonté de l'homme est causée. Je pense, pourtant, que ce n'est guère malaisé à concevoir, quand on constate journallement que la louange, le blâme, la récompense, le châtement, les bonnes et mauvaises conséquences des actions enregistrées dans la mémoire de chacun, nous font choisir tout ce que nous choisissons »¹⁶⁵.

Ce passage permet de mieux comprendre le rôle qu'Hobbes attribue aux peines : le châtement et le blâme comme la louange font partie de ces éléments qui « nous font choisir tout ce que nous choisissons ». Jusqu'ici, cela semble évident à l'intuition de tout un chacun. Mais Hobbes ne se contente pas de dire que ces éléments et d'autres influent sur notre volonté, mais plutôt qu'ils la déterminent de façon nécessaire.

Dans une telle conception, si le libre arbitre n'existe pas et que par conséquent il n'y a pas de culpabilité, comment justifier l'existence même du droit pénal ? De quel droit passer de l'action nuisible à l'auteur coupable ? De quel droit réprimer celui-ci en raison de celle-là ? Car prouver l'utilité de la peine, en montrant qu'elle participe aux facteurs déterminant (de façon nécessaire) la volonté, peut suffire pour expliquer le droit pénal, mais non pour le justifier. De fait, Hobbes semble avoir beaucoup de difficulté sur ce point. Il en vient à distinguer la cause et l'auteur d'un acte :

¹⁶³ Thomas HOBBS, *Léviathan*, *op. cit.*, ch. XV.

¹⁶⁴ Thomas HOBBS, *Elements of Law*, I, 12, 5, cité par Arnaud MILANESE, « Nécessité et imputation chez Hobbes : Se démarquer d'Aristote et se démarquer de la scolastique », in *Philosophiques*, volume 41, numéro 1, printemps 2014, p. 23.

¹⁶⁵ Thomas HOBBS, *Questions concernant la liberté, la nécessité et le hasard*, n° 24, réponses de 1646, cité par Arnaud MILANESE, « Nécessité et imputation chez Hobbes : Se démarquer d'Aristote et se démarquer de la scolastique », *op. cit.*, p. 23.

« Bien que Dieu soit la cause de tout mouvement et de toute action, et bien que par conséquent le péché, à moins qu'il ne soit ni mouvement ni action, provienne nécessairement du premier moteur, on ne peut dire néanmoins que Dieu est l'auteur du péché, car l'auteur n'est pas celui qui nécessite une action, mais celui qui l'ordonne et en a la responsabilité »¹⁶⁶.

En revenant maintenant sur les fonctions qu'Hobbes attribue aux peines, on peut mieux comprendre l'implication de cette théorie déterministe : « Il nous est interdit (...) d'infliger un châtiment avec aucun autre dessein que la correction de l'offenseur et l'instruction des autres ». Il est symptomatique qu'Hobbes parle d'« instruction » plutôt que d'exemple. Si l'homme ne jouit pas du libre arbitre, le crime est davantage une erreur qu'une faute.

Par ailleurs, il y a lieu de se demander si pareille doctrine n'implique pas aussi une nouvelle définition de l'amendement ou de la correction, qu'Hobbes met en tête des fonctions de la peine. Comme cela a été expliqué dans la Partie 1¹⁶⁷, la correction joue un rôle central dans le champ pénal du droit canonique. L'amendement a alors pour finalité le bien éternel du coupable et participe donc à l'œuvre du salut des âmes que poursuit l'Église.

La peine telle que conçue par Hobbes partage-t-elle cette même finalité ? Cela est plus que douteux. Du point de vue du droit canonique, l'amendement présuppose le libre arbitre, par lequel le coupable peut gagner des mérites et ainsi racheter sa faute. Bien qu'Hobbes reconnaisse l'attribution d'un auteur à un crime, sa négation de la volonté libre (« la volonté n'est pas volontaire ») semble avoir pour conséquence l'impossibilité de tout rachat de la part du coupable.

Que devient la correction dans un tel schéma ? Probablement un moyen de changer les impressions de l'être sensible qu'est l'homme, pour modifier les déterminations nécessaires dirigeant sa volonté, afin qu'il puisse être réintégré dans la société, 're-socialisé', ramené au respect du contrat social qu'il ne semble pas pouvoir quitter librement. Le chapitre 3 offrira des exemples plus explicites de cette nouvelle conception de l'amendement.

Enfin, un troisième élément peut expliquer le rejet de la rétribution pénale chez Hobbes. Comme Grotius, Hobbes ne semble pas croire à la doctrine de la satisfaction de la rédemption

¹⁶⁶ Thomas HOBBS, *Questions concernant la liberté, la nécessité et le hasard*, n° 12, réponses de 1656, cité par Arnaud MILANESE, « Nécessité et imputation chez Hobbes : Se démarquer d'Aristote et se démarquer de la scolastique », *op. cit.*, p. 32.

¹⁶⁷ Voir *supra*, p. 26 à 28.

de Jésus¹⁶⁸. Or nous avons vu dans la Partie 1 que la crucifixion servait d'*exempla justitiae* aux juges, comme le montre certains tableaux destinés aux cours de justice¹⁶⁹. En rejetant l'idée de la satisfaction du sacrifice christique, Hobbes supprime aussi l'un des principaux modèles de rétribution du monde chrétien.

En conclusion, il apparaît que Jean-Marie Carbasse a raison de souligner le rôle central et précurseur d'Hobbes dans l'élaboration d'une nouvelle rationalité de la justice pénale et même de la justice tout court, cette justice désormais définie de façon négative (« est juste tout ce qui n'est pas injuste ») et sans autre fondement que les conventions (« l'injustice n'est rien d'autre que la non-exécution des conventions ») passées entre des êtres mus par des facteurs qu'ils ne maîtrisent pas.

Section 3. Samuel von Pufendorf ou le contractualisme absolu du droit de punir (1672)

Sur les fonctions de la peine, Samuel von Pufendorf (1632-1694) est intéressant, car il cite non seulement les auteurs antiques que nous avons déjà rencontrés (Platon et Sénèque), mais aussi ses prédécesseurs plus immédiats (Grotius et Hobbes).

Sa présentation de la question est à la fois claire et ambiguë. D'une part, Pufendorf semble attacher une grande importance à la justice de la peine. Ainsi par exemple, après avoir cité la formule de Sénèque, il ne peut s'empêcher de préciser que si la peine doit regarder vers l'avenir, elle n'est légitime que si elle est juste, c'est-à-dire que si elle répond à une faute : « J'avoue que, quand on punit, il faut nécessairement avoir égard au passé, ou au mal qui a été commis, sans quoi on ne sauroit concevoir de véritable Peine »¹⁷⁰.

Dans le même esprit, il discute la question de savoir de quelle partie de la justice (justice distributive, commutative, etc.) relèvent les peines humaines et considère la peine comme une suite nécessaire du crime ou du délit :

« Cela étant, il faut conclure, que l'imposition des Peines est dirigée par une sorte de Justice toute particulière ; à moins qu'on n'aime mieux dire, que la distribution des Peines, aussi bien que celle des Récompenses (...) sont des fonctions de la Prudence

¹⁶⁸ Dominique WEBER, *Hobbes et l'histoire du salut. Ce que le Christ fait à Léviathan*, Paris, PUPS, 2008, p. 138.

¹⁶⁹ Voir *supra*, p. 25.

¹⁷⁰ Samuel von PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, t. II, trad. de Jean BARBEYRAC, Amsterdam, Gérard Kuyper, 1706, p. 352.

du Gouvernement, & qu'ainsi elles appartiennent à la *Justice Universelle*. (...) [L]a Sagesse du Créateur [a] disposé de telle sorte la nature des choses & la constitution des affaires humaines, que les Actions Mauvaises attirent quelque mal à leur Auteur par une suite nécessaire »¹⁷¹.

Mais d'autre part, Pufendorf estime que la peine, même juste, doit aussi être utile pour être légitime :

« Que celui (...) qui a fait du mal, en souffre, il n'y a rien là d'injuste, à ne regarder que l'action en elle-même. Cependant les Hommes ne doivent jamais punir, à moins qu'il n'en revienne quelque utilité »¹⁷².

De plus, il en vient à laisser de côté le caractère expiatoire de la peine :

« Le véritable but des Peines est en général de prévenir les maux & les injures que les Hommes se font les uns aux autres par des actions criminelles. Pour cet effet, il faut, ou que celui, qui a commis quelque Crime (...), se corrige ; ou que les autres soient détournés par son exemple d'en commettre de semblables ; ou que le Coupable soit mis hors d'état de retomber dans le même cas »¹⁷³.

Ainsi, Pufendorf reconnaît à la peine un but général rassemblant trois buts ou moyens pour y parvenir. Plus loin, il y ajoute le rétablissement de l'autorité du souverain. Mais ce qui est plus intéressant est le fait qu'il termine cette partie consacrée aux fonctions de la peine en excluant explicitement la finalité expiatrice :

« Voilà toutes les fins que l'on peut se proposer légitimement dans la Puniton des Crimes. Il ne paroît pas nécessaire d'y ajouter, comme font (...) quelques-uns, celle qui consiste simplement à *satisfaire à la Justice*, ou à *expier le Crime*, c'est-à-dire, à redresser, pour ainsi dire, l'obliquité que l'on conçoit dans une Action qui s'écarte de la Règle, ou de la Loi. Les passages de l'Écriture Sainte, que l'on allégué là-dessus, ou ne regardent que le Tribunal Divin, ou se rapportent seulement aux Loix particulières & aux Cérémonies des Juifs »¹⁷⁴.

¹⁷¹ Samuel von PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, op. cit., p. 349.

¹⁷² *Ibidem*, p. 351.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 352.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 355.

Il est à noter que le seul argument donné par Pufendorf pour écarter la justice expiatoire ou rétributive comme finalité de la peine est un argument théologique. Aucune considération ici sur la pensée d'Aristote ou sur la justice sociale comme vertu naturelle, à l'encontre de toute l'importance que le Moyen Âge avait pu leur accorder dans le cadre des vertus cardinales.

Comment concilier pareil oubli avec l'attachement que Pufendorf semble accorder à la vertu de justice ? Allons un peu en arrière, au début du chapitre, là où il explique les fondements du droit de punir :

« D'abord il se présente ici une difficulté à résoudre, savoir, comment les Particuliers ont pû, par les Conventions qui sont le fondement des Sociétez Civiles, conférer un tel Pouvoir à l'Etat, ou à ceux qui le gouvernent ? En effet la Peine étant un mal que l'on fait souffrir à quelqu'un malgré lui ; il est difficile d'expliquer comment on peut se punir soi-même, & par conséquent comment on peut transférer à autrui un Pouvoir que l'on n'a pas. (...) Il faut (...) savoir, que comme, en matière de choses Naturelles, un Corps Composé peut avoir des qualitez qui ne se trouvoient dans aucun des Corps Simples (...) desquels il est formé : de même un Corps Moral (...) peut avoir (...) certains droits dont aucun des Particuliers n'étoit formellement revêtu, & qu'il n'appartient qu'aux Conducteurs d'exercer »¹⁷⁵.

Pufendorf ne croit donc pas au caractère connaturel de la société, estimant que l'existence de l'État découle d'un contrat. Mais comment peut-il alors comparer le corps social à un corps naturel ? Si personne ne conteste qu'« en matière de choses Naturelles, un Corps Composé peut avoir des qualitez qui ne se trouvoient dans aucun des Corps Simples » (il suffit de penser à l'unité du corps humain, sans laquelle les organes n'ont aucune vie), en revanche il paraît moins évident qu'il puisse en être de même pour une société dont l'existence repose sur la volonté d'individus.

Pufendorf est conscient de la difficulté, mais tente de l'écarter en soutenant que par le contrat social, « chacun s'engage à ne pas défendre » les criminels condamnés et à « prêter même main forte, s'il le faut » « au Chef de la Société » :

« [Q]uoi qu'aucun des Membres dont une Société se forme, ne puisse s'infliger des Peines à lui-même ; il suffit, pour donner ce droit au Chef de la Société, que chacun

¹⁷⁵ Samuel von PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens, op. cit.*, p. 339.

s'engage à ne pas défendre (...) ceux qu'il aura condamnés, & à lui prêter même main forte, s'il le faut, pour empêcher que le Criminel n'échappe »¹⁷⁶.

Pufendorf part donc d'une supposition générale, sans envisager le cas de ceux qui n'ont aucun intérêt ni aucune volonté de coopérer à la justice criminelle. Cela est rendu nécessaire par sa conception du contrat social. Contrairement à Hobbes, Pufendorf estime que le droit de punir n'existe pas dans l'état naturel :

« Hobbes (...) soutient, que le Droit de vie & de mort ne vient pas originairement du consentement des Sujets, & qu'il est uniquement fondé sur le droit que chacun avoit, dans l'Etat de Nature, de faire tout ce qu'il jugeoit nécessaire pour sa propre conservation ; de sorte que ce droit a été laissé, & non pas conféré, à l'Etat, qui aiant en main de si grandes forces pour le faire valoir, peut s'en servir, comme il le trouve à propos, pour la conservation de tous les Citoyens. Mais le droit de punir est différent du droit de se conserver, &, au lieu que le dernier convient à chacun, l'autre ne s'exerçant que sur des (...) Sujets ne sauroit être conçu dans l'indépendance de l'Etat Naturel »¹⁷⁷.

Nous sommes à présent en mesure de comprendre pourquoi Pufendorf rejette le caractère rétributif de la peine : si la société n'a d'autre fondement qu'un contrat et si les peines n'ont aucun fondement naturel, il n'y a plus besoin de rétablir l'ordre naturel de la société et les peines ne peuvent avoir d'autre finalité que celles du contrat social.

Par ailleurs, l'on comprend aussi la divergence entre Pufendorf et Hobbes. Le droit de punir est pour Hobbes une simple prolongation du droit de se conserver, le premier se distinguant du second par son caractère social ; tandis que pour Pufendorf, le droit de punir est purement social et conventionnel, puisqu'inexistant dans l'état naturel. Cette différence est importante, car elle va avoir une incidence au siècle suivant sur la question de la peine de mort. Pufendorf continue à reconnaître la légitimité de la peine capitale, mais nous verrons dans la Partie 3 comment Beccaria, en partant de la même prémisse, va la nier.

Pufendorf a-t-il une influence en matière de fonctions des peines ? C'est vraisemblable. Uwe Hellmann soutient qu'« [e]n Allemagne, les fondements théorétiques du nouveau droit pénal

¹⁷⁶ Samuel von PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, op. cit., p. 339-340.

¹⁷⁷ *Ibidem*, p. 340.

ont surtout été créés par Samuel (...) von Pufendorf (...) et Christian Thomasius »¹⁷⁸. À noter que Christian Thomasius (1655-1728), également juriste et philosophe du droit saxon, soutient aussi dans ses *Institutiones Jurisprudentiae Divinae* datant de 1688 que les fonctions de la peine sont la prévention et la correction¹⁷⁹. Or l'on sait que vers la même époque (1687-1693), Thomasius bénéficie de la correspondance de Pufendorf¹⁸⁰. Il paraît donc plausible que celui-ci soit pour quelque chose dans l'exposé de Thomasius.

Par ailleurs, il y a lieu de noter que Pufendorf n'est pas un intellectuel à l'écart de la vie politique. Ainsi, il est l'ami du duc de Prusse Frédéric-Guillaume I^{er} de Brandebourg et de Denkelmann, premier ministre du fils et successeur de Frédéric-Guillaume, Frédéric III de Brandebourg, qui va devenir en 1701 le premier roi en Prusse sous le nom de Frédéric I^{er} de Prusse¹⁸¹.

Section 4. Baruch Spinoza ou l'extrême conséquence du déterminisme (1676)

Issu d'une famille juive marrane originaire du Portugal, appartenant à la communauté juive d'Amsterdam dont il est 'excommunié' à l'âge de 23 ans, Baruch Spinoza (1632-1677) est connu comme philosophe et non comme juriste. L'on s'étonnera donc peut-être de le trouver ici. Pourtant, sa pensée n'est pas sans incursion dans la philosophie du droit, comme l'indique la publication récente d'un ouvrage ayant pour titre *Spinoza and Law* et rassemblant des contributions de nombreux auteurs¹⁸².

Au regard des fondements du droit criminel, la négation du libre arbitre présente chez Spinoza peut avoir une incidence sur la question du droit de punir, comme le montre sa correspondance avec Henri Oldenburg. Celui-ci lui demande :

« De quel droit l'un de nous peut-il être accusé pour avoir agi de telle façon ou de telle autre, alors qu'il lui était de toute impossibilité d'agir autrement ? ».

¹⁷⁸ Uwe HELLMANN, « Le renouveau du droit pénal allemand sous l'influence des Lumières », in Annette SOUSA-COSTA (éd.), *Entre droit et morale : la finalité de la peine. Journée d'études du 13 novembre 2007, Université Paris Ouest Nanterre la Défense*, Bern, Peter Lang, 2010 (Travaux Interdisciplinaires et Plurilingues, 12), p. 112.

¹⁷⁹ Mario Alessandro CATTANEO, « La peine entre droit naturel moderne et idéalisme allemand », in Jean-Louis VIEILLARD-BARON et Yves Charles ZARCA (dir.), *Hegel et le droit naturel moderne*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 2006 (Recherches sur l'idéalisme et le romantisme allemands, III), p. 73.

¹⁸⁰ Pierre LAURENT, *Pufendorf et la loi naturelle*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1982, p. 251.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 21.

¹⁸² André SANTOS CAMPOS (éd.), *Spinoza and Law*, New York, Routledge, 2016.

Et Spinoza de répondre :

« Les hommes, en effet, peuvent être excusables et néanmoins privés de la béatitude et souffrir des tourments de bien des sortes. Un cheval est excusable d'être cheval et non homme. Qui devient enragé par la morsure d'un chien, doit être excusé à la vérité et cependant on a le droit de l'étrangler. Et qui, enfin, ne peut gouverner ses désirs, ni les contenir par la crainte des lois, bien qu'il doive être excusé en raison de sa faiblesse, ne peut cependant jouir de la paix de l'âme, de la connaissance et de l'amour de Dieu, mais périt nécessairement »¹⁸³.

Dans ce passage, Spinoza ne traite pas expressément du droit pénal, mais la généralité du propos (celui « qui [...] ne peut gouverner ses désirs ») et son renvoi explicite aux lois (« ni les contenir par la crainte des lois ») semblent autoriser de les appliquer au droit pénal.

D'ailleurs, l'on peut se demander dans quelle mesure Spinoza appréhende encore le droit pénal comme une sphère autonome, étant donné que sa négation du libre arbitre devrait logiquement impliquer l'absence de responsabilité pénale. Il est symptomatique qu'il semble mettre sur le même plan celui qui « ne peut gouverner ses désirs, ni les contenir par la crainte des lois » et celui qui « devient enragé par la morsure d'un chien ». La faute ne lui paraît plus nécessaire pour légitimer la répression. Les deux doivent « être excusé[s] », mais selon Spinoza l'un « périt nécessairement » et « on a le droit [d']étrangler » l'autre.

Section 5. Jean Domat ou les premières hésitations françaises (1689/1696)

Ami de Blaise Pascal, Jean Domat (1625-1696) est surtout connu pour ses *Loix civiles dans leur ordre naturel* (1689). Celles-ci sont généralement considérées comme l'une des œuvres d'Ancien Régime qui annonce le plus le code civil napoléonien de 1804. Pourtant, le pensionné de Louis XIV natif de Clermont-Ferrand est aussi l'auteur d'un imposant *Droit public*, en quatre livres, paru à titre posthume en 1697 à Paris et réédité plus d'une quinzaine de fois dans les décennies suivantes, non seulement en France, mais aussi en Angleterre, en Espagne et dans les Provinces-Unies¹⁸⁴.

¹⁸³ Henri OLDENBURG et Baruch SPINOZA, *Lettre LXXVII d'Oldenburg à Spinoza et réponse de Spinoza à Oldenburg*, traduction Appuhn parue aux éditions Garnier Flammarion, Paris, 1965-1966, cités par Kevin LADD, « "Et cependant on a le droit de l'étrangler..." ». La compatibilité entre nécessitarisme et droit pénal chez Spinoza et Kelsen, et la question de la peine de mort », in *Corpus, revue de philosophie*, n° 62, 2012, p. 362-363.

¹⁸⁴ Voir le relevé que nous avons tenté de dresser dans notre mémoire réalisé sous la direction de M. Xavier Rousseaux, directeur du centre d'histoire du droit et de la justice (CHDJ) de l'université catholique de Louvain (UCL, Belgique) : *L'œuvre criminaliste de Jean Domat (1625-1696). Une doctrine inachevée et sa*

Si comme le note Yves Charles Zarka, « [l]a question du fondement est au cœur de la pensée juridique de Jean Domat »¹⁸⁵, l'ami de Pascal semble aussi beaucoup s'intéresser à la finalité, du moins en droit pénal. Par rapport aux buts attribués aux peines, Domat est à la charnière entre deux conceptions. Dans son *Droit public*, il en énumère d'abord quatre, dont le premier est la justice rétributive :

« On peut juger par [l]es diverses sortes de peines, des diverses vûes des loix qui les ont ordonnées. La premiere de ces vûes commune à toutes [l]es (...) sortes de peines, est de punir & venger le crime par la satisfaction publique imposée au criminel (...). La seconde commune aussi à toutes peines, est de retenir par l'exemple des châtimens ceux qui n'ont pas de meilleurs motifs pour s'abstenir des crimes (...). La troisième, qui ne convient qu'[à certaines] sortes de peines, est celle de la correction des criminels (...) & on peut ajoûter pour une quatrième vûe des loix dans les peines, celle de mettre les scelerats & les coupables de grands crimes hors d'état d'en commettre de nouveaux : ce qui ne convient proprement qu'à la peine de mort, quoy qu'il y en ait d'autres qui peuvent avoir cet effet »¹⁸⁶.

Ce faisant, Domat ne s'écarte pas de la tradition. Comme nous l'avons vu dans l'Introduction, « [d]ans l'ancien droit la peine est d'abord conçue (...) comme la contrepartie du délit », pour reprendre une expression de Jean-Marie Carbasse. Dans une telle perspective, le criminel « a rompu une sorte d'équilibre global qu'il faut rétablir en lui infligeant une souffrance équivalente à celle qu'a subie sa victime »¹⁸⁷.

Mais quelques dizaines de pages plus loin, Domat ne distingue plus que trois fonctions des peines, en ne faisant plus aucune référence à la justice rétributive et en semblant donner la priorité à la correction :

« Le premier [usage], qui est propre à toutes les peines, à la reserve du dernier supplice, est de corriger ceux que l'on punit. Le second, propre aux derniers supplices, est de mettre les criminels hors d'état de causer de nouveaux troubles dans la société. Le troisième, commun à toute sorte de peines & de supplices, est l'usage de l'exemple,

réception jusqu'aux codifications napoléoniennes, mémoire de master en histoire à l'UCL, juin 2017, disponible en accès restreint à la bibliothèque de la faculté de philosophie, arts et lettres de l'UCL (<https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/en/object/thesis%3A10255> [page consultée le 22 février 2018]), p. 10-11, 96 et 99.

¹⁸⁵ Yves Charles ZARKA, *Philosophie et politique à l'âge classique*, Paris, Hermann, 2015, p. 285.

¹⁸⁶ Jean DOMAT, *Le Droit public, suite des Loix civiles dans leur ordre naturel*, 4^{me} et 5^{me} tomes s'ajoutant à la 2^{me} éd. des *Loix civiles*, Paris, Jean-Baptiste Coignard, 1697, Livre III, p. 176-177.

¹⁸⁷ Jean-Marie CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, op. cit., p. 206.

pour contenir par la vûë, & la crainte des peines, ceux qui ne s'abstiennent des crimes que par cette crainte ; & c'est cet exemple qui diminuë le nombre des crimes, qu'on verroit étrangement multipliez par l'impunité »¹⁸⁸.

En réalité, il semble que dès avant la rédaction du *Droit public*, Domat hésitait sur l'ordre des fonctions de la peine. En effet, comme le relève Claudio Sarzotti¹⁸⁹, dans le *Traité des loix*, Domat dresse encore une autre typologie : « la punition des crimes est (...) une matiere des loix civiles, qui ont pourvû par trois differentes vûës à les reprimer. L'une de corriger les coupables, l'autre de reparer autant qu'il se peut les maux qu'ils ont faits, & la troisiéme de retenir les méchans par l'exemple des punitions »¹⁹⁰.

La question qui se pose est alors de savoir si la pensée de Domat sur les fonctions de la peine a été influencée par celles de ses prédécesseurs, Grotius, Hobbes, Pufendorf, Spinoza, ou si elle est le fruit de son système et de ses réflexions. Il paraît difficile d'y répondre, car Domat est avare de références et de citations. Le Livre III de son *Droit public* ne contient aucun renvoi à un auteur de doctrine de son siècle¹⁹¹.

Notons tout d'abord que contrairement à Hobbes ou à Pufendorf par exemple, Domat n'est pas un tenant du contractualisme. Comme le note Roland Maspétiol, le criminaliste qu'est Domat est un « [d]éfenseur du droit naturel (...) nettement en dehors du courant de l'École du droit de la nature et des gens, qui a la faveur de son temps, car il repousse le subjectivisme individualiste de cette dernière et se rattache à la conception d'un ordre juridique objectif »¹⁹². D'autre part, contrairement à Grotius et même s'il est gallican, Domat ne semble pas attribuer à l'État un pouvoir spirituel¹⁹³.

Par contre, il n'est pas impossible que les hésitations de Domat procèdent de son penchant janséniste. Bien que son jansénisme est singulier¹⁹⁴, moins 'pessimiste' sur la nature humaine

¹⁸⁸ Jean DOMAT, *Le Droit public, op. cit.*, Livre III, p. 198.

¹⁸⁹ Claudio SARZOTTI, *Domat criminalista*, Padoue, Cedam, 2001 (*Casi, fonti e studi per il diritto penale*, série III, 17), p. 60.

¹⁹⁰ Jean DOMAT, *Traité des loix*, in *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, 2^{me} éd., Paris, Jean-Baptiste Coignard, 1695, p. XXXVI.

¹⁹¹ François PIERRARD, *L'œuvre criminaliste de Jean Domat (1625-1696). Une doctrine inachevée et sa réception jusqu'aux codifications napoléoniennes*, op. cit., notamment p. 23.

¹⁹² Roland MASPÉTIOL, « Jean Domat : une doctrine de la loi et du droit public », in *Estudios juridico-sociales. Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra*, t. II, Universidad de Santiago de Compostela, 1960, p. 707.

¹⁹³ Dans sa préface au *Droit public*, il estime qu'il y a « rapport du temporel au spirituel en plusieurs matieres, comme par exemple du serment, du mariage, de l'usure & d'autres » (*Le Droit public*, préface, p. 20-21 [de la préface]).

¹⁹⁴ David GILLES, *La pensée juridique de Jean Domat. Du Grand siècle au Code civil*, thèse de doctorat en droit, Université d'Aix-Marseille III, 1994, p. 64-67.

postérieure au péché originel que celui de son ami Pascal¹⁹⁵, il se peut que sa conception du droit en ait subi l'influence, comme pourrait le laisser penser une Harangue datant de 1679 :

« [L]a plûpart des liaisons & des engagements qui forment la société universelle, ne s'entretiennent que par les intérêts des différentes passions que l'amour propre a substituées à l'amour que Dieu avoit commandé »¹⁹⁶.

Reste maintenant à savoir si Domat exerce une influence et dans l'affirmative quelle est, de l'ancienne ou de la nouvelle, sa conception de la peine qui est reprise. En d'autres termes, Domat a-t-il un rôle dans la modification affectant la hiérarchie des fonctions de la peine au dernier siècle de l'Ancien Régime ?

On peut le penser. Le cas de Daniel Jousse est significatif. En effet, la formulation des finalités pénales qu'il fait au début de son *Traité de la justice criminelle de France* est partiellement commune à la deuxième énumération du *Droit public* de Domat. Elle est également tripartite. Elle adopte le même ordre : correction, empêchement de nuire et exemple. Pour une bonne part, elle semble même en reprendre la formulation. Le parallèle est éloquent.

Jean Domat :

« Le premier [usage], qui est propre à toutes les peines, à la réserve du dernier supplice, est de corriger ceux que l'on punit »¹⁹⁷.

Daniel Jousse :

« Le premier objet des Loix en établissant ces peines, & qui regarde tous les criminels en général, à la réserve de ceux qui sont condamnés au dernier supplice, est de corriger les coupables que l'on punit, afin qu'ils s'attendent à de nouvelles peines, s'ils retombent dans de nouveaux crimes »¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Pascal va jusqu'à soutenir : « Il est sans doute des lois naturelles ; mais cette belle raison corrompue a tout corrompu » (*Pensées*, Br. 499 ; L. 52 ; Sell. 20 ; L.G. 56, in *Œuvres complètes*, t. II, Gallimard, Paris, 2000, cité par Raphaëlle LEBLANC, « Droit naturel et droit des gens dans la pensée janséniste », in *Annuaire français de relations internationales*, vol. XII, 2011, note 20). Tandis que Domat estime que « la corruption causée par la chute de l'homme n'a (...) pas détruit entièrement, mais seulement affoibli & obscurci en luy l'esprit [des] deux [principales] Loix », de sorte que l'homme « a conservé sa pente à aimer » (*Le Droit public*, préface, p. 7 [de la préface]).

¹⁹⁶ Jean DOMAT, *Harangue prononcée à l'ouverture des Audiences de l'Année 1679*, in *Le Droit public, suite des Loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Jean-Baptiste Coignard, 1697, t. 5, p. 429.

¹⁹⁷ Jean DOMAT, *Le Droit public*, op. cit., Livre III, p. 198.

¹⁹⁸ Daniel JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, Paris, Debure Pere, 1771, t. 1, p. III.

Jean Domat :

« [La seconde finalité des peines] propre aux derniers supplices [est] de mettre les criminels hors d'état de causer de nouveaux troubles dans la société »¹⁹⁹.

Daniel Jousse :

« [La seconde finalité des peines] qui ne regarde que les grands crimes & ceux qui sont punis du dernier supplice, est de mettre ceux qui en sont coupables, hors d'état de commettre de nouveaux troubles dans la société, en les punissant de mort, ou d'une autre peine capitale »²⁰⁰.

Jean Domat :

« [Le troisième but] commun à toute sorte de peines & de supplices, est l'usage de l'exemple, pour contenir par la vûë, & la crainte des peines, ceux qui ne s'abstiennent des crimes que par cette crainte »²⁰¹.

Daniel Jousse :

« [Le troisième but] qui est commun à toutes sortes de peines & de supplices, est l'exemple ; afin de contenir par la vue & la crainte des peines exercées sur des coupables, ceux qui ne sont pas retenus par d'autres motifs, & qui ne s'abstiennent de faire le mal que par crainte »²⁰².

Ainsi, à 75 ans de distance (entre 1696 et 1771), Domat et Jousse attribuent dans le même ordre et en partie mot pour mot les mêmes finalités aux peines. Selon toute vraisemblance, cela signifie soit que le second ait consulté et repris le travail du premier, soit qu'ils aient puisé à une source commune. Étant donné que ce n'est pas le seul passage où la formulation de Daniel Jousse est identique ou presque à celle de Domat²⁰³, l'hypothèse qui semble la plus vraisemblable est que Daniel Jousse se soit inspiré de Domat sans s'y référer explicitement. Cela tend à prouver que l'œuvre criminaliste de Domat a servi de source d'inspiration dans l'émergence d'une nouvelle conception des fonctions de la peine et donc du droit pénal au 18^{me} siècle.

¹⁹⁹ Jean DOMAT, *Le Droit public, op. cit.*, Livre III, p. 198.

²⁰⁰ Daniel JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France, op. cit.*, t. 1, p. III.

²⁰¹ Jean DOMAT, *Le Droit public, op. cit.*, Livre III, p. 198.

²⁰² Daniel JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France, op. cit.*, t. 1, p. III.

²⁰³ François PIERRARD, *L'œuvre criminaliste de Jean Domat (1625-1696). Une doctrine inachevée et sa réception jusqu'aux codifications napoléoniennes, op. cit.*, p. 111, note 647 et p. 114.

Chapitre 2. Lumières sur le droit de punir : la généralisation d'une nouvelle rationalité pénale

Si au 17^{me} siècle, le changement fondamental de conception de la peine est ébauché par seulement quelques philosophes ou juristes, au 18^{me} le retrait de la justice rétributive tend à se généraliser dès avant la fin du siècle (Section 1). La rétribution est le plus souvent remplacée par la prévention des crimes ou par l'amendement comme fonction première des peines, même si le discours rétributiviste ne disparaît pas complètement (Section 2).

Section 1. Diffusion de la nouvelle conception de la peine

En 1778, dans son mémoire intitulé *De la législation criminelle*, Antoine-Nicolas Servin (1746-1811), avocat au parlement de Rouen, reconnaît qu'il y a eu changement de conception de la peine lorsqu'il soutient que :

« [O]n connaît maintenant quelle est la fin et le véritable objet des peines. Elles ne sont plus faites, comme autrefois, pour redresser l'obliquité qui se trouve dans le crime, ou bien servir à expier, ou enfin, pour opérer la satisfaction qui est due à la justice par celui qui l'a offensée (...). La justice ne fait point un mal parce qu'il est le même que celui qu'il faut punir, mais parce qu'il doit servir à prévenir d'autres délits »²⁰⁴.

Mais déjà en 1771, Goswin de Fierlant, témoin privilégié de l'état de la doctrine en Europe et bientôt plus haut magistrat des Pays-Bas autrichiens²⁰⁵, montre combien la révolution des fondements du droit pénal est déjà en grande partie réalisée, une vingtaine d'années avant que la Révolution vienne traduire en pratique ce changement désormais théorisé depuis de nombreuses années :

²⁰⁴ Cité par Marie-Christine GUIOL, *Finalités et modalités de la peine dans la doctrine pénale et la pensée politique des XVII^e et XVIII^e siècles*, op. cit., p. 269.

²⁰⁵ Goswin de Fierlant (1735-1804) est le dernier président du Grand conseil de Malines et probablement le premier 'belge' à rédiger un projet de code criminel pour l'ensemble des provinces composant les Pays-Bas autrichiens. Intitulé *Premières idées sur la réformation des lois criminelles*, cet imposant travail resté manuscrit témoigne d'une large connaissance des doctrines de toute l'Europe, citant des écrits allemands, anglais, français, italiens, néerlandais et même russes (voir notamment *Archives Générales du Royaume (A.G.R.)*, Bruxelles, Manuscrits divers, dossier n° 2119, p. 87 et 139 et dossier 2120, p. 118, 810, 818, 863, 932, 946 et 960).

« Tout le monde convient que la punition des crimes doit avoir deux objets : la correction ou l'amendement des coupables, et l'exemple pour le public, dans le temps qu'aucune de nos peines ne remplit le premier de ces objets »²⁰⁶.

Cependant, Goswin de Fierlant force ici un peu le trait. En effet, « tout le monde » n'a pas relégué la justice aux oubliettes comme fonction de la peine. De surcroît, même ceux qui adhèrent aux idées nouvelles ne mettent pas forcément l'amendement ou l'exemple au-dessus de toutes les raisons de punir. Ainsi par exemple, en 1795, Immanuel Kant soutient encore que :

« La peine juridique (...) doit uniquement (...) être infligée [au criminel], pour la seule raison qu'il a commis un crime (...). La loi pénale est un impératif catégorique »²⁰⁷.

Le constat de Goswin de Fierlant ne doit donc pas être pris à la lettre. D'ailleurs, s'il est vrai que comme indiqué ci-dessus, le dernier président du Grand conseil de Malines est intéressant en ce qu'il fait preuve d'une large connaissance des écrits tant des Lumières que de la doctrine juridique, il faut tout de même remarquer qu'il appartient aux juristes réformateurs, comme les titres de ses œuvres en témoignent. Or cela n'est probablement pas sans incidence sur son appréciation.

De plus, cela ne signifie pas que la nouvelle rationalité de la peine s'est généralisée auprès de l'ensemble des praticiens du droit criminel. En effet, il paraît impossible d'inférer des auteurs de doctrine à l'ensemble des criminalistes, ceux-là n'étant pas forcément représentatifs de ceux-ci.

Néanmoins, ce constat permet de poser un *terminus a quo* (c'est-à-dire une date limite postérieure), certes limité, mais utile comme hypothèse de travail : en 1771, la justice rétributive est déjà largement abandonnée au profit d'autres fonctions de la peine chez les auteurs de doctrine.

Peut-on également proposer un *terminus post quem*, c'est-à-dire une date à laquelle cet abandon n'est certainement pas encore majoritaire ? Quand donc la nouvelle rationalité pénale est-elle adoptée par la plupart des auteurs de doctrine ?

²⁰⁶ Goswin de FIERLANT, *Observations sur l'insuffisance et les inconvénients des peines afflictives, et sur les avantages qu'il y auroit à les remplacer par des maisons de force*, in Eugène HUBERT, « Un chapitre de l'histoire du droit criminel dans les Pays-Bas autrichiens au XVIII^e siècle. Les mémoires de Goswin de Fierlant », in *Compte-rendu des séances de la commission royale d'histoire*, deuxième série, t. 5, 1895, p. 239.

²⁰⁷ Immanuel KANT, *Métaphysique des mœurs. Première partie : Doctrine du droit*, tr. fr. d'Alexis PHILONENKO, Paris, Vrin, 1971, p. 213-214.

À première vue, il paraît raisonnable de supposer qu'au moins dans un premier temps cette nouvelle approche de la peine se répand surtout auprès des philosophes, puisque nous avons vu au chapitre 1 que ses premiers protagonistes étaient avant tout des philosophes (Hobbes, Spinoza...) ou des théoriciens du droit (Pufendorf, Domat...). Il semble donc logique d'enquêter primordialement parmi leurs œuvres.

Un novateur comme le baron de Montesquieu (1689-1755), à la fois juriste et philosophe, continue à défendre une logique compensatrice dans son *De l'esprit des lois*, datant pourtant de 1748 :

« Il faut donc avouer des rapports d'Équité antérieurs à la loi positive qui les établit : comme par exemple, que supposé qu'il y eût des Sociétés d'Hommes, il serait juste de se conformer à leurs lois ; que s'il y avait des Êtres intelligents qui eussent reçu quelque bienfait d'un autre Être, ils devraient en avoir de la reconnaissance ; que si un Être intelligent avait créé un Être intelligent, le créé devrait rester dans la dépendance qu'il a eue dès son origine ; qu'un être intelligent qui a fait du mal à un être intelligent, mérite de recevoir le même mal ; et ainsi du reste »²⁰⁸.

Comme on le voit, Montesquieu reconnaît l'équité d'une compensation du crime par un mal équivalent. D'ailleurs, il en fait un élément déterminant dans la fixation du type de peine :

« C'est le triomphe de la liberté lorsque les lois criminelles tirent chaque peine de la nature particulière du crime. Tout l'arbitraire cesse ; la peine ne descend point du caprice du législateur, mais de la nature de la chose, et ce n'est point l'homme qui fait violence à l'homme »²⁰⁹.

Montesquieu est-il pour autant un rétributiviste ? Cela n'est pas si évident que cela. En effet, ce n'est pas parce qu'il soutient que la peine doit être équivalente au crime de la nature duquel elle doit être tirée, qu'il en conclut que la peine a pour finalité première de le rétribuer en rétablissant l'ordre naturel de la société. En réalité, David W. Carrithers et Mario Alessandro Cattaneo font remarquer que Montesquieu mélange considérations rétributivistes et

²⁰⁸ Charles Louis DE SECONDAT, baron de Montesquieu, *De l'Esprit des Loix*, Genève, Barrillot & Fils, 1748, tome I, livre I, chap. I, p. 3, cité par Dario IPPOLITO, « La philosophie pénale des Lumières entre utilitarisme et rétributivisme », *op. cit.*, p. 27-28.

²⁰⁹ *Ibidem*, livre XII, chap. 4, p. 298-299, cité par Dario IPPOLITO, « La philosophie pénale des Lumières entre utilitarisme et rétributivisme », *op. cit.*, p. 28.

utilitaristes²¹⁰. Cependant, le fait qu'il conserve partiellement le discours rétributiviste n'est pas sans intérêt.

En effet, généralement associé au mouvement des Lumières, Montesquieu ne peut guère être considéré comme un conservateur. L'on peut même dire que son ouvrage *De l'esprit des lois* est un des livres clés de la pensée juridique des Lumières²¹¹. Cela laisse donc supposer qu'en 1748, le caractère rétributif de la peine n'est pas complètement abandonné, y compris parmi les philosophes.

Mais il ne faudrait pas aller plus loin et conclure que ce positionnement conservateur *De l'Esprit des lois* est la preuve qu'au moment de sa publication (1748), la finalité rétributive de la peine est encore prise en compte par tous, juristes comme philosophes. En fait les auteurs sont alors partagés, comme le prouve cet extrait de l'ouvrage de Claude-Joseph de Ferrière (vers 1680-1747) destiné aux praticiens :

« Les peines ont été établies pour que les criminels qui les subissent, servent d'exemple aux autres, & les détournent de commettre des crimes. Il est de l'intérêt public qu'ils ne demeurent pas impunis. L'appréhension des tourmens retient une partie des hommes dans leur devoir plutôt que l'inclinaison qu'ils ont pour la vertu »²¹².

Ce passage est symptomatique dans la mesure où il ne provient pas d'un philosophe des Lumières, ni même d'un juriste connu pour ses idées novatrices, mais plutôt d'un professeur de droit de la Sorbonne féru de droit romain²¹³. De plus, il n'est pas tiré d'une œuvre au caractère philosophique, mais au contraire d'un ouvrage destiné à la pratique, comme l'indique très explicitement son titre : *Nouvelle introduction à la pratique, contenant*

²¹⁰ Luigi DELIA, « Crime et châtement dans l'Encyclopédie. Les enjeux de l'interprétation de Montesquieu par de Jaucourt », in *Dix-huitième siècle*, 2009, t. 1, n° 41, p. 478, note 14.

²¹¹ Selon Dario Ippolito, Montesquieu est un « auteur que tous les intellectuels de la seconde moitié du XVIII^e siècle reconnaissent comme le pionnier du mouvement pour la réforme de la justice pénale » (Dario IPPOLITO, « La philosophie pénale des Lumières entre utilitarisme et rétributivisme », *op. cit.*, p. 28).

²¹² Claude-Joseph de FERRIÈRE, *Nouvelle introduction à la pratique, contenant l'Explication des Termes de Pratique, de Droit & de Coutumes. Avec les Jurisdictions de France*, nouvelle édition corrigée et augmentée, t. 2, Paris, Michel Brunet, 1729, p. 323.

²¹³ Jacqueline DAVID-MOREAU, « Claude-Joseph de Ferrière, un précurseur ? », in *Histoire de l'histoire du droit*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2006, p. 100 et suivantes. Le caractère précurseur que Jacqueline David-Moreau est quasiment prête à concéder à Claude-Joseph de Ferrière n'a rien avoir avec les idées, mais est plutôt d'ordre méthodologique ou disciplinaire : « Claude-Joseph de Ferrière a-t-il été un précurseur ? Le mot est peut-être un peu fort. Ce professeur apparaît en tout cas comme l'interprète d'un courant de pensée en train de s'établir à son époque, selon lequel il est nécessaire de bien comprendre les conditions politiques, intellectuelles et juridiques qui ont présidé à l'élaboration des sources de notre droit. Et ceci, un siècle et demi avant que des cours d'histoire du droit ne soient prévus dans les programmes officiels des enseignements des écoles de droit en France » (*ibidem*, p. 109).

l'Explication des Termes de Pratique, de Droit & de Coutumes. Bref, tout sauf un livre polémique.

Ainsi, il semble qu'en 1729, la nouvelle conception de la peine est déjà répandue, non seulement chez les philosophes mais aussi chez les praticiens du droit. Seulement, elle ne fait probablement pas l'unanimité, y compris parmi les novateurs, à l'instar de Leibniz quelques années plus tôt²¹⁴. Est-ce à dire que Dario Ippolito a raison lorsqu'il remet en cause l'idée dominante selon laquelle la conception utilitariste de la peine constitue un trait propre à la pensée pénale des Lumières²¹⁵ ?

Oui et non. Il est vrai que comme il a été démontré au chapitre 1, l'approche utilitariste de la peine ne date pas du siècle des Lumières, mais d'œuvres de philosophie politique ou juridique du 17^{me} siècle, à commencer par Hobbes en 1651, lui-même déjà précédé par l'ambiguïté de Grotius et plus largement par la tendance toujours plus importante depuis la fin du Moyen Âge à considérer la peine sous son aspect répressif.

En revanche, il faut remarquer que les premiers auteurs qui cessent d'assigner à la peine un but rétributif sont plutôt des novateurs, parmi lesquels on trouve certains des premiers théoriciens du contrat social. D'autre part, la citation de Goswin de Fierlant donnée plus haut témoigne de ce que la nouvelle conception de la peine se généralise au fur et à mesure que l'on avance dans le siècle des Lumières, jusqu'à être sinon universelle du moins majoritaire en 1771.

On peut dès lors faire l'hypothèse que c'est entre d'une part 1729 ou 1748 et d'autre part 1771 que le basculement d'une logique rétributiviste à une logique utilitaire s'opère, et que la peine cesse ainsi d'être considérée, sinon par l'ensemble des juristes, du moins par la plupart des philosophes du droit et auteurs de doctrine, comme la juste contrepartie du crime destinée avant tout à rétablir un ordre social découlant de la nature des choses.

Qu'est-ce qui a donc pu faire qu'entre ces deux dates, la nouvelle conception de la peine semble l'emporter ? Remarquons tout de suite que ces années sont celles de la publication du *Contrat social* (1762) de Rousseau, du *Dei delitti e delle pene* (1764) de Beccaria et de l'*Encyclopédie* (1751-1772) rédigée sous la direction de Diderot et de d'Alembert.

²¹⁴ Voir *supra*, p. 38.

²¹⁵ Voir *supra*, p. 3.

Ces trois ouvrages connaissent une large diffusion au sein du siècle des Lumières ou du moins leur influence en matière philosophique, politique et juridique n'est plus à démontrer. Il y a donc lieu de se demander s'ils ne seraient pas pour quelque chose dans la question qui nous occupe.

Commençons par le *Contrat social* de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), qui n'est pas le plus intéressant des trois pour notre propos, étant donné sa moindre diffusion dans un premier temps²¹⁶ et surtout le fait qu'il ne concerne guère le droit pénal. Pourtant, l'ouvrage, qui fait tout de même l'objet de sept éditions en 1762, connaît un regain d'intérêt durant l'époque révolutionnaire, avec une vingtaine d'éditions entre 1790 et 1798, au point de devenir « une Bible nouvelle » pour reprendre l'expression de Louis Trénard²¹⁷.

Dans son *Du contrat social*, Rousseau évoque la peine en passant. En fait, le passage concerne plutôt la peine capitale :

« C'est pour ne pas être la victime d'un assassin que l'on consent à mourir si on le devient. (...) Tout malfaiteur attaquant le droit social devient par ses forfaits rebelle et traître à la patrie, il cesse d'en être membre en violant ses droits et même il lui fait la guerre. Alors la conservation de l'État est incompatible avec la sienne, il faut qu'un des deux périsse, et quand on fait mourir le coupable, c'est moins comme citoyen que comme ennemi »²¹⁸.

Ce qui ressort de cet extrait est le contractualisme du droit de vie et de mort : c'est parce que les individus le lui concèdent, que l'État a le droit de mettre à mort les plus grands criminels. Mais d'où procède ce droit en tant que tel ? Pour Rousseau, il semble qu'il découle en quelque sorte du droit de guerre, du droit de l'État à se défendre contre son ennemi, interne comme externe.

En effet, il soutient que « quand on fait mourir le coupable, c'est moins comme citoyen que comme ennemi ». Le criminel est un « rebelle et traître à la patrie », « il lui fait la guerre ». En d'autres termes, l'atteinte à l'ordre naturel de la société qu'était le crime dans la conception

²¹⁶ Louis Trénard parle « de la faible diffusion du *Contrat Social* » avant la Révolution et signale que « dans les Cahiers de doléances, le titre du *Contrat Social* ne figure pas davantage, [même si] des expressions comme « pacte social » proviennent vraisemblablement du citoyen de Genève » (Louis TRÉNARD, « La diffusion du "Contrat social" de 1762 à 1830 », in *Revue du Nord*, t. 45, n° 177, Janvier-mars 1963, p. 117).

²¹⁷ *Ibidem*, p. 116-117.

²¹⁸ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, « Du droit de vie et de mort », 1762, livre II, chap. V, cité par Marie GLORIS BARDIAUX-VAÏENTE, *Histoire de l'abolition de la peine de mort dans les six pays fondateurs de l'Union européenne*, op. cit., p. 39.

rétributive devient, dans la théorie du contrat social de Rousseau, une atteinte au contrat social et donc une trahison par rapport à celui-ci.

Cette interprétation belliciste du fait criminel s'accompagne assez logiquement chez Rousseau d'une conception sécuritaire du droit pénal, la fréquence du danger permettant de mesurer la force ou la faiblesse de l'État : « Au reste, la fréquence des supplices est toujours un signe de faiblesse ou de paresse dans le gouvernement. Il n'y a point de méchant que l'on ne pût rendre bon à quelque chose. On n'a droit de faire mourir, même pour l'exemple, que celui qu'on ne peut conserver sans danger »²¹⁹.

Se rendant probablement compte du risque de dérive sécuritaire inhérent à sa conception de la peine, Rousseau précise qu'« [i]l n'y a point de méchant que l'on ne pût rendre bon à quelque chose ». Mais pourquoi alors condamner à mort ? Rousseau poursuit : « [o]n n'a droit de faire mourir (...) que celui qu'on ne peut conserver sans danger ». Il semble donc que pour Rousseau la mesure de la légitimité de la peine de mort est l'(in)efficacité de l'action de l'État pour limiter le danger.

Comme on le voit, par son contractualisme, Rousseau rejoint la conception utilitariste de la peine. C'est parce que « la conservation de l'État est incompatible avec [celle du criminel], [qu']il faut qu'un des deux périsse ». Le raisonnement utilitariste est d'ailleurs aussi celui de chaque individu participant au contrat social : « C'est pour ne pas être la victime d'un assassin que l'on consent à mourir si on le devient ».

Cet utilitarisme a d'ailleurs quelque chose de logique : si la société n'est pas naturelle, mais qu'elle a été constituée par les hommes en vue de quelque intérêt et donc pour l'utilité qui en découle, l'atteinte à l'ordre social n'appelle une peine que dans la mesure où celle-ci contribue à cette utilité. L'ordre de la société, le bien commun, ne sont plus une fin en soi, mais le moyen pour les individus de réaliser plus facilement leurs intérêts en s'associant. Par sa philosophie politique, Rousseau favorise donc la diffusion du nouveau modèle de justice pénale, mis au point un siècle plus tôt par un autre théoricien du contrat social, Hobbes. Par contre, il n'est pas aussi clair qu'il partage le déterminisme de l'auteur du *Léviathan*²²⁰.

²¹⁹ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social*, op. cit., livre II, chap. V, cité par Marie GLORIS BARDIAUX-VAÏENTE, *Histoire de l'abolition de la peine de mort dans les six pays fondateurs de l'Union européenne*, op. cit., p. 40.

²²⁰ Le *Discours sur l'origine et les fondemens de l'inégalité parmi les hommes* de Rousseau est ambigu sur la question du libre arbitre. D'une part, Rousseau parle de « machine humaine » et va même jusqu'à écrire que « [c]e n'est (...) pas tant l'entendement qui fait parmi les animaux la distinction spécifique de l'homme », mais

Venons-en maintenant à Cesare Beccaria (1738-1794). Au chapitre XII de son célèbre *Dei delitti e delle pene*, publié alors qu'il n'a que 25-26 ans, le jeune milanais expose sa conception utilitariste de la peine :

« [L]e but des châtiments ne peut être (...) que d'empêcher le coupable de causer de nouveaux dommages à ses concitoyens et de dissuader les autres d'en commettre de semblables »²²¹.

Ainsi, dans son fameux traité, Beccaria assigne deux buts à la peine : la prévention générale et la prévention spéciale. Y a-t-il une priorité entre eux ? Il semble difficile de nier que chez Beccaria, le caractère exemplaire de la peine prime sur sa dimension répressive. C'est ce qui semble se dégager de ce passage du chapitre XVI, dont la traduction ne semble pas nécessaire : « Qual è il fine politico delle pene ? Il terrore degli altri uomini »²²². Mais la meilleure preuve de la primauté de l'exemple est cet autre extrait du même chapitre : « la peine du coupable atteint son seul but, qui est de terroriser les autres pour les détourner de commettre un semblable délit »²²³.

Cet « terrore » s'adresse donc à la sensibilité et à l'imagination des hommes plutôt qu'au corps du criminel. La suite de l'extrait du chapitre XII cité ci-dessus l'indique d'ailleurs fort bien :

« Il faut donc choisir des peines et une manière de les infliger qui, toute proportion gardée, fassent l'impression la plus efficace et la plus durable possible sur l'esprit des hommes, et la moins cruelle sur le corps du coupable »²²⁴.

Selon Jean-Louis Halpérin, « Beccaria met au centre de sa réflexion criminelle le calcul utilitariste, celui de l'homme rationnel, l'homo oeconomicus qui maximise son plaisir par rapport à son mal, et le calcul du législateur qui fulmine et applique des peines destinées à

d'autre part il affirme « que la Nature seule fait tout dans les opérations de la Bête, au-lieu que l'homme concourt aux siennes, en qualité d'agent libre » (Jean-Jacques ROUSSEAU, *Discours sur l'origine et les fondemens de l'inégalité parmi les hommes*, Amsterdam, Marc Michel Rey, 1755, p. 30-31).

²²¹ Cité par Pierre LASCOUMES, « Beccaria et la formulation d'un ordre public moderne », in Michel PORRET (dir.), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, actes du colloque européen de Genève des 25-26 novembre 1995, Genève, Droz, 1997, p. 116-117.

²²² Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, in *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, Milan, 1984, t. 1, ch. XVI, p. 63, cité par Mario Alessandro CATTANEO, « Les fondements philosophiques de la fonction de la peine chez Beccaria », in Michel PORRET (dir.), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, actes du colloque européen de Genève des 25-26 novembre 1995, Genève, Droz, 1997, p. 84.

²²³ Cesare BECCARIA, *Des délits et des peines*, trad. de Philippe AUDEGEAN, Paris, Payot & Rivages, 2014, p. 102, cité par Philippe AUDEGEAN, « Beccaria et la naissance de la prison », in *L'IRASCible*, n° 5 : *Prison et droits : Visages de la peine*, 2015, p. 57.

²²⁴ Cité par Pierre LASCOUMES, « Beccaria et la formulation d'un ordre public moderne », *op. cit.*, p. 117.

détourner du crime : « pour qu'une peine soit juste, elle ne doit avoir que le degré de rigueur suffisant pour détourner du crime » (§ XXVIII) »²²⁵.

La prééminence de la prévention générale explique aussi pourquoi la correction du coupable n'est pas davantage évoquée que la rétribution dans le *Dei delitti e delle pene*. Comme le note Xavier Tabet, « l'idée de l'amendement du coupable n'est pas présente chez Beccaria, qui s'en tient, dans son traité, à la fonction d'exemplarité de la peine, considérée exclusivement du point de vue de son utilité et de sa nécessité sociale »²²⁶.

Comme chez Hobbes, l'utilitarisme de Beccaria se conjugue avec une nouvelle définition de la notion de justice, qui n'est plus la vertu consistant à rendre à chacun ce qui lui est dû, mais une « modification » de la force au profit du « grand nombre » :

« Il faut observer que les notions de droit et de force ne sont point contradictoires, mais que la première est plutôt une modification de la seconde, modification la plus utile au grand nombre. Et, par justice, je n'entends rien d'autre que le lien nécessaire pour maintenir l'union des intérêts particuliers, lesquels sans lui retomberaient dans l'ancien isolement social ; toutes les peines qui outrepassent la nécessité de conserver ce lien sont injustes par nature »²²⁷.

Cette citation indique l'une des causes de l'utilitarisme de Beccaria, à savoir son contractualisme. La justice n'est plus un ordre social naturel, mais « le lien nécessaire pour maintenir l'union des intérêts particuliers, lesquels sans lui retomberaient dans l'ancien isolement social ». A peu près au même endroit que ce passage, Beccaria explicite davantage l'origine du droit de punir :

« Ce fut (...) la nécessité qui contraignit les hommes à céder une partie de leur liberté ; or, il est certain que chacun n'en veut mettre à la disposition de la communauté que la

²²⁵ Jean-Louis HALPÉRIN, « Ambivalences des doctrines pénales modernes », support du séminaire donné au collège de France le 8 juin 2009, disponible sur le site Internet du collège de France : https://www.college-de-france.fr/media/mireille-delmas-marty/UPL7939213377566564854_UPL28024_halperin_version_d_finutive_06_09_09_1.pdf (consulté le 15 février 2018), p. 3.

²²⁶ Xavier TABET, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », in *Laboratoire italien*, n° 9, 2009, disponible sur Internet à l'adresse suivante : <https://journals.openedition.org/laboratoireitalien/547> (consulté le 15 mai 2018), point 20.

²²⁷ Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livorno, Aubert, 1764, trad. française par M. CHEVALLIER, *Des délits et des peines*, Paris, Flammarion, 1991, § II, p. 64, cité par Daniela LAPENNA, *Le pouvoir de vie et de mort. Souveraineté et peine capitale*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011, p. 171, note 1.

plus petite portion possible, mais qui suffise à engager les autres à le défendre. L'ensemble de ces plus petites portions possibles constitue le droit de punir »²²⁸.

Cette part de liberté que chaque homme a mis « à la disposition de la communauté » est donc celle qui suffit « à engager les autres à le défendre ». Mais n'est-ce pas une conception purement subjective du droit ? De fait, Beccaria ne croit pas à la réalité de la justice, qui n'est selon lui « qu'une simple manière de concevoir des hommes » :

« Il faut se garder d'attacher à ce mot de *justice* l'idée de quelque chose de réel, comme celle d'une force physique ou d'un être existant : ce n'est qu'une simple manière de concevoir des hommes »²²⁹.

C'est pourtant de ces portions de liberté que le droit de punir est constitué : « [l']ensemble de ces plus petites portions possibles constitue le droit de punir ». Ainsi, le droit de punir est essentiellement contractuel et social. En d'autres termes, il n'existe pas dans l'état naturel. Contrairement à Hobbes, mais conformément à Pufendorf, Beccaria ne croit pas que le droit de punir existe en dehors de la société. Dans le même temps, le pacte social qu'il théorise est minimal, dans le sens où il n'aliène que « la plus petite portion possible » de la liberté individuelle. Cela n'est pas sans incidence sur son approche de la peine capitale, comme nous le verrons dans la Partie 3.

Ce contrat social a été fondé pour l'utilité des hommes. Il n'a d'autre objet que la sûreté : « la sûreté de leurs personnes et de leurs biens (...) est le but de leur réunion en société ». Fondée pour cette sûreté, la société ne peut avoir d'autre finalité que ce but utilitaire. Par conséquent, son droit de punir ne vise pas à rétablir la justice, mais est utilitariste : « la répression légale ne concerne que les infracteurs du contrat social, auquel tous adhèrent par intérêt bien mesuré »²³⁰.

Ainsi, l'utilitarisme de Beccaria est une conséquence de son contractualisme. Y en a-t-il d'autres causes ? *Quid* du libre-arbitre ? Nous l'avons vu, Beccaria estime que les peines doivent s'adresser aux impressions des hommes. Plus précisément, ce sont des « moyens sensibles pour contrebalancer les fortes impressions des passions individuelles s'opposant à

²²⁸ Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, op. cit., § II, p. 64, cité par Daniela LAPENNA, *Le pouvoir de vie et de mort. Souveraineté et peine capitale*, op. cit., p. 171, note 1.

²²⁹ Cité par Raymond ABBRUGIATI, « Les Lumières milanaises et la naissance des sciences humaines », in Luigi DE POLI et Yves LEHMANN (dir.), *Naissance de la science dans l'Italie antique et moderne*, actes du colloque franco-italien à l'Université de Haute-Alsace des 1^{er} et 2 décembre 2000, Berne, Peter Lang, 2004, p. 283.

²³⁰ Cité par Marie-Christine GUIOL, *Finalités et modalités de la peine dans la doctrine pénale et la pensée politique des XVII^e et XVIII^e siècles*, op. cit., p. 275.

l'intérêt général »²³¹. Mais la volonté est-elle libre ou bien déterminée nécessairement par ces impressions et contre-impressions ?

Les auteurs sont partagés sur cette question. Jean Pradel estime que « Beccaria admet le libre arbitre », mais il ne donne guère d'argument pour étayer son affirmation²³². Tandis que pour Jérôme Ferrand, « Beccaria attaqua ouvertement le dogme chrétien du libre arbitre »²³³. Sans vouloir dirimer le débat, il semble que certains passages de Beccaria ne puissent pas être interprétés autrement que comme le fruit d'une pensée déterministe, que celle-ci soit la sienne ou celle d'un de ses inspirateurs :

« [L]es mouvements de la nature (...) président aux actions morales, tout comme [aux] actions physiques »²³⁴.

« [A]u plus secret de leur âme, dans cette part d'eux-mêmes qui, plus que toute autre, conserve encore la forme originelle de l'ancienne nature, [les hommes] ont toujours cru que leur vie n'est en la puissance de personne, hormis de la nécessité, qui dirige l'univers sous son sceptre de fer »²³⁵.

En plus de ces citations proposées par Jérôme Ferrand, l'on doit évoquer un élément contextuel qui peut apporter de la lumière sur la question. Dans une lettre à Morellet du 26 janvier 1766, Beccaria estime que c'est Claude-Adrien Helvétius (1715-1771) qui l'a « poussé avec force dans le chemin de la vérité » et qu'il doit « à la lecture de *De l'Esprit* une grande partie de [s]es idées »²³⁶. Or pour Helvétius, « [n]ous sommes uniquement ce que nous font les objets qui nous environnent »²³⁷.

Alors, Beccaria croit-il ou non à la liberté interne de l'homme ? Difficile à dire, car les allusions sont passagères. Mais cette même lettre de Beccaria à Morellet peut expliquer cette

²³¹ Cité par Pierre LASCOUMES, « Beccaria et la formulation d'un ordre public moderne », *op. cit.*, p. 116.

²³² Jean PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, *op. cit.*, p. 30.

²³³ Jérôme FERRAND, « La nécessité, passager clandestin de l'abolitionnisme beccarien », in Philippe AUDEGEAN et al. (dir.), *Le bonheur du plus grand nombre. Beccaria et les Lumières*, Lyon, Éns éditions, 2017, p. 134.

²³⁴ Cesare BECCARIA, *Des délits et des peines*, édition Audegean, 2009, § VIII, p. 169, cité par Jérôme FERRAND, « La nécessité, passager clandestin de l'abolitionnisme beccarien », *op. cit.*, p. 130.

²³⁵ *Ibidem*, § XXVIII, p. 239, cité par Jérôme FERRAND, « La nécessité, passager clandestin de l'abolitionnisme beccarien », *op. cit.*, p. 133.

²³⁶ Cesare BECCARIA, *Lettre à Morellet*, 26 janvier 1766, d'après la traduction de Morellet, in *Correspondance générale d'Helvétius*, publ. D. Smith et coll., 4 vol., t. 3, Toronto-Buffalo-Oxford, 1991, p. 252, cité par Xavier MARTIN, « Du temps des Lumières à 1810 : anthropologie et droit criminel », in *Bicentenaire du code pénal 1810-2010*, Paris, Les colloques du Sénat, 25/26 novembre 2010, p. 65, disponible sur Internet à l'adresse suivante : https://www.senat.fr/colloques/actes_bicentenaire_code_penal/actes_bicentenaire_code_penal.pdf (consulté le 30 juillet 2018).

²³⁷ Cité par Xavier MARTIN, « Du temps des Lumières à 1810 : anthropologie et droit criminel », *op. cit.*, p. 67.

obscurité : « En écrivant mon ouvrage, j'avais sous les yeux Galilée, Machiavel et Giannone. J'entendais grincer les chaînes de la superstition, j'entendais les hurlements du fanatisme qui étouffaient les cris de la vérité. Cela m'a déterminé et contraint à être obscur et à envelopper la lumière du vrai dans une brume sacrée »²³⁸.

Quoi qu'il en soit, déterministe ou non, il est indubitable que Beccaria a subi l'influence du déterminisme. D'ailleurs, il est à remarquer que sans aller jusqu'à nier l'existence de cette spécificité du droit pénal qu'est la culpabilité, il soutient que le droit pénal doit mesurer les peines sur le dommage à la nation plutôt que sur l'intention, sans apparemment se rendre compte qu'il abolit ainsi la différence foncière entre responsabilité pénale et responsabilité civile :

« [L]a seule et véritable mesure des délits est le dommage fait à la nation : certains firent donc une erreur en croyant que la véritable mesure des délits est l'intention de celui qui les commet »²³⁹.

Utilitarisme, contractualisme, tendance au déterminisme, les causes de l'abandon de la rétribution chez Beccaria sont assez semblables à celles que nous avons déjà vues chez Hobbes²⁴⁰. Les différences portent plutôt sur des conclusions : le *Dei delitti e delle pene* n'assigne pas explicitement l'amendement comme finalité de la peine (contrairement au *Léviathan*) ; *a contrario*, il se prononce contre la peine de mort (contrairement à Hobbes), comme nous le verrons dans la Partie 3. A noter aussi le fait que son contractualisme du droit de punir est absolu et qu'il est à cet égard plus proche de Pufendorf que de Hobbes.

Remarquons que la première de ces différences n'est pas forcément pour attester de l'humanisme de Beccaria, même s'il est vrai que l'amendement de Hobbes est celui d'un délinquant dont la volonté est nécessairement déterminée. De toute façon, cette différence n'est que temporaire, puisqu'à la fin de sa vie, Beccaria va intégrer l'amendement dans son argumentation.

En effet, entre 1789 et 1792, Beccaria est sollicité pour donner des avis, dans le cadre de l'élaboration d'un code pénal en Lombardie, qui ne sera finalement jamais promulgué. Il est à noter qu'à ce moment Beccaria est au soir de sa vie (il meurt en 1794), après deux décennies

²³⁸ Cesare BECCARIA, *Lettre à A. Morellet*, 26 janvier 1766, in *Edizione nazionale*, IV, p. 221, cité par Jérôme FERRAND, « La nécessité, passager clandestin de l'abolitionnisme beccarien », *op. cit.*, p. 134, note 24.

²³⁹ Cesare BECCARIA, *Des délits et des peines*, édition Audegean, 2009, § VII, p. 165, cité par Jérôme FERRAND, « La nécessité, passager clandestin de l'abolitionnisme beccarien », *op. cit.*, p. 127.

²⁴⁰ Voir *supra*, p. 47 à 50.

consacrées notamment aux questions économiques²⁴¹. Par ailleurs, l'on peut supposer que l'échec de l'abolition de la peine de mort en Toscane, réalisée quelques années plus tôt sous son impulsion, n'a pas été sans incidence sur sa façon de reconsidérer ses vues en matière pénale. En tout cas, son style est davantage bureaucratique et sec et traduit une certaine lassitude²⁴².

Président du *Consiglio di Governo* depuis 1789, nommé au sein d'une *Giunta camerale* chargée de la réforme du système judiciaire, civil et criminel en 1791, Beccaria donne son avis sur la peine de mort (*Voto sulla pena di morte*) en 1792²⁴³, c'est-à-dire après les débuts de la Révolution française et notamment après l'adoption du code pénal de 1791, dont les discussions avaient mis l'amendement en avant²⁴⁴. Son *Voto sulla pena di morte* tient en quelques pages d'une grande densité. Il s'agit d'une explication de son vote et de celui de ses collègues Risi et Gallarati Scotti envoyée au chancelier des Habsbourg, le prince de Kaunitz²⁴⁵.

Nous verrons davantage dans la Partie 3 ce que ce texte rédigé près d'une trentaine d'années après le *Dei delitti e delle pene* apporte à la question de la peine de mort. Contentons-nous pour le moment de voir comment ce nouvel écrit envisage les fonctions de la peine. Tout d'abord, le contrat social n'est plus évoqué, mais il se peut que cela soit uniquement une conséquence du milieu dans lequel vivait Beccaria et non un changement d'idée de sa part²⁴⁶. En revanche, l'amendement apparaît parmi les fonctions de la peine et figure même au premier rang de celles-ci avec la prévention générale :

« [L]a peine des travaux forcés peut être très efficace et très utile quant au but de toute bonne législation criminelle, qui est d'abord la correction du coupable, quand cela est possible, et toujours l'exemple donné aux innocents pour les éloigner du délit »²⁴⁷.

Pour conclure, il n'est pas exact de dire que Beccaria est « le premier à contester les fondements même de la pénalité d'Ancien Régime, remettant en cause la logique

²⁴¹ Xavier TABET, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », *op. cit.*, point 27.

²⁴² *Ibidem*, point 28.

²⁴³ *Ibidem*, point 27 et note 69.

²⁴⁴ Voir *infra*, p. 140 et s.

²⁴⁵ Xavier TABET, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », *op. cit.*, point 28.

²⁴⁶ *Ibidem*.

²⁴⁷ Cesare BECCARIA, *Voto sulla pena di morte*, in *Dei delitti e delle pene. Consulte criminali*, éd. G. Armani, Milan, Garzanti, 1987, p. 141, cité par Xavier TABET, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », *op. cit.*, point 28.

rétributive »²⁴⁸. D'ailleurs, même certains de ses contemporains ne se sont pas trompés sur l'origine de certains principes qu'il défend dans son célèbre traité. Ainsi, le réquisitoire du jésuite Pietro Lazzari (1710-1789), demandant la mise du traité à l'*Index des livres prohibés* (ce qui est fait dès 1766), note que le *Dei delitti e delle pene* reprend des principes protestants, Lazzari évoquant expressément le nom de Hobbes²⁴⁹.

En revanche, il est vrai que le traité de Beccaria joue un rôle majeur dans la diffusion de la nouvelle conception de la peine. Si comme le remarque Nicolas Catelan, « il est impossible de trouver un manuel de droit pénal où le nom de Cesare Beccaria n'est cité »²⁵⁰, cette célébrité commence dès le 18^{me} siècle. Le *Dei delitti e delle pene* est édité une trentaine de fois jusqu'à la fin du siècle rien qu'en Italie²⁵¹. Il fait également l'objet d'éditions françaises (en 1766 et 1773, pour ne citer que les deux traductions antérieures à la Révolution)²⁵², allemandes (dès 1766), anglaises (en 1767, 1769, 1770, 1776, 1782 et 1785), irlandaises (1767 et 1777), écossaises (1770, 1778 et 1788)²⁵³, suédoises (1770), polonaises (1772), espagnoles (à partir de 1774)²⁵⁴, etc. Le livre traverse rapidement l'Atlantique, est édité en Caroline du Sud (1777) et à Philadelphie (1778 et 1793), et influence même les pères fondateurs des États-Unis, surtout Jefferson²⁵⁵.

Dans ces conditions, il apparaît évident que si Beccaria n'est pas l'auteur de la mise en cause du rétributivisme, il en est l'un des principaux diffuseurs – probablement même le plus important – en Europe et même au-delà. Cela est particulièrement vrai en France, où la première édition date de 1766 et le commentaire de Voltaire de la même année. Jacques

²⁴⁸ Marie-Christine GUIOL, *Finalités et modalités de la peine dans la doctrine pénale et la pensée politique des XVII^e et XVIII^e siècles*, op. cit., p. 641.

²⁴⁹ Albrecht BURKARDT, « "Periculosum dico hoc principium". La censure de Beccaria par la Congrégation de l'Index », in Gilbert BUTI et Anne CAROL (dir.), *Comportements, croyances et mémoires. Europe méridionale XV^e-XX^e s.*, Aix-en-Provence, Presses universitaires de Provence, 2007, p. 125 et 134.

²⁵⁰ Nicolas CATELAN, *L'influence de Cesare Beccaria sur la matière pénale moderne*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2004, cité par Marie GLORIS BARDIAUX-VAÏENTE, *Histoire de l'abolition de la peine de mort dans les six pays fondateurs de l'Union européenne*, op. cit., p. 40.

²⁵¹ Albrecht BURKARDT, « "Periculosum dico hoc principium". La censure de Beccaria par la Congrégation de l'Index », op. cit., p. 120.

²⁵² Bernard BAERTSCHI, « Une traduction inédite de Beccaria par Maine de Biran », in Michel PORRET (dir.), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, actes du colloque européen de Genève des 25-26 novembre 1995, Genève, Droz, 1997, p. 47.

²⁵³ Rémy DUTHILLE, « Les radicaux anglais lecteurs de Beccaria, 1767-1795 », communication au colloque international « Les cultures de Beccaria », Paris, École normale supérieure (Ulm)/Istituto Italiano di Cultura, décembre 2014, disponible sur Internet à l'adresse suivante : http://www.academia.edu/14871162/Les_radicaux_anglais_lecteurs_de_Beccaria_1767-1795 (consulté le 22 mai 2018), p. 2.

²⁵⁴ Antonio RISCO, « Présence de Beccaria dans l'Espagne des Lumières », in Michel PORRET (dir.), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, actes du colloque européen de Genève des 25-26 novembre 1995, Genève, Droz, 1997, p. 149.

²⁵⁵ Rémy DUTHILLE, « Les radicaux anglais lecteurs de Beccaria, 1767-1795 », op. cit., p. 2 et 4.

Godechot note que le nom de Cesare Beccaria « est sans doute plus étroitement lié à la législation criminelle et pénale de la France qu'à celle de tout autre pays du monde »²⁵⁶. Nombre des cahiers de doléance de 1789 sont imprégnés de sa pensée et s'inspirent du contrat social²⁵⁷.

L'influence de Beccaria en France est rapidement étendue, pas seulement dans les milieux acquis aux Lumières, mais aussi dans la pratique judiciaire, comme en témoigne la lettre du juriste Jean-Isaac-Samuel Mongard à Beccaria datant du 23 novembre 1776 : « [L]'esprit de philosophie ou l'humanité, ce qui est la même chose, se généralisa en France d'une manière étonnante. J'y vois partout, non pas seulement les avocats, mais surtout le ministère public, s'étayer de vos principes et citer, sans cesse, l'immortel écrit des *Délits et des peines* »²⁵⁸.

Ainsi, bien avant la Révolution, le traité de Beccaria modifie considérablement les conceptions pénales, y compris dans les milieux qui ne sont pas forcément acquis aux idées nouvelles que sont ceux de la pratique. C'est également le constat porté par un certain Roederer, dans sa lettre à la fille de Beccaria après la mort de celui-ci en 1794 : « [L]e traité *Des délits et des peines* avait tellement changé l'esprit des anciens tribunaux criminels en France que dix ans avant la Révolution ils ne se ressemblaient plus. Tous les jeunes magistrats des cours, (...) jugeaient plus selon les principes de cet ouvrage que selon les lois »²⁵⁹.

Cela suffit-il à expliquer le constat porté par Goswin de Fierlant en 1771 ? Le rôle de Beccaria est important, mais explique-t-il tout ? Rappelons le constat (exagéré, on l'a dit, mais symptomatique) de Goswin de Fierlant : « [t]out le monde convient que la punition des crimes doit avoir deux objets : (...) l'amendement des coupables, et l'exemple pour le public »²⁶⁰. Or dans son *Dei delitti e delle pene*, Beccaria ne fait pas de l'amendement une finalité de la peine. Il semble donc que pour principale qu'elle soit, la réception de son œuvre ne soit pas le vecteur unique du retournement des mentalités. Faut-il alors postuler une évolution progressive depuis le milieu du 17^{me} siècle, sans véritable accélération du phénomène ? C'est possible. Mais un autre grand classique des Lumières paraît dans ces mêmes années 1750-1770, qu'il convient donc d'évoquer.

²⁵⁶ Jacques GODECHOT, « Beccaria et la France », in *Atti del convegno internazionale su Cesare Beccaria (Torino 4-6 ottobre 1964) promosso dall'Accademia delle Scienze di Torino nel secondo centenario dell'opera Dei delitti e delle pene*, Turin, Accademia delle scienze, 1964, p. 52, cité par Xavier TABET, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », *op. cit.*, point 1.

²⁵⁷ Xavier TABET, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », *op. cit.*, point 16.

²⁵⁸ Cité par Xavier TABET, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », *op. cit.*, note 36.

²⁵⁹ *Ibidem*, point 15.

²⁶⁰ Voir *supra*, p. 61.

Les directeurs de l'*Encyclopédie* n'étant pas juristes, les articles touchant aux questions juridiques sont l'œuvre de différents contributeurs. Les deux principaux sont Antoine-Gaspard Boucher d'Argis (1708-1791), avocat dont les plus de quatre mille articles sont relativement traditionnels sur les questions pénales, et le chevalier Louis de Jaucourt (1704-1779)²⁶¹, qui en réalité n'est pas juriste mais médecin.

Par ailleurs, quelques articles proviennent d'autres mains : quatre entrées concernant le droit canonique sont dues à Mathieu-Antoine Bouchaud (1719-1804), futur professeur de droit au collège de France et conseiller d'État, et quelques autres à Nicolas-Antoine Boulanger (1722-1759), qui n'est pas juriste mais ingénieur, et à Antoine-Claude-Pierre Masson de Lamotte-Conflans (1727-1781)²⁶².

Pour ne s'arrêter qu'aux deux contributeurs principaux en matière de droit, il est à remarquer que c'est le chevalier de Jaucourt qui apporte la conception la plus novatrice du droit. Selon Marjorie Dupuis-Berruex, cela est dû au fait qu'il n'est pas juriste²⁶³. La coopération d'Antoine-Gaspard Boucher d'Argis est stratégique. Dans un premier temps, le choix s'est porté sur François-Vincent Toussaint (1715-1772), un proche de Diderot²⁶⁴, qui semble acquis à la nouvelle conception de la peine, comme nous le verrons en abordant la peine de mort²⁶⁵. Si Toussaint est remplacé par Boucher d'Argis, c'est pour éviter d'attirer les critiques sur l'*Encyclopédie*, un des ouvrages de Toussaint ayant été condamné²⁶⁶.

Si la contribution de Boucher d'Argis est relativement conservatrice, celle du chevalier de Jaucourt est inspirée des Lumières, y compris sur la question des fonctions de la peine, comme nous allons le voir. Or son rôle est déterminant dans la rédaction de l'*Encyclopédie*, pas seulement pour les questions juridiques. Écrivant sur des thématiques différentes, certains ont estimé qu'il serait plus juste de parler de « l'*Encyclopédie* de Jaucourt... et de Diderot »²⁶⁷. Près de 17 400 articles portent sa signature, soit environ trois fois plus que pour

²⁶¹ Marjorie DUPUIS-BERRUEX, « La question pénale dans l'*Encyclopédie*. Aperçu sur la lutte opposant le parti des lumières au parti de la tradition », *op. cit.*, p. 45.

²⁶² *Ibidem*.

²⁶³ *Ibidem*, p. 45-46.

²⁶⁴ *Ibidem*, p. 46.

²⁶⁵ Voir *infra*, p. 111 à 114.

²⁶⁶ Marjorie DUPUIS-BERRUEX, « La question pénale dans l'*Encyclopédie*. Aperçu sur la lutte opposant le parti des lumières au parti de la tradition », *op. cit.*, p. 46.

²⁶⁷ Voir les références données par Marjorie DUPUIS-BERRUEX, « La question pénale dans l'*Encyclopédie*. Aperçu sur la lutte opposant le parti des lumières au parti de la tradition », *op. cit.*, p. 55, note 51.

Diderot (5813), même si la contribution de celui-ci a pu s'étendre à d'autres articles qui ne lui sont pas explicitement attribués²⁶⁸.

Quelle est donc la conception de la peine véhiculée par cette « cheville ouvrière » de l'*Encyclopédie* qu'est le chevalier de Jaucourt ? Bien que comme le remarque Marjorie Dupuis-Berruex, de Jaucourt n'a pas abandonné « totalement l'idée de fonction rétributive de la peine », force est de constater qu'« il met cependant l'accent sur l'aspect utilitariste »²⁶⁹ :

« [Q]uoique les peines dérivent du crime par le droit de nature, il est certain que le souverain ne doit jamais les infliger qu'en vûe de quelque utilité (...). Le but des peines est la tranquillité & la sûreté publique »²⁷⁰.

Ce passage est peut-être en partie inspiré de Grotius, que Jaucourt cite d'ailleurs explicitement, tant dans son article sur le « Crime » que dans celui sur la « Peine »²⁷¹. À l'article « Loi pénale », de Jaucourt cite Bacon : « la première intention des *lois pénales*, est de prévenir le crime, & non pas de le punir »²⁷². L'article « Sanction » précise les fonctions de la peine :

« La peine est un mal dont le souverain menace ceux de ses sujets qui entreprendroient de violer ses lois ; il leur inflige effectivement cette peine lorsqu'ils les violent ; & cela dans la vûe de procurer du bien à l'état, comme corriger le coupable, de donner une leçon aux autres, & de rendre la société sûre, tranquile, & heureuse »²⁷³.

Même si la correction du coupable est ici citée en premier, la conception de la peine qu'a de Jaucourt est utilitariste, comme le montre le fait que l'un des mots les plus utilisés à l'article « Peine » est celui d'« utilité » et que l'utilité publique y est considérée comme la mesure des

²⁶⁸ Marjorie DUPUIS-BERRUEX, « La question pénale dans l'*Encyclopédie*. Aperçu sur la lutte opposant le parti des lumières au parti de la tradition », *op. cit.*, p. 55, note 53.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 58-59.

²⁷⁰ Louis de JAUCOURT, « Crime », in Denis DIDEROT et Jean le Rond D'ALEMBERT, *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, par une société de gens de lettres*, Paris, 1754, t. 4, p. 467, cité par Marjorie DUPUIS-BERRUEX, « La question pénale dans l'*Encyclopédie*. Aperçu sur la lutte opposant le parti des lumières au parti de la tradition », *op. cit.*, p. 59.

²⁷¹ Luigi DELIA, « Crime et châtement dans l'*Encyclopédie*. Les enjeux de l'interprétation de Montesquieu par de Jaucourt », *op. cit.*, p. 476, note 10.

²⁷² Louis de JAUCOURT, « Loi pénale », in Denis DIDEROT et Jean le Rond D'ALEMBERT, *Encyclopédie, op. cit.*, t. IX, p. 667, cité par Marjorie DUPUIS-BERRUEX, « La question pénale dans l'*Encyclopédie*. Aperçu sur la lutte opposant le parti des lumières au parti de la tradition », *op. cit.*, p. 58.

²⁷³ Louis de JAUCOURT, « Sanction », in Denis DIDEROT et Jean le Rond D'ALEMBERT, *Encyclopédie, op. cit.*, t. XIV, p. 608, cité par Marjorie DUPUIS-BERRUEX, « La question pénale dans l'*Encyclopédie*. Aperçu sur la lutte opposant le parti des lumières au parti de la tradition », *op. cit.*, p. 58, note 70.

peines²⁷⁴. D'ailleurs, il est symptomatique que la correction du coupable soit rangée parmi les biens à procurer à l'État, un peu comme si elle n'est qu'un moyen et non une fin en elle-même. Cela devance ce que nous verrons au chapitre suivant, à savoir que l'amendement mis en avant aux 17^{me} et 18^{me} siècles est à tendance utilitariste.

Dans la seconde moitié du 18^{me} siècle, l'*Encyclopédie* peut donc jouer un rôle important dans le changement de conception de la peine, d'autant plus qu'elle est célèbre et se diffuse largement. En réalité, à cette remise en cause directe du rétributivisme par l'*Encyclopédie*, il faut ajouter le travail de sape indirect qu'elle effectue en s'attaquant au dogme du libre arbitre, comme nous le verrons au chapitre suivant. Par contre, il ne semble pas que l'*Encyclopédie* contribue à la diffusion de l'argument contractualiste²⁷⁵.

Section 2. Quelques réticences ?

Malgré sa généralisation dans la seconde moitié du 18^{me} siècle, la nouvelle conception de la peine continue à avoir ses opposants. Ceux-ci sont souvent des juristes conservateurs, réfractaires aux idées nouvelles, à l'image d'un Pierre-François Muyart de Vouglans (1713-1791), bien connu pour son opposition à Beccaria. Dans ses *Loix criminelles de France, dans leur ordre naturel* adressées au roi Louis XVI en 1780, l'avocat jurassien attribue plusieurs buts aux peines :

« La Peine [a] été établie (...) à ces trois fins principales ; 1° de corriger le coupable ; 2° de réparer, autant qu'il est possible, les maux que son Crime a causés ; 3° enfin de retenir les méchants par l'exemple & la crainte de semblable punition »²⁷⁶.

Mais remarquons que même Muyart de Vouglans ne semble pas avoir les idées très claires sur le sujet. Tout en mentionnant la réparation, il ne la présente pas comme la fonction première des peines et la cite même en deuxième position (sans en inférer une hiérarchie, il est vrai). De plus, le mot « réparation » est ambigu dans la mesure où il pourrait ne se rapporter qu'à la compensation civile de la victime.

²⁷⁴ Luigi DELIA, « Crime et châtement dans l'Encyclopédie. Les enjeux de l'interprétation de Montesquieu par de Jaucourt », *op. cit.*, p. 477 et 479.

²⁷⁵ Jean-Pierre Royer note « que même dans *L'Encyclopédie* le contrat est défini seulement en termes de convention privée entre des personnes » (Jean-Pierre ROYER, *Histoire de la justice en France, de la monarchie absolue à la République*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995, p. 189, note 1).

²⁷⁶ Pierre-François MUYART DE VOUGLANS, *Les loix criminelles de France, dans leur ordre naturel*, Paris, Merigot le jeune, Crapart et Benoît Morin, 1780, p. 39.

Il est vrai qu'en un autre passage, Muyart de Vouglans précise que les châtimens extérieurs empêchent les délinquans « de nuire davantage à la société, en même temps qu'ils servent à la venger du scandale & du tort réel que le crime lui a causé »²⁷⁷. Mais encore une fois, le caractère rétributif de la peine est cité en second lieu. Cela montre combien la nouvelle rationalité pénale a influencé les esprits, y compris des conservateurs.

Dans tous les cas, dans sa *Lettre sur le système de l'auteur de l'Esprit des lois, touchant la Modération des Peines*, Muyart de Vouglans adhère explicitement à la nouvelle conception de la peine, dans sa version exemplaire :

« Vous savez (...) que, comme les Lois criminelles ont singulièrement en vue le maintien de la sûreté et de la tranquillité publique pour le bien général de la Société ; l'objet principal qu'elles se proposent dans l'imposition des peines, n'est point tant de corriger le coupable et de le mettre hors d'état de nuire davantage, que de détourner par l'horreur de son supplice ceux qui pourraient être tentés de suivre son exemple »²⁷⁸.

On peut néanmoins trouver un certain nombre d'auteurs, même proches des Lumières, recourant à un vocabulaire évoquant la conception traditionnelle de la peine. Ainsi par exemple en est-il de Francesco Mario Pagano (1748-1799), l'une des personnalités centrales des Lumières italiennes et futur protagoniste de la république napolitaine, dans ses *Considerazioni sul processo criminale* (1787) et ses *Principi del codice penale* (édités à titre posthume) :

« Dans le système physique de l'univers, la résistance réciproque des corps produit l'équilibre et l'ordre. Dans l'ordre moral, ce sont les peines », la peine consistant en la « perte d'un droit correspondant au droit violé », celui-ci étant soit naturel, soit civil²⁷⁹.

Il faut cependant se garder de trop vite considérer une description de la peine comme étant rétributiviste. L'illustration la plus symptomatique de ce phénomène est peut-être le cas de

²⁷⁷ Pierre-François MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles de France, dans leur ordre naturel*, op. cit., p. 38.

²⁷⁸ Cité par Luigi DELIA, « Crime et châtimens dans l'Encyclopédie. Les enjeux de l'interprétation de Montesquieu par de Jaucourt », op. cit., p. 482.

²⁷⁹ Francesco Mario PAGANO, *Considerations sur la procédure criminelle* (1787), Strasbourg, Imprimerie ordinaire du Roi, 1789, chap. I, p. 10 et *Principi del codice penale* (posthume 1803), in *Giustizia penale e libertà civile*, Rome, Editori Riuniti, 2000, p. 59, cité par Dario IPPOLITO, « La philosophie pénale des Lumières entre utilitarisme et rétributivisme », op. cit., p. 31-32.

Jacques-Pierre Brissot de Warville (1754-1793) qui, dans sa *Théorie des lois criminelles* publiée huit ans avant la Révolution, soutient une doctrine apparemment plus rétributiviste que celle de Muyart de Vouglans :

« La peine est une expiation du crime par le coupable, qui a pour but de réparer le tort fait à l'intérêt général ou à celui des particuliers », précisant un peu plus que « [l]a peine du délit public a trois buts : 1 la réparation du tort fait à l'ordre social ; 2 l'exemple à donner aux membres de la société ; 3 d'empêcher le coupable de nuire dans la suite. La peine du délit privé a un autre but, la réparation du tort fait au citoyen lésé »²⁸⁰.

À première vue, il semble incontestable que « la réparation du tort fait à l'ordre social » est bien la rétribution telle qu'elle était conçue depuis l'Antiquité. D'autant que Brissot la distingue un peu plus loin de « la réparation du tort fait au citoyen lésé ». Pourtant, d'autres passages de la même œuvre sont plus utilitaristes : « dans une législation bien combinée, le glaive doit être plutôt l'instrument de l'effroi que de la vengeance » ; « toute peine doit être utile ou proscrite »²⁸¹.

Comment concilier pareils propos ? Nous ne ferons qu'émettre une hypothèse : Brissot ferait de « la réparation du tort fait à l'ordre social » une sorte d'équivalent contractualiste de la rétribution, une réparation civile, non aquilienne mais contractuelle, destinée à réparer le non-respect du contrat social. En tout cas, le mot 'réparation' ne semble pas être nécessairement synonyme de rétribution sociale, comme cela ressort également chez John Locke (1632-1704)²⁸².

Pour conclure, bien que des expressions faisant écho à la dimension rétributive de la peine sont présentes ici et là dans la doctrine criminaliste de la fin du 18^{me} siècle, il n'est pas évident d'en inférer au maintien vivace de l'idée selon laquelle la peine est avant tout le rétablissement de l'ordre naturel de la société. Si même des juristes conservateurs comme Jousse²⁸³ et Muyart de Vouglans semblent au moins en partie acquis à la nouvelle conception de la peine, c'est que sa diffusion ne touche plus seulement les milieux 'éclairés'.

²⁸⁰ Jacques-Pierre BRISSOT DE WARVILLE, *Théorie des lois criminelles*, Berlin, 1781, tome I, p. 128 et 131, cité par Dario IPPOLITO, « La philosophie pénale des Lumières entre utilitarisme et rétributivisme », *op. cit.*, p. 33-34.

²⁸¹ Cité par Marie-Christine GUIOL, *Finalités et modalités de la peine dans la doctrine pénale et la pensée politique des XVII^e et XVIII^e siècles*, *op. cit.*, p. 269 et 271.

²⁸² John LOCKE, *Traité du gouvernement civil*, Paris, Royez, 1795, p. 34.

²⁸³ Voir *supra*, chapitre 1.

Chapitre 3. Pourquoi changer ?

Jusqu'ici, nous avons tenté de suivre le cheminement de la nouvelle conception de la peine à partir de sa naissance et de sa première formulation explicite vers 1650, jusqu'à sa généralisation progressive au cœur du 18^{me} siècle, en tentant déjà de la caractériser, même s'il était difficile de qualifier un phénomène hétéroclite dans son expression.

Ce chapitre a pour ambition de mieux appréhender les fondements idéologiques principaux de cette évolution (Section 1), avant d'examiner si la diversité d'expression qui la caractérise reflète des conceptions fondamentalement divergentes ou bien n'est au contraire que diverses variantes d'une même doctrine de la peine anti-rétributiviste (Section 2).

Section 1. Les fondements sous-jacents à l'abandon de la rétribution

En tentant de qualifier la conception de la peine qui émerge avec Hobbes, les chapitres précédents ont souvent recouru au terme d'« utilitarisme ». Pourtant, ce mot ne renvoie-t-il pas à une école philosophique bien déterminée à laquelle le nom de Jeremy Bentham (1748-1832) est attaché ? C'est souvent en effet à cet auteur du panoptique que l'on pense lorsque ce mot est utilisé.

En réalité, le terme d'utilitarisme renvoie plus généralement à la « [d]octrine qui fait de l'utile, de ce qui sert à la vie ou au bonheur, le principe de toutes les valeurs dans le domaine de la connaissance comme dans celui de l'action »²⁸⁴. C'est dans ce sens général que l'on a recouru à ce mot. Ce qui ne veut pas dire que Bentham n'ait rien à voir avec la nouvelle conception de la peine, qu'au contraire il partage pleinement :

« C'est la souffrance apparente qui produit le bénéfice que la société retire de la punition employée comme un exemple : la souffrance constitue la dépense. Le rapport de la première à la seconde peut être augmenté de deux manières. Premièrement en augmentant la souffrance apparente ; deuxièmement en diminuant la souffrance réelle. On rend un mode de punition plus exemplaire en augmentant la souffrance apparente ; on le rend plus économique en diminuant la souffrance réelle »²⁸⁵.

²⁸⁴ Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, « Utilitarisme », disponible à l'adresse suivante : <http://www.cnrtl.fr/definition/utilitarisme> (consulté le 21 juin 2018).

²⁸⁵ Cité par Xavier TABET, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », *op. cit.*, point 14.

En fait, l'utilitarisme, en tant que système moral basé sur l'utilité et l'intérêt de la société, est bien plus ancien que Bentham. D'où vient-il ? Plusieurs opinions ont été émises à cet égard. Selon Luigi Delia, « [c]'est essentiellement à la suite de Cumberland (*De legibus naturae*, 1672) que l'idée d'utilité, individuelle et sociale, et celle de félicité publique, deviendront rapidement, dans des auteurs tels que Hume et John Gay (*Preliminary Dissertation*, 1731) des thèmes capitaux de la philosophie des Lumières »²⁸⁶.

Richard Cumberland (1631-1718), évêque anglican de Peterborough, est-il ainsi à l'origine de l'utilitarisme des Lumières ? Cela paraît pour le moins douteux. En effet, Stamatios Tzitzis montre que Cumberland « affirme la subordination du droit à l'éthique théologique » et soutient que le châtement « est issu de la loi naturelle », « la sanction conçue [étant celle de] la rétribution naturelle »²⁸⁷. Richard Cumberland est d'ailleurs connu pour son opposition à la doctrine d'Hobbes.

En réalité, les racines de l'utilitarisme semblent plus anciennes. Selon André Cluzelaud, « [l]'idée d'utilité a émergé dans la culture européenne aux lendemains de la Réforme, en liaison avec l'aspect religieux de cette dernière (...), avant de se séculariser (...). Bacon, auteur prophétique dans *la Nouvelle Atlantide* de la vision d'une société capable par la science de maîtriser la nature, en avait tracé la première esquisse. Hobbes et Locke prennent leur place dans un mouvement auquel contribue également la Royal Society, fondée en 1660 »²⁸⁸.

Une telle généalogie est intéressante en ce qu'elle coïncide en grande partie avec celle de l'utilitarisme pénal tel que décrit dans le présent travail. Ainsi, nous avons vu dans la Partie 1 que le protestantisme favorise l'abandon du rétributivisme et que Francis Bacon assigne comme premier but des lois pénales la prévention des crimes et délits. Quant à la Partie 2, elle a montré qu'Hobbes est probablement le premier à formuler explicitement cet utilitarisme de la peine.

L'utilitarisme est-il donc issu du protestantisme ? C'est ce que soutient aussi François Dermange, qui précise que c'est Calvin qui est « à l'origine de l'utilitarisme dominant de

²⁸⁶ Luigi DELIA, « Crime et châtement dans l'Encyclopédie. Les enjeux de l'interprétation de Montesquieu par de Jaucourt », *op. cit.*, p. 480, note 22.

²⁸⁷ Stamatios TZITZIS, « La loi et le châtement chez Richard Cumberland, adversaire de Hobbes », in *Revue historique de droit français et étranger*, quatrième série, vol. 65, n° 2, 1987, p. 233.

²⁸⁸ André CLUZELAUD, « Les racines de l'utilitarisme : Hobbes et Locke », in *XVII-XVIII. Bulletin de la société d'études anglo-américaines des XVIIe et XVIIIe siècles*, n° 56, 2003, p. 123.

notre culture »²⁸⁹. Ainsi, l'utilitarisme n'est pas né de l'athéisme de Bentham²⁹⁰, mais plutôt du calvinisme et de ses adaptations anglo-saxonnes (presbytérianisme, puritanisme...). D'ailleurs, la formule « le plus grand bien du plus grand nombre » attribuée à Bentham provient en réalité du pasteur presbytérien Francis Hutcheson (1694-1747)²⁹¹.

Certes, il serait exagéré de faire découler l'abandon du rétributivisme du calvinisme comme de son unique cause. Mais si Hobbes est un « anglican conformiste »²⁹², « ce sont les cercles puritains qui, les premiers, se retrouvent autour de la pensée de Bacon »²⁹³, c'est Grotius, calviniste mitigé, qui semble être le premier à traiter des buts de la peine en passant sous silence la rétribution, c'est de Jaucourt, ancien étudiant en théologie à Genève, qui cite Bacon dans l'*Encyclopédie* pour défendre la nouvelle conception de la peine, etc.

Les mouvements calvinistes ou apparentés jouent donc un rôle non-négligeable. D'ailleurs, le cas d'Hobbes est loin d'être un contrexemple. Son *Léviathan* (1651) date de la guerre civile (1642-1651). Or l'Assemblée de Westminster, réunie à la demande du parlement, adopte une confession de foi (1646) qui est influencée par le calvinisme et enseigne la prédestination²⁹⁴. Dans ces conditions, être anglican conformiste ne signifie pas forcément rejeter le calvinisme. Mais il y a plus. Hobbes lui-même partage la doctrine de la prédestination²⁹⁵.

Moins évidente est l'influence du jansénisme dans l'émergence de la nouvelle conception de la peine. Nous avons pourtant vu les hésitations de Domat, ami de Pascal, et leur rôle dans l'expansion de la nouvelle typologie des fonctions de la peine dans un pays catholique comme

²⁸⁹ François DERMANGE, « De l'utilité à l'utilitarisme », in *Autres Temps. Cahiers d'éthique sociale et politique*, n° 54, 1997, p. 39.

²⁹⁰ Bentham est athée et estime que même le principe de liberté religieuse doit être soumis à l'utilité générale (François QUASTANA, « “Un tombeau qui se cache sous la forme d'un autel...” Ordre public et liberté religieuse chez Dumont et Bentham : de la critique de l'article X de la déclaration de 1789 à celle de « la religion des droits de l'homme », in Michel GANZIN (dir.), *Pensée politique et religion*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2017, p. 256-257).

²⁹¹ François DERMANGE, « De l'utilité à l'utilitarisme », *op. cit.*, p. 43.

²⁹² C'est l'avis d'A. P. Martinich, cité par Louis ROUX, « Hobbes en son temps », in *Études anglaises*, vol. 62, n° 2, 2009, p. 235.

²⁹³ Alexis TADIÉ, « La réputation de Francis Bacon au XVIII^e siècle », in Isabelle MOREAU (dir.), *Les Lumières en mouvement. La circulation des idées au XVIII^e siècle*, Lyon, ENS Éditions, 2009, p. 101-125, disponible sur Internet à l'adresse suivante : <https://books.openedition.org/enseditions/6313?lang=fr#text> (consulté le 22 août 2018), point 7.

²⁹⁴ « Par le décret de Dieu, pour la manifestation de sa gloire, certains hommes et certains anges sont prédestinés à la vie éternelle ; et d'autres préordonnés à la mort éternelle » (Assemblée de Westminster, *Confession de foi*, citée par Bernard COTTRET, *La révolution anglaise 1603-1660*, Paris, Perrin, 2015, p. 212).

²⁹⁵ Jean-Pierre DUPRAT, « Religion et société civile chez Hobbes », in *Revue européenne des sciences sociales*, t. XVIII, n° 49 : *Thomas Hobbes. De la société civile, de sa matière, de sa forme et de son pouvoir*, 1980, p. 228, note 112.

la France. Ce n'est peut-être pas non plus un hasard si l'un des premiers – sinon le premier – juriste français à favoriser l'abolition de la peine capitale est, comme nous le verrons dans la Partie 3, François-Vincent Toussaint (1715-1772), ancien janséniste ami de Diderot²⁹⁶.

La filiation religieuse semble donc bien réelle, même si elle n'explique pas tout. Mais comment s'est opérée sa traduction juridique ? Que la prédestination véhiculée par le calvinisme revienne à nier ou à diminuer le libre arbitre de l'homme, comme c'est le cas chez le premier réfutateur explicite du rétributivisme qu'est Hobbes, n'explique pas comment le déterminisme joue un rôle dans la réforme du droit pénal au siècle des Lumières, siècle moins animé par les débats théologiques.

Pourtant, comme l'explique Jérôme Ferrand, « au siècle des Lumières, le clivage libre-arbitre/déterminisme est (...) un point structurant de la réflexion en matière criminelle » et « une nouvelle rationalité pénale fondée sur des postulats déterministes » se met en place « à l'instar de Beccaria »²⁹⁷. En réalité, le déterminisme philosophique remplace le déterminisme protestant. Peut-il expliquer la révolution des fonctions de la peine dans la seconde moitié du 18^{me} siècle ?

Il semble que oui, dans la mesure où il est vulgarisé et répandu par des ouvrages qui jouent un rôle majeur dans la formation de l'opinion publique au siècle des Lumières. Ainsi par exemple, les passages de l'*Encyclopédie* faisant état de ce déterminisme ne manquent pas. Commençons par celui-ci, sans nom d'auteur mais attribué à Diderot :

« [O]n suppose à l'homme qui a un vice, une liberté qui le rend coupable à nos yeux ; [alors que] le défaut tombe communément sur le compte de la nature. (...) [U]n homme est-il plus maître d'être pusillanime, voluptueux, colère en un mot, que louche, bossu ou boiteux ? Plus on accorde à l'organisation, à l'éducation, aux mœurs nationales, au climat, aux circonstances qui ont disposé notre vie (...), plus on est indulgent pour les défauts & les vices des autres ; plus on est circonspect dans l'emploi des mots vicieux & vertueux, (...) plus on a de penchant à leur substituer ceux de malheureusement & d'heureusement nés (...). Vous avez pitié d'un aveugle ; &

²⁹⁶ Jean EHRARD, *L'idée de nature en France dans la première moitié du XVIII^e siècle*, Paris, Albin Michel, 1994, p. 464.

²⁹⁷ Jérôme FERRAND, « Le conflit des rationalités au siècle des Lumières. Jalons pour penser la généalogie intellectuelle des politiques criminelles contemporaines », in Josiane BOULAD-AYOUB, Mark ANTAKI et Pierre ROBERT (dir.), *Rationalité pénale et démocratie*, Presses de l'Université de Laval, 2013, p. 179.

qu'est-ce qu'un méchant, sinon un homme qui a la vue courte, & qui ne voit pas au-delà du moment d'agir ? »²⁹⁸

A l'article « Évidence », François Quesnay (1694-1774), médecin de Louis XV, abonde dans le même sens :

« [N]ous éprouvons que les objets que nous appelons *corps* ou *matière* sont eux-mêmes dans l'ordre naturel les causes physiques de toutes les différentes idées représentatives, des différentes affections, du bonheur, du malheur, des volontés, des passions, des déterminations de notre être sensitif, & que ces objets nous instruisent & nous affectent selon des loix certaines et constantes. Ces mêmes objets, quels qu'ils soient, & ces loix sont donc, dans l'ordre naturel, des causes nécessaires de nos sentimens, de nos connoissances & de nos volontés »²⁹⁹.

D'autres articles de l'*Encyclopédie* confortent cette tendance déterministe. Ainsi, l'article « Volonté » commence par cette définition : « c'est l'effet de l'impression d'un objet présent à nos sens ou à notre réflexion, en conséquence de laquelle nous sommes portés tout entiers vers cet objet comme vers un bien (...) ou nous en sommes éloignés comme d'un mal ». La première phrase de l'article « Liberté » véhicule l'ambiguïté en introduisant le mot « détermination » : « La liberté réside dans le pouvoir qu'un être intelligent a de faire ce qu'il veut, conformément à sa propre détermination »³⁰⁰. Par contre, d'autres articles, comme celui « Action » dû à la plume de l'abbé Yvon³⁰¹, reconnaissent le libre arbitre.

Ces citations paraissent assez théoriques, mais il ne faudrait pas en conclure qu'elles n'ont aucune incidence pratique. Si le criminel n'est qu'« un homme qui a la vue courte, & qui ne voit pas au-delà du moment d'agir », qu'est-ce qui différencierait le comportement répréhensible de l'homme de celui de l'animal ? Si l'homme n'a pas de libre arbitre, l'on ne voit pas en quoi il serait davantage responsable de ses actes qu'une bête. Certains négateurs du libre arbitre vont même plus loin en comparant l'homme à des choses inanimées. Ainsi, le

²⁹⁸ Marjorie DUPUIS-BERRUX, « La question pénale dans l'*Encyclopédie*. Vues sur la lutte opposant le parti des Lumières au parti de la tradition », *op. cit.*, p. 64.

²⁹⁹ François QUESNAY, « Évidence », in *Encyclopédie méthodique, ou par ordre de matières*, Paris, Panckoucke, 1786, vol. 52, p. 445.

³⁰⁰ « Volonté » et « Liberté », in Denis DIDEROT et Jean le Rond D'ALEMBERT, *Encyclopédie, op. cit.*, t. XVII, p. 454 et t. IX, p. 461, cités par Marjorie DUPUIS-BERRUX, « La question pénale dans l'*Encyclopédie*. Aperçu sur la lutte opposant le parti des lumières au parti de la tradition », *op. cit.*, p. 66 et 68.

³⁰¹ Marjorie DUPUIS-BERRUX, « La question pénale dans l'*Encyclopédie*. Aperçu sur la lutte opposant le parti des lumières au parti de la tradition », *op. cit.*, p. 72, 74 et 75.

baron d'Holbach (1723-1789), pour qui le « libre-arbitre est une chimère »³⁰², estime que les peines criminelles sont à la société ce que les gouttières sont à la maison :

« En décernant des gibets, des supplices, des châtements quelconques aux crimes, [le législateur] ne fait autre chose que ce que fait celui qui, bâtissant une maison, y place des gouttières pour empêcher les eaux de dégrader les fondements de sa demeure »³⁰³.

Si l'homme n'est plus responsable de ses actes, les peines ne peuvent plus avoir pour but d'expié et de rétablir la justice et aucune action ne mérite louange ou réprimande. Diderot en est bien conscient, comme le révèle sa lettre à Paul Landois, collaborateur de l'*Encyclopédie*, du 29 juin 1756 :

« [L]a liberté est un mot vide de sens ; qu'il n'y a point, et qu'il ne peut y avoir d'êtres libres ; que nous ne sommes que ce qui convient à l'ordre général, à l'organisation, à l'éducation, et à la chaîne des événements. Voilà ce qui dispose de nous invinciblement. (...) Mais s'il n'y a point de liberté, il n'y a point d'action qui mérite la louange ou le blâme ; il n'y a ni vice, ni vertu, rien dont il faille récompenser ou châtier. Qu'est ce qui distingue donc les hommes ? La bienfaisance et la malfaisance »³⁰⁴.

Arrivé à ce stade, l'on ne peut pas ne pas se poser cette question : comment justifier le droit pénal dans une telle conception ? S'« il n'y a point d'action qui mérite la louange ou le blâme (...) ni vice, ni vertu, rien dont il faille récompenser ou châtier », à quoi bon punir ? De fait, Diderot nie qu'il faille punir :

« Le malfaisant est un homme qu'il faut détruire mais non punir. La bienfaisance est une bonne fortune, et non une vertu. Mais quoique l'homme bien ou malfaisant ne soit pas libre, l'homme n'en est pas moins un être qu'on modifie. C'est par cette raison, qu'il faut détruire le malfaisant sur une place publique. De là les bons effets de

³⁰² Paul Henri Thiry, baron d'HOLBACH, *Le Bon Sens, ou Idées naturelles opposées aux Idées surnaturelles*, 1772, réédition, Paris, 1971, p. 70, titre même d'un chapitre, cité par Xavier MARTIN, « Du temps des Lumières à 1810 : anthropologie et droit criminel », in *Bicentenaire du code pénal 1810-2010*, Paris, Les colloques du Sénat, 25/26 novembre 2010, p. 65-82, disponible sur Internet à l'adresse suivante : https://www.senat.fr/colloques/actes_bicentenaire_code_penal/actes_bicentenaire_code_penal.pdf (consulté le 19 décembre 2017).

³⁰³ Paul Henri Thiry, baron d'HOLBACH, *Système de la nature*, I, 12, cité par Jean-Marie CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 360.

³⁰⁴ Denis DIDEROT, *Réponse à Paul Landois*, 29 juin 1756, in *Œuvres complètes de Diderot*, HUAM, 1995, t. IX, p. 257-258, cité par Marjorie DUPUIS-BERRUX, « La question pénale dans l'*Encyclopédie*. Aperçu sur la lutte opposant le parti des lumières au parti de la tradition », op. cit., p. 64-65, note 90.

l'exemple, des discours, de l'éducation, du plaisir, de la douleur, des grandeurs, de la misère, etc. »³⁰⁵.

En réalité, contrairement à ce qu'il pourrait paraître de prime abord, Diderot n'explique pas l'existence du droit pénal. Au contraire, il dit explicitement « qu'il faut détruire mais non punir ». Ainsi, il nie le droit de punir et devrait donc logiquement nier le droit d'infliger des peines. De fait, il n'emploie pas ici ce dernier mot, de la même façon qu'il remplace le terme criminel par celui de « malfaisant ». Mais les animaux peuvent aussi être malfaisants, sans être pour autant soumis au droit pénal. Diderot semble arrêter son raisonnement avant d'en tirer l'ultime conclusion.

Reste maintenant à déterminer quelles peuvent être les fonctions de la peine (si l'on peut encore parler de peine) dans une telle position déterministe. Diderot dit et répète « qu'il faut détruire le malfaisant ». Derrière cette expression outrée, il faut probablement reconnaître la fonction répressive, à laquelle Diderot semble accorder la première place. La fonction préventive ou exemplative apparaît également, puisque Diderot propose de « détruire le malfaisant sur une place publique », en y percevant le bon effet « de l'exemple ».

Peut-on aussi retrouver l'amendement ? D'un côté, Diderot estime que l'homme est « un être qu'on modifie » et mentionne les bienfaits de l'éducation. Mais d'autre part, l'expression « détruire le malfaisant » semble exclure la fonction d'amendement et l'on peut se demander dans quelle mesure l'éducation n'est pas seulement prévue pour ceux qui assistent à l'exécution publique, à l'exclusion donc du coupable lui-même.

Cependant, dans une autre de ses œuvres, *Le Rêve de d'Alembert*, Diderot évoque le fait de corriger le malfaisant :

« *Bordeu* : On est heureusement ou malheureusement né, on est irrésistiblement entraîné par le torrent général qui conduit l'un à la gloire, l'autre à l'ignominie.

Mlle de l'Espinasse : Et l'estime de soi ? Et la honte ? Et le remords ?

Bordeu : Puérité fondée sur l'ignorance et la vanité d'un être qui s'impute à lui-même le mérite ou le démérite d'un instant nécessaire.

³⁰⁵ Denis DIDEROT, *Réponse à Paul Landois*, 29 juin 1756, *op. cit.*, p. 257-258, cité par Marjorie DUPUIS-BERRUEX, « La question pénale dans l'*Encyclopédie*. Aperçu sur la lutte opposant le parti des lumières au parti de la tradition », *op. cit.*, p. 64-65, note 90.

Mlle de l'Espinasse : Et les récompenses et les châtiments ?

Bordeu : Des moyens de corriger l'être modifiable qu'on appelle méchant et d'encourager celui qu'on appelle bon »³⁰⁶.

Certes, il n'est pas dit que les propos mis dans la bouche de Bordeu reflètent exactement la pensée de Diderot. Cependant, si l'on en croit Dominique Boury, dans *Le Rêve de d'Alembert*, « Théophile de Bordeu est devenu, vraisemblablement sans le savoir (...), l'interlocuteur d'un dialogue imaginaire et le porte-parole d'un des points de vue défendus par le philosophe, à la manière du Candide de Voltaire »³⁰⁷. Dans l'hypothèse où le personnage de Bordeu de ce dialogue parle à la place de Diderot, il faudrait admettre que celui-ci attribue une finalité correctrice aux peines.

Cependant, cet amendement n'est pas celui poursuivi par le droit canonique depuis le Moyen Âge, puisque dans ce même dialogue le remords est explicitement catégorisé comme une « [p]uérilité fondée sur l'ignorance ». Il s'agit plutôt d'un moyen de réinsérer le malfaisant, celui « qu'on appelle méchant », dans la société, en se fondant sur le fait qu'il est un « être modifiable ».

Ainsi, le déterminisme joue un rôle majeur dans l'émergence de la nouvelle rationalité pénale, non seulement à son origine (Hobbes, Spinoza...), mais aussi comme facteur de sa diffusion (*Encyclopédie*, influence d'Helvétius sur Beccaria...). Ce déterminisme est d'abord protestant (probablement lié à la prédestination calviniste), puis philosophique. Y a-t-il un lien entre ces deux déterminismes ? C'est fort possible. En tout cas, il est à remarquer qu'un représentant majeur du déterminisme des Lumières comme Helvétius semble avoir eu des origines familiales calvinistes³⁰⁸.

Il faut cependant relever une divergence importante entre le déterminisme protestant et celui des Lumières. En effet, celui-ci est généralement lié à une conception matérialiste et sensualiste de l'homme. Le *De l'Esprit* d'Helvétius est à cet égard particulièrement

³⁰⁶ Denis DIDEROT, *Le rêve de d'Alembert*, réédition, Paris, Gallimard, 2008, p. 61, cité par Jérôme FERRAND, Xavier PIN et Damien SCALIA, « Ouvertures. "Circulez, y'a rien à voir" », in *L'IRASCible*, n° 4 : *Savoirs pénaux, savoirs diffus. La circulation d'une pensée pénale réformatrice de l'Europe des Lumières à la Restauration monarchique*, 2013, p. 13.

³⁰⁷ Dominique BOURY, « Théophile de Bordeu : source et personnage du *Rêve de D'Alembert* », in *Recherches sur Diderot et sur l'Encyclopédie*, n° 34, avril 2003, p. 13-14.

³⁰⁸ Pierre NAVILLE, *D'Holbach et la philosophie scientifique au XVIII^e siècle*, éd. revue et augmentée, Paris, Gallimard, 1967, p. 91.

symptomatique³⁰⁹. Or il faut rappeler combien Beccaria par exemple est redevable à Helvétius³¹⁰. D'où l'approche sensualiste de la pénalité défendue par le milanais, l'accent mis sur le fait d'impressionner les hommes plutôt que sur la souffrance réelle subie par le corps du délinquant.

Dans une telle perspective, la peine peut avoir pour objet de corriger « mécaniquement » le délinquant en agissant sur son âme « par la voie des sens », comme l'explique dès 1748 Jean-Baptiste Boyer d'Argens (1703-1771), pamphlétaire français longtemps proche du roi Frédéric II de Prusse :

« [Le voleur] doit être puni quoiqu'il ait agi nécessairement, quoique je sois convaincu qu'il n'a pas été libre de commettre ou de ne pas commettre son crime » ; « la punition d'un homme qui trouble l'ordre établi fait mécaniquement, par la voie des sens, des impressions sur l'âme, qui empêchent les méchants de risquer ce qui pourrait leur mériter la même punition » ; « la peine que subit ce malheureux pour son infraction doit contribuer au bonheur général »³¹¹.

L'importance de la philosophie sensualiste au siècle des Lumières est confirmée par l'essor du concept de bonheur. Sur l'ensemble du 18^{me} siècle, on compte près d'une cinquantaine d'ouvrages dont les titres comprennent les mots « bonheur », « félicité » ou équivalents. Voltaire écrit au roi Frédéric II de Prusse : « Votre devoir est de rendre un jour les prussiens heureux »³¹².

Mais le déterminisme n'explique pas tout. Nous l'avons vu³¹³, Grotius, l'un des premiers – sinon le premier – à écarter implicitement la fonction rétributive de la peine, croit au libre arbitre de l'homme. La naissance de la conception utilitariste de la peine ne procède donc pas du déterminisme. D'autres causes doivent être mentionnées.

Parmi celles-ci, nous avons déjà relevé l'influence de Platon et surtout du stoïcisme de Sénèque. Beaucoup des premiers juristes ou philosophes du droit que nous avons vu mettre en

³⁰⁹ Xavier Martin écrit qu'Helvétius « réduit l'homme à la matière, et sa vie intérieure à une *chimie des sensations*. “Penser”, “vouloir”, “juger”, c'est uniquement “sentir” : Helvétius le répète » (Xavier MARTIN, « Du temps des Lumières à 1810 : anthropologie et droit criminel », *op. cit.*, p. 66).

³¹⁰ Voir *supra*, chapitre 2.

³¹¹ Jean-Baptiste BOYER D'ARGENS, *Thérèse philosophe*, 1748, réédition, Arles, Actes Sud, 1992, p. 70-71, cité par Xavier MARTIN, *Beccaria, Voltaire et Napoléon ou l'étrange humanisme pénal des Lumières (1760-1810)*, Poitiers, Dominique Martin Morin, 2018, p. 35.

³¹² François QUASTANA, *Voltaire et l'absolutisme éclairé (1736-1778)*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003, p. 50, qui cite une lettre de Voltaire du 20 décembre 1737.

³¹³ Voir *supra*, p. 44.

avant l'utilité de la peine sont néo-stoïciens ou évoquent la fameuse formule de Sénèque reprenant Platon : « *Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur* ». C'est le cas de Damhouder, de Bacon, de Grotius, de Pufendorf³¹⁴... Qu'en est-il un ou deux siècles plus tard, longtemps après l'âge d'or du néostoïcisme, chez les philosophes et les réformateurs pénaux des Lumières ?

Au 18^{me} siècle, Sénèque continue d'être cité pour rejeter la fonction rétributive des peines, par exemple chez Giuseppe Pelli (1729-1808), auteur du premier essai entièrement consacré à défendre l'abolition de la peine capitale, comme nous le verrons dans la Partie 3. De plus, sans être nécessairement mobilisé expressément sur la question des fonctions de la peine, Sénèque intéresse plusieurs auteurs des Lumières, certains en faisant un précurseur du matérialisme. Ainsi, d'Holbach s'occupe de l'édition des *Œuvres de Sénèque*, Raynal et Diderot admirent son éclectisme³¹⁵...

Cependant, force est de constater qu'au siècle des Lumières, Sénèque est beaucoup moins souvent cité qu'aux alentours de 1600, pour critiquer le caractère rétributif de la peine. De manière générale, son aura ne jouit plus d'un aussi grand prestige, les philosophes matérialistes se divisant à son sujet. Face à d'Holbach ou Diderot, on trouve ainsi Julien Offray de La Mettrie (1709-1751), qui écrit son fameux *Anti-Sénèque, ou Discours sur le bonheur* (1750), où il critique la sévérité des stoïciens et l'identification du bonheur avec la vertu³¹⁶.

Importante au début, l'influence stoïcienne semble diminuer au fur et à mesure où l'abandon du rétributivisme se généralise. Puisque comme nous l'avons vu dans la Partie 1, la formule de Sénèque est probablement liée à sa tendance à rejeter la responsabilité des crimes et délits sur la société³¹⁷, l'influence de Sénèque doit être mise en rapport avec celle du déterminisme. La Renaissance et la Réforme ont donc agi dans le même sens pour l'évolution des fonctions de la peine, comme nous le pressentons déjà dans la Partie 1, en évoquant les cas de Cujas et Bacon³¹⁸.

³¹⁴ Voir *supra*, p. 31, 32, 33, 40 et 50.

³¹⁵ Paolo QUINTILI, « Le stoïcisme révolutionnaire de Diderot dans l'Essai sur Sénèque par rapport à la Contribution à l'Histoire des deux Indes », in *Recherches sur Diderot et sur l'Encyclopédie*, n° 36, 2004, p. 41.

³¹⁶ Esra ARICI, *Imaginaires de l'Antiquité (1770-1800). Résurgences et effacements*, Paris, Le Manuscrit, 2013, p. 29.

³¹⁷ Voir *supra*, p. 18.

³¹⁸ Voir *supra*, p. 33.

D'autres sources antiques participent-elles à l'élaboration de la conception utilitariste de la peine ? Si le *Corpus iuris civilis*, marqué par le Bas-Empire, a contribué à l'accroissement de la dimension dissuasive de la peine à la fin du Moyen Âge, il paraîtrait assez logique de supposer qu'il en est de même aux Temps modernes. Pourtant, si certains tenants ou précurseurs de la nouvelle rationalité pénale sont des romanistes célèbres (Cujas, Grotius, Domat...), d'autres sont plus étrangers au droit romain (juristes anglais...). Cette divergence annonce celle des Lumières, par exemple celle entre Beccaria et Voltaire³¹⁹.

En réalité, la cause principale de l'abandon du rétributivisme semble être le contrat social. Si la société n'est pas une exigence de la nature humaine, mais qu'elle n'est instituée que pour l'utilité des hommes ou du plus grand nombre d'entre eux, il ne peut être question d'ordre social naturel, ni même de justice naturelle. Le droit n'est dès lors plus la fin d'une vertu, l'« objet de la justice »³²⁰ comme le définissait saint Thomas d'Aquin, mais le moyen pour préserver le contrat social.

Ce qui est symptomatique, c'est que le contrat social naît en même temps que l'utilitarisme pénal. En effet, Hobbes est tout à la fois le premier à rejeter explicitement toute autre fonction de la peine que celles utilitaires, comme nous l'avons vu au premier chapitre, et le premier à proposer une théorie vraiment contractualiste de la société, si l'on en croit Jean Terrel³²¹. Si des auteurs antérieurs usaient d'un vocabulaire appartenant au droit des contrats (*conventio*, *pactum*...) pour caractériser la naissance de la société, ce n'était qu'analogiquement³²².

Qu'est-ce qui change donc avec Hobbes ? Tout d'abord, le fait que la sociabilité cesse d'être naturelle. Dans la pensée aristotélicienne qui a jusque-là tant marqué les esprits, s'il est vrai que la société civile ne découle pas de la nature, elle a son fondement dans une tendance inhérente à la nature humaine : « C'est donc par nature qu'il y a chez tous la tendance à une

³¹⁹ François Quastana montre que Beccaria et Voltaire divergent foncièrement dans leur approche du droit romain et dans le rôle qu'il peut jouer, alors même que le second commente l'œuvre du premier (François QUASTANA, « Du bon usage du droit romain : Voltaire et la réforme des législations civile et pénale », in Christian BRUSCHI (dir.), *Les représentations du droit romain en Europe aux Temps modernes*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 221 et s.).

³²⁰ Thomas D'AQUIN, *Somme théologique*, traduction de l'Institut docteur angélique, *secunda secundae*, question 57, article 1, disponible sur Internet à l'adresse suivante : <http://docteurangelique.free.fr/bibliotheque/sommets/3sommethéologique2a2ae.htm> (consulté le 21 août 2018).

³²¹ Jean TERREL, *Les théories du pacte social. Droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, Paris, Seuil, 2001, p. 148.

³²² *Ibidem*.

communauté de ce genre, mais le premier qui l'établit [n'en] fut [pas moins] cause des plus grands biens »³²³.

Tandis que chez Hobbes, l'homme est « un loup pour l'homme »³²⁴. Il n'y a pas de sociabilité naturelle, ou plus exactement il y a une « insociable sociabilité », pour reprendre l'expression de Kant caractérisant la doctrine d'Hobbes. Par nature, les hommes recherchent le rassemblement mais pas la société³²⁵ :

« À l'homme considéré en sa nature, c'est-à-dire en tant qu'homme, ou encore dès qu'il est né, il est vrai que la solitude perpétuelle est pénible. Car les enfants, pour vivre, et les adultes, pour bien vivre, ont besoin de l'aide des autres. C'est pourquoi je ne nie pas que les hommes désirent par contrainte naturelle une rencontre mutuelle »³²⁶.

Ce qui caractérise le contractualisme social n'est pas le fait de faire l'hypothèse d'un contrat fondateur, mais de rejeter l'idée selon laquelle les hommes sont naturellement portés à s'associer, et non pas seulement de se rassembler, en vue de leur bien commun. Dans une telle perspective, les hommes ont intérêt à s'accorder par contrat pour éviter d'être des loups entre eux. Ce contrat fondateur est le moyen indispensable de leur propre préservation, finalité de la première loi de nature chez Hobbes³²⁷, dont le fondement est ainsi purement utilitariste.

Tout le droit découle alors du contrat social et « l'injustice n'est rien d'autre que la non-exécution des conventions », comme l'affirme explicitement Hobbes³²⁸. Le crime n'est plus une atteinte à l'ordre naturel de la société, mais une de ces non-exécutions du contrat fondateur ou de ce qui en découle. Dans une telle conception, la vengeance publique n'a plus aucun sens et la peine ne peut avoir d'autre objet que de protéger le contrat social, en amenant le délinquant à renouer avec lui ou en l'exécutant s'il est incorrigible.

³²³ ARISTOTE, *Politique*, éd. Flammarion, 1990, I, 2, 1253 a 29-32, cité par Jean TERREL, *Les théories du pacte social. Droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, op. cit., p. 29, note b.

³²⁴ Jean-Luc PICARD, François RANGEON et Jean-François VASSEUR, *L'idée de science politique chez Thomas Hobbes*, Paris, Presses Universitaires de France, 1976, p. 7. En réalité, l'expression, tirée de l'épître dédicatoire du *De Cive* d'Hobbes, est plutôt : « un homme est aussi un loup à un autre homme ».

³²⁵ Jean TERREL, *Les théories du pacte social. Droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, op. cit., p. 138.

³²⁶ Thomas HOBBS, *De Cive*, chap. 1, § 2, note 1, cité par Jean TERREL, *Les théories du pacte social. Droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, op. cit., p. 138.

³²⁷ Jean TERREL, *Les théories du pacte social. Droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, op. cit., p. 147.

³²⁸ Voir *supra*, p. 47-48.

Ce n'est pas l'objet du présent travail que d'étudier les différences entre les diverses théories du contrat social (Locke, Pufendorf, Rousseau, Beccaria...), approfondissant ou modifiant la doctrine hobbesienne, bien qu'elles aient parfois une incidence sur la question du droit de punir, comme nous le verrons dans la Partie 3 avec le contractualisme défendu par la plupart des abolitionnistes. Ces divergences ne peuvent avoir d'influence sur la fonction rétributive de la peine, sans fondement à partir du moment où la société n'a pas d'ordre naturel.

Qu'il nous suffise de terminer par une objection, qui nous permettra d'approfondir le lien entre contrat social et utilitarisme pénal. En effet, l'on pourrait objecter que si le rejet du rétributivisme est une conséquence des théories contractualistes, cela n'explique pas comment certains prédécesseurs d'Hobbes font déjà de l'utilité sociale la fin principale des peines. La première réponse sera relativement simple et permettra d'explicitier le plan du présent travail, tandis que la deuxième nécessitera de nuancer le caractère précurseur d'Hobbes.

Si déjà avant le 17^{me} siècle, la fonction préventive de la peine a par moment prévalu, ce ne fut jamais, semble-t-il, en excluant totalement la fonction rétributive. C'est ce que soutient Michel Humbert pour l'empire romain³²⁹ et nous avons vu qu'il en est de même lorsque l'exemplarité des peines connaît une renaissance au 16^{me} siècle (préparée dès la fin du Moyen Âge). Ainsi, ni Cujas, ni Ayrault, ni Bacon n'écartent la rétribution, même s'ils la font précéder de la prévention³³⁰.

Mais Grotius semble faire exception. Certes, il ne nie pas explicitement la fonction rétributive de la peine, mais il formule les finalités de celle-ci comme si elle n'existait pas. Comment expliquer le positionnement du juriste néerlandais ? C'est le lieu de remarquer que si Grotius n'est pas le théoricien du contrat social, il en annonce en partie l'argumentation. En effet, si Grotius affirme le caractère connaturel de la société, il réduit par moment l'explication de sa naissance à son utilité :

« [I]l faut remarquer que, à l'origine, les hommes ne se sont pas réunis en société civile pour obéir à un commandement de Dieu, mais qu'ils y ont été amenés spontanément, par l'expérience de la faiblesse des familles isolées face à la violence »³³¹.

³²⁹ Voir *supra*, p. 15.

³³⁰ Voir *supra*, p. 33.

³³¹ Hugo GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, I, chap. 4, § 7, 4, cité par Jean TERREL, *Les théories du pacte social. Droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, op. cit., p. 111).

Or, si la tendance de l'homme à vivre en société est nécessaire seulement pour éviter la violence, comment la société pourrait avoir d'autre finalité que cette utilité ? Comment pourrait-elle poursuivre une finalité d'un ordre supérieur comme celle d'assurer la justice ? Grotius ne franchit pas vraiment l'étape utilitariste. Il continue même à défendre l'idée selon laquelle la fin de la société ne se réduit pas à son utilité, mais de façon peu conséquente, comme l'explique Jean Terrel : « Il semble exister une tension entre l'origine et la fin : l'origine est la nécessité et la recherche de l'utile, la fin est une recherche de l'association, non réductible à l'utilité »³³².

Ainsi, cela semble confirmer le lien entre contrat social et utilitarisme pénal : l'ambivalence de Grotius sur la raison d'être de la société accompagne sa mise à l'écart de fait de la fonction rétributive de la peine ; le contractualisme explicite naît chez Hobbes en même temps que son rejet explicite de la rétribution ; enfin, le principal diffuseur de cette pensée utilitariste de la peine est Beccaria, qui la fait expressément découler du contrat social.

Les théories du contrat social semblent donc être la cause principale de l'abandon du rétributivisme, en ce qu'elles accompagnent les différentes étapes de cette évolution. Les autres causes paraissent soit secondaires, soit déterminantes mais plus lointaines. Le recours à Sénèque est certes important au début, mais il l'est moins par la suite et reste sans doute plutôt superficiel, ne s'accompagnant pas forcément d'une reprise de sa doctrine sur la colère. Par contre, la prédestination calviniste est probablement fondamentale, mais sa traduction juridique ou son extension au droit pénal a mis un temps avant d'être formulée. Seul le contrat social exclut d'emblée tout ordre social naturel et donc son rétablissement par la peine.

Pour terminer, il convient d'ajouter une précision utile pour éviter tout malentendu. Nous l'avons déjà dit, mais rappelons que la rétribution dont il est ici question est proprement sociale. Ainsi, son rejet ne signifie pas nécessairement l'abandon de toute idée de rétribution, mais celle-ci ne peut plus avoir lieu que dans l'au-delà. Le célèbre William Blackstone (1723-1780) combine ainsi utilitarisme pénal et croyance en Dieu : « L'objet des peines n'est pas l'expiation du crime, dont il faut laisser la détermination à l'Être suprême ; mais de prévenir les délits de la même espèce »³³³.

³³² Jean TERREL, *Les théories du pacte social. Droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, *op. cit.*, p. 111.

³³³ William BLACKSTONE, *Commentaire sur le Code criminel d'Angleterre, traduit de l'anglais, de Guillaume Blackstone, Ecuyer, Solliciteur général de Sa Majesté Britannique ; Par M. l'Abbé Coyer, Des académies de Nancy, de Rome & de Londres*, t. 1, Paris, Knapen, 1776, p. 19.

Cependant, nous avons vu au chapitre 1 que certains des premiers théoriciens de la nouvelle conception de la peine (Grotius, Hobbes) rejettent l'idée que la rédemption du Christ était une satisfaction. Bien que cause possible du renoncement à la fonction rétributive de la peine³³⁴, nous ne l'évoquerons pas davantage, étant donné qu'elle impliquerait une analyse théologique qui n'est pas l'objet du présent travail.

Section 2. Divergence réelle ou apparente ?

En allant aux origines du changement des fonctions de la peine, nous avons vu que certains des novateurs mettaient l'accent sur la prévention ou la répression des crimes et délits, tandis que d'autres faisaient de l'amendement la raison principale de punir. Reste alors à essayer de comprendre cette divergence, ou ce qui en a l'apparence. En effet, la première question qui se pose est de savoir s'il y a désaccord sur le fond ou bien uniquement dans l'expression. Pour tenter d'y répondre, nous examinerons la pensée de quelques auteurs tout au long de la période concernée.

Commençons par Samuel von Pufendorf. Quelques-unes de ses citations semblent à première vue difficilement conciliables :

« [L]e but des Peines, parmi les Hommes, est de les détourner du Crime par la crainte des suites fâcheuses qu'il leur attireroit »³³⁵.

« [L]a peine [a pour] véritable but, & (...) destination naturelle (...) de corriger le coupable, ou du moins de détourner les autres du crime par son exemple »³³⁶.

On pourrait ainsi en venir à penser que la contradiction n'est pas seulement à l'intérieur de la doctrine, mais qu'elle est aussi interne à la pensée d'un même auteur. Mais s'agit-il d'une véritable contradiction ? Non, car pour Pufendorf, comme pour d'autres (ainsi que nous le verrons bientôt), corriger le coupable est avant tout un moyen de prévenir les crimes :

« Le véritable but des Peines est en général de prévenir les maux & les injures que les Hommes se font les uns aux autres par des actions criminelles. Pour cet effet, il faut, ou que celui, qui a commis quelque Crime (...), se corrige ; ou que les autres soient

³³⁴ Sur les liens entre satisfaction christique et rétribution pénale, voir Guillaume BERNARD, « Un enjeu "théologico-juridique" de la peine de mort ? », in *Essais de philosophie pénale et de criminologie*, vol. 10 : *La cohérence des châtiments*, 2012, p. 255 et 257.

³³⁵ Samuel von PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, op. cit., p. 343.

³³⁶ *Ibidem*, p. 81.

détournez par son exemple d'en commettre de semblables ; ou que le Coupable soit mis hors d'état de retomber dans le même cas »³³⁷.

L'amendement est ainsi conçu comme moyen de réinsérer le coupable et n'est d'ailleurs applicable qu'à la condition que celui-ci ne soit pas incorrigible :

« [C]ette sorte de Puniton tourne non seulement à l'avantage du Coupable, mais encore à l'utilité des autres. Car si celui, qui a été puni, se corrige, on a lieu de se croire désormais assez à couvert de ses insultes : & si étant devenu incorrigible, on le fait mourir, personne n'a plus rien à craindre de sa part »³³⁸.

De plus, pour Pufendorf, être incorrigible ne signifie pas nécessairement être récidiviste :

« Quand je dis qu'on le fait mourir, lors qu'il est devenu incorrigible, je ne prétens pas pour cela, avec (...) Platon, qu'on ne doive punir de mort que ceux qui ont contracté une si forte habitude de quelque Vice. Cela peut être observé à l'égard des Crimes légers : mais on ne sauroit l'appliquer aux Crimes atroces. Car un homme n'étant déclaré incorrigible qu'après plusieurs rechûtes dans le même Crime ; il ne seroit pas sans contredit avantageux à l'Etat d'attendre que des Crimes énormes eussent été commis plusieurs fois par un scélérat »³³⁹.

Certes, dans une telle perspective, l'amendement paraît moins humaniste. D'ailleurs, l'on peut s'interroger sur le respect du principe de proportionnalité dont Pufendorf se fait le défenseur dans la punition des crimes et délits. Cette proportionnalité de la peine se mesure-t-elle à la gravité de l'infraction ou à l'altération de l'utilité de la société en fonction des besoins de celle-ci ? Il paraît légitime de se poser la question :

« En effet, quand il s'agit de punir un Crime, il n'est pas nécessaire de le comparer avec un autre : mais on considère chaque Crime séparément & en lui-même, pour décerner une Peine plus ou moins rigoureuse, selon que le demande l'utilité publique ; quoi que pour l'ordinaire les Crimes se trouvent punis plus ou moins rigoureusement les uns que les autres, selon qu'ils sont plus ou moins énormes, considérez en eux-mêmes »³⁴⁰.

³³⁷ Samuel von PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, op. cit., p. 352.

³³⁸ *Ibidem*, p. 353-354.

³³⁹ *Ibidem*, p. 354.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 347.

Que l'amendement préconisé parmi les novateurs ait davantage pour objet l'utilité de la société civile que le bien du délinquant, c'est aussi ce qui ressort des *Observations sur l'insuffisance et les inconvénients des peines afflictives, et sur les avantages qu'il y auroit à les remplacer par des maisons de force* de Goswin de Fierlant, mémoire datant de 1771 :

« [I] n'est pas question de corriger les mœurs de ceux qu'on mène au dernier supplice ; mais lorsqu'on conserve le coupable à la société civile, il seroit conséquent de tâcher de le rendre utile à cette société en lui infligeant une peine capable de le corriger. Cependant, bien loin qu'il y auroit une seule de nos peines au-dessous du dernier supplice qui seroit de nature à porter au bien ceux qui s'en écartent, elles tendent presque toutes à les pervertir davantage »³⁴¹.

Remarquons que Goswin de Fierlant ne soutient pas ici qu'une peine utile devrait être infligée au coupable pour le corriger, mais bien plutôt qu'il y aurait lieu « de le rendre utile à cette société en lui infligeant une peine capable de le corriger ». L'utilité de la société est donc le but, la correction n'en étant que le moyen. Ce n'est pas une erreur d'expression, puisqu'un peu plus loin, de Fierlant parle de l'incarcération d'un condamné dans une maison de correction comme « d'une peine qui le rendroit pour le reste de ses jours utile à la société civile »³⁴².

Ainsi, même si au début du mémoire, « l'amendement des coupables » est cité avant « l'exemple pour le public », par la suite Goswin de Fierlant ne dissimule pas que selon lui les peines devraient viser principalement le bien de l'État et des citoyens. Le passage vaut la peine d'être cité en entier, car il montre que de Fierlant est bien conscient que cette nouvelle finalité implique des modifications profondes dans la typologie des peines :

« Voilà l'effet naturel de toutes nos peines au-dessous du dernier supplice. On pourroit fermer les yeux sur ces inconvénients si la vindicte publique n'avoit pour objet que la vengeance des torts faits à la société civile, car en ce cas peu importerait de quelle peine on puniroit le coupable, pourvu qu'elle fût proportionnée au crime. Mais attendu qu'on ne sauroit se dissimuler que l'exercice de la juridiction criminelle doit tendre principalement au bien général de l'État et au bien particulier de chaque citoïen, on ne sauroit voir qu'avec douleur que les remèdes par lesquels on prétend corriger ceux qui

³⁴¹ Goswin de FIERLANT, *Observations sur l'insuffisance et les inconvénients des peines afflictives, et sur les avantages qu'il y auroit à les remplacer par des maisons de force*, op. cit., p. 239.

³⁴² *Ibidem*, p. 241.

s'écartent de leur devoir sont de nature à les pervertir davantage et que les moïens qu'on emploie pour réprimer le désordre ont un effet contraire et se tournent contre l'État même, en y favorisant la gradation qui mène naturellement des plus petits excès aux plus grands crimes »³⁴³.

Chez le comte de Mirabeau (1749-1791), la correction semble même être associée à la prévention générale. C'est en tout cas ce que laisse entendre ce passage des *Observations d'un voyageur anglais, sur la Maison de Force appelée Bicêtre*, rédigées par Mirabeau à partir d'un écrit de Samuel Romilly (1757-1818) faisant suite au passage de ce dernier à Paris à l'été 1788³⁴⁴ :

« Toutes les punitions ont ou doivent avoir pour objet de prévenir le crime, dans les autres ou dans le criminel lui-même. Pour qu'elles puissent corriger les autres, il faut que l'idée de la peine soit unie à celle du crime »³⁴⁵.

Qu'il y ait un lien entre l'amendement défendu par certains novateurs et la prévention des crimes, c'est aussi ce qui se dégage des propos d'un magistrat de la période révolutionnaire, Scipion Jérôme Bexon (1750-1825), dans un ouvrage paru pour la première fois en 1799/1800 :

« L'objet des peines est moins d'expié le crime, que de prévenir les délits de la même espèce, ou de séparer de la société celui qui lui nuit ; ce qui peut s'exécuter de plusieurs manières, soit par l'amendement du coupable, en y employant des peines pécuniaires, l'exil, la prison à temps, ou quelques flétrissures dont l'ignominie éloigne du crime pour l'avenir par le sentiment de la honte. Soit dans les crimes plus graves en le condamnant au bannissement pour sa vie, à une prison perpétuelle, soit enfin à la mort, si on le juge incorrigible, par l'atrocité du crime »³⁴⁶.

Bexon estime donc que le but principal des peines est double : « prévenir les délits » et « séparer de la société celui qui lui nuit » « si on le juge incorrigible ». L'amendement n'est

³⁴³ Goswin de FIERLANT, *Observations sur l'insuffisance et les inconvéniens des peines afflictives, et sur les avantages qu'il y auroit à les remplacer par des maisons de force*, op. cit., p. 250.

³⁴⁴ François QUASTANA, *La pensée politique de Mirabeau (1771-1789) : « républicanisme classique » et régénération de la monarchie*, thèse de doctorat en droit, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 523.

³⁴⁵ Honoré-Gabriel RIQUETI DE MIRABEAU, *Observations d'un voyageur anglais, sur la Maison de Force appelée Bicêtre ; suivies de Réflexions sur les effets de la Sévérité des Peines, & sur la Législation Criminelle de la Grande-Bretagne*, 1788, p. 16.

³⁴⁶ Scipion Jérôme BEXON, *Parallèle du code pénal d'Angleterre avec les lois pénales françaises, et considérations sur les moyens de rendre celles-ci plus utiles*, Paris, Fauvelle et Sagnier, 1799, p. 6.

conçu ici que comme moyen de réaliser le premier aspect, celui « de prévenir les délits ». Il n'est envisagé que pour son utilité, dans un livre dont le titre complet manifeste d'ailleurs cette préoccupation utilitariste : *Parallèle du code pénal d'Angleterre avec les lois pénales françaises, et considérations sur les moyens de rendre celles-ci plus utiles*. Ainsi, pour que soit mis en œuvre ce type d'amendement, il ne semble pas nécessaire que le coupable regrette sa faute pour le mal qu'elle constitue en tant que telle, mais il suffit qu'il s'« éloigne du crime pour l'avenir par le sentiment de la honte ».

Cela permet aussi d'éclairer ce que Bexon écrit quelques années plus tard, sous Napoléon, dans son *Application de la théorie de la législation pénale, ou Code de la Surêté*, ouvrage adressé au roi de Bavière, Maximilien I^{er}. Bexon y soutient que la prévention est le but premier des peines :

« L'objet des peines est donc d'avertir, par leurs menaces, du mal des actions auxquelles la loi en attache, et par-là de s'opposer à la volonté de les exécuter, d'empêcher celui qui n'aurait pas été arrêté par ces menaces, d'en exécuter de nouvelles, également mauvaises et dangereuses, et d'éloigner les autres hommes de l'imiter, par l'exemple et le spectacle de la peine qui lui serait infligée »³⁴⁷.

Certes, Bexon n'exclut pas complètement la fonction réparatrice de la peine³⁴⁸. Mais ce qu'il faut surtout noter pour notre propos, c'est que dans un autre passage du même ouvrage, il semble à première vue se contredire en plaçant le but premier des peines dans l'amendement des délinquants :

³⁴⁷ Scipion Jérôme BEXON, *Application de la théorie de la législation pénale, ou Code de la sureté publique et particulière, fondé sur les règles de la morale universelle, sur le droit des gens ou primitif des Sociétés, et sur leur droit particulier, dans l'état actuel de la civilisation ; rédigé en projet pour les États de sa majesté le roi de Bavière ; dédié à sa majesté, et imprimé avec son autorisation*, Paris, Courcier, 1807, Introduction, deuxième partie, p. XVIII.

³⁴⁸ Le paragraphe suivant précise en effet : « Cependant, l'objet de la peine est encore de réparer le mal qui peut résulter de l'action, mais ce n'est plus qu'un but relatif que, dans quantité de circonstances, la loi ne peut atteindre ; qu'elle peut rarement saisir d'une manière complète, et qui n'est presque toujours qu'accessoire à l'offense publique, motif principal de la peine, qui devient injuste dès qu'elle n'est plus nécessaire à la conservation de la sureté publique et particulière, mais qui aussi est inefficace, si elle n'est pas assez forte pour assurer la conservation de la société, pour être un obstacle puissant aux atteintes qui pourraient y être portées, et pour réparer, autant que possible, les dommages qu'elles pourraient produire » (*ibidem*, p. XVIII et XIX).

« Il faut se rappeler sans cesse que la peine doit avoir pour objet essentiel la réformation du coupable et son amendement ; et c'est d'après cette vérité morale et politique, que l'exécution de la peine doit être dirigée »³⁴⁹.

En réalité, les deux passages ne sont pas forcément contradictoires. Bexon laisse entendre que les termes « réformer » et « intimider » pourraient être synonymes :

« La peine ayant pour objet d'agir sur la volonté par la crainte ; d'ôter le pouvoir de nuire à celui sur lequel cette crainte n'aurait pas été assez puissante ; de réparer, autant qu'il est possible, le mal résultant de la violation *de la surêté* ; et de réformer ou intimider par son application et son exemple, elle doit avoir plusieurs caractères essentiels »³⁵⁰.

Cet amendement ne paraît donc pas être le même que celui que poursuivait le droit canonique depuis le Moyen Âge. Il semble néanmoins revêtir un caractère moralisateur, comme si la loi remplaçait la religion, elle-même tendant à être réduite à une fonction purement utilitaire :

« Mais, le plus grand moyen d'utilité que présente la religion pour l'ordre public et pour prévenir les délits, c'est l'instruction de la morale (...). Le vœu de la loi divine étant, comme celui de la loi civile, de réprimer les penchans des hommes, les ministres de la religion doivent diriger leurs instructions vers ce but si salutaire (...). Qu'ils leur rappellent donc sans cesse, que la meilleure manière d'honorer et d'adorer Dieu, est de pratiquer toutes les vertus sociales, est d'aimer et de respecter ses parens, de leur obéir, d'être bon père, bon époux, bon fils, d'aimer son semblable, de lui pardonner, de servir sa patrie, et de lui payer le tribut qu'elle a droit d'en attendre. Qu'ils leurs rappellent surtout, que l'action des passions malfaisantes l'afflige, tandis que l'action des passions bienfaisantes, le travail, lui plaisent, et que la vertu, l'utilité envers les hommes est le culte qu'il aime »³⁵¹.

L'État qualifié du pouvoir d'amender les hommes et la religion considérée dans sa dimension sociale, les deux ayant le même « vœu », celui « de réprimer les penchans des hommes », telle est la nouvelle conception décrite par Scipion Jérôme Bexon. Mais au fond, cela ne permet-il

³⁴⁹ Scipion Jérôme BEXON, *Application de la théorie de la législation pénale, ou Code de la sureté publique et particulière...*, *op. cit.*, Introduction, deuxième partie, p. CVII.

³⁵⁰ *Ibidem*, Livre II, p. 15, art. 137.

³⁵¹ *Ibidem*, Introduction, première partie, p. LXXXVI.

pas de mieux comprendre pourquoi les révolutionnaires ont tenté de faire de l'église catholique de France une église nationale, avant d'ériger le culte de l'Être suprême ?

Dans tous les cas, ces exemples tirés de quatre auteurs (Pufendorf, Fierlant, Mirabeau et Bexon), qui diffèrent par leurs époques, leurs pays d'origine et/ou leurs fonctions, montrent que l'amendement évoqué ou théorisé par ces partisans de la nouvelle rationalité pénale ne vise pas davantage le bien du criminel que celui de la société. Ainsi, les différentes typologies que ces auteurs proposent ne diffèrent pas essentiellement.

Peut-on généraliser ce constat à l'ensemble des partisans de la nouvelle conception de la peine ? C'est vraisemblable. Mario Cattaneo estime que pour Grotius « [l]e but de la peine est l'utilité pour le coupable, pour l'individu offensé, et pour les autres sujets ; l'exemple donné aux autres et/ou la correction du coupable sont les moyens efficaces »³⁵². Il ne semble donc pas qu'il s'agisse de quelques cas isolés.

Cette conclusion rejoint celle de Pierrette Poncela : « Schématiquement, au XVIII^e siècle, une philosophie (...) s'impose dans la réflexion juridique : l'utilitarisme. (...) Il est aisé de reconnaître les pénalistes utilitaristes à l'accord unanime qu'ils ont toujours manifesté sur les trois fonctions principales que la sanction pénale doit remplir (...) : la prévention générale (...), l'élimination ou incapacitation temporaire ; l'amendement ou réformation (...), sorte de rédemption au service de l'utilité sociale »³⁵³.

En d'autres termes, l'amendement promu par certains des tenants de la nouvelle conception de la peine ne vise pas le salut éternel du délinquant mais sa re-adhésion au contrat social, comme l'explique Maryvonne Lorcy : « Il ne s'agit plus, au XVIII^e siècle, de la notion chrétienne de rachat du péché, mais de l'idée que l'infraction est une violation du contrat social, qu'il faut donc renouer le pacte en donnant au condamné le moyen de retrouver sa place dans la société »³⁵⁴. La notion de réinsertion sociale est née.

³⁵² Mario Alessandro CATTANEO, « La peine entre droit naturel moderne et idéalisme allemand », *op. cit.*, p. 72.

³⁵³ Pierrette PONCELA, « Éclipses et réapparitions de la rétribution en droit pénal », in Francis BLONDIEAU et al. (dir.), *Rétribution et justice pénale*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983 (Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, série Philosophie du droit, 1), p. 12-13.

³⁵⁴ Maryvonne LORCY, « L'évolution des conceptions de la peine privative de liberté », in *CRDF*, n° 3, 2004, p. 11.

Partie 3. Implications d'un droit de punir refondé et réformes du 18^{me} siècle

Dans son commentaire sur *La science de la législation* de Gaetano Filangieri (1753-1788), Benjamin Constant (1767-1830) soutient que « [q]uoi qu'on en dise, la pratique suit toujours la théorie, bien que d'un pas lent et interrompu »³⁵⁵. Concernant la réception des doctrines pénales, Jean Pradel distingue pratique et législation : « Sur le plan de l'application de la législation pénale, l'influence des doctrines n'est pas toujours considérable. (...) En revanche, sur le plan de la création de la législation pénale, l'influence des doctrines pénales est indéniable »³⁵⁶.

Dans cette troisième et dernière partie, il sera donc surtout question de l'incidence des nouvelles légitimations du droit de punir sur la législation, plutôt que sur la jurisprudence. Le siècle des Lumières est d'ailleurs aussi le siècle qui voit renaître un peu partout en Europe un engouement pour les codifications. Ainsi, le premier chapitre sera consacré aux liens entre les nouvelles hiérarchies des fonctions de la peine et les codifications pénales. Le second examinera les motifs de l'éclosion des théories abolitionnistes et de leurs premières applications. Quant au troisième chapitre, il examinera l'incidence éventuelle de la nouvelle conception pénale sur la naissance de la prison comme peine.

³⁵⁵ Cité par Jean PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, op. cit., p. 6.

³⁵⁶ Jean PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, op. cit., p. 5.

Chapitre 1. Nouvelle conception de la peine et codifications

Étudier les éventuelles interactions entre la nouvelle conception de la peine et le processus de codification peut être réalisé de deux façons : examiner les liens logiques qui peuvent avoir amené les juristes et réformateurs adeptes de la nouvelle rationalité pénale à promouvoir l'élaboration de codes pénaux ; rechercher si de fait les codes pénaux des 18^{me} et début 19^{me} siècle véhiculent, explicitement ou implicitement, les nouveaux discours sur la peine. Pour être différentes, les deux approches ne sont pas incompatibles et sont même complémentaires. Chacune d'entre elles fera ici l'objet d'une section.

Section 1. Prévention des crimes et principe de légalité des peines

Dario Ippolito a raison de faire remarquer qu'il y a un lien entre « la position du principe de légalité (*nullum crimen et nulla poena sine lege*) comme pilier de la justice criminelle » et « la nécessité de codifier le droit pénal pour supprimer l'autorité normative de la doctrine et de la jurisprudence »³⁵⁷. Le mouvement codificateur est donc une conséquence nécessaire du principe de légalité.

Mais d'où vient ce principe de légalité des délits et des peines ? Ce n'est certes pas le propos du présent travail de répondre à cette question. En revanche, il nous appartient d'examiner l'éventuelle incidence de la nouvelle conception de la peine sur le développement de ce principe. Il est en effet difficile d'imaginer que deux principes aux développements plus ou moins concomitants et touchant tous les deux aux fondements même du droit pénal (le fondement philosophique pour l'un, le fondement normatif pour l'autre) n'aient aucun lien.

A partir du moment où la peine n'est plus tant la restitution de l'ordre offensé par le crime qu'un moyen de prévention et que celle-ci est ainsi considérée comme l'élément central du droit pénal, rien n'empêche que le caractère dissuasif devienne autant celui de la peine promulguée que celui de la peine prononcée. En d'autres termes, l'accent n'est plus mis sur la réalisation de la vertu de justice, mais plutôt sur la diminution des infractions. Blackstone, qui consacre tout un chapitre aux « Moyens de prévenir les délits », le dit sans ambages : « La justice qui prévient les délits est bien préférable à la justice qui les punit »³⁵⁸. De moyen de réaliser la justice en matière de crimes et délits, le droit pénal devient une politique criminelle.

³⁵⁷ Dario IPPOLITO, « La philosophie pénale des Lumières entre utilitarisme et rétributivisme », *op. cit.*, p. 23.

³⁵⁸ Cité par Louis de CARBONNIÈRES, « Peine », *op. cit.*, p. 1139.

Dès lors, c'est aussi le temps pénal qui change : l'existence d'un crime n'est plus un préalable nécessaire à l'action des lois criminelles, elles ont à précéder son arrivée. Cette nouvelle logique est prégnante dans les mots que Goswin de Fierlant met dans la bouche de Joseph II en rédigeant son introduction au projet de code criminel rédigé pour les Pays-Bas autrichiens : « [N]ous voulons que le premier but des loix soit de prévenir le crime dans nos États, et le second de l'y faire punir d'un châtement, qui satisfasse à ce que nous devons à la justice, sans blesser ce que nous devons à l'humanité »³⁵⁹.

Comme on le voit, chez Goswin de Fierlant, ce n'est pas seulement la justice qui cède le pas à la prévention, c'est aussi le traitement de l'infraction commise qui cède le pas à la prévention de l'infraction à venir. Dans une telle conception, où la crainte du châtement est plus importante que son caractère compensatoire, le sens de la peine commence avant son exécution. D'où sa nécessaire promulgation par la loi : pour que telle action ne soit plus commise, il faut non seulement que tout un chacun sache qu'elle est illégitime, mais aussi quelle est passible d'une peine.

On pourrait objecter que ce caractère préventif n'exige pas que la peine soit fixée par la loi. Les condamnations portées par les juges d'Ancien Régime n'avaient-elles aucun effet dissuasif ? Si bien sûr, mais en raison de l'arbitraire des juges, il n'était pas toujours évident de savoir à quelle peine tel individu pouvait s'attendre en commettant tel crime. Si maintenant la prévention est le but premier du droit pénal, il est nécessaire que chaque sujet ou chaque citoyen sache précisément à quoi s'attendre, sans pouvoir espérer bénéficier d'un traitement favorable. C'est ce qui ressort plus ou moins du *Dei delitti e delle pene* de Beccaria :

« [A]vec les lois pénales entendues toujours à la lettre, chacun peut calculer et connaître exactement les inconvénients d'une mauvaise action, ce qui est utile pour l'en détourner »³⁶⁰.

Chez Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833), le principe de légalité des peines découle aussi de la prévention collective³⁶¹. Certes, cela n'exclut pas que certains réformateurs aient promu le principe de légalité des crimes et des peines dans une perspective vraiment humaniste, en voulant supprimer l'arbitraire des juges dans le but d'éviter au citoyen

³⁵⁹ Goswin DE FIERLANT, *Premières idées sur la réformation des loix criminelles*, op. cit., dossier n° 2119, p. 9.

³⁶⁰ Cité par Marie-Christine GUIOL, *Finalités et modalités de la peine dans la doctrine pénale et la pensée politique des XVII^e et XVIII^e siècles*, op. cit., p. 275.

³⁶¹ Uwe HELLMANN, « Le renouveau du droit pénal allemand sous l'influence des Lumières », op. cit., p. 118.

des peines exagérées et disproportionnées et donc pour un motif tout opposé à la logique préventive.

Mais l'objectif préventif du principe de légalité semble chez certains auteurs des Lumières se traduire par une volonté affichée de rendre la punition automatique. Yvon Le Gall fait remarquer que beaucoup de philosophes ou juristes 'éclairés' ne sont pas favorables à la grâce royale ou princière³⁶². Dans ses *Recherches sur la science du gouvernement* datant de 1792, Giuseppe Gorani (1740-1819), compatriote de Beccaria, un temps partisan de la Révolution française et influencé par Mirabeau, va jusqu'à la comparer à la tyrannie :

« Insensible aux larmes, aux prières, le prince doit résister à toutes espèces d'importunités, il ne doit jamais souffrir qu'un seul crime reste impuni, ni que les peines établies soient mitigées. Ce n'est pas être clément que de pardonner au crime, c'est une foiblesse aussi funeste que la tyrannie. Il est essentiel que chacun soit intimement persuadé que jamais aucun crime ne restera impuni, dès qu'il sera connu. Dès qu'un seul crime est pardonné, les peines les plus justement infligées prennent l'apparence de l'injustice ; on peut changer les lois, on peut en faire de nouvelles, mais dès qu'un crime est commis, il doit subir la peine qui étoit statuée lors de sa condamnation ; si le monarque le pardonne, il devient complice de tous ceux qui seront commis par l'espérance d'une grâce semblable »³⁶³.

Ce caractère nécessaire de la peine est d'ailleurs évoqué par Beccaria dans la dernière phrase de son *Dei delitti e delle pene*, un peu comme s'il s'agissait de l'un des aspects les plus importants de sa thèse :

« Afin que la peine ne soit pas un acte de violence perpétré par un seul ou plusieurs sur une personne particulière, il est essentiel qu'elle soit publique, rapide, nécessaire, la plus réduite possible en fonction des circonstances, proportionnée au crime et déterminée par la loi »³⁶⁴.

³⁶² Yvon LE GALL, « Les Lumières et le droit de grâce », in *Littératures classiques*, n° 60, 2006, p. 278.

³⁶³ Giuseppe GORANI, *Recherches sur la science du gouvernement*, traduction de l'italien (probablement par Charles GILLOTON DE BEAULIEU), Paris, Guillaume Junior et Lebour, 1792, t. 1, p. 55-56. Comme Beccaria, Gorani est partisan d'une vision utilitariste de la peine : « [L]es deux conditions essentiellement nécessaires dans une loi pénale [sont] le dédommagement et l'exemple (...). La peine infligée pour l'exemple doit être utile au coupable, à l'offensé et à la société tout à la fois » (*ibidem*, p. 39).

³⁶⁴ Cité par Bernard E. HARCOURT, « Beccaria Cesare Bonesana, Marchese di », in Olivier CAYLA et Jean-Louis HALPÉRIN (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 39.

Par ces quatre derniers mots – qui sont aussi les derniers de son ouvrage –, Beccaria montre toute l'importance qu'il attache au principe de légalité des peines. Cela ne reste pas sans conséquence, puisque le code pénal toscan de 1786, qui est préparé avec l'aide de Beccaria comme nous le verrons au chapitre suivant, reprend cette idée que la peine doit apparaître comme « une conséquence infaillible et inévitable du délit »³⁶⁵. Mais en réalité, il est une autre raison, beaucoup plus nécessaire que le souci préventif, à l'existence de ce principe de légalité au sein de la théorie utilitariste.

Aussi paradoxal que cela puisse paraître, la conception utilitariste de la peine véhicule en soi un risque d'arbitraire bien plus important que la conception rétributiviste. En effet, dans une conception rétributiviste, la peine est avant tout le rétablissement de l'ordre naturel blessé par le crime, elle doit donc être proportionnelle à la gravité de ce crime. Mais dans une conception utilitariste, la peine n'étant plus la compensation du crime mais plutôt le moyen d'éviter qu'il soit reproduit, rien ne nécessite plus qu'elle soit encore proportionnelle au crime commis.

Ainsi, deux conceptions de la proportionnalité entre infractions et peines doivent être distinguées. Pour simplifier, nous pouvons dire avec David W. Carrithers qu'« [i]l y a manifestement (...) une différence importante entre utilitaristes et rétributivistes dans leur approche de l'échelle des peines. Un rétributiviste comme Montesquieu, mettant l'accent sur ce que l'on mérite, suggérera la nécessité d'une proportion à peu près exacte entre le crime et la peine, alors qu'un utilitariste, préoccupé de dissuasion, exigera que le désavantage auquel expose la peine soit légèrement supérieur au profit escompté du crime »³⁶⁶.

Cette seconde conception, qu'Alvaro P. Pires appelle la « proportionnalité-échelle » ou « verticale », est notamment celle de Beccaria³⁶⁷. Elle est aussi celle de Jean-Michel-Antoine Servan (1737-1807), avocat général au parlement de Grenoble et ami de Voltaire : « tout l'art des lois criminelles consiste à si bien régler le poids des peines, qu'excédant toujours celui des passions, il fasse pencher infailliblement le citoyen du côté du devoir ». Antoine Nicolas Servin, dans son *De la législation criminelle*, relie explicitement le principe de proportionnalité avec la conception utilitariste de la peine :

³⁶⁵ Cité par Yves CARTUYVELS, *Une généalogie de la codification en droit pénal*, op. cit., p. 257.

³⁶⁶ David W. CARRITHERS, « La philosophie pénale de Montesquieu », traduction de Catherine LARRÈRE, in *Revue Montesquieu*, n° 1, p. 44, note 11.

³⁶⁷ Alvaro P. PIRES, « Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne », in Christian DEBUYST, Françoise DIGNEFFE, Jean-Michel LABADIE et Alvaro P. PIRES (dir.), *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, t. 2, *La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles, De Boeck Université, 1998, p. 83-143.

« [L]e véritable objet de la peine, considérée en elle-même et en tant qu'elle est un objet de terreur, est de détourner du crime ou délit ceux qui seraient tentés de le commettre. Donc pour qu'elle produise son effet, avec toute la précision possible, il faudrait que le mal, dont la loi menace, fût exactement d'un degré plus fort que le bien qu'on se promet du crime, afin qu'il l'emporte lorsqu'il serait mis avec lui dans la balance »³⁶⁸.

Bentham estime que la « quantité de la punition » doit être juste supérieure à l'avantage de l'infraction, mais ne peut excéder ce taux pour éviter que le délinquant potentiel ne se reporte sur une autre infraction :

« La quantité de la punition ne doit pas être moindre que ce qui suffit pour que la punition excède le bénéfice de l'offense » ; elle « ne doit pas être plus grande que ce qui suffit pour que la punition excède le bénéfice de l'offense, en y ajoutant ce qui est nécessaire pour la rendre plus grande que la punition de toute autre offense qu'un homme pourrait commettre s'il avait le choix entre les deux »³⁶⁹.

Puisque le crime est estimé non pas tant en lui-même, objectivement, que dans la façon dont il est apprécié, subjectivement, par le délinquant, la proportionnalité entre la peine et le crime n'est pas déterminée par la gravité de celui-ci, mais est à déterminer en fonction du surplus de douleur considéré comme nécessaire pour écarter tous les criminels potentiels. Dès lors, l'arbitraire du juge devient problématique et doit être encadré par la loi.

Mais en réalité, c'est surtout le contractualisme du droit de punir qui nécessite le principe de légalité des peines. Le contrat social attribue le droit de punir à l'autorité suprême et non aux juges qui sont nommés par elle. C'est donc à elle qu'il revient de fixer les peines que ceux-ci auront à prononcer. Le lien entre contrat social et principe de légalité est affirmé par Beccaria³⁷⁰, dans une formule reprise quasiment telle quelle par le *Code de l'humanité* rédigé sous la direction de Fortunato Bartolomeo De Felice (1723-1789) et par le *Dictionnaire universel* dirigé par Jean-Baptiste-René Robinet (1735-1820) :

³⁶⁸ Cités par Marie-Christine GUIOL, *Finalités et modalités de la peine dans la doctrine pénale et la pensée politique des XVII^e et XVIII^e siècles*, op. cit., p. 282.

³⁶⁹ Cité par Jean-Pierre CLÉRO, « Un tournant dans la conception du droit pénal : Beccaria et Bentham », in Annette SOUSA-COSTA (éd.), *Entre droit et morale : la finalité de la peine. Journée d'études du 13 novembre 2007, Université Paris Ouest Nanterre la Défense*, Bern, Peter Lang, 2010 (Travaux Interdisciplinaires et Plurilingues, 12), p. 72, note 15.

³⁷⁰ Caroline GAU-CABÉE, « *Arbitrium judicis*. Jalons pour une histoire du principe de la légalité des peines », in Corinne MASCALA (dir.), *À propos de la sanction*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2007 (Travaux de l'IFR, 6), disponible sur Internet à l'adresse suivante : <https://books.openedition.org/putc/1781#text> (consulté le 21 août 2018), point 25.

« [I]l n'appartient qu'aux loix seules de décerner la *peine* des crimes, & (...) le droit de faire les loix pénales ne peut résider que dans le législateur qui représente toute la société unie par le contrat social »³⁷¹.

Ainsi, le contrat social ne reste pas purement théorique. Il est amené à révolutionner non seulement les fonctions de la peine, mais aussi les rapports entre pouvoirs législatifs et judiciaires, ainsi que le rôle du juge en matière pénale. Dans son *Nakaz* de 1767, l'impératrice de Russie Catherine II, qui invite (sans succès) Beccaria dans son pays, lie le principe de légalité à la fois au contrat social et à la prévisibilité des peines, elle-même rendue nécessaire par le contrat social :

« Quand un accusé est condamné, ce ne sont pas les juges qui lui infligent la peine, c'est la Loi. Les jugements doivent être, autant qu'il est possible, clairs et fixés à un tel point qu'ils ne soient qu'un texte précis de la Loi. S'ils étoient une opinion particulière de Juge, on vivrait dans la Société sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte »³⁷².

Section 2. Les fonctions de la peine sous-jacentes aux codes pénaux

Rares sont probablement les codes criminels du 18^{me} siècle qui se prononcent explicitement sur les fonctions des peines qu'ils prévoient. Le code pénal toscan de 1786 doit à cet égard être une exception, symptomatique de l'influence des Lumières dont il est la traduction et en particulier de Beccaria qui a participé à son élaboration. Encore faut-il remarquer que son utilitarisme est plus ou moins voilé par son humanisme. La plupart du temps, les buts que les codificateurs assignent à la peine doivent être déduits des mesures qui en procèdent.

Ainsi par exemple, le *Nakaz* de l'impératrice Catherine II de Russie prévoit que « le mal qu[e] [la peine] cause surpasse le bien qui revient du crime »³⁷³, ce qui n'est qu'une application de la proportionnalité utilitariste telle que celle proposée par Beccaria que nous avons vue à la section précédente.

³⁷¹ Fortunato Bartolomeo DE FELICE (dir.), *Code de l'humanité, ou la législation universelle, naturelle, civile et politique, avec l'histoire littéraire des plus grands hommes qui ont contribué à la perfection de ce code*, t. X, Yverdon, dans l'Imprimerie de M. De Felice, 1778, p. 447-448 ; Jean-Baptiste-René ROBINET (dir.), *Dictionnaire universel des sciences morale, économique, politique et diplomatique ; ou Bibliothèque de l'homme-d'état et du citoyen*, t. 26, Londres, Libraires associés, 1782, p. 301.

³⁷² *Instruction de Sa Majesté Impériale Catherine II pour la Commission chargée de dresser le projet d'un nouveau Code de Lois*, articles 128-129, citée par Yves CARTUYVELS, *Une généalogie de la codification en droit pénal*, op. cit., p. 208.

³⁷³ *Ibidem*, article 207, citée par Yves CARTUYVELS, *Une généalogie de la codification en droit pénal*, op. cit., p. 211.

Le caractère utilitariste de la peine peut aussi se déduire des motifs qui sont appelés à guider le juge dans la détermination de la peine. Ainsi, le code pénal prussien (*Landrecht*) promulgué par Frédéric-Guillaume II en 1794 dispose que « [d]ans l'augmentation de la peine, il faut surtout avoir égard à la propension du coupable aux délits de la nature de celui dont il s'agit et au danger qui peut en résulter pour l'État »³⁷⁴.

En France, le code pénal de 1791 est un témoin de l'abandon du rétributivisme. Les divisions qui entourent son élaboration ne concernent pas la place de la rétribution, mais la prééminence entre les nouvelles fonctions de la peine. Dans un premier temps, le projet élaboré par le comité de législation criminelle semble accorder une place importante à l'amendement, un certain Prieur³⁷⁵ allant jusqu'à dire que ledit comité « n'a jamais vu dans les peines que l'espoir d'amender les hommes »³⁷⁶. Mais comme le remarquent Bruno Dubois et Tanguy Le Marc'hadour, la constituante tempéra l'optimisme des membres du comité de législation criminelle et situa l'exemplarité avant l'amendement³⁷⁷.

Quant au code pénal de 1810, Bruno Dubois et Tanguy Le Marc'hadour le qualifient d'utilitariste : « La théorie de la peine développée par le code de 1810 est issue d'un modèle utilitariste classique datant du XVIII^e siècle. Sans lui retirer totalement tout caractère rétributif, il fonde la peine sur son utilité, sur sa nécessité sociale même. Il lui assigne deux fonctions principales que sont l'intimidation et l'élimination et une fonction secondaire qui est l'amendement »³⁷⁸.

Le code pénal bavarois de 1813 est également utilitariste. Œuvre de von Feuerbach, il est basé sur l'intimidation et pousse à l'extrême le principe de légalité. Pour Feuerbach, il s'agit de montrer au délinquant potentiel « que son action sera inévitablement suivie d'un mal plus grand que le déplaisir produit par la non-satisfaction de son désir ». C'est surtout la prévention générale qui domine ce code, qui va influencer différentes codifications ultérieures jusqu'au code grec de 1834³⁷⁹.

³⁷⁴ *Code général pour les États prussiens*, titre XX, section I, article 53, cité par Yves CARTUYVELS, *Une généalogie de la codification en droit pénal*, op. cit., p. 426, note 92.

³⁷⁵ Prieur est nommé en 1791 substitut près du procureur de Paris.

³⁷⁶ Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA et Pierre LENOËL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, Paris, Hachette, 1989, p. 126.

³⁷⁷ Bruno DUBOIS et Tanguy LE MARC'HADOUR, *Un code pour la Nation. La codification du droit pénal au XIX^e siècle (France, Belgique, Angleterre)*, Lille, Centre d'Histoire Judiciaire, 2000, p. 193.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 240 à 243.

³⁷⁹ Yves CARTUYVELS, *Une généalogie de la codification en droit pénal*, op. cit., p. 178-179.

Chapitre 2. Aux origines de l'abolition de la peine capitale

L'évolution des finalités du droit de punir au cours du 17^{me} et surtout du 18^{me} siècle n'est pas sans incidence sur la typologie des peines. Cette affirmation relève tant d'une conclusion logique que d'un constat historique.

D'un point de vue théorique, si la peine a pour fonction principale de corriger, elle ne peut pas ne laisser aucune possibilité d'amendement, en supprimant purement et simplement le coupable. C'est ce que percevait déjà Grotius : « Cette sorte de Puniton, qui a pour but le bien du Coupable, ne peut pas s'étendre jusqu'à lui ôter la vie, si ce n'est indirectement, & entant que l'on ramène à une idée positive une idée négative toute opposée »³⁸⁰.

Si en revanche la peine a pour fonction principale de prévenir les crimes, ce qui compte en définitive c'est son utilité, la légitimité et l'efficacité tendant à être confondues. C'est ce que Diderot dit en termes incisifs lorsqu'il soutient que si un « dur et cruel esclavage est (...) préférable à la peine de mort, [c'est] uniquement parce que la peine en est plus efficace »³⁸¹.

Sans prétendre à l'exhaustivité, il s'agira dans un premier temps de retracer les origines des premières mises en cause de la peine de mort (Section 1), avant d'étudier leurs premières traductions législatives (Section 2).

Section 1. Les fondements idéologiques de l'abolitionnisme

Si dans la seconde moitié du 18^{me} siècle, la nouvelle hiérarchie des fonctions de la peine est largement répandue au point, semble-t-il, de devenir majoritaire, il n'en est pas de même de l'abolitionnisme, la peine capitale conservant ses faveurs. Selon Bernard Schnapper, les criminalistes de la deuxième moitié du siècle des Lumières sont « dans leur quasi-unanimité favorables à cette peine »³⁸².

³⁸⁰ Hugo GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, t. II, trad. de Jean BERBEYRAC, Amsterdam, Pierre de Coup, 1729, p. 60-61.

³⁸¹ Cité par Yves CARTUYVELS, *Une généalogie de la codification en droit pénal*, op. cit., p. 234.

³⁸² Bernard SCHNAPPER, « La diffusion en France des nouvelles conceptions pénales dans la dernière décennie de l'Ancien Régime », in Luigi BERLINGUER et Floriana COLAO (dir.), *Illuminismo e dottrine penali, La Leopoldina*, t. 10, Milan, Giuffrè, 1990, p. 428.

Selon Marie Gloris Bardiaux-Vaïente, Beccaria est « le premier à défendre et poser un argumentaire complet en faveur de l'abrogation »³⁸³ de la peine capitale. L'historienne cite cependant le cas de François-Vincent Toussaint, avocat au parlement de Paris, dont le *Livre des mœurs* publié en 1748 propose le remplacement systématique de la peine de mort par une sorte d'esclavage³⁸⁴. Par ailleurs, Philippe Audegean a sorti de l'oubli un écrit jusque-là inédit d'un certain Giuseppe Pelli rédigé en 1760-1761, soit trois-quatre ans avant l'ouvrage de Beccaria³⁸⁵. Mais en réalité, il semble que ce Giuseppe Pelli ait lui-même un prédécesseur en la personne de John Bellers³⁸⁶. Analysons chronologiquement ces différentes hypothèses.

John Bellers (1654-1725) est un quaker ami du fondateur de la colonie de Pennsylvanie, William Penn³⁸⁷. S'il est faux que la Pennsylvanie abolit la peine de mort au 18^{me} siècle³⁸⁸, il est cependant vrai que les crimes passibles de la peine capitale y furent réduits à deux (meurtre et trahison) entre 1682 et 1700³⁸⁹. Mais il est difficile d'y voir une application des principes de John Bellers, exposés seulement en 1699, dans ses *Essays about the poor, manufactures, trade, plantations, & immorality*.

Quels sont les fondements de l'abolitionnisme de Bellers ? Selon Philippe Audegean, « son raisonnement était fondé sur des arguments utilitaristes »³⁹⁰. En revanche, pour Paulette Carrive, Bellers justifie son argumentaire « par des raisons sociologiques, morales et théologiques ». Cependant, elle ajoute que Bellers soutient « que la mort prématurée des criminels est une perte pour le royaume et une tache pour la religion »³⁹¹. Ainsi, en admettant

³⁸³ Marie GLORIS BARDIAUX-VAÏENTE, *Histoire de l'abolition de la peine de mort dans les six pays fondateurs de l'Union européenne*, op. cit., p. 32.

³⁸⁴ *Ibidem*, p. 37.

³⁸⁵ Giuseppe PELLI, *Contro la pena di morte*, éd. Philippe AUDEGEAN, Padoue, Cleup, 2014 ; Giuseppe PELLI, *Contre la peine de mort précédé de Correspondance avec Beccaria*, trad. de l'italien et présentation de Philippe AUDEGEAN, Paris, Klincksieck, 2016.

³⁸⁶ Paulette CARRIVE, « Un grand réformiste : le quaker John Bellers (1654-1725) », in *Dix-huitième Siècle*, n° 15, 1983, p. 277. Philippe Audegean donne encore un prédécesseur à John Bellers : Gerrard Winstanley (1609-1676), qui dans son *The New Law of Righteousnes* datant de 1649 prône l'abolition de la peine de mort. Cependant, Winstanley se rétracte dès 1652 (Philippe AUDEGEAN, « Introduction. Un combat secret de Pelli : “abolir la peine de mort” », in Giuseppe PELLI, *Contre la peine de mort précédé de Correspondance avec Beccaria*, op. cit., p. XI).

³⁸⁷ Paulette CARRIVE, « Un grand réformiste : le quaker John Bellers (1654-1725) », op. cit., p. 265.

³⁸⁸ C'est ce que soutient Rémy DUTHILLE, « Les radicaux anglais lecteurs de Beccaria, 1767-1795 », op. cit., p. 4.

³⁸⁹ Timothy J. HAYBURN, « Who Should Die ? The Evolution of Capital Punishment in Pennsylvania, 1681-1794 », thèse en histoire, Université de Lehigh, mai 2011, disponible sur Internet à l'adresse suivante : <https://pre-serve.lehigh.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2390&context=etd> (consulté le 1 mai 2018), notamment p. 14 et 15.

³⁹⁰ Philippe AUDEGEAN, « Introduction. Un combat secret de Pelli : “abolir la peine de mort” », in Giuseppe PELLI, *Contre la peine de mort précédé de Correspondance avec Beccaria*, op. cit., p. XI.

³⁹¹ Paulette CARRIVE, « Un grand réformiste : le quaker John Bellers (1654-1725) », op. cit., p. 277-278.

que le raisonnement de Bellers ne soit pas uniquement utilitariste, il en est clairement imprégné.

En tout cas, le souci de Bellers pour l'utilité semble ressortir de ce qu'il propose comme peine de substitution au châtement capital. Une privation de liberté doit être accompagnée d'occupations convenables ou être remplacée par une déportation dans les plantations. Dans une épître ultérieure datant de 1724, « Bellers affirme la nécessité de faire travailler les prisonniers : qu'on leur donne un travail qui convienne à leurs capacités, ce qui non seulement les occupera utilement, mais leur procurera de l'argent et les habituera à une vie industrielle »³⁹².

Par ailleurs, l'on peut se demander dans quelle mesure le déterminisme ne joue pas un rôle dans l'abolitionnisme de Bellers. En effet, Paulette Carrive remarque que dans sa conception des choses, « [l]es criminels sont des fous de la pire sorte » et « alors que les hommes ont pitié de plusieurs sortes de folie, la charité voudrait que nous prévenions leur façon de vivre pernicieuse et leur mort déplorable »³⁹³. Ainsi, l'argumentaire de Bellers semble ne pas être étranger à la nouvelle hiérarchie des fonctions de la peine et paraît même en tirer en partie sa justification.

Cependant, Paulette Carrive cite d'autres motifs invoqués par Bellers qui ne peuvent se réduire à cette dimension utilitariste. Ainsi, Bellers évoque l'absence de différenciation entre la répression du meurtre et du vol. Cette critique du trop grand nombre de crimes passibles de la peine capitale n'est pourtant pas, à proprement parler, un argument abolitionniste. Elle est plutôt liée à l'accroissement exponentiel, dans l'Angleterre des 17^{me} et 18^{me} siècles, des crimes punissables de la mort. Par contre, l'importance que Bellers accorde au respect de la vie est plus originale. De même, l'amendement promu par Bellers ne semble pas être purement utilitaire, mais viser aussi le salut des criminels³⁹⁴, même si cela paraît difficile à concilier avec l'affirmation selon laquelle les criminels sont des fous.

Le cas de François-Vincent Toussaint (1715-1772) est intéressant parce que les critiques qui entourent son *Livre des mœurs* (condamné par arrêt du 6 mai 1748³⁹⁵, puis rangé par l'Église dans son *Index des livres prohibés* en 1756) le poussent à publier quatorze ans plus tard un

³⁹² Paulette CARRIVE, « Un grand réformiste : le quaker John Bellers (1654-1725) », *op. cit.*, p. 278.

³⁹³ *Ibidem*.

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 278-279.

³⁹⁵ Marie GLORIS BARDIAUX-VAÏENTE, *Histoire de l'abolition de la peine de mort dans les six pays fondateurs de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 37.

Éclaircissement sur les mœurs (1762) et donc à revenir aussi sur ses propos relatifs à la peine capitale. C'est donc dans ce deuxième ouvrage qu'il semble utile d'aller chercher une explicitation du positionnement de cet autre précurseur éventuel de Beccaria.

C'est en effet à la dernière section de l'ultime chapitre de l'*Éclaircissement* que Toussaint développe son argumentation. Notons tout de suite que l'abolitionnisme de Toussaint n'est pas absolu, du moins si l'on en croit ce second ouvrage dans lequel il interprète le premier :

« La législation est faite : elle ira son train, je ne suis pas venu pour la réformer. En considérant les supplices par des vues d'humanité, je les trouvois durs : c'est mon cœur qui a parlé, je n'égorgerois pas un poulet : mais dès qu'on viendra m'opposer les raisons de politique qui ont déterminé la pratique des supplices, à savoir entre autres cette raison banale de la sûreté publique, qu'on a cru m'apprendre, en me l'objectant, quoique j'en eusse fait mention dans le morceau même qu'on critique, je me rends ; pendez alors, répondrai-je, & rouez tant que vous voudrez. Je ne ferai qu'une petite remontrance bien soumise & bien modeste. Est-ce qu'il ne seroit pas néanmoins possible de pourvoir à la sûreté publique par des voies plus douces ? Si on me démontre que non, je me rends alors sans repliquer »³⁹⁶.

Ce passage est paradoxal : il commence par des considérations humanistes et finit par une acceptation des pendaisons pour sûreté publique, lâchant cette expression inconciliable avec son humanisme : « rouez tant que vous voudrez ». Reconnaissons cependant que cette phrase est une concession : « je me rends », écrit-il, tout en annonçant « une petite remontrance bien soumise & bien modeste ». Il semble donc que cette concession n'est que partielle, faite sous la pression de ses contradicteurs, sans cacher un certain agacement.

Pourtant, il faut noter que la seule raison explicitement avancée de cette concession est la sûreté publique. Aucune mention de la justice ou de la rétribution ne figure dans ce passage, mais seulement une considération utile. Est-ce à dire que ceux qui critiquaient le premier ouvrage de Toussaint étaient déjà tous imbus d'utilitarisme ou bien que Toussaint lui-même ne croit plus à la justice rétributive ? Celui-ci explique que lorsque, dans son *Livre sur les mœurs*, il faisait part de ses doutes sur le fait que la peine du talion procède de la loi naturelle, cela ne signifie pas que son usage est illégitime :

³⁹⁶ François-Vincent TOUSSAINT, *Éclaircissement sur les mœurs*, Amsterdam, Marc-Michel Rey, 1762, p. 328-329.

« Il faut prendre garde à une chose, par rapport aux loix de police, en quoi elles diffèrent essentiellement des préceptes moraux. Ceux-ci doivent être exactement conformes à la loi naturelle ; au lieu qu’au contraire les loix de police sont, pour l’ordinaire, des dérogations au droit naturel »³⁹⁷.

À ce stade, il semble bel et bien que Toussaint rejette le rétributivisme. Si « les loix de police sont, pour l’ordinaire, des dérogations au droit naturel », il paraît difficile de soutenir que les peines qu’elles prévoient soient destinées à rétablir l’ordre naturel de la société. Mais d’où vient cette nouvelle conception des lois naturelles ? D’une théorie du contrat social, comme l’indique Toussaint dans le passage qui suit immédiatement celui que nous venons de lire :

« Dès que les hommes ont vécu en société, il a fallu que chaque particulier renoncât à quelque portion de sa liberté naturelle pour le bien général. Il n’y a pas de loi de police qui ne gêne la liberté naturelle : mais on la peut gêner licitement par des conventions ou des loix »³⁹⁸.

D’où l’élasticité de l’« abolitionnisme » de Toussaint :

« Il en sera de même de la loi du talion : elle est belle & bonne, dès qu’on fait tant que d’admettre les supplices. Mais la loi naturelle les admettoit-elle ? Il n’importe, si la sureté des hommes vivans en société l’exige »³⁹⁹.

Dans ces conditions-là, on comprend mieux le paradoxe souligné ci-dessus. L’« abolitionnisme » de Toussaint est essentiellement sentimental (« c’est mon cœur qui a parlé »). Il ne contraint personne. Que la loi du talion qui postule dans certains cas la peine capitale soit ou non contraire à la loi naturelle n’a guère d’importance, ce qui compte c’est de savoir « si la sureté des hommes vivans en société l’exige ». On ne pouvait mieux formuler la théorie utilitariste.

Notons que le contractualisme de Toussaint est à un certain égard proche de celui de Pufendorf et annonce en quelque sorte celui défendu quelques années plus tard par Beccaria. Là où Toussaint a un doute (« la loi naturelle (...) admettoit-elle » les supplices ?), Beccaria a une certitude (« Quel peut être ce droit que les hommes s’attribuent de trucider leurs

³⁹⁷ François-Vincent TOUSSAINT, *Éclaircissement sur les mœurs*, op. cit., p. 329.

³⁹⁸ *Ibidem*.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 330.

semblables ? Certainement pas celui dont découlent la souveraineté et les lois »⁴⁰⁰). Cela n'empêche pas Toussaint et Beccaria de diverger dans leurs conclusions.

Cette différence peut provenir du fait que Toussaint estime probablement que le contrat social attribue au législateur un pouvoir général que celui-ci peut ensuite interpréter de façon plus ou moins large selon les besoins. C'est ce qui semble découler du fait qu'il écrive que l'on peut attenter à la liberté naturelle « par des conventions ou des lois ». Plus loin, critiquant l'usage de la peine de mort pour la répression des vols, contraire à la loi du talion elle-même, il concède le pouvoir du législateur, sans plus faire mention du contrat social :

« Mais puisque j'ai une fois accordé que les Législateurs peuvent déroger au droit naturel, qu'ils y dérogent tant qu'il leur plaira, je n'ai rien à leur contester, je n'ai jamais entendu donner ma réflexion sur les supplices comme une maxime d'état »⁴⁰¹.

Toussaint ne semble pas se rendre compte du risque d'une interprétation absolutiste de son propos. Défavorable à la peine capitale et lui préférant une loi naturelle qui « par rapport aux devoirs de la société, n'inspire que la bonté, la douceur & l'indulgence »⁴⁰², il estime que l'on peut penser différemment puisque cette loi naturelle n'est plus complètement d'application en société. Allant au bout de sa logique, il va jusqu'à soutenir que puisque « les Législateurs peuvent déroger au droit naturel, qu'ils y dérogent tant qu'il leur plaira ». Mais quelle est donc la limite à l'action du législateur ?

Il ne reste alors plus guère d'autre choix à Toussaint que d'évoquer quelques expériences passées ou présentes. Parmi celles-ci, il semble qu'il faille y voir celle de l'impératrice Élisabeth I^{re} de Russie⁴⁰³ :

« La souveraine d'un très-grand état, actuellement régnante, observe inviolablement de n'ôter la vie à aucun de ses sujets : il n'y a pourtant dans cette nation autant de brigands au moins que dans aucune autre »⁴⁰⁴.

⁴⁰⁰ Voir *infra*, p. 125.

⁴⁰¹ François-Vincent TOUSSAINT, *Éclaircissement sur les mœurs*, *op. cit.*, p. 330.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 327.

⁴⁰³ Guillaume Mickeler remarque que si « Élisabeth n'a pas autorisé les exécutions capitales au cours de son règne, (...) la peine n'en aurait pas moins été prononcée dans les cas de haute trahison ». Il note aussi la provenance de l'information : « C'est Voltaire qui, le premier, à partir des années 1750, annonce à l'Europe éclairée que l'impératrice Élisabeth Pétrovna, la fille de Pierre le Grand, a aboli la peine capitale dans ses États » (Guillaume MICKELER, « L'abolition de la peine capitale en Russie au XVIII^e siècle », *in Revue historique de droit français et étranger*, vol. 87, n° 1, janvier-mars 2009, p. 41).

⁴⁰⁴ François-Vincent TOUSSAINT, *Éclaircissement sur les mœurs*, *op. cit.*, p. 331.

Traversons à présent les Alpes pour faire connaissance avec Giuseppe Pelli (1729-1808). Né à Florence, dans une famille du patriciat de la ville, il commence des études de droit à l'université de Pise, qu'il doit interrompre par manque de ressources. Il intègre ensuite l'administration du grand-duché de Toscane, où il accède à la direction de la Galerie royale des Offices en 1775. Aîné de Beccaria, il meurt après lui, en 1808, à Florence⁴⁰⁵.

Pelli est l'auteur d'un opuscule contre la peine de mort, qui est selon Philippe Audegean le « tout premier écrit entièrement consacré à la contestation de la peine capitale »⁴⁰⁶. Bien que précédant Beccaria de quelques années, son ouvrage n'a pas été édité avant le 21^{me} siècle et n'a donc pas encore fait l'objet d'études exhaustives. En raison de ces deux considérations, cet écrit va nous retenir assez longuement.

Dans ses imposantes chroniques *Efemeridi*, Pelli ne peut cacher son dépit de ne pas être en tout point le premier en Italie à proposer l'abolition de la peine capitale, son livre n'ayant pas été terminé ni édité :

« Il [le *Dei delitti e delle pene* de Beccaria] se rencontre beaucoup avec mes manières de penser et il soutient la même opinion que moi sur la peine de mort, quoique par une autre voie que celle que j'ai suivie dans l'esquisse de dissertation dont j'ai parlé ailleurs. Je l'ai entendu loué par d'autres que moi : aussi puis-je bien croire que mon jugement est sans passion. Je regrette seulement qu'un autre ait publié avant moi en Italie une opinion dont je souhaitais être l'auteur, par un désir inné de me rendre utile à l'humanité »⁴⁰⁷.

Néanmoins, il ne semble pas que Pelli ait influencé Beccaria. L'écrit du premier n'est pas édité et les deux hommes ne se connaissent pas. Après avoir lu le *Dei delitti e delle pene*, Pelli ne sait toujours pas qui l'a écrit, puisqu'il parle du « discours anonyme *Dei delitti e delle pene* (...) paru ces jours-ci, sans adresse, mais en fait à Livourne »⁴⁰⁸. Ce n'est qu'en 1766 qu'il apprend l'identité de l'auteur du traité et qu'une correspondance s'engage entre les deux italiens⁴⁰⁹.

⁴⁰⁵ Philippe AUDEGEAN, « Introduction. Un combat secret de Pelli : “abolir la peine de mort” », in Giuseppe PELLI, *Contre la peine de mort précédé de Correspondance avec Beccaria*, *op. cit.*, p. VII.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. XI.

⁴⁰⁷ Giuseppe PELLI, *Efemeridi*, éd. Renato Pasta, disponible sur Internet à l'adresse suivante : <http://pelli.bncf.firenze.sbn.it>, I^{re} série, vol. XII, p. 115-116, cité et traduit par Philippe AUDEGEAN, « Introduction. Un combat secret de Pelli : “abolir la peine de mort” », *op. cit.*, p. VIII.

⁴⁰⁸ *Ibidem*.

⁴⁰⁹ Philippe AUDEGEAN, « Introduction. Un combat secret de Pelli : “abolir la peine de mort” », *op. cit.*, p. IX.

C'est en 1760-1761, que Pelli rédige son petit livre contre la peine de mort. Cependant, l'idée lui en était déjà venue quelque temps auparavant et dès l'origine l'argumentation de Pelli et de ses amis était empreinte d'utilitarisme, comme on peut le lire dans ses *Efemeridi* au 15 septembre 1759 :

« J'oubliais de dire dans la journée précédente que certains de mes amis ont soutenu qu'il serait préférable de ne jamais condamner à mort le coupable d'un crime quel qu'il soit, et de le tenir en réserve pour les travaux publics. Je suis moi aussi de cet avis, et j'ai voulu naguère rédiger une dissertation à ce propos. Mais, pour ne pas aller à contre-courant, je jugeai préférable de m'abstenir de cet effort, qui ne serait certainement pas mince si l'on voulait mettre sous son jour véritable et naturel la matière des peines, ainsi que l'inutilité d'ôter la vie à un criminel qui, de mille manières, pourrait compenser en partie le dommage infligé à la société »⁴¹⁰.

Comme on le voit, contrairement à ce qu'il affecte de croire quelques années plus tard, l'abolitionnisme de Pelli n'est pas seulement le sien, mais celui de certains de ses amis, qui proposent déjà, plusieurs années avant Beccaria, les travaux publics comme peine de substitution à la peine capitale. Dans un premier temps, Pelli renonce à son projet d'écrire sur le sujet « pour ne pas aller à contre-courant » et lorsqu'il s'y met ensuite il n'ose pas achever son travail⁴¹¹, se faisant alors dépasser par Beccaria.

L'argumentation de la dissertation⁴¹² de Pelli sur la peine de mort est complexe dans la mesure où elle comprend jusqu'à sept preuves dont il n'est pas aisé de comprendre la hiérarchie. En effet, dès l'introduction et donc avant l'exposé proprement dit des preuves, Pelli invoque beaucoup l'humanisme. Ensuite, si la première preuve part des fonctions de la

⁴¹⁰ Giuseppe PELLI, *Efemeridi*, *op. cit.*, I^{re} série, vol. I, p. 114, cité et traduit par Philippe AUDEGEAN, « Introduction. Un combat secret de Pelli : "abolir la peine de mort" », *op. cit.*, p. IX.

⁴¹¹ Pourquoi Pelli abandonne-t-il sa rédaction ? Dans un premier temps, il décide de l'interrompre parce qu'il n'en est pas satisfait, mais cette interruption devient définitive en 1762, suite à sa nomination comme secrétaire d'une juridiction de première instance. Quatre ans plus tard, il s'en explique à Beccaria : « Je me suis (...) abstenu d'y mettre la dernière main parce que, promu à un emploi où je dois parfois donner mon avis sur la punition des coupables, j'ai jugé convenable de ne pas laisser entrevoir mes sentiments, pour ne pas me singulariser sans raison précise par quelque chose qui aurait fait scandale, étant donné les préjugés dont le peuple ignorant est imbu » (Giuseppe PELLI, *Lettre à Beccaria*, 24 mars 1766, cité par Philippe AUDEGEAN, « Introduction. Un combat secret de Pelli : "abolir la peine de mort" », *op. cit.*, p. X).

⁴¹² N'ayant jamais été éditée, cette dissertation reçoit plusieurs intitulés. Dans son avertissement au lecteur, Pelli l'appelle « discours » (Giuseppe PELLI, *Contre la peine de mort précédé de Correspondance avec Beccaria*, *op. cit.*, p. 13). En annonçant le commencement de son travail dans ses *Efemeridi*, il parle de « dissertation » « Sur la peine de mort » (Giuseppe PELLI, *Efemeridi*, *op. cit.*, I^{re} série, vol. III, p. 174, cité et traduit par Philippe AUDEGEAN, « Introduction. Un combat secret de Pelli : "abolir la peine de mort" », *op. cit.*, p. IX).

peine, elle est précédée de plusieurs pages, où Pelli évoque déjà l'état de nature alors que l'argument contractualiste fait pourtant l'objet de sa deuxième preuve.

Quel est donc le premier motif, non chronologique mais principiel, de l'abolitionnisme de Pelli ? Sans vouloir nier l'existence de l'humanisme de Pelli, il ne semble pas qu'il joue un rôle capital dans son argumentation contre la peine de mort. Tout d'abord, il est symptomatique que, bien qu'invoqué dès l'introduction, il ne fait l'objet d'aucune de ses deux premières preuves de sa dissertation.

Mais il y a plus. Si déjà dans l'introduction, après avoir invoqué Montesquieu selon lequel « les hommes doivent se gouverner selon des principes de douceur », Pelli note que « d'autres efforts sont requis pour introduire dans les sociétés (...) l'aménité qui fait défaut aux lois anciennes »⁴¹³, par la suite, son humanisme se révèle. En effet, en passant de premier évoqué dans l'introduction à un simple complément des preuves dans le corps de la dissertation, l'humanisme de Pelli ne cache pas son adaptation à l'utilitarisme :

« [Il n'est pas] difficile de montrer que cette peine [la peine de mort] très barbare, parce qu'inutile aussi bien du point de vue de l'avantage privé que de l'intérêt public, sacrifie de nombreux individus qui, condamnés à une autre peine, auraient survécu en contribuant au bien-être de la société dont ils étaient les membres ». « Ainsi la loi de Dracon (...) qui punissait de mort l'oisiveté était-elle barbare, puisque pour animer l'industrie elle ôtait la vie à ceux qu'elle pouvait faire devenir industriels »⁴¹⁴.

Si la peine de mort est « très barbare, parce qu'inutile », c'est donc que le véritable fondement de l'abolitionnisme de Pelli n'est pas l'humanisme mais la question de l'utilité de la peine⁴¹⁵. Ainsi, c'est avec justesse que Pelli présente sa première preuve relative aux fonctions de la peine comme « la première et la plus directe des preuves à l'appui de [s]a thèse »⁴¹⁶. Quelles sont donc les fonctions que Pelli assigne aux peines ? Après avoir explicitement rejeté la vengeance, il se réfère à Grotius :

« Il ne peut donc y avoir que trois buts légitimes des peines, qui sont ceux-là même que leur assignent tous les publicistes à la suite de Grotius (...). Le premier est

⁴¹³ Giuseppe PELLI, *Contre la peine de mort précédé de Correspondance avec Beccaria*, op. cit., p. 18.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 34 et 38.

⁴¹⁵ L'utilitarisme de Pelli est également perceptible dans sa façon de concevoir la proportionnalité entre délits et peines : « il convient (...) que la crainte du mal pouvant découler d'une action soit supérieure à l'espoir de son utilité » (Giuseppe PELLI, *Contre la peine de mort précédé de Correspondance avec Beccaria*, op. cit., p. 21).

⁴¹⁶ Giuseppe PELLI, *Contre la peine de mort précédé de Correspondance avec Beccaria*, op. cit., p. 31.

l'*amendement* du coupable, le deuxième est la *sûreté* (...), le dernier est l'*exemple* donné aux autres »⁴¹⁷.

Ce passage est intéressant dans la mesure où il tend à confirmer l'interprétation de Grotius que nous avons donnée ci-dessus⁴¹⁸, à savoir l'absence de rétributivisme dans la conception de la peine du juriste néerlandais. Il est vrai que Pelli ne retranscrit pas mot pour mot la définition de Grotius. Ainsi, « l'utilité de celui qui avoit intérêt que le Crime ne fût pas commis » devient « la *sûreté* » et « l'avantage de tout le monde généralement »⁴¹⁹ est interprété comme étant « l'*exemple* donné aux autres ».

À première vue, cette reprise et interprétation de Grotius explique à elle seule l'abolitionnisme de Pelli. Si l'amendement est la première des fonctions de la peine, la peine de mort n'a aucun sens. Pelli le dit sans ambages : « Il est clair qu'on ne corrige pas celui qu'on tue ». Il s'attelle donc plutôt à démontrer que la peine de mort n'est pas indispensable aux autres buts de la peine, invoquant notamment des exemples historiques pour soutenir le constat suivant, qui est somme toute assez simple bien que fragile puisque transposable à toute peine : « [I] est clair également que, à ce jour, l'exemple de la mort n'a pas mis les crimes en déroute dans le monde, ni n'a dissuadé certaines âmes méchantes d'infester le bonheur public de maux exécrables »⁴²⁰.

Pourtant, s'il est vrai que l'on ne voit pas comment telle peine pourrait être légitime si elle contrevient au premier but de toute peine, un doute subsiste sur le véritable contenu de la notion d'« amendement » chez Pelli. N'avons-nous pas remarqué que l'humanisme de Pelli est ambigu, teinté qu'il est d'utilitarisme ? Comment se peut-il donc que notre jeune toscan se soucie si fortement du progrès moral des délinquants au point d'en faire la finalité première des peines ?

En réalité, la notion d'« amendement » revêt chez Pelli un aspect partiellement utilitariste. Certes, certains passages de la septième preuve parlent du devoir des gouvernements civils de « s'attacher à le [le coupable de crimes contre Dieu] faire rentrer en lui-même et à lui faire reconnaître l'excès de son péché », ajoutant que « la charité et l'espoir de l'amendement ne doivent pas faire désespérer de [sa] résipiscence »⁴²¹. Pourtant, cette résipiscence morale ne

⁴¹⁷ Giuseppe PELLI, *Contre la peine de mort précédé de Correspondance avec Beccaria*, op. cit., p. 31.

⁴¹⁸ Voir *supra*, p. 41-42.

⁴¹⁹ Hugo GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, op. cit., p. 51.

⁴²⁰ Giuseppe PELLI, *Contre la peine de mort précédé de Correspondance avec Beccaria*, op. cit., p. 33.

⁴²¹ *Ibidem*, p. 45-46.

semble pas être un élément essentiel pour Pelli. Allons voir ce qu'il dit sur l'amendement après avoir cité Grotius :

« Que l'*amendement* soit un but très juste est prouvé par l'avantage qu'il procure non seulement à celui qui est châtié, mais aussi à la société. Les hommes sont en effet méchants : aussi faut-il au moins s'assurer que leur scélératesse ne les fasse pas vivre heureux, afin qu'ils comprennent que seule l'observation de leurs devoirs peut les faire jouir du bien qu'ils désirent. Un État vit d'ailleurs plus tranquillement si ses membres sont meilleurs, de sorte qu'une société composée de scélérats ou bien ne subsisterait pas, ou bien subsisterait dans la confusion et le désordre »⁴²².

Ainsi, l'amendement défendu par Pelli est un but de la peine parce qu'il offre un double « avantage », d'abord au criminel certes, mais aussi à la société. Il ne s'agit pas tant d'amendement moral que d'une forme de prévention spéciale, puisque de toute façon selon Pelli « [l]es hommes sont (...) méchants » (dans l'avis au lecteur, il parlait déjà de « la corruption générale du cœur humain »⁴²³, ce qui permet de faire l'hypothèse d'une éventuelle influence janséniste⁴²⁴).

Le but est plutôt de faire comprendre aux criminels leur véritable intérêt en les empêchant de « vivre heureux » et d'assurer ainsi la tranquillité publique. En fait, il s'agit de faire réfléchir et d'assainir :

« Si on éloigne un coupable du corps où il a fauté, on lui donne loisir de réfléchir au dommage que son crime lui a fait subir en lui faisant perdre les commodités que lui procurait son séjour dans ce corps, tandis que le corps même se délivre d'un membre infecté jusqu'à ce qu'il revienne à ses devoirs et qu'il s'assainisse »⁴²⁵.

Le criminel ne doit donc pas tant regretter sa faute que s'assainir pour pouvoir être réintégré dans la société. On remarque au passage l'importance que revêtent le bonheur et les « commodités » dans la pénologie de Pelli. Il s'agit bien de s'adresser à la sensibilité des criminels, pour les ramener à reconsidérer leur vrai intérêt. Cela n'est probablement pas sans

⁴²² Giuseppe PELLI, *Contre la peine de mort précédé de Correspondance avec Beccaria*, op. cit., p. 31-32.

⁴²³ *Ibidem*, p. 14.

⁴²⁴ Comme le fait remarquer Maurice Vaussard, l'influence janséniste en Italie s'est surtout exercée en Toscane et en Lombardie, terres qui furent respectivement celles de Giuseppe Pelli et Cesare Beccaria, tous les deux visiblement influencés par le déterminisme ou la diminution du libre-arbitre (sur l'influence janséniste en Italie, voir notamment Maurice VAUSSARD, « Autour du Jansénisme italien : la correspondance inédite de l'abbé Foggini avec Giovanni Lami à la bibliothèque Riccardienne », in *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 3, n° 4, octobre-décembre 1956, p. 298-303).

⁴²⁵ Giuseppe PELLI, *Contre la peine de mort précédé de Correspondance avec Beccaria*, op. cit., p. 32.

lien avec ce que nous avons vu plus haut⁴²⁶ sur le rôle de la pensée sensualiste dans l'évolution des fonctions de la peine au siècle des Lumières.

Ce qui tend à confirmer l'aspect utilitariste de l'amendement tel qu'il est conçu par Pelli, c'est que si cet amendement est le premier but assigné aux peines dans sa dissertation sur la peine de mort, il n'en est même pas fait mention dans un des fragments de son brouillon qui nous sont parvenus. Ces fragments comprennent deux énumérations des fonctions de la peine. Si l'une correspond à celle finalement retenue dans la dissertation, l'autre écarte toute autre finalité que l'exemple et la sûreté : « Les buts des peines se réduisent à deux seulement : la sûreté des autres et l'exemple. De sorte que tout ce qui peut favoriser ces deux buts est certainement sujet à être une peine »⁴²⁷.

Quant à la rétribution, Pelli semble la rejeter sans la distinguer de la vengeance privée. Dans sa dissertation, il n'argumente peut-être guère ce rejet, affirmant que la vengeance est « toujours inutile, inhumaine, lâche » et provenant « d'une passion aveugle qui ne distingue pas les objets contre lesquels elle se déchaîne »⁴²⁸. Mais ses brouillons permettent d'un peu mieux comprendre son opposition. Ils semblent indiquer que Pelli récuse le désir de rétribution comme le fruit de la corruption de la nature humaine :

« On ne répare pas un dommage en le refaisant subir : subir un mal que nous avons causé à autrui n'indemnise pas l'offensé, parce que la douleur n'est pas susceptible de réparation. Satisfaire un crime par une douleur est une espèce de vengeance. Les appétits de la nature corrompue ne confèrent aucun droit »⁴²⁹.

Pelli estime donc « que la douleur n'est pas susceptible de réparation ». Mais par le mot « douleur », il ne semble prendre en compte que la douleur sensible, comme le laisse entendre cet autre passage de ses fragments :

« Seul l'esprit de vengeance peut porter à faire éprouver un mal à celui qui a porté préjudice à d'autres. Car comment une douleur physique peut-elle satisfaire une autre

⁴²⁶ Voir *supra*, p. 87-88.

⁴²⁷ Giuseppe PELLI, *Fragment 2, in Contre la peine de mort précédé de Correspondance avec Beccaria, op. cit.*, p. 55.

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 31.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 55.

douleur physique, sinon en suscitant du plaisir par la vue de celui qui nous a nui placé dans les mêmes circonstances »⁴³⁰.

S'ensuit une citation de Sénèque condamnant la vengeance, ce qui confirme l'importance du recours au penseur stoïcien dans la remise en cause du rétributivisme. Pelli cite aussi à plusieurs reprises Eustrate de Nicée, mais comme le fait remarquer Philippe Audegean, cette citation mélange en réalité deux définitions de la colère données par Aristote, la première étant purement physique (« ébullition du cœur qui entoure le cœur »), la seconde étant dialecticienne (« désir douloureux de se venger »)⁴³¹.

De ce fait, Pelli ne distingue pas les deux aspects de la colère. Assimilant la vengeance à cette conception physique de la colère, il en conclut qu'elle n'est pas humaine et la compare explicitement à celle des animaux :

« Les doctrines des Cocceji autorisent pourtant trop la *vengeance*, que les chrétiens, mais aussi les philosophes anciens, ont reconnu comme un sentiment brutal *qui naît*, comme l'explique Eustrate dans son commentaire d'Aristote (dans *Ethica Nic.*, VI, 1) *d'une ébullition du sang qui entoure le cœur à cause du désir de décharger sa douleur sur autre chose (...)*. C'est ainsi que les animaux qui ne peuvent se venger de celui qui les a offensés mordent l'instrument dont il s'est servi et la pierre qui les a atteints. (...) Les publicistes ont beau dire que même si la vengeance privée n'est pas permise, la vengeance publique est au contraire autorisée, ce qui veut dire en réalité que les hommes peuvent se décharger de leur désir bestial et en laisser l'accomplissement aux magistrats »⁴³².

La deuxième preuve donnée par Pelli à l'encontre de la peine capitale est celle tirée du contractualisme. En réalité, cette preuve semble antérieure à celle relative aux fonctions de la peine, dans la mesure où l'utilitarisme de celles-ci découle du contractualisme (ainsi que du rejet de toute vengeance). Une fois le caractère connaturel de la société refusé, les obligations sociales n'ont d'autre but que l'utilité pour laquelle la société a été fondée :

« Si l'on suppose que les hommes étaient autrefois dans l'état de nature, en dehors de toute société, et que, s'étant aperçus du malheur de leur situation, ils ont voulu

⁴³⁰ Giuseppe PELLI, *Fragment 2, in Contre la peine de mort précédé de Correspondance avec Beccaria, op. cit.*, p. 57-58.

⁴³¹ Giuseppe PELLI, *Contre la peine de mort précédé de Correspondance avec Beccaria, op. cit.*, p. 53.

⁴³² *Ibidem*, p. 57 et 59-60.

pourvoir à leur sûreté ou à leur commodité en s'unissant les uns aux autres, il est alors très certain que les liens de cette union ont dû être des pactes ou des conventions tacitement ou expressément établis, puis maintenus par consentement supposé chez les générations ayant succédé à celles qui, les premières, s'étaient astreintes à de telles règles »⁴³³.

Jusqu'ici, Pelli ne semble émettre qu'une supposition (« Si l'on suppose... »). Pourtant, bien que ne prouvant pas par la suite l'existence de ce contrat social originel et de sa reconduction tacite ultérieure, il fonde tout son raisonnement sur cette hypothèse. Ce contrat social n'ayant qu'un but utilitaire (sûreté ou commodité), il ne peut en être autrement du droit de punir qui en procède, d'autant que celui-ci est né pour son maintien :

« [I]ls [les hommes entrant en société] ont dû consentir à pouvoir être contraints par la force à remplir les obligations qu'ils avaient contractées, parce que, autrement, ils n'auraient trouvé personne qui eût voulu se fier à leur seule parole. Or, ce pacte est ce qui rend les peines justes, il est ce qui arme l'autorité publique contre ceux qui osent désobéir aux lois qu'il lui a été concédé de faire pour l'avantage commun »⁴³⁴.

Comme Pufendorf avant lui et comme Beccaria quelques années plus tard, Pelli estime donc que le droit de punir est purement social, il est un partisan du contractualisme absolu du droit de punir. De ce fait, il lui paraît impossible que ce contrat social puisse comprendre le droit de vie et de mort, que les individus n'avaient point dans l'état de nature, même pas sur leurs propres personnes, et qu'ils ne pouvaient donc pas transmettre aux gouvernants :

« Comment, en effet, les hommes auraient-ils pu fonder une société dans le but de se procurer une plus grande sûreté que celle dont ils jouissaient dans l'état de nature, tout en renonçant dans le même temps au droit qu'ils avaient à leur propre défense et en laissant à l'arbitraire d'autrui leur propre vie dont eux-mêmes n'avaient en aucune façon la faculté de disposer ? »⁴³⁵.

Les troisième, quatrième, cinquième, sixième et septième preuves que donne Pelli semblent moins importantes et ne sont d'ailleurs pas faciles à caractériser. Ainsi, la troisième reprend les motifs déjà utilisés des fonctions de la peine, du mélange d'humanisme et d'utilitarisme, sans que l'on sache donc trop en quoi elle consiste et en quoi elle se distinguerait de ce qui

⁴³³ Giuseppe PELLI, *Contre la peine de mort précédé de Correspondance avec Beccaria*, op. cit., p. 35.

⁴³⁴ *Ibidem*, p. 35.

⁴³⁵ *Ibidem*, p. 36.

précède. Cependant, elle nous apprend que l'utilitarisme de Pelli est aussi d'ordre économique et lève un coin du voile sur la peine par laquelle il envisage de remplacer la peine capitale :

« [N]e serait-il pas mille fois plus profitable de se servir des scélérats pour les travaux publics où, en exhibant leur misère, ils serviraient aux autres d'exemple continu, plutôt que de sacrifier sur l'échafaud un criminel qui ne donne qu'un spectacle momentané à ceux qui ont le plaisir de courir assister à la tragédie mélancolique de ses souffrances ? Il n'est pas rare que les lois, pour punir quelqu'un qui a tué un citoyen, en retranchant un autre de la société, créant un vide nouveau et inutile pour réparer le premier qui, par tout autre moyen que celui-ci, pouvait être comblé »⁴³⁶.

Au passage, on remarque que Pelli, comme Beccaria après lui⁴³⁷, estime qu'un « exemple continu » est préférable au « spectacle momentané », ce qui n'est probablement pas sans préparer l'adoption de la prison comme peine.

Le raisonnement de la quatrième preuve est curieux. Pelli part d'un constat relatif au gouvernement despotique : « le gouvernement le plus imparfait est celui où l'on pratique le plus la peine de mort », pour aboutir à la condamnation de la peine de mort et pas seulement dans ses formes les plus extrêmes : « si la peine de mort sert indistinctement aux tyrans pour se faire craindre, cette peine ne peut être la plus propre aux sociétés modérées »⁴³⁸. Il faut rappeler que Pelli a laissé son œuvre parce qu'il n'en était pas satisfait⁴³⁹.

La cinquième preuve part du principe de proportionnalité des délits et des peines. Elle ne peut donc conclure à l'abolition de la peine capitale dans tous les cas : « La perte de la vie ne pourra donc être une peine que pour un seul crime, non pour de nombreux délits de genres différents, puisqu'on ne pourra l'alléger ou l'alourdir de façon à châtier proportionnellement des infractions de diverses espèces »⁴⁴⁰. Pelli y ajoute de nouveau des considérations relatives à l'humanisme et au despotisme.

⁴³⁶ Giuseppe PELLI, *Contre la peine de mort précédé de Correspondance avec Beccaria*, op. cit., p. 39.

⁴³⁷ Voir *supra*, p. 67.

⁴³⁸ Giuseppe PELLI, *Contre la peine de mort précédé de Correspondance avec Beccaria*, op. cit., p. 40-41.

⁴³⁹ « J'ai travaillé jusqu'à maintenant à la dissertation déjà mentionnée (...) « De la peine de mort » que la loi fait encourir pour certains crimes. J'ai beaucoup écrit, mais comme je ne suis pas satisfait et que je n'ai pas clairement déroulé le fil permettant de démontrer mon idée, je vais laisser de côté ce sujet pour le reprendre en main plus tard et pour me rendre compte de sang-froid si j'ai de bonnes raisons de soutenir ma thèse ou si je fais erreur » (Giuseppe PELLI, *Efemeridi*, op. cit., 1^{re} série, vol. IV, p. 29, cité et traduit par Philippe AUDEGEAN, « Introduction. Un combat secret de Pelli : "abolir la peine de mort" », op. cit., p. IX).

⁴⁴⁰ Giuseppe PELLI, *Contre la peine de mort précédé de Correspondance avec Beccaria*, op. cit., p. 42.

La sixième preuve est incomplète, un folio manquant. Telle qu'elle nous est parvenue, elle ne repose que sur un certain relativisme, même si Pelli s'en défend en critiquant les spinozistes et l'idée selon laquelle « l'honnêteté et la bonté ne puisent leur source que dans l'opinion et dans l'autorité du législateur ». Elle part pourtant de la différence de traitement des infractions d'un pays à l'autre, citant notamment l'exemple français de Cartouche, brigand, chef de bande et assassin roué vif en 1721, soutenant qu'il n'aurait même pas été puni à Sparte⁴⁴¹.

La septième preuve n'est pas explicitement intitulée comme telle, contrairement aux cinq précédentes. Il s'agit d'une analyse de la légitimité ou non de la peine capitale pour chacune des trois catégories de crimes que distingue Pelli : les crimes contre le Créateur (blasphème, hérésie, etc.), les crimes contre soi-même et ceux contre autrui. Pour les premiers, Pelli estime que le châtimement relève de l'offensé, c'est-à-dire du Créateur, et que la religion n'autorise la société qu'à les ramener au bien avec douceur. Pour les seconds, il estime qu'ils se résument au suicide, dont la tentative ne peut être punie de mort « pour ne pas verser dans l'inconvénient même qu'on voulait prévenir ». Pour les crimes de la troisième catégorie, Pelli ne donne aucune argumentation, puisque c'est ici que sa dissertation a été interrompue, puis abandonnée⁴⁴². Mais l'on peut supposer que si elle avait été écrite, son argumentation aurait simplement renvoyé ou repris le contractualisme de la deuxième preuve.

Enfin, il est intéressant de remarquer que comme semble l'avoir fait Toussaint avant lui, Pelli évoque le même exemple de l'impératrice Élisabeth I^{re} de Russie⁴⁴³. Ce qui montre que l'information répandue par Voltaire dans les années 1750 est également connue en Toscane dès 1760-1761.

Voyons maintenant l'argumentaire de Beccaria contre la peine de mort, qui part des deux mêmes prémisses qui lui ont fait remettre en cause le rétributivisme du droit de punir : son contractualisme et son utilitarisme.

Nous l'avons montré dans la Partie 2, le contractualisme de Beccaria est tout à la fois libéral (du moins par rapport à celui de Rousseau) et absolu dans la mesure où il attribue à l'autorité de la société un droit de punir inexistant dans l'état de nature. Or c'est en prenant appui sur ces deux aspects que Beccaria en vient à nier la légitimité de la peine capitale :

⁴⁴¹ Giuseppe PELLI, *Contre la peine de mort précédé de Correspondance avec Beccaria*, op. cit., p. 44.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 45 à 47.

⁴⁴³ *Ibidem*, p. 18.

« Quel peut être ce droit que les hommes s’attribuent de trucider leurs semblables ? Certainement pas celui dont découlent la souveraineté et les lois. Celles-ci ne sont qu’une somme de portions minimales de la liberté privée de chacun ; elles représentent la volonté générale, qui est l’agrégat des volontés particulières. Quel est celui qui ait jamais voulu laisser à d’autres hommes le pouvoir de le tuer ? Comment peut-il y avoir, dans le plus petit sacrifice de la liberté de chacun, celui du plus grand parmi tous les biens, la vie ? Et quand cela serait, comment un tel principe s’accorde-t-il avec cet autre, qui veut que l’homme n’est pas maître de se tuer, alors qu’il devait l’être s’il a pu donner ce droit à autrui ou à la société tout entière ? »⁴⁴⁴.

D’autre part, l’utilitarisme de Beccaria le pousse également à condamner la peine capitale. Ce qui peut paraître surprenant de prime abord, s’explique par le fait que pour le milanais « [c]e n’est pas la sévérité de la peine qui produit le plus d’effet sur l’esprit des hommes, mais sa durée »⁴⁴⁵. De sorte que pour lui, il n’est pas nécessaire de condamner un criminel à la peine de mort – « spectacle terrible mais momentané » –, alors qu’en revanche il est plus utile de le « tourmenter » par un « esclavage perpétuel » :

« Le frein le plus puissant pour arrêter les crimes n’est pas le spectacle terrible mais momentané de la mort d’un scélérat, c’est le tourment d’un homme privé de sa liberté, transformé en bête de somme et qui paie par ses fatigues le tort qu’il a fait à la société »⁴⁴⁶.

« [I]l n’y a personne qui, en y réfléchissant, puisse choisir la perte totale et perpétuelle de sa liberté, tout avantageux que puisse être un délit » ; « l’intensité de la peine d’esclavage perpétuel, substituée à la peine de mort, a donc ce qu’il faut pour dissuader tout esprit déterminé »⁴⁴⁷.

Ainsi, comme l’explique Jean-Louis Halpérin, «[d]ans le but de démontrer l’inutilité et le caractère nuisible de la peine de mort – la cruauté d’”un seul jour de souffrance” –, Beccaria essaie de reconstituer le raisonnement d’un voleur ou d’un assassin : celui qui a devant les yeux de longues années ou même une vie entière de captivité et de douleur, où il sera

⁴⁴⁴ Traduit par Xavier TABET, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », *op. cit.*, point 4, d’après : L. FIRPO (dir.), *Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, vol. 1, *Dei delitti e delle pene. Con le edizioni italiane del «Dei delitti e delle pene»*, Milan, Mediobanca, 1984, p. 86.

⁴⁴⁵ Cité par Marie GLORIS BARDIAUX-VAÏENTE, *Histoire de l’abolition de la peine de mort dans les six pays fondateurs de l’Union européenne*, *op. cit.*, p. 43.

⁴⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁴⁷ Traduit par Xavier TABET, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », *op. cit.*, point 6, d’après : L. FIRPO (dir.), *Edizione nazionale delle opere di Cesare Baccaria*, *op. cit.*, p. 90.

l'esclave des lois qui le protégeaient naguère, exposé aux regards de ses concitoyens dont il était l'égal et l'associé, fera une salutaire comparaison de tout cela avec le succès incertain de ses forfaits et le peu de temps où il en pourra goûter les fruits" »⁴⁴⁸.

Ce n'est donc pas tant pour adoucir les peines que pour les rendre plus utiles que Beccaria postule le remplacement de la peine de mort : « On m'objectera peut-être que la réclusion perpétuelle est aussi douloureuse que la mort, et par conséquent tout aussi cruelle ; je répondrai qu'elle le sera peut-être davantage, si on additionne tous les moments malheureux qu'elle comporte »⁴⁴⁹.

Il faut cependant noter que l'utilitarisme de Beccaria semble être purement pénal. Jusqu'à preuve du contraire, il n'y mêle pas des considérations extrinsèques. Par contre, dans son *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, Voltaire y ajoute une approche économique : « [U]n homme pendu n'est bon à rien. Il est évident que vingt voleurs vigoureux condamnés à travailler aux ouvrages publics toute leur vie, servent l'Etat par leur supplice, et que leur mort ne fait de bien qu'au bourreau que l'on paie pour tuer les hommes en public »⁴⁵⁰.

Il y a un troisième argument proposé par Beccaria contre l'usage de la peine capitale. L'auteur du *Dei delitti e delle pene* estime en effet qu'il y a une contradiction à vouloir prévenir l'assassinat en ordonnant un assassinat⁴⁵¹. Lorsqu'on examine bien ce troisième argument, il semble qu'il se rattache au deuxième. Il confirme en tout cas l'importance que revêt l'exemple dans la rationalité pénale de Beccaria. On doit probablement en dire de même du propos de Beccaria sur les sentiments de compassion et d'indignation plus forts que la valeur exemplaire des exécutions capitales⁴⁵².

Sans faire de l'histoire un de ses arguments à proprement parler, Beccaria fait également l'éloge de l'impératrice Élisabeth I^{re} de Russie⁴⁵³. Cet exemple déjà cité ou évoqué par Toussaint et Pelli constitue donc un de ces topos qui, en ces années 1750-1760, sont utilisés

⁴⁴⁸ Jean-Louis HALPÉRIN, « Ambivalences des doctrines pénales modernes », *op. cit.*, p. 3.

⁴⁴⁹ Cité par Marie GLORIS BARDIAUX-VAÏENTE, *Histoire de l'abolition de la peine de mort dans les six pays fondateurs de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 43.

⁴⁵⁰ Cité par Marie-Christine GUIOL, *Finalités et modalités de la peine dans la doctrine pénale et la pensée politique des XVII^e et XVIII^e siècles*, *op. cit.*, p. 542-543.

⁴⁵¹ Xavier TABET, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », *op. cit.*, point 7.

⁴⁵² Jean-Pierre CLÉRO, « Un tournant dans la conception du droit pénal : Beccaria et Bentham », *op. cit.*, p. 71, note 11.

⁴⁵³ Giuseppe PELLI, *Contre la peine de mort précédé de Correspondance avec Beccaria*, *op. cit.*, p. 18-19, note 5.

au sein du mouvement abolitionniste, bien qu'il serve plutôt à appuyer qu'à démontrer l'illégitimité de la peine capitale.

Enfin, à la fin de sa vie, dans son *Voto sulla pena di morte*, envoyé au chancelier Kaunitz en 1792, Beccaria ajoute comme argument le caractère irréparable de la peine de mort, déjà évoqué en France lors du débat sur le maintien ou non de la peine capitale dans le cadre de l'élaboration du code pénal de 1791⁴⁵⁴.

À ce tableau abolitionniste, il manque des réserves non négligeables. C'est qu'en effet Beccaria apporte deux exceptions à sa condamnation de la peine capitale. La première concerne le cas où un État « récupère ou perd sa liberté » ou en temps d'anarchie « quand ce sont les désordres eux-mêmes qui tiennent lieu de lois » :

« [Q]uand, même privé de liberté, [le coupable] aurait encore des relations et une puissance telles qu'elles intéressent la sûreté de la nation, et quand son existence pourrait provoquer une révolution dangereuse dans la forme établie du gouvernement »⁴⁵⁵.

Si cette première réserve peut se concevoir comme une mesure d'exception, dans un cas de nécessité délimité qui ne ressort pas au contrat social, la deuxième paraît être une véritable entorse à l'abolitionnisme de Beccaria et repose d'ailleurs sur l'utilitarisme précédemment mobilisé pour s'opposer à la peine de mort :

« [Le cas où la peine de mort] serait l'unique et véritable frein pour dissuader les autres de commettre des délits (...) est le second motif pour lequel on peut estimer juste et nécessaire la peine de mort »⁴⁵⁶.

Certes, Beccaria précise que ces réserves ne sont pas d'application « sous le règne tranquille des lois » et « sous un libre et tranquille gouvernement »⁴⁵⁷, mais n'est-ce pas subjectif ? Voltaire parle du « cas où l'on tue un chien enragé. Dans toute autre occurrence, condamner

⁴⁵⁴ Xavier TABET, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », *op. cit.*, point 28.

⁴⁵⁵ Traduit par Xavier TABET, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », *op. cit.*, point 8.

⁴⁵⁶ *Ibidem*.

⁴⁵⁷ Xavier MARTIN, *Beccaria, Voltaire et Napoléon ou l'étrange humanisme pénal des Lumières (1760-1810)*, *op. cit.*, p. 32.

le criminel à vivre peut être utile »⁴⁵⁸. Au final, il semble que c'est encore l'utilité qui est déterminante.

L'on pourrait objecter que les réserves de Beccaria ne sont que quelques concessions d'un précurseur, qu'il a probablement mises de côté, comme peut le laisser penser le code pénal toscan que nous verrons bientôt et sur lequel il a une influence, qui abolit complètement la peine capitale. Cela ne serait pas exact, puisque deux ans avant sa mort, en 1792, dans son *Voto sulla pena di morte*, Beccaria légitime la peine capitale dans un cas de « nécessité absolue » :

« [La peine de mort est légitime en cas de] nécessité positive », même « dans l'état pacifique d'une société et sous l'administration régulière de la justice », lorsque le coupable, « ourdissant le renversement de l'État, bien qu'emprisonné et fort bien gardé, serait par ses relations intérieures et extérieures encore en situation de troubler à nouveau la société et de la mettre en péril »⁴⁵⁹.

Comme on le voit, il semble qu'à la fin de sa vie, Beccaria est plus restrictif, puisqu'il n'émet plus qu'une réserve à sa condamnation de la peine de mort. Mais en même temps, cette réserve qui ressemble à la première réserve proposée en 1764 est plus large que celle-ci en ce qu'elle peut également s'appliquer « dans l'état pacifique d'une société et sous l'administration régulière de la justice ».

Mais il y a plus. Beccaria n'est non seulement pas un abolitionniste complet, mais il ne semble pas loin de légitimer la violence pour faire triompher les Lumières sur les « ténèbres de l'ignorance ». Dans son *Dei delitti e delle pene*, il parle en effet du « passage sanglant mais nécessaire des ténèbres de l'ignorance à la lumière de la philosophie, et de la tyrannie à la liberté »⁴⁶⁰.

Dans ces conditions, il n'est pas exact de dire que Beccaria est « le premier à défendre et poser un argumentaire complet en faveur de l'abrogation »⁴⁶¹ ou le « premier grand théoricien

⁴⁵⁸ Cité par Marie-Christine GUIOL, *Finalités et modalités de la peine dans la doctrine pénale et la pensée politique des XVII^e et XVIII^e siècles*, op. cit., p. 542.

⁴⁵⁹ Cesare BECCARIA, *Voto sulla pena di morte*, in *Dei delitti e delle pene. Consulte criminali*, op. cit., p. 137, cité et traduit par Xavier TABET, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », op. cit., note 72.

⁴⁶⁰ Cité par Xavier TABET, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », op. cit., note 56.

⁴⁶¹ Marie GLORIS BARDIAUX-VAÏENTE, *Histoire de l'abolition de la peine de mort dans les six pays fondateurs de l'Union européenne*, op. cit., p. 32.

juriste de l'abolition de la peine de mort »⁴⁶². Non seulement parce qu'il n'en est pas le premier. Mais aussi parce que contrairement à certains de ses prédécesseurs, Beccaria n'est pas en tout point un abolitionniste. En outre, si l'argumentaire de Beccaria est complet, celui de Pelli l'est certainement davantage, faisant l'objet d'un opuscule à part entière.

Nous l'avons vu, les principaux arguments de Beccaria contre la peine de mort étaient déjà, à quelques différences près, proposés par Pelli quelques années plus tôt. Certes, cela ne signifie pas du tout que celui-ci ait influencé le milanais, puisque ce dernier n'a pu connaître l'écrit inédit de son prédécesseur. En revanche, cela montre combien ces arguments étaient déjà en vogue dans certains milieux intellectuels de la péninsule ouverts aux idées des Lumières. De sorte que, comme le notait déjà en 2009 Xavier Tabet, « [l]e talent de l'auteur du célèbre traité fut, comme celui de Machiavel avec *Le Prince*, de donner forme à des idées qui étaient, en quelque sorte, dans « l'air du temps » »⁴⁶³.

Remarquons cependant que l'abolitionnisme est loin de faire l'unanimité, y compris parmi les novateurs. André Laingui estime que les partisans d'une abolition de la peine capitale « pour tous les crimes de droit commun » sont « très rares jusqu'en 1790 »⁴⁶⁴. Ainsi, l'on a déjà vu les positions non-abolitionnistes de Rousseau et de Diderot. En Italie, Gaetano Filangieri conteste le fait que dans l'état de nature l'homme n'avait pas le droit de punir par la mort son assaillant (il cite le cas de légitime défense) et par conséquent qu'il n'avait pas le droit de transférer ce droit à la société. Néanmoins, tout aussi utilitariste que Beccaria, il conclut en soutenant que la peine de mort n'est juste que si elle est utile⁴⁶⁵.

Section 2. Les premières abolitions législatives de la peine capitale

C'est à la fin du 18^{me} siècle qu'apparaît la première abolition de la peine de mort. Le pays pionnier en la matière est la Toscane, où par le code pénal du 30 novembre 1786 (appelé *La*

⁴⁶² C'est ce que soutient Jacques Derrida (1930-2004), qui se permet tout de même de critiquer le milanais (Luigi DELIA, « Lumières sur l'abolition universelle de la peine de mort : Derrida lecteur de Beccaria et de Kant », in *Rue Descartes*, 2017, p. 91).

⁴⁶³ Xavier TABET, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », *op. cit.*, point 3.

⁴⁶⁴ André LAINGUI, « Peine de mort », in Denis ALLAND et Stéphane RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 1143.

⁴⁶⁵ Alessandro TUCCILLO, « Droit de punir et légitimation de la peine de mort dans *La science de la législation* de Gaetano Filangieri », in *Corpus, revue de philosophie*, n° 62, 2012, p. 237 à 243.

Leopoldina), le grand-duc Léopold I^{er}, frère de l'empereur Joseph II dont il va bientôt être successeur, abroge la peine capitale⁴⁶⁶.

Selon Marie Gloris Bardiaux-Vaïente, la deuxième abolition de la peine de mort serait le fait précisément de Joseph II⁴⁶⁷. En réalité, il ne s'agit pas d'une abrogation complète, la peine de mort ayant été maintenue en cas de sédition, comme on peut le lire à l'article 53 du code criminel autrichien promulgué en 1787⁴⁶⁸.

Le premier parlement à débattre de la peine capitale est l'Assemblée nationale constituante de la France révolutionnaire⁴⁶⁹, mais sans succès puisque le code pénal des 25 septembre et 6 octobre 1791 maintient la peine de mort, bientôt plus utilisée que jamais sous la Terreur, notamment au moyen de la guillotine⁴⁷⁰.

Ces exemples, bien que chronologiquement très proches (compris en l'espace de cinq ans), sont donc différents par les territoires qu'ils concernent et par leurs contextes respectifs. Il paraît donc utile de les examiner successivement et de nous interroger sur leurs liens éventuels avec les fonctions de la peine. Le troisième faisant état d'un cas non-abouti et étant lié à l'instauration de la peine de prison sera traité au chapitre suivant.

L'abolition en Toscane est liée à l'adoption d'un code pénal, généralement connu sous le nom de *La Leopoldina*, probablement en référence à son promulgateur. Ce code fait expressément le lien en son article 51 entre l'abolition de la peine capitale et les fonctions de la peine. Mais de façon assez surprenante, celles-ci sont exposées d'une manière qui paraît relativement traditionnelle :

⁴⁶⁶ Marie GLORIS BARDIAUX-VAÏENTE, *Histoire de l'abolition de la peine de mort dans les six pays fondateurs de l'Union européenne*, op. cit., p. 34-35. L'historienne y soutient que c'est par l'ordonnance de Pise du 17 mai 1786 que la peine de mort a été abolie, avant d'écrire plus loin (p. 67, note 184) que c'est le 30 novembre de la même année qu'elle l'a été. Nous avons préféré retenir cette dernière date, qui fait actuellement l'objet chaque année de la Journée internationale « Villes pour la Vie – Villes contre la peine de mort » (*ibidem*).

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 35.

⁴⁶⁸ « En cas du plus haut degré de méchanceté & de dommages publics, les auteurs de la sédition (...) sont condamnés à la peine de mort » (*Nouveau code criminel de l'empereur, publié à Vienne le 15 janvier 1787*, trad. de l'allemand par M.L.D. [probablement Lemièrre d'Argis], Amsterdam, Hardouin & Gatey, 1787, p. 24).

⁴⁶⁹ Marie GLORIS BARDIAUX-VAÏENTE, *Histoire de l'abolition de la peine de mort dans les six pays fondateurs de l'Union européenne*, op. cit., p. 53.

⁴⁷⁰ Pour donner une idée de la place de la guillotine sous la Terreur, Jean-Clément Martin note que « [l]a guillotine tue quelque 2500 personnes à Paris entre 1792 et 1794. Dans l'ensemble des exécutions et autres mises à mort, elle compte fort peu à côté des fusillades et autres moyens employés (massacres à l'arme blanche, noyades). Son coût élevé et la lenteur lors des supplices multiples expliquent cette marginalisation. En revanche, elle devient, parce qu'elle innove, le symbole de la Révolution et surtout l'illustration de sa dérive » (Jean-Clément MARTIN, *La terreur. Vérités et légendes*, Paris, Perrin, 2017, ch. 15).

« [A]yant considéré que le but du châtement doit être de réparer les torts causés aux particuliers & au public ; de procurer la correction du coupable, enfant lui-même de la société & de l'état, de l'amendement duquel il ne faut jamais désespérer ; de s'assurer de la personne des criminels, pour qu'ils n'aient plus la faculté de commettre de nouveaux délits plus graves & plus atroces que les premiers, & finalement de donner un exemple public »⁴⁷¹.

Ainsi, l'article 51 du code criminel toscan commence son énumération des fonctions de la peine par la réparation du tort causé non seulement à la victime mais aussi « au public », c'est-à-dire à l'ensemble de la société. Il semble donc s'agir ici du caractère rétributif de la peine (même si nous verrons plus loin que cela est moins évident qu'il n'y paraît). C'est seulement ensuite que sont cités l'amendement, la prévention spéciale et l'exemple. Il faut cependant noter l'insistance sur l'amendement du coupable « duquel il ne faut jamais désespérer ».

A première vue, cette description des fonctions de la peine étant relativement conforme à la pensée conservatrice, il ne devrait pas y avoir de lien avec l'abolition de la peine de mort. Pourtant, il y a lieu de rappeler que ce passage figure dans la disposition qui abolit la peine capitale. Mieux que cela, il s'agit d'un des considérants de cette disposition, dont voici la suite immédiate :

« Ayant aussi considéré que le gouvernement, par la punition des délits qu'il fait servir au but vers lequel elle est uniquement dirigée, est tenu dans toutes les occasions de mettre en usage les moyens les plus efficaces, en faisant le moins de mal possible au coupable ; que cette efficacité & cette modération réunies sont beaucoup plus utiles que la peine de mort ; que la condamnation aux travaux publics est un exemple continu, & non un épouvantail du moment qui se change souvent en compassion ; qu'elle ôte la faculté de commettre de nouveaux délits, & non l'espérance possible de rendre un jour à la société un citoyen utile & revenu de ses erreurs »⁴⁷².

« Les moyens les plus efficaces », « cette efficacité », « beaucoup plus utiles », « un citoyen utile »... Difficile ici de reconnaître le langage rétributif. Force est plutôt d'y déceler le discours utilitariste. La peine de mort a le désavantage d'être ponctuelle, tandis que « la

⁴⁷¹ *Nouveau code criminel pour le grand duché de Toscane, publié par ordre de Son Altesse Royale, Monseigneur le Grand Duc*, trad. de l'italien, Lausanne, François Grasset et comp., 1787, p. 41.

⁴⁷² *Ibidem*.

condamnation aux travaux publics est un exemple continuel ». Par ailleurs, la peine capitale supprime la possibilité « de rendre un jour à la société un citoyen utile ». Même la douceur des peines est considérée pour son utilité : « cette efficacité & cette modération réunies sont beaucoup plus utiles que la peine de mort ». Il y a plus : la peine de mort est problématique, parce que son exemplarité « se change souvent en compassion »...

Ce n'est que dans le dernier considérant que la douceur des peines est évoquée uniquement pour elle-même⁴⁷³. Ainsi, comme le remarque Marie Gloris Bardiaux-Vaïente, l'argumentation a « une tournure plus utilitariste qu'humaniste »⁴⁷⁴. L'amendement est important, mais il s'agit d'un amendement utile, sinon utilitariste. Il semble que dans un premier temps, l'argumentaire abolitionniste du grand-duc Léopold partait d'une théorie du contrat social, estimant que la société ne pouvait avoir un droit que chacun de ses membres n'avait pas sur lui-même. Le projet a ensuite été soumis à Antonio Cercignani, auditeur de Pise, ainsi qu'à trois magistrats (Tosi, Giaccoti et Giusti), et ce sont eux ou certains d'entre eux qui ont invité le grand-duc à modifier son argumentation⁴⁷⁵. Dans tous les cas, il n'y a pas lieu de s'étonner du caractère utilitariste de ce plaidoyer abolitionniste. En effet, le code *La Leopoldina* est le fruit du travail d'une commission présidée par Beccaria⁴⁷⁶.

Reste un dernier point à considérer : par quoi le code pénal toscan remplace-t-il la peine de mort ? C'est à l'article 53 qu'il faut en chercher la réponse :

« Et devant les criminels de délits graves & capitaux rester en vie pour réparer leurs mauvaises actions par d'autres utiles, ordonnons qu'à la peine de mort abolie soit substituée, au lieu du dernier supplice pour les hommes, la peine des travaux publics à vie, & pour les femmes celle de la prison, (*ergastolo*,) pareillement à vie, abolissant aussi tout-à-fait la coutume d'accorder à ceux qui sont condamnés à la dite peine des travaux publics à vie, après l'avoir soufferte l'espace de trente années, de pouvoir supplier pour en être affranchis, comme si cette grace leur étoit légitimement dûe »⁴⁷⁷.

Les premières lignes de cette disposition confirment le raisonnement utilitariste du code et les dernières sa faible préoccupation humaniste. De plus, elle permet aussi de lever le paradoxe

⁴⁷³ *Nouveau code criminel pour le grand duché de Toscane, publié par ordre de Son Altesse Royale, Monseigneur le Grand Duc, op. cit.*, p. 41-42.

⁴⁷⁴ Marie GLORIS BARDIAUX-VAÏENTE, *Histoire de l'abolition de la peine de mort dans les six pays fondateurs de l'Union européenne, op. cit.*, p. 68.

⁴⁷⁵ *Ibidem*.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 67-68.

⁴⁷⁷ *Nouveau code criminel pour le grand duché de Toscane, publié par ordre de Son Altesse Royale, Monseigneur le Grand Duc, op. cit.*, p. 43-44.

que nous avons relevé ci-dessus. La réparation qui figurait en tête des fonctions de la peine telles qu'énoncées par l'article 51 étonnait par sa dimension rétributive supposée. Mais en réalité, s'agissait-il vraiment du rétributivisme ? L'on peut à présent en douter, puisque l'article 53 dispose que « pour réparer leurs mauvaises actions », les criminels doivent effectuer « d'autres utiles », c'est-à-dire d'autres actions mais cette fois utiles à la société. En d'autres termes, ladite réparation n'est pas tant le rééquilibrage de l'ordre naturel de la société que l'utilité tirée du criminel.

Comment expliquer que la Toscane semble être le premier État du monde à abolir la peine capitale ? Renato Pasta note que « c'est dans ce pays qu'a été le plus profond et le plus libre le débat sur *Dei delitti e delle pene*, qui a accompagné la préparation de la loi criminelle de 1786 »⁴⁷⁸. Par ailleurs, nous avons vu que c'est de Toscane que provient le premier écrit consacré expressément à l'abolition de la peine capitale, la *Dissertation sur la peine de mort* de Pelli. Cependant, notons tout de suite que cette abolition fut de courte durée. Les exécutions reprennent une dizaine d'années plus tard, durant l'occupation française (1796-1799). En fait, l'abolition est levée dès 1790, donc avant la guerre avec la France⁴⁷⁹.

Évoquons rapidement le code pénal autrichien. Promulgué par Joseph II le 13 janvier 1787, soit moins de deux mois après celui de son frère, il est souvent considéré comme le « premier code pénal moderne »⁴⁸⁰. Selon Yves Cartuyvels, sa rédaction est également sous l'influence directe de Beccaria⁴⁸¹. Adriano Cavanna va jusqu'à estimer que « [l]a cruelle dureté des peines de détention et des peines corporelles du Code pénal de Joseph II (...) apparaît comme le résultat (...) d'une froide spéculation utilitariste sur l'efficacité, l'exemplarité et l'utilité sociale de la peine. Joseph II, s'inspirant correctement des développements logiques d'un Beccaria ou d'un Voltaire, en abandonne les éléments humanitaires et crée un mécanisme répressif moderne et rationnel, peut-être encore plus redoutable que la cruauté spectaculaire du passé »⁴⁸².

⁴⁷⁸ Renato PASTA, « Beccaria tra giuristi e filosofi : aspetti della sua fortuna in Toscana e nell'Italia centrosettentrionale », in *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, Milan-Rome-Bari, Cariplo-Laterza, 1990, p. 520, cité et traduit par Philippe AUDEGEAN, « Introduction. Un combat secret de Pelli : "abolir la peine de mort" », *op. cit.*, p. XIII.

⁴⁷⁹ Xavier TABET, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », *op. cit.*, point 26.

⁴⁸⁰ C'est en tout cas ce que constate Yves CARTUYVELS, *Une généalogie de la codification en droit pénal*, *op. cit.*, p. 329.

⁴⁸¹ Yves CARTUYVELS, *Une généalogie de la codification en droit pénal*, *op. cit.*, p. 99.

⁴⁸² A. CAVANNA, « Il progetto lombardo di codice penale del 1791-1792 », in *La formazione storica del diritto moderno in Europa, Atti del terzo congresso internazionale della società italiana di storia del diritto*, Firenze, 1977, vol. II, p. 950, cité (et traduit ?) par Yves CARTUYVELS, *Une généalogie de la codification en droit pénal*, *op. cit.*, p. 340, note 67.

Chapitre 3. Nouvelles fonctions de la peine et nouvelle fonction de la prison

Dans la première partie, nous avons vu que dans le droit séculier de l’Ancien Régime, la prison ne constitue pas une peine ordinaire, alors qu’en droit canonique, où l’amendement revêt une dimension centrale, elle a le statut de peine. Il semble qu’il y ait ainsi un lien entre la fonction pénale de la prison et l’amendement des coupables, que l’Église favorise dans le cadre de sa mission de sanctification des âmes. Ce lien est rappelé en 1703 par la devise inscrite sur la prison Saint-Michel à Rome inaugurée par le pape Clément XI : « C’est peu d’effrayer les méchants par la peine, si on ne les rend meilleurs par la discipline »⁴⁸³.

Dans la seconde partie, nous avons vu qu’au siècle des Lumières, la hiérarchie des fonctions de la peine est bouleversée, la rétribution écartée, l’utilité sociale de la peine exaltée et la correction du délinquant reconsidérée. L’amendement mis en avant explique-t-il qu’un usage jusque-là surtout ecclésiastique de l’emprisonnement pénal soit repris à la fin du 18^{me} siècle par le droit pénal séculier ?

C’est à cette question que ce dernier chapitre est consacré. Cette question est liée à une autre que nous n’aborderons pas directement : cette reprise de l’emprisonnement comme peine est-il un aspect de la sécularisation ? Si Michel Foucault récuse l’idée selon laquelle « l’enfermement [serait] une laïcisation d’une peine catholique », il fait néanmoins remarquer que dans une certaine mesure « [l]’emprisonnement canonique a disparu quand l’emprisonnement pénal s’établit définitivement »⁴⁸⁴.

Deux éléments semblent *a priori* appeler une réponse négative à ces deux questions. Tout d’abord, la peine de prison est connue du droit pénal, même séculier, depuis le Moyen Âge. Ainsi par exemple, Corinne Leveux-Teixeira fait remarquer que c’est bien la peine de prison que sept ordonnances royales des 13^{me} au 15^{me} siècles prévoient pour le délit de blasphème⁴⁸⁵. D’autre part, le dernier chapitre de la Partie 2 a montré que l’amendement promu au siècle des Lumières n’est pas le même que celui du droit canonique.

⁴⁸³ Cité par Louis de CARBONNIÈRES, « Peine », *op. cit.*, p. 1139.

⁴⁸⁴ Michel FOUCAULT, *La société punitive*, cours au collège de France (1972-1973), Paris, EHESS-Seuil-Gallimard, 2013, p. 73 et 88, cité par Jérôme FERRAND, « Temps mort. Généalogie de la prison comme peine, de la naissance du purgatoire aux errements du temps présent », in *L’IRASCible*, n° 5 : *Prison et Droits : Visages de la peine*, 2015, p. 99-100.

⁴⁸⁵ Corinne LEVEUX-TEXEIRA, *La parole interdite. Le blasphème dans la France médiévale (XIIIe-XVIe siècles) : du péché au crime*, Paris, De Boccard, 2001, p. 399, citée par Julie CLAUSTRE, « La prison de “desconfort”. Remarques sur la prison et la peine à la fin du Moyen Age », *op. cit.*, p. 23.

Pourtant, s'il est vrai que la peine de prison existe de façon marginale depuis le Moyen Âge, cela n'explique pas comment elle devient une peine ordinaire à la fin du 18^{me} siècle, au point que Jacques-Guy Petit estime que « [l]a peine de prison (...) est une invention de notre modernité », puisqu'« elle se développe au siècle des Lumières et ne devient la base de la pénalité, en France, que pendant la Révolution »⁴⁸⁶. Par ailleurs, que le nouvel amendement ne vise plus le salut de l'âme du coupable, mais sa réinsertion sociale n'implique pas qu'il ne favorise plus l'emprisonnement, considéré comme particulièrement approprié à faire réfléchir l'auteur du crime ou du délit sur les conséquences de son acte.

Ainsi, sans traiter la question de façon exhaustive, il s'agira de comprendre la consécration législative de la peine de prison par le code pénal de 1791 (Section 2), après avoir essayé de déceler ses éventuelles prémisses dans les nouveaux discours sur les fonctions de la peine au siècle des Lumières (Section 1).

Section 1. La prison dans les nouvelles théories pénales

Pour commencer, il faut remarquer avec Luigi Delia que si « le discours pénal des juristes réformateurs de l'âge des Lumières est sans doute un incontournable épisode intermédiaire pour mieux apprécier la crise des anciennes pratiques punitives et l'affirmation du modèle carcéral », force est de constater qu'« à quelques exceptions près (...), ces auteurs ne ménagent pas une place considérable à la prison pénale »⁴⁸⁷.

S'il est vrai que Beccaria se prononce pour son application comme peine dans le cas d'un contrebandier insolvable, il n'y est pas favorable pour les délits mineurs, où elle était alors en usage⁴⁸⁸. Pour le milanais, la prison est avant tout un lieu de détention préventive et non une peine :

« Si l'emprisonnement n'est qu'un moyen de s'assurer d'un citoyen jusqu'à ce qu'il soit jugé coupable, comme ce moyen est fâcheux et cruel, on doit, autant que possible, en adoucir la rigueur et en abrégier la durée »⁴⁸⁹.

Mais il y a plus. Un simple parallèle entre trois définitions de dictionnaires datant respectivement de 1690, 1762 et 1787 et donc susceptibles de montrer l'évolution de la

⁴⁸⁶ Jacques-Guy PETIT, *Ces peines obscures, la prison pénale en France, 1780-1875*, Paris, Fayard, 1990, p. 9.

⁴⁸⁷ Luigi DELIA, « Ouvertures. Sens et non-sens de la prison », in *L'IRASCible*, n° 5 : *Prison et Droits : Visages de la peine*, 2015, p. 17.

⁴⁸⁸ Philippe AUDEGEAN, « Beccaria et la naissance de la prison », *op. cit.*, p. 55 et 58.

⁴⁸⁹ Cité par Claude FAUGERON et Jean-Michel LE BOULAIRE, « Prisons, peines de prison et ordre public », in *Revue française de sociologie*, n° 33, 1992, p. 8, note 12.

fonction de la prison tout au long du siècle des Lumières semble au contraire révéler une étrange continuité. La prison est ainsi définie :

« Geôle, lieu fort et gardé pour retenir des criminels, des débiteurs et des captifs »⁴⁹⁰.

« Lieu où l'on enferme les accusés, les criminels, les débiteurs, &c »⁴⁹¹.

« *Prison*, est le lieu où l'on enferme les accusés, les débiteurs, etc »⁴⁹².

Ainsi, aussi bien avant le siècle des Lumières, qu'à la veille de la Révolution, la prison a trois fonctions principales que sont la garde des accusés (ce que nous appelons de nos jours la prison préventive), la détention des débiteurs insolvables et la punition de certains criminels. Il faut y ajouter les établissements où par lettres de cachet peuvent être enfermés les enfants particulièrement difficiles à la demande de leurs parents ou ceux qui sont jugés dangereux pour l'autorité. À côté des prisons proprement dites, existent aussi depuis la fin du 17^{me} siècle les hôpitaux généraux, puis à partir du milieu du 18^{me} les dépôts de mendicité⁴⁹³.

Faut-il soutenir que la prison comme peine est née en dehors des théories pénales et contre elles, comme le pensait Michel Foucault⁴⁹⁴ ? Il paraît hâtif de l'affirmer. Nous avons vu au chapitre précédent que la plupart des premiers abolitionnistes de la peine de mort prônent son remplacement par une peine de travail, qui aurait le mérite d'étaler la peine sur la durée et donc de constituer un « exemple continu », faisant l'impression « la plus durable possible sur l'esprit des hommes »⁴⁹⁵. Certes, il ne s'agit pas encore de la peine de prison, mais l'utilité de la durabilité des peines est posée. En ce sens, l'on peut dire que « les idées des Lumières (...) valorisent la prison »⁴⁹⁶, en établissant une des conditions de son émergence.

⁴⁹⁰ Antoine FURETIÈRE (dir.), *Dictionnaire universel, contenant généralement tous les mots françois, tant vieux que modernes et les termes de toutes les sciences et des arts...*, Paris, 1690, cité par Audrey HIGELIN-FUSTÉ, *La prison pénale en France de 1791 à 1848 : élaborer l'espace de la réclusion*, thèse de doctorat en histoire de l'art, Université Grenoble Alpes, 2011, annexe 1, p. 1 (de l'annexe).

⁴⁹¹ ACADÉMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire de l'académie françoise*, 4^{me} éd., Paris, Brunet, 1762, citée par Audrey HIGELIN-FUSTÉ, *La prison pénale en France de 1791 à 1848 : élaborer l'espace de la réclusion*, op. cit., annexe 1, p. 16 (de l'annexe).

⁴⁹² Jean-François FÉRAUD (dir.), *Dictionnaire critique de la langue française*, Marseille, Mossy, 1787, cité par Audrey HIGELIN-FUSTÉ, *La prison pénale en France de 1791 à 1848 : élaborer l'espace de la réclusion*, op. cit., annexe 1, p. 16 (de l'annexe).

⁴⁹³ Claude FAUGERON et Jean-Michel LE BOULAIRE, « Prisons, peines de prison et ordre public », op. cit., p. 8.

⁴⁹⁴ Philippe AUDEGEAN, « Introduction. Un combat secret de Pelli : "abolir la peine de mort" », op. cit., p. XXXIII.

⁴⁹⁵ Ce sont les expressions respectivement de Pelli et de Beccaria, voir *supra*, p. 67 et 123.

⁴⁹⁶ Sylvie HUMBERT et Nicolas DERASSE, « La prison : "mise en durée" et épreuve du temps », in Sylvie HUMBERT, Nicolas DERASSE et Jean-Pierre ROYER (dir.), *La prison, du temps passé au temps dépassé*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 10.

De plus, l'idée de faire de la prison la peine par excellence est explicitement défendue par plusieurs des adeptes de la nouvelle conception de la peine. D'abord, il est à remarquer que comme pour l'abolitionnisme de la peine capitale, les quakers semblent être des pionniers en matière de peine de prison⁴⁹⁷. C'est probablement en Angleterre que l'idée de prison comme peine s'est d'abord développée. Parmi ses promoteurs, il y en a qui comme Bentham rattache explicitement l'emprisonnement pénal à la nouvelle hiérarchie des fonctions de la peine :

« Que doit être la prison ? Un séjour où l'on prive de leur liberté des individus qui en ont abusé, pour prévenir de nouveaux crimes de leur part, et pour en détourner les autres par la terreur de l'exemple. C'est de plus une maison de correction où l'on doit se proposer de réformer les mœurs des personnes détenues, afin que leur retour en liberté ne soit pas un malheur, ni pour la société, ni pour eux-mêmes »⁴⁹⁸.

Au passage, on remarque combien la correction des coupables défendue par Bentham est utilitariste, puisqu'elle se propose de « réformer les mœurs des personnes détenues » pour « que leur retour en liberté ne soit pas un malheur ». L'amendement réalisé par la peine d'emprisonnement a donc pour but de réinsérer les délinquants dans la société sans « malheur, ni pour la société, ni pour eux-mêmes ». Cette dernière expression confirme que cet amendement vise au moins autant le bonheur de la société que celui du détenu.

La peine de prison est ainsi un moyen de réaliser la réinsertion sociale des délinquants, réinsertion qui devient pour certains le premier but que le législateur doit poursuivre en matière criminelle, comme le montre l'essai de Charles-Louis-Fleury Panckoucke, secrétaire du président du sénat sous Napoléon :

« Le but du législateur est de rendre les condamnés dignes de rentrer dans la société : il serait affreux de dire qu'il n'a en vue que de punir ». « Cherchez donc à rendre tout coupable meilleur, de sorte que, revenu au sein de la société, il ne soit pas un germe d'infection et d'inquiétude ».

⁴⁹⁷ Jean FERRAND, « Temps mort. Généalogie de la prison comme peine, de la naissance du purgatoire aux errements du temps présent », *op. cit.*, p. 100.

⁴⁹⁸ Jeremy BENTHAM, *Traité de la législation civile et pénale*, Paris, Bossange, Masson et Besson, 1802, t. 3, p. 211, cité par Luigi DELIA, « Ouvertures. Sens et non-sens de la prison », *op. cit.*, p. 25.

« [Les prisons] devraient être des *lieux d'espérance* : si le détenu est coupable, il doit y entrer avec l'*espérance* de devenir meilleur, et de se rendre digne par là même et par cela seul, de revenir au sein de la société »⁴⁹⁹.

Bien avant le code pénal de 1791, certains auteurs lient privation de liberté et amendement et appelle à la réforme de l'échelle des peines. Un cas intéressant est celui de Goswin de Fierlant. Nous avons vu dans la Partie 2 qu'après avoir fait de « l'amendement des coupables » et de « l'exemple pour le public » l'objet des peines, il remarquait que « bien loin qu'il y auroit une seule de nos peines au-dessous du dernier supplice qui seroit de nature à porter au bien ceux qui s'en écartent, elles tendent presque toutes à les pervertir davantage »⁵⁰⁰. Très logiquement, de Fierlant propose dès 1771 de remplacer toutes les peines excepté celle de mort :

« Qu'on fasse cesser toutes les peines au-dessous du dernier supplice, qu'on les remplace par des maisons de force (...), qu'on y fasse travailler les coupables qu'on punit aujourd'hui de l'échafaud, du bannissement, de la fustigation et de la marque, parce qu'il n'y a point d'autres peines »⁵⁰¹.

Certes, la peine de substitution proposée par Goswin de Fierlant est, comme chez Beccaria, celle des travaux forcés. Mais il est à remarquer que contrairement au milanais, il ne la conçoit plus tant comme une peine exemplaire que comme un moyen d'amender les coupables.

Il en est de même chez John Howard (1726-1790), où le travail en prison est promu comme moyen d'améliorer les délinquants, réformation morale qu'il qualifie d'entreprise religieuse pouvant être plus efficace que les exhortations des ministres de la religion, ce qui est peut-être à rapprocher de la conception utilitariste de la religion que nous avons vue dans la Partie 2⁵⁰² :

« [La prison a pour] principal objet (...) de rendre les hommes meilleurs » ; « la solitude et le silence effraient le crime ; elles portent le condamné à la réflexion, et la réflexion au repentir. Le méchant est un homme dépravé ; dans le recueillement et le calme, il s'épure ; et les heures silencieuses et pensives ramènent plus d'hommes

⁴⁹⁹ Charles-Louis-Fleury PANCKOUCKE, *De l'exposition, de la prison et de la peine de mort*, Paris, Imprimerie H. Agasse, 1807, p. 6, 16 et 26.

⁵⁰⁰ Goswin de FIERLANT, *Observations sur l'insuffisance et les inconvénients des peines afflictives, et sur les avantages qu'il y auroit à les remplacer par des maisons de force, op. cit.*, p. 239.

⁵⁰¹ *Ibidem*, p. 250-251.

⁵⁰² Voir *supra*, p. 99-100.

égarés à l'amour de l'ordre et de l'honnêteté que les punitions les plus sévères et les exhortations les plus fortes des ministres de la religion »⁵⁰³.

On trouve une idée voisine chez Mirabeau, pour qui « le but le plus important du châtement que presque toutes les loix ont négligé » est « la réforme du criminel »⁵⁰⁴. Il propose ainsi des maisons d'amélioration ou de pénitence pour amender les délinquants par la méditation et le travail, notamment dans un rapport à l'Assemblée constituante datant de 1790⁵⁰⁵. Notons qu'ici aussi, l'amendement qui est promu est probablement utilitariste, comme nous l'avons vu dans la Partie 2⁵⁰⁶. Cet utilitarisme est peut-être d'ailleurs également économique⁵⁰⁷.

En fait, le développement de la prison comme peine est le fruit d'une rencontre entre facteurs de natures fort diverses. Le célèbre historien et homme politique canadien Michael Ignatieff estime qu'en Angleterre « le nouveau système carcéral n'a pas été le résultat d'un consensus stratégique de la part de la classe dominante », mais « la conséquence d'une conjonction entre la transformation de l'ordre social, les nouvelles exigences de contrôle de la part des propriétaires et un nouveau discours sur l'exercice du pouvoir »⁵⁰⁸. Dans la pratique, il semble que ce soient l'Angleterre et la Hollande qui initient les premières maisons de correction ou de travail⁵⁰⁹, dès le 16^{me} siècle⁵¹⁰.

En France, dans la seconde moitié du 18^{me} siècle, les parlements, pourtant réputés pour leur conservatisme, recourent de plus en plus à la peine de prison. Pour ne citer qu'un exemple, rien qu'en l'espace de deux ans, en 1778-1779, le parlement de Rennes prononce une

⁵⁰³ John HOWARD, *L'état des prisons, des hôpitaux et des maisons de force en Europe au XVIIIe siècle*, 1791, réédition, Ivry-sur-Seine, Les éditions de l'atelier, 1994, p. 45 et 138, cité par Marie-Christine GUIOL, *Finalités et modalités de la peine dans la doctrine pénale et la pensée politique des XVII^e et XVIII^e siècles*, op. cit., p. 330-331.

⁵⁰⁴ Honoré-Gabriel RIQUETI DE MIRABEAU, *Observations d'un voyageur anglais, sur la Maison de Force appelée Bicêtre ; suivies de Réflexions sur les effets de la Sévérité des Peines, & sur la Législation Criminelle de la Grande-Bretagne*, op. cit., p. 20.

⁵⁰⁵ Marie-Christine GUIOL, *Finalités et modalités de la peine dans la doctrine pénale et la pensée politique des XVII^e et XVIII^e siècles*, op. cit., p. 338.

⁵⁰⁶ Voir *supra*, p. 97.

⁵⁰⁷ C'est en tout cas ce que peut suggérer ce passage des *Observations d'un voyageur anglais, sur la Maison de Force appelée Bicêtre*, où après avoir évoqué l'échec d'une expérience de travaux publics effectués par des prisonniers sur la Tamise, Mirabeau écrit : « Doit-on soutenir que ces hommes ne pourront jamais être employés utilement pour la société, parce qu'il est résulté quelque inconvénient de l'essai d'un plan mal conçu et mal exécuté ? » (Honoré-Gabriel RIQUETI DE MIRABEAU, *Observations d'un voyageur anglais, sur la Maison de Force appelée Bicêtre ; suivies de Réflexions sur les effets de la Sévérité des Peines, & sur la Législation Criminelle de la Grande-Bretagne*, op. cit., p. 61).

⁵⁰⁸ Michael G. IGNATIEFF, *A Just Measure of Pain. The Penitentiary in the Industrial Revolution*, New York, Pantheon Books, 1978, p. 88, cité et traduit par Luigi DELIA, « Ouvertures. Sens et non-sens de la prison », op. cit., p. 14.

⁵⁰⁹ Luigi DELIA, « Ouvertures. Sens et non-sens de la prison », op. cit., p. 14.

⁵¹⁰ John H. LANGBEIN, « The Historical Origins of the Sanction of Imprisonment for Serious Crime », in *The Journal of Legal Studies*, vol. 5, n° 1, 1976, p. 44 et s.

quinzaine de fois la peine d'emprisonnement, la plupart du temps pour remplacer la peine de galère. Louis-Bernard Mer conclut que « [l]a prison à temps tend à devenir, dès le XVIII^e siècle, le mode de répression normal des infractions de moyenne gravité »⁵¹¹. Dans les Pays-Bas habsbourgeois, l'emprisonnement pénal connaît également un développement remarquable, peut-être surtout auprès des juridictions urbaines⁵¹².

Section 2. Débat sur la peine de mort et consécration législative de l'emprisonnement pénal en France

Claude Faugeron et Jean-Michel Le Boulaire notent que « [l]es historiens s'accordent pour dater l'invention de la peine de prison, en France, de la rupture révolutionnaire »⁵¹³. Si en réalité ce constat doit être nuancé, comme nous l'avons vu, il est vrai que le code pénal révolutionnaire « insère pour la première fois officiellement l'emprisonnement dans l'échelle des peines »⁵¹⁴.

Le code pénal de 1791 est intéressant à examiner, non seulement en lui-même mais dans les différents stades de son élaboration. Initié par l'Assemblée constituante, il est d'abord l'objet du travail d'une commission plus restreinte, le comité de législation criminelle, qui est constitué dès 1789. Ce comité élabore un premier projet, ensuite discuté à l'Assemblée. Celle-ci débat de la peine capitale lors de ses séances des 30, 31 mai et 1^{er} juin 1791.

Comme le remarque Aude Duret, « il existe un net décalage entre le projet de législation criminelle et le texte véritablement adopté par les membres de l'Assemblée Constituante. Si le premier plaçait effectivement la privation de liberté et l'amélioration des coupables au cœur du système répressif, le second ne lui accordait qu'une place réduite et maintenait dans son échelle des peines des sanctions sévères, dont l'objectif primordial était de contenir les actions criminelles par la crainte qu'elles suscitaient »⁵¹⁵. L'évolution de la place réservée à la peine d'emprisonnement ainsi qu'à la peine de mort coïncide avec celle de l'importance accordée aux fonctions correctrices et préventives tout au long du processus codificateur. Comme nous

⁵¹¹ Louis-Bernard MER, « Réflexions sur la jurisprudence criminelle du Parlement de Bretagne pour la seconde moitié du XVIII^e siècle », in *Revue Judiciaire de l'Ouest*, n° 1, 1977, p. 8.

⁵¹² Xavier ROUSSEAU, « Doctrines criminelles, pratiques pénales, projets politiques : le cas des possessions habsbourgeoises (1750-1790) », in Michel PORRET (dir.), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, actes du colloque européen de Genève des 25-26 novembre 1995, Genève, Droz, 1997, p. 240.

⁵¹³ Claude FAUGERON et Jean-Michel LE BOULAIRE, « Prisons, peines de prison et ordre public », *op. cit.*, p. 7.

⁵¹⁴ Maryvonne LORCY, « L'évolution des conceptions de la peine privative de liberté », *op. cit.*, p. 11.

⁵¹⁵ Aude DURET, *Les origines doctrinales du code pénal de 1791*, mémoire de philosophie du droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), septembre 2003, p. 6.

l'avons vu au chapitre 1, le projet élaboré par le comité de législation criminelle mettait l'accent sur l'amendement, tandis que le code finalement adopté lui substituait l'exemplarité.

Est-ce à dire qu'il y a une réelle incompatibilité entre les deux nouvelles fonctions premières de la peine, contrairement à ce qui a été avancé dans la Partie 2⁵¹⁶ ? Il y a certes une divergence, mais il semble qu'elle ne concerne pas tant la finalité de la peine que l'anthropologie criminelle : la nouvelle rationalité pénale est utilitariste, mais certains ont davantage confiance que d'autres dans les capacités de changement des délinquants et placent ainsi l'amendement avant l'exemplarité, tandis que d'autres sont plus méfiants et inversent les deux fonctions, comme le montre par exemple l'intervention de Louis-Pierre-Joseph Prugnon, député du tiers, à l'Assemblée nationale : « Sans être exagérateur ni fataliste, on peut dire qu'il est des hommes dont la probité n'est qu'une impuissance (...). Si vous forcez vos juges à respecter la vie de ces êtres qui regardent les supplices comme leur mort naturelle, que deviendra la sûreté publique ? »⁵¹⁷.

Ainsi, le comité de législation opte « pour une vision résolument optimiste des hommes, considérés comme naturellement bons et capables de corriger leurs mauvais penchants »⁵¹⁸, tandis qu'un courant plus pessimiste l'emporte à l'Assemblée. D'ailleurs, les mêmes députés peuvent passer d'une approche à l'autre au cours de ces années mouvementées. Le cas de Robespierre est éloquent et l'on a pu parler à son sujet de « paradoxe » ou même de « contradiction »⁵¹⁹ entre d'une part son plaidoyer abolitionniste⁵²⁰ délivré à l'Assemblée le 30 mai 1791 et sa politique pendant la Terreur deux ou trois ans plus tard. À son tour, l'échec du 'robepierrisme' renforce la tendance pessimiste, l'« anthropologie politique allant désormais chercher ses références moins chez Rousseau que chez Hobbes et Machiavel »⁵²¹. Ainsi, il y a désenchantement progressif, mais le registre argumentatif reste utilitariste.

⁵¹⁶ Voir *supra*, p. 94 à 100.

⁵¹⁷ Louis-Pierre-Joseph PRUGNON, *Intervention à l'Assemblée nationale constituante*, 30 mai 1791, au matin, in Jérôme MAVIDAL et Émile LAURENT (dir.), *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, première série (1787 à 1799), t. XXVI (du 12 mai au 5 juin 1791), p. 619, disponible sur Internet à l'adresse suivante : https://frda.stanford.edu/fr/catalog/zm624rx7420_00_0595?mode=image (consulté le 27 avril 2018).

⁵¹⁸ Aude DURET, *Les origines doctrinales du code pénal de 1791*, *op. cit.*, p. 30.

⁵¹⁹ Jacques GOULET, « Robespierre. La peine de mort et la Terreur », in *Annales historiques de la Révolution française*, n° 244, avril-juin 1981, p. 219.

⁵²⁰ Xavier Tabet signale que contrairement à la plupart de ses collègues à l'Assemblée nationale constituante, Robespierre est un « partisan radical de l'abolition en 1791 » (Xavier TABET, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », *op. cit.*, point 23).

⁵²¹ Jean-François NIORT, « “Laissons à l'homme les défauts qui tiennent à sa nature...” Retour sur l'anthropologie des rédacteurs du Code civil des Français », in *Droit et cultures*, n° 48, 2004, p. 78.

En tout cas, il est bien certain que l'amendement promu par Louis-Michel Lepeletier de Saint-Fargeau (1760-1793), intervenant au comité de législation criminelle, puis rapporteur du code pénal et « l'un des principaux promoteurs de la prison pénale en France », est coloré d'utilitarisme, puisqu'il voit dans la prison un moyen de réformer les criminels et d'opérer ainsi un « rachat social »⁵²², c'est-à-dire de racheter leur réinsertion dans la société.

Inversement, malgré son caractère répressif, la version finale du code pénal consacre tout un titre à l'amendement ou plutôt à la réinsertion sociale. Le titre VII de la I^{re} partie, qui comprend 13 articles, est ainsi intitulé « De la réhabilitation des condamnés ». L'article 1^{er} de cette section stipule que : « Tout condamné qui aura subi sa peine, pourra demander à la municipalité du lieu de son domicile, une attestation à l'effet d'être réhabilité ». Cependant, cela ne vaut que pour certains types de peines, comme celle des fers, de gêne ou de réclusion⁵²³.

En quoi consiste cette réhabilitation ? L'article 7 précise que « [l]e président du tribunal, sans délibération, prononcera ces mots : *Sur l'attestation et la demande de votre pays, la loi et le tribunal effacent la tache de votre crime* »⁵²⁴. Ces mots expriment tout à la fois la ressemblance et la différence de l'amendement promu au siècle des Lumières et puis par le code révolutionnaire et celui du droit canonique. Le crime est considéré comme une tache, mais ce n'est pas Dieu ou son Église (par le biais du sacrement de pénitence) qui l'efface (en ce monde et par le purgatoire), mais le tribunal au nom du peuple.

Dans une telle conception, l'emprisonnement fait partie des peines qui peuvent contribuer à la réhabilitation, tandis que, par la force des choses, il n'en est pas de même de la peine capitale. La peine de prison est ainsi érigée en peine, sous différentes variantes : peine de la gêne (enfermement sans fers) et peine de détention (durée ne pouvant excéder 6 ans)⁵²⁵. Cependant, la réhabilitation visant au moins autant sinon davantage l'utilité de la société que celle du délinquant, sa demande n'est pas possible pour les défunts⁵²⁶ et c'est au conseil général de la commune de demander au tribunal sa réhabilitation « au nom de son pays »⁵²⁷.

⁵²² Luigi DELIA, « Ouvertures. Sens et non-sens de la prison », *op. cit.*, p. 17, note 22.

⁵²³ Code pénal, 25 septembre – 6 octobre 1791, texte disponible sur le site « Le droit criminel » à l'adresse suivante : http://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_25_09_1791.htm (consulté le 31 juillet 2018).

⁵²⁴ *Ibidem*.

⁵²⁵ *Ibidem*, titre 1^{er}.

⁵²⁶ Il est prévu que c'est le condamné qui engage la procédure (*ibidem*, titre VII, article 1, alinéa 1).

⁵²⁷ *Ibidem*, article 6, alinéa 3.

L'utilitarisme imprègne tellement les esprits que le débat sur la peine de mort à l'Assemblée nationale est en grande partie un débat sur son efficacité. L'intervention du député Prugnon est symptomatique à cet égard, puisqu'il semble faire précéder la question de la légitimité de la peine de mort par celle de sa nécessité :

« Je passe avec respect devant un autre problème qui (...) est de savoir si l'homme a pu transmettre à la société le droit (qu'il n'a pas lui-même) de disposer de sa propre vie. Dans le nombre des hommes qui gouvernent l'opinion, Montesquieu, Rousseau, Mably et Filangieri, maintiennent qu'il l'a pu. Beccaria le nie ; et chacun sait quel est, depuis 25 ans, l'ascendant de son esprit sur les autres esprits. Cette question a des profondeurs que l'œil peut à peine mesurer. Je m'arrête donc sur les bords, et je suppose que la société ne puisse priver de la vie un de ses membres sous peine d'être injuste ; cette supposition adoptée, voici mon raisonnement : garantissez-moi que la société pourra dormir sans cette injustice-là. C'est un point si considérable, et tout y tient tellement, qu'il faut d'abord s'y attacher »⁵²⁸.

Adrien Duport (1759-1798), « l'architecte de l'ensemble de la réforme pénale »⁵²⁹, s'inscrit explicitement dans la lignée de Beccaria, lors du débat sur la peine capitale : « Si Montesquieu ou Beccaria étaient en ce moment à la tribune, je demande qui oserait l'interrompre. C'est cependant leurs idées que je présente ici »⁵³⁰. Aussi, son argumentation reprend les trois arguments que Beccaria proposait dans son *Dei delitti e delle pene* :

« [Les hommes] n'ont pu donner à la société sur eux que les droits qu'ils avaient eux-mêmes ; or personne n'a le droit de mort sur les autres, ni sur lui-même ». « [L]a peine de mort n'est pas nécessaire, (...) elle n'est pas propre à réprimer les crimes auxquels on veut l'appliquer, et deuxièmement (...), bien loin de les réprimer, elle tend à les multiplier »⁵³¹.

De plus, Duport mitige son plaidoyer contre la peine de mort en prévoyant une exception qui ressemble à la première proposée par Beccaria : « [L]orsqu'un chef de parti est arrêté, et que

⁵²⁸ Louis-Pierre-Joseph PRUGNON, *Intervention à l'Assemblée nationale constituante*, 30 mai 1791, au matin, in Jérôme MAVIDAL et Émile LAURENT (dir.), *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, op. cit., p. 618-619.

⁵²⁹ Xavier TABET, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », op. cit., point 21.

⁵³⁰ Adrien DUPORT, *Discours sur la peine de mort*, in *Orateurs de la Révolution française*, vol. I, *Les Constituants*, éd. F. Furet et R. Halévi, Paris, Gallimard, 1989, p. 304, cité par Xavier TABET, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », op. cit., point 21.

⁵³¹ *Ibidem*, p. 301-302, cité par Xavier TABET, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », op. cit., point 22.

son existence, en prolongeant la guerre et l'espoir de ses adhérents, peut compromettre la société tout entière », « sa mort est indispensable, et dès lors elle est légitime »⁵³².

Dès lors, le paradoxe de Robespierre n'a peut-être pas de quoi surprendre. Rare partisan de l'abolition complète de la peine de mort en mai 1791, il semble néanmoins s'inspirer de Beccaria en proposant également une argumentation abolitionniste trilogique : « [L]a peine de mort est essentiellement injuste, deuxièmement (...) elle n'est pas la plus réprimante des peines, et (...) elle multiplie les crimes beaucoup plus qu'elle ne les prévient »⁵³³. Mais l'année suivante, estimant que la peine de mort peut être indispensable, Robespierre réutilise l'argument utilitariste, mais dans l'autre sens : « [I]l faut que Louis meure pour que la patrie vive », la peine de mort pouvant être légitime « dans les cas où elle est nécessaire à la sûreté des individus ou du corps social »⁵³⁴.

Cependant, en 1791, à l'époque de l'élaboration du code pénal, nous n'en sommes pas encore là. On peut même dire avec Xavier Tabet que « [l]a tonalité nouvelle par rapport à l'utilitarisme beccarien se situe (...) dans la référence constante au thème de l'amendement, de la correction et régénération du condamné par la peine d'emprisonnement à vie »⁵³⁵. L'amendement s'ajoute donc aux arguments de Beccaria. Chez certains, il peut revêtir une dimension morale, qui en apparence n'est pas utilitariste. Le cas le plus manifeste est probablement celui de Jérôme Pétion de Villeneuve (1756-1794), alors jacobin et ami de Robespierre : « la loi ne punit pas pour le plaisir cruel de punir, mais si elle condamne à des privations et à des souffrances, c'est pour exciter le repentir dans l'âme des coupables, pour le ramener à la vertu et l'empêcher par le souvenir de ses maux de retomber dans le vice »⁵³⁶.

Pourtant, il paraît exclu que les auteurs du code pénal révolutionnaire conçoivent l'amendement comme le droit canon, c'est-à-dire comme un moyen pour le délinquant de se

⁵³² Adrien DUPORT, *Discours sur la peine de mort*, p. 301-302, cité par Xavier TABET, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », *op. cit.*, point 23.

⁵³³ Maximilien de ROBESPIERRE, *Intervention à l'Assemblée nationale constituante*, in M. REINHARD, G. LEFEBVRE et M. BOULOISEAU (éd.), *Archives parlementaires de 1787 à 1860, Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises fondé par J. Mavidal et E. Laurent*, première série : 1787 à 1799, t. XXIX, Paris, Centre national de la recherche scientifique, 1969, p. 622, cité par Xavier TABET, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », *op. cit.*, point 22.

⁵³⁴ Maximilien de ROBESPIERRE, *Premier discours sur le jugement du roi*, 3 décembre 1792, in *Œuvres*, t. IX, *Discours. 4e partie. Septembre 1792-27 juillet 1793*, éd. M. BOULOISEAU, G. LEFEBVRE, J. DAUTRY et A. SOBOUL, Paris, PUF, 1958, cité par Xavier TABET, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », *op. cit.*, point 23.

⁵³⁵ Xavier TABET, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », *op. cit.*, point 24.

⁵³⁶ Jérôme PÉTION DE VILLENEUVE, *Intervention à l'Assemblée nationale constituante*, in M. REINHARD, G. LEFEBVRE et M. BOULOISEAU (éd.), *Archives parlementaires de 1787 à 1860, op. cit.*, t. XXVI, p. 641, cité par Marie-Christine GUIOL, *Finalités et modalités de la peine dans la doctrine pénale et la pensée politique des XVII^e et XVIII^e siècles*, *op. cit.*, p. 549-550.

convertir et de sauver ainsi son âme. D'autant que certains députés semblent influencés par le déterminisme d'une partie des Lumières, dont nous avons vu les conséquences dans la Partie 2. Ainsi, Duport conçoit l'assassin comme « un être malade dont l'organisation viciée a corrompu toutes les affections »⁵³⁷.

Comment alors expliquer les propos de Pétion de Villeneuve ? Et ceux de son ami Robespierre parlant de « la possibilité [pour le délinquant] d'expier son forfait par son repentir ou par des actes de vertu »⁵³⁸ ? Il y a lieu de se demander s'il ne faut pas ici faire le lien avec la conception utilitariste de la religion que nous avons évoquée dans la Partie 2⁵³⁹. L'instauration du culte suprême montre le rôle social reconnu à la religion. Dans son discours du 18 floréal an II (7 mai 1794), Robespierre estime que « si l'existence de Dieu, si l'immortalité de l'âme n'étaient que des songes, elles seraient encore la plus belle de toutes les conceptions de l'esprit humain »⁵⁴⁰. Pour Robespierre, la religion est utile : « l'idée de l'être suprême et de l'immortalité de l'âme est un rappel continu à la justice : elle est donc sociable et républicaine »⁵⁴¹.

De toute façon, selon Claude Faugeron et Jean-Michel Le Boulaire, le souci de réversibilité de la peine l'emporte en réalité sur celui de réinsertion sociale dès la proposition de code pénal présentée par Lapeletier de Saint-Fargeau⁵⁴². L'argument tiré du caractère irréparable de la peine de mort est ainsi ajouté aux arguments abolitionnistes proposés par Beccaria⁵⁴³. Il est à remarquer que le débat à la Constituante concerne davantage l'abolition de la peine capitale que l'instauration de la peine de prison⁵⁴⁴.

D'ailleurs, dans la version finale du code pénal, la peine de prison est minoritaire. Ainsi, Pierre Lascoumes, Pierrette Poncela et Pierre Lenoël font remarquer que le code de 1791 prévoit la peine de mort pour 26,3 % des incriminations, la peine des fers (et donc des travaux forcés) pour 45 % et les peines de gêne et de détention (seules peines que l'on puisse vraiment

⁵³⁷ Adrien DUPORT, *Discours sur la peine de mort*, *op. cit.*, p. 306, cité par Xavier TABET, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », *op. cit.*, point 24.

⁵³⁸ Maximilien de ROBESPIERRE, *Intervention à l'Assemblée nationale constituante*, in M. REINHARD, G. LEFEBVRE et M. BOULOISEAU (éd.), *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, *op. cit.*, t. XXIX, p. 623, cité par Xavier TABET, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », *op. cit.*, point 24.

⁵³⁹ Voir *supra*, p. 99-100.

⁵⁴⁰ Cité par Éric DESMONS, « Réflexions sur la politique et la religion, de Rousseau à Robespierre », in *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 29, 2009, p. 84.

⁵⁴¹ *Ibidem*, p. 92.

⁵⁴² Claude FAUGERON et Jean-Michel LE BOULAIRE, « Prisons, peines de prison et ordre public », *op. cit.*, p. 10 et note 19.

⁵⁴³ Xavier TABET, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », *op. cit.*, point 24.

⁵⁴⁴ Claude FAUGERON et Jean-Michel LE BOULAIRE, « Prisons, peines de prison et ordre public », *op. cit.*, p. 11.

qualifier de peines de prison) pour seulement 23,4 % des infractions⁵⁴⁵. Qu'en au code pénal de 1810, il maintient la peine de mort et fait des travaux forcés la peine principale en matière criminelle⁵⁴⁶. Ainsi, il semble qu'en réalité, le processus de codification pénale s'inscrit davantage dans la continuité de la pensée utilitariste sur les travaux forcés qu'il n'y paraît.

Enfin, il ne faut pas négliger le fait qu'initialement la généralisation de la peine de prison répond à un besoin pratique de trouver une peine de substitution à la peine capitale, comme le montre le rapport de Lepeletier de Saint-Fargeau : « l'homme sage ne saurait prendre le parti de détruire le moyen de répression usité jusqu'à présent, sans s'être convaincu de l'efficacité d'une autre mesure pour défendre la société contre le crime. Voici, messieurs, ce que nous vous proposons de substituer à la peine capitale. Nous pensons qu'il est convenable d'établir une maison de peine dans chaque ville où siège un tribunal criminel, afin que l'exemple soit toujours rapproché du lieu du délit »⁵⁴⁷.

Au final, si le code pénal de 1791 constitue une étape dans la généralisation de la prison comme peine, ce n'est pas tant en raison de considérations humanitaires, que par souci d'établir une peine utile tant aux délinquants qu'à la société, exemplaire par la durée de son exécution plutôt que par les supplices endurés, à l'opposé de la peine de mort dont l'usage est conservé mais limité. Quant au code pénal de 1810, s'il continue de différencier les peines d'emprisonnement (réclusion en matière criminelle et emprisonnement en matière correctionnelle⁵⁴⁸) des peines de travaux forcés⁵⁴⁹, c'est pour ajouter qu'un condamné à une peine de réclusion ou d'emprisonnement est « employé à des travaux », ajoutant, il est vrai, que le produit de ceux-ci sera ou pourra être en partie « appliqué à son profit »⁵⁵⁰. Ainsi, les codes pénaux de 1791 et 1810 constituent moins la victoire de la prison comme peine visant à l'amélioration du délinquant que celle des idées utilitaristes recourant certes à l'emprisonnement, mais aussi aux travaux forcés théorisés par Beccaria.

⁵⁴⁵ Pierre LASCOUMES, Pierrette PONCELA et Pierre LENOËL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du Code pénal*, Paris, Hachette, 1989, p. 74, cités par Claude FAUGERON et Jean-Michel LE BOULAIRE, « Prisons, peines de prison et ordre public », *op. cit.*, p. 11.

⁵⁴⁶ Claude FAUGERON et Jean-Michel LE BOULAIRE, « Prisons, peines de prison et ordre public », *op. cit.*, p. 12.

⁵⁴⁷ Michel LEPELETIER DE SAINT-FARGEAU, « Rapport sur le projet du Code pénal, présenté à l'Assemblée nationale, au nom des comités de Constitution et de législation criminelle », in *Archives parlementaires de 1787 à 1860*, t. XXVI, Paris, Société d'imprimerie et librairie administratives et des chemins de fer, 1887, p. 327, cité par Audrey HIGELIN-FUSTÉ, *La prison pénale en France de 1791 à 1848 : élaborer l'espace de la réclusion*, *op. cit.*, p. 121.

⁵⁴⁸ Code pénal, 3 juin 1810, articles 7, al. 1, 5° et 9, 1°, texte disponible sur le site « Le droit criminel » à l'adresse suivante : <http://ledroitcriminel.fr/la-legislation-criminelle/anciens-textes/code-penal-1810/code-penal-1810-1.htm> (consulté le 20 août 2018).

⁵⁴⁹ *Ibidem*, article 7, al. 1, 2° et 4°.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, article 21, al. 1 (pour la réclusion). Les articles 40, al. 1 et 41 traitant de l'emprisonnement sont en partie semblables à cette disposition.

Conclusion

Arrivé au terme de ce travail, le lecteur peut avoir l'impression que nous avons brassé quantité d'informations et d'idées. Il paraît donc nécessaire d'en ramasser les principales conclusions.

La problématique du présent travail tourne autour d'une question à la fois simple et importante, sans doute la plus fondamentale pour le droit pénal : pourquoi punir ? Si le droit pénal a toujours existé, il n'a pas toujours revêtu les mêmes fonctions, poursuivi les mêmes buts et partant il n'a pas toujours été édifié sur les mêmes bases. Le but était ici de mieux comprendre sur quelle légitimation du droit de punir le droit pénal contemporain tel qu'il est issu des codes pénaux de 1791 et 1810 s'est construit.

Partant d'un constat largement partagé parmi les historiens du droit selon lequel c'est au siècle des Lumières que le droit pénal s'est sécularisé et a abandonné sa dimension rétributive – c'est-à-dire sa fonction de rétablir l'ordre naturel de la société atteint par l'infraction –, nous avons tout à la fois testé ce constat par rapport à ceux qui le mettaient en doute et retracé les différentes étapes de cette évolution, en même temps que les fondements idéologiques qui lui sont sous-jacents.

Il est apparu que les origines historiques de l'abandon du rétributivisme sont bien antérieures au siècle de Beccaria, auquel il est trop souvent rattaché. La Partie 1 a évoqué les débats des premiers philosophes sur la question et plus généralement les prééminences successives des fonctions rétributives et préventives de la peine au cours de l'histoire du droit, jusqu'à l'aube des Temps modernes. Il en est ressorti que dans l'ensemble, jusqu'au 17^{me} siècle, le droit pénal occidental n'a jamais complètement écarté la dimension rétributive de la peine.

Ainsi, ce qui se passe aux Temps modernes est proprement révolutionnaire, mais ne doit pas être daté du siècle des Lumières. La révolution des fonctions de la peine se déclenche au 17^{me} siècle. Elle est liée aux bouleversements religieux et philosophiques qui ont secoué le siècle précédent, mais sa première formulation explicite est concomitante à celle du contrat social. Hobbes (*Léviathan*, 1651) semble jouer à cet égard le rôle de pionnier, tant par sa philosophie politique que par sa légitimation du droit de punir.

En dehors de motifs non-négligeables mais passagers (références à Sénèque à l'âge d'or du néo-stoïcisme...) ou s'inscrivant au contraire dans une tendance longue (accroissement de

l'exemplarité des peines depuis la fin du Moyen Âge...), il est apparu que les principaux motifs du refus de continuer à considérer la peine comme une compensation de l'atteinte à l'ordre naturel de la société sont probablement au nombre de deux : le déterminisme, protestant puis matérialiste, et les doctrines du contrat social.

Si l'homme est déterminé, si sa volonté n'est pas libre, la peine ne peut avoir pour objet de le punir d'un crime dont il n'est pas coupable, mais la douleur de la peine peut faire partie des facteurs qui déterminent nécessairement ses actions. En tout cas, ce n'est probablement pas un hasard si tous les premiers auteurs à écarter le rétributivisme sont protestants (Bacon, Grotius, Hobbes, Pufendorf, Thomasius...) ou en tout cas plus ou moins influencés par le rejet ou l'amointrissement de la doctrine du libre arbitre (Spinoza, Domat...).

Mais le facteur principal de l'abandon du rétributivisme semble être le contractualisme. La société n'étant plus conaturelle à l'homme, le rétablissement de son ordre naturel n'a plus aucun sens. On l'a dit, Hobbes semble être tout à la fois le premier à proposer une doctrine du contrat social et à rejeter expressément le rétributivisme. Pufendorf soutient que le droit de punir naît avec le contrat social. Et le débat sur la peine de mort du siècle des Lumières est avant tout un débat sur la question de savoir si les hommes ont pu renoncer au droit à la vie.

Née avec le contrat social, la conception utilitariste de la peine se généralise avec lui. Beccaria joue à cet égard le rôle de diffuseur. Son *Dei delitti e delle pene* (1764), rapidement traduit et diffusé dans toute l'Europe, fonde en grande partie son argumentation sur le contractualisme du droit de punir. C'est aussi l'époque où Rousseau écrit son *Du contrat social* (1762), tandis que l'*Encyclopédie* dirigée par Diderot et d'Alembert diffuse la pensée déterministe, de sorte que la nouvelle conception de la peine se répand partout.

Est-ce à dire qu'à la fin du 18^{me} siècle, la fonction rétributive de la peine est définitivement abandonnée ? Il serait exagéré de le soutenir. Pierrette Poncela fait remarquer que la plus ou moins grande absence de la fonction rétributive dans le discours n'est pas vraiment représentative de son importance réelle : « alors que le discours utilitaire auréolé de bonnes intentions, a été très bavard, la rationalité restitutive a été plus souterraine »⁵⁵¹.

Cependant, le bouleversement du droit de punir est considérable, comme le montre le fait que même des juristes étrangers aux Lumières (Jousse, Muyart de Vouglans...) font peu de cas de la rétribution. De plus, il est à remarquer que le rétributivisme de certains auteurs n'est

⁵⁵¹ Pierrette PONCELLA, *Droit de la peine*, 2^{me} éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2001, p. 58.

probablement qu'apparent (Brissot de Warville...) ou est différent de celui qui prévalait jusque-là (impératif catégorique de Kant...). Le constat posé en 1771 par Goswin de Fierlant, témoin privilégié de la doctrine pénale de son temps, est exagéré mais symptomatique du triomphe de la nouvelle conception de la peine.

À cette consécration de l'utilitarisme pénal, l'on pourrait objecter la mise en avant de l'amendement que l'on retrouve chez certains auteurs du siècle des Lumières et qui a même prévalu durant la première phase de l'élaboration du code pénal de 1791. Mais quelle est la nature de cet amendement ? Des cas analysés, il semble ressortir qu'il avait un but utilitaire, même si la dimension moralisatrice n'était pas forcément absente, l'utilitarisme de la religion pouvant se conjuguer avec celui de la peine (culte suprême de Robespierre, soumission du principe de liberté religieuse à celui d'utilité générale chez Bentham...). Cela confirme le constat posé par Jean-Louis Halpérin, au collège de France : « Un des postulats communs aux doctrines pénales modernes réside dans la théorie utilitariste de la peine »⁵⁵².

Certes, comme le note Jean-Louis Halpérin, « [c]ombiné (...) à la thèse d'un contrat social par lequel chacun met à la disposition de la communauté "la plus petite portion possible" de sa liberté en échange de la garantie de défense collective, cet utilitarisme a pu soutenir des revendications en faveur de l'abandon des supplices. Mais – poursuit-il – l'argument de la prévention joue globalement dans le sens de la certitude de peines rigoureuses, car supérieures en souffrance aux plaisirs retirés, voire simplement attendus, du crime »⁵⁵³.

On voit ici poindre l'une des premières conséquences du contractualisme du droit de punir : le principe de légalité des peines. Si le droit de punir qu'a l'autorité découle du contrat social, la peine n'est légitime que si elle aussi procède de ce contrat ou du pouvoir législatif que celui-ci institue. Comme l'explique Guillaume Bernard, « le système moderne de la sanction pénale s'inscrit dans la sociabilité artificielle (la société serait le résultat d'un contrat) ; l'infraction est donc appréhendée comme une atteinte à ce pacte et à son droit dérivé, la loi »⁵⁵⁴. Du principe de légalité découle chez certains auteurs l'idée que le droit de grâce doit être aboli.

Une autre conséquence de la nouvelle légitimation du droit de punir est l'abolition de la peine de mort. Lié à une doctrine particulièrement stricte du contrat social développée par Pufendorf et puis reprise par Beccaria, l'abolitionnisme se répand plus difficilement que la nouvelle

⁵⁵² Jean-Louis HALPÉRIN, « Ambivalences des doctrines pénales modernes », *op. cit.*, p. 3.

⁵⁵³ *Ibidem*, p. 3-4.

⁵⁵⁴ Guillaume BERNARD, « La sanction pénale des classiques aux modernes : de la distinction à la confusion du droit et de la morale », *op. cit.*, p. 127.

conception de la peine, même si l'influence de Beccaria provoque la première abolition législative mondiale sinon européenne de la peine de mort (code pénal toscan *La Leopoldina* de 1786) et joue un rôle majeur en France dans le premier débat parlementaire sur son abolition (débat à l'Assemblée constituante de mai-juin 1791).

Le rapport entre la nouvelle conception de la peine et l'intégration officielle de l'emprisonnement dans la typologie des peines (code pénal de 1791) est moins évident. Pourtant, il apparaît lié à l'idée sensualiste que la douleur de la peine doit davantage être durable qu'intense. La peine de prison a pour finalité de réintégrer, de renouer le contrat social, duquel le délinquant s'est écarté. Cependant, les pénalistes des Lumières lui préfèrent généralement les travaux forcés, peine à présent mise de côté mais importante pour comprendre le système des peines des codes pénaux de 1791 et 1810.

Enfin, sans pouvoir étudier toutes les conséquences de la nouvelle conception de la peine, l'on peut se demander si elle n'a pas une incidence sur les rapports entre droit, morale et politique. Comme le remarque Guillaume Bernard, « [d]ans la conception classique, sanctionner consistait à tirer la conséquence d'un acte (...). L'objet visé par la sanction était l'acte (précis) commis et non la vertu (générale) (...) de la personne »⁵⁵⁵. Il s'agissait de rétribuer un acte coupable et non de moraliser un individu : l'amendement était une condition nécessaire pour effacer et compenser la faute, mais n'était pas la fin de la peine. Le droit n'était pas séparé de la morale et de la politique, mais en était distinct par son objet propre : le *ius*, c'est-à-dire le juste.

Tandis que dans la nouvelle conception, la peine semble revêtir une dimension politique tout en empruntant éventuellement au discours moralisateur : il s'agit de prévenir les crimes et délits qui peuvent mettre à mal la cohésion sociale et de corriger l'auteur de l'infraction pour assurer son respect du contrat fondateur. Comme le précise l'article « Peine » de l'*Encyclopédie* dû à de Jaucourt, « un bon législateur s'attachera moins à punir les fautes qu'à les prévenir ; il s'appliquera plus à donner des mœurs, qu'à infliger des supplices »⁵⁵⁶. Or le principe de légalité interdit au juge d'arbitrer la peine. Ainsi, la finalité de la peine n'est plus tant la justice que l'utilité de la société. Le droit de punir tend à devenir un simple instrument au service de la politique, dont il tire son objet : la préservation du contrat social.

⁵⁵⁵ Guillaume BERNARD, « La sanction pénale des classiques aux modernes : de la distinction à la confusion du droit et de la morale », *op. cit.*, p. 129.

⁵⁵⁶ Cité par Luigi DELIA, « Crime et châtement dans l'Encyclopédie. Les enjeux de l'interprétation de Montesquieu par de Jaucourt », *op. cit.*, p. 481.

Bibliographie

Sources

1. Législation et discussions parlementaires

Code pénal, 25 septembre – 6 octobre 1791, texte disponible sur le site « Le droit criminel » à l'adresse suivante : http://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_25_09_1791.htm.

Code pénal, 3 juin 1810, texte disponible sur le site « Le droit criminel » à l'adresse suivante : http://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_1810/code_penal_1810_1.htm.

Nouveau code criminel pour le grand duché de Toscane, publié par ordre de Son Altesse Royale, Monseigneur le Grand Duc, trad. de l'italien, Lausanne, François Grasset et comp., 1787.

Nouveau code criminel de l'empereur, publié à Vienne le 15 janvier 1787, trad. de l'allemand par M.L.D. (probablement Lemièrre d'Argis), Amsterdam, Hardouin & Gatey, 1787.

MAVIDAL Jérôme et LAURENT Émile (dir.), *Archives parlementaires de 1787 à 1860. Recueil complet des débats législatifs et politiques des Chambres françaises*, première série (1787 à 1799), t. XXVI (du 12 mai au 5 juin 1791), disponible sur Internet à l'adresse suivante : https://frda.stanford.edu/fr/catalog/zm624rx7420_00_0005.

2. Doctrine et autres œuvres

AQUIN Thomas d', *Somme théologique*, traduction de l'Institut docteur angélique, disponible sur Internet à l'adresse suivante : http://docteurangelique.free.fr/saint_thomas_d_aquin/oeuvres_completes.html#01_grandes_syntheses.

BACON Francis, *Œuvres philosophiques et morales du chancelier François Bacon*, Paris, Calixte Volland, 1797, t. I.

BACON Francis, *Essais de morale et de politique*, in *Œuvres philosophiques, morales et politiques de François Bacon*, Paris, A. Desrez, 1836.

BEXON Scipion Jérôme, *Parallèle du code pénal d'Angleterre avec les lois pénales françaises, et considérations sur les moyens de rendre celles-ci plus utiles*, Paris, Fauvelle et Sagnier, 1799.

BEXON Scipion Jérôme, *Application de la théorie de la législation pénale, ou Code de la sureté publique et particulière, fondé sur les règles de la morale universelle, sur le droit des gens ou primitif des Sociétés, et sur leur droit particulier, dans l'état actuel de la civilisation ; rédigé en projet pour les États de sa majesté le roi de Bavière ; dédié à sa majesté, et imprimé avec son autorisation*, Paris, Courcier, 1807.

BLACKSTONE William, *Commentaire sur le Code criminel d'Angleterre, traduit de l'anglois, de Guillaume Blackstone, Ecuyer, Solliciteur général de Sa Majesté Britannique ; Par M. l'Abbé Coyer, Des académies de Nancy, de Rome & de Londres*, t. 1, Paris, Knapen, 1776.

DAMHOUDER Josse de, *La practicque et enchiridion des causes criminelles*, Louvain, Imprimeurs Etienne Wauters et Jehan Bathen, 1555.

DE FELICE Fortunato Bartolomeo (dir.), *Code de l'humanité, ou la législation universelle, naturelle, civile et politique, avec l'histoire littéraire des plus grands hommes qui ont contribué à la perfection de ce code*, t. X, Yverdon, dans l'Imprimerie de M. De Felice, 1778.

DIDEROT Denis, *Réponse à Paul Landois*, 29 juin 1756, in *Œuvres complètes de Diderot*, HUAM, 1995, t. IX, p. 257-258.

DIDEROT Denis, *Le rêve de d'Alembert*, réédition, Paris, Gallimard, 2008.

DOMAT Jean, *Traité des loix*, in *Les Loix civiles dans leur ordre naturel*, t. 1, 2^{me} éd., Paris, Jean-Baptiste Coignard, 1695 et *Le Droit public, suite des Loix civiles dans leur ordre naturel*, 4^{me} et 5^{me} tomes s'ajoutant à la 2^{me} éd. des *Loix civiles*, Paris, Jean-Baptiste Coignard, 1697.

FERRIÈRE Claude-Joseph de, *Nouvelle introduction à la pratique, contenant l'Explication des Termes de Pratique, de Droit & de Coutumes. Avec les Jurisdictions de France*, nouvelle édition corrigée et augmentée, t. 2, Paris, Michel Brunet, 1729.

FIERLANT Goswin de, *Observations sur l'insuffisance et les inconvéniens des peines afflictives, et sur les avantages qu'il y auroit à les remplacer par des maisons de force*, in HUBERT Eugène, « Un chapitre de l'histoire du droit criminel dans les Pays-Bas autrichiens au

XVIII^e siècle. Les mémoires de Goswin de Fierlant », in *Compte-rendu des séances de la commission royale d'histoire*, deuxième série, t. 5, 1895, p. 238-253.

FIERLANT Goswin de, *Premières idées sur la réformation des loix criminelles*, *Archives Générales du Royaume (A.G.R.)*, Bruxelles, Manuscrits divers, dossiers n° 2119, 2120 et 2249.

GORANI Giuseppe, *Recherches sur la science du gouvernement*, traduction de l'italien (probablement par Charles GILLOTON DE BEAULIEU), Paris, Guillaume Junior et Lebour, 1792, t. 1.

GROTIUS Hugo, *Le droit de la guerre et de la paix*, t. II, trad. de BARBEYRAC Jean, Amsterdam, Pierre de Coup, 1729.

HOBBS Thomas, *Léviathan*, choix de chapitres et présentation par CRIGNON Philippe, trad. par TRICAUD François, Paris, Flammarion, 2017.

JOUSSE Daniel, *Traité de la justice criminelle de France*, Paris, Debure Pere, 1771, t. 1.

KANT Immanuel, *Métaphysique des mœurs. Première partie : Doctrine du droit*, tr. fr. d'Alexis PHILONENKO, Paris, Vrin, 1971.

LOCKE John, *Traité du gouvernement civil*, Paris, Royez, 1795.

MABILLON Jean, *Réflexions sur les prisons des ordres religieux*, in *Ouvrages posthumes de D. Jean Mabillon, et de Thierry Ruinart, bénédictins de la congrégation de Saint Maur*, t. 2, Paris, François Babuty, 1724, p. 321-335.

MIRABEAU (RIQUETI DE) Honoré-Gabriel, *Observations d'un voyageur anglais, sur la Maison de Force appelée Bicêtre ; suivies de Réflexions sur les effets de la Sévérité des Peines, & sur la Législation Criminelle de la Grande-Bretagne*, 1788.

MUYART DE VOUGLANS Pierre-François, *Les loix criminelles de France, dans leur ordre naturel*, Paris, Merigot le jeune, Crapart et Benoît Morin, 1780.

PANCKOUCKE Charles-Louis-Fleury, *De l'exposition, de la prison et de la peine de mort*, Paris, Imprimerie H. Agasse, 1807.

PELLI Giuseppe, *Contre la peine de mort précédé de Correspondance avec Beccaria*, traduction de l'italien et présentation d'AUDEGEAN Philippe, Paris, Klincksieck, 2016.

PUFENDORF Samuel von, *Le droit de la nature et des gens*, t. II, trad. de BARBEYRAC Jean, Amsterdam, Gérard Kuyper, 1706.

QUESNAY François, « Évidence », in *Encyclopédie méthodique, ou par ordre de matières*, Paris, Panckoucke, 1786, vol. 52, p. 443-471.

ROBINET Jean-Baptiste-René (dir.), *Dictionnaire universel des sciences morale, économique, politique et diplomatique ; ou Bibliothèque de l'homme-d'état et du citoyen*, t. 26, Londres, Libraires associés, 1782.

ROUSSEAU Jean-Jacques, *Discours sur l'origine et les fondemens de l'inégalité parmi les hommes*, Amsterdam, Marc Michel Rey, 1755.

TOUSSAINT François-Vincent, *Éclaircissement sur les mœurs*, Amsterdam, Marc-Michel Rey, 1762.

Travaux

ABBRUGIATI Raymond, « Les Lumières milanaises et la naissance des sciences humaines », in DE POLI Luigi et LEHMANN Yves (dir.), *Naissance de la science dans l'Italie antique et moderne*, actes du colloque franco-italien à l'Université de Haute-Alsace des 1^{er} et 2 décembre 2000, Berne, Peter Lang, 2004, p. 277-286.

ALCOLOUMBRE Thierry, « La Bible d'avant la Bible. “La Bible et le monde mésopotamien. Réflexion comparative” », in *Pardès*, n° 51, 2012, p. 15-43.

ARICI Esra, *Imaginaires de l'Antiquité (1770-1800). Résurgences et effacements*, Paris, Le Manuscrit, 2013.

AUDEGEAN Philippe, « Beccaria et la naissance de la prison », in *L'IRASCible*, n° 5 : *Prison et Droits : Visages de la peine*, 2015, p. 47-68.

BAERTSCHI Bernard, « Une traduction inédite de Beccaria par Maine de Biran », in PORRET Michel (dir.), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, actes du colloque européen de Genève des 25-26 novembre 1995, Genève, Droz, 1997, p. 47-68.

BARRIÈRE Louis Augustin, « Jean Bodin et le droit pénal », in PÉROUSE Gabriel-André et BRUSCHI Christian (dir.), *L'œuvre de Jean Bodin. Actes du colloque tenu à Lyon à l'occasion du quatrième centenaire de sa mort (11-13 janvier 1996)*, Paris, Champion, 2004, p. 101-126.

BAUD Jean-Pierre, « La nature juridique du sang », in *Terrain*, n° 56, mars 2011, p. 90-105.

BERNARD Guillaume, « La sanction pénale des classiques aux modernes : de la distinction à la confusion du droit et de la morale », in SOUSA-COSTA Annette (éd.), *Entre droit et morale : la finalité de la peine. Journée d'études du 13 novembre 2007, Université Paris Ouest Nanterre la Défense*, Bern, Peter Lang, 2010 (Travaux Interdisciplinaires et Plurilingues, 12), p. 123-138.

BERNARD Guillaume, « Un enjeu "théologico-juridique" de la peine de mort ? », in *Essais de philosophie pénale et de criminologie*, vol. 10 : *La cohérence des châtiments*, 2012, p. 251-257.

BERTHELET Pierre, *Crimes et châtiments dans l'État de sécurité. Traité de criminologie politique*, Saint-Denis, Éditions Publibook Université, 2015.

BLAIS Martin, « La colère selon Sénèque et selon saint Thomas », in *Laval théologique et philosophique*, vol. 20, n° 2, 1964, p. 247-290.

BOURY Dominique, « Théophile de Bordeu : source et personnage du *Rêve de D'Alembert* », in *Recherches sur Diderot et sur l'Encyclopédie*, n° 34, avril 2003, p. 11-24.

BURKARDT Albrecht, « "Periculosum dico hoc principium". La censure de Beccaria par la Congrégation de l'Index », in BUTI Gilbert et CAROL Anne (dir.), *Comportements, croyances et mémoires. Europe méridionale XV^e-XX^e s.*, Aix-en-Provence, Presses universitaires de Provence, 2007, p. 119-134.

CANTARELLA Eva, *Les peines de mort en Grèce et à Rome. Origines et fonctions des supplices capitaux dans l'Antiquité classique*, Paris, Albin Michel, 2000.

CAPITANT Henri (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1930 (?).

CARBASSE Jean-Marie, *Introduction historique au droit pénal*, Paris, Presses Universitaires de France, 1990.

CARBASSE Jean-Marie, « La peine en droit français des origines au XVII^e siècle », in *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, t. LVI : *La Peine/Punishment*, 2^{me} partie : *Europe avant le XVIII^e siècle*, 1991, p. 157-172.

CARBASSE Jean-Marie, « Droit pénal », in RAYNAUD Philippe et RIALS Stéphane (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, Presses universitaires de France, 1996, p. 164-168.

CARBASSE Jean-Marie, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, Presses Universitaires de France, 2000.

CARBASSE Jean-Marie, « Philippe de Beaumanoir, coutumes de Beauvaisis », in *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 22, 2002, p. 135-154.

CARBASSE Jean-Marie, « Ordinaire, extraordinaire. Quelques remarques sur les avatars d'une distinction romaine dans l'ancienne procédure française », in HOAREAU-DODINAU Jacqueline, MÉTAIRIE Guillaume et TEXIER Pascal (dir.), *Procéder. Pas d'action, pas de droit ou pas de droit, pas d'action ?*, Limoges, Pulim, 2006 (Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique, 13), p. 123-138.

CARBASSE Jean-Marie, *La peine de mort*, Paris, Presses Universitaires de France, 3^{me} éd. mise à jour, 2016.

CARBONNIÈRES Louis de, « Peine », in ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 1138-1141.

CARRIVE Paulette, « Un grand réformiste : le quaker John Bellers (1654-1725) », in *Dix-huitième Siècle*, n° 15, 1983, p. 265-283.

CARTUYVELS Yves, *Une généalogie de la codification en droit pénal*, thèse de doctorat en criminologie, Université catholique de Louvain, 1993.

CATTANEO Mario Alessandro, « Les fondements philosophiques de la fonction de la peine chez Beccaria », in PORRET Michel (dir.), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, actes du colloque européen de Genève des 25-26 novembre 1995, Genève, Droz, 1997, p. 83-89.

CATTANEO Mario Alessandro, « La peine entre droit naturel moderne et idéalisme allemand », in VIEILLARD-BARON Jean-Louis et ZARKA Yves Charles (dir.), *Hegel et le droit naturel*

moderne, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 2006 (Recherches sur l'idéalisme et le romantisme allemands, III), p. 71-80.

Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, « Utilitarisme », disponible à l'adresse suivante : <http://www.cnrtl.fr/definition/utilitarisme>.

CESONI Maria Luisa (dir.), *Nouvelles méthodes de lutte contre la criminalité organisée : la normalisation de l'exception*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2007.

CHEVREAU Emmanuelle, MAUSEN Yves et BOUGLÉ Claire, *Introduction historique au droit des obligations*, Paris, Litec, 2007.

CLAUSTRE Julie, « La prison de "desconfort". Remarques sur la prison et la peine à la fin du Moyen Age », in HUMBERT Sylvie, DERASSE Nicolas et ROYER Jean-Pierre (dir.), *La prison, du temps passé au temps dépassé*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 19-44.

CLÉRO Jean-Pierre, « Un tournant dans la conception du droit pénal : Beccaria et Bentham », in SOUSA-COSTA Annette (éd.), *Entre droit et morale : la finalité de la peine. Journée d'études du 13 novembre 2007, Université Paris Ouest Nanterre la Défense*, Bern, Peter Lang, 2010 (Travaux Interdisciplinaires et Plurilingues, 12), p. 63-97.

CLUZELAUD André, « Les racines de l'utilitarisme : Hobbes et Locke », in *XVII-XVIII. Bulletin de la société d'études anglo-américaines des XVIIe et XVIIIe siècles*, n° 56, 2003, p. 123-145.

CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9^{me} éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2011.

COTTRET Bernard, *La révolution anglaise 1603-1660*, Paris, Perrin, 2015.

COURTOIS Gérard, « La vengeance chez Aristote et Sénèque à la lumière de l'anthropologie juridique », in *Archives de philosophie du droit*, t. 28 : philosophie pénale, 1983, p. 29-66.

DAUCHY Serge, « Trois procès à cadavre devant le Conseil souverain du Québec (1687-1708). Un exemple d'application de l'ordonnance de 1670 dans les colonies », in DAUCHY Serge et DEMARS-SION Véronique (dir.), *Juges et criminels. Études en hommage à Renée Martinage*, Hellemmes, Ester, 2001, p. 37-49.

DAVID-MOREAU Jacqueline, « Claude-Joseph de Ferrière, un précurseur ? », in *Histoire de l'histoire du droit*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2006, p. 97-109.

DELIA Luigi, « Crime et châtement dans l'Encyclopédie. Les enjeux de l'interprétation de Montesquieu par de Jaucourt », in *Dix-huitième siècle*, 2009, t. 1, n° 41, p. 469-486.

DELIA Luigi, « Ouvertures. Sens et non-sens de la prison », in *L'IRASCible*, n° 5, *Prison et Droits : Visages de la peine*, p. 7-43.

DELIA Luigi, « Lumières sur l'abolition universelle de la peine de mort : Derrida lecteur de Beccaria et de Kant », in *Rue Descartes*, 2017, p. 85-101.

DERMANGE François, « De l'utilité à l'utilitarisme », in *Autres Temps. Cahiers d'éthique sociale et politique*, n° 54, 1997, p. 39-49.

DESMONS Éric, « Réflexions sur la politique et la religion, de Rousseau à Robespierre », in *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 29, 2009, p. 77-93.

DUBOIS Bruno et LE MARC'HADOUR Tanguy, *Un code pour la Nation. La codification du droit pénal au XIXe siècle (France, Belgique, Angleterre)*, Lille, Centre d'Histoire Judiciaire, 2000.

DUCOS Michèle, « La réflexion sur le droit pénal dans l'œuvre de Sénèque », in *Revista de filología clásica y hebrea*, t. 44, n° 133-135, 1993, p. 443-456.

DUMÉZIL Bruno, *Des gaulois aux carolingiens*, Paris, Presses Universitaires de France, 2013.

DUPRAT Jean-Pierre, « Religion et société civile chez Hobbes », in *Revue européenne des sciences sociales*, t. XVIII, n° 49 : *Thomas Hobbes. De la société civile, de sa matière, de sa forme et de son pouvoir*, 1980, p. 207-235.

DUPUIS-BERRUX Marjorie, « La question pénale dans l'Encyclopédie. Aperçu sur la lutte opposant le parti des lumières au parti de la tradition », in *L'IRASCible*, n° 4 : *Savoirs pénaux, savoirs diffus. La circulation d'une pensée pénale réformatrice de l'Europe des Lumières à la Restauration monarchique*, 2013, p. 39-76.

DURET Aude, *Les origines doctrinales du code pénal de 1791*, mémoire de philosophie du droit, Université Panthéon-Assas (Paris II), septembre 2003.

DUTHILLE Rémy, « Les radicaux anglais lecteurs de Beccaria, 1767-1795 », communication au colloque international « Les cultures de Beccaria », Paris, École normale supérieure (Ulm) / Istituto Italiano di Cultura, décembre 2014, disponible sur Internet à l'adresse suivante : http://www.academia.edu/14871162/Les_radicaux_anglais_lecteurs_de_Beccaria_1767-1795.

ECKERT Raphaël, « Peine judiciaire, pénitence et salut entre droit canonique et théologie (XII^e s. – début du XIII^e s.) », in *Revue de l'histoire des religions*, n° 4, 2011, p. 483-508.

EHRARD Jean, *L'idée de nature en France dans la première moitié du XVIII^e siècle*, Paris, Albin Michel, 1994.

FALZONE Emmanuël, « *Ut peccata sua deflere et amplius talia non committat*. L'emprisonnement dans la pratique des officialités du diocèse de Cambrai et la réception de la doctrine canonique au XV^e siècle : châtier et sauver ? », in Dirk HEIRBAUT, Xavier ROUSSEAU et Alain WIJFFELS (dir.), *Histoire du droit et de la justice. Une nouvelle génération de recherches / Justicie- en rechts- geschiedenis. Een nieuwe onderzoeksgeneratie*, Presses universitaires de Louvain, 2009, p. 273-284.

FALZONE Emmanuël, « *Pœna et emenda*. Les sanctions pénale et non pénale dans le droit canonique médiéval et la pratique des officialités », in Marie-Amélie BOURGUIGNON, Bernard DAUVEN et Xavier ROUSSEAU (dir.), *Amender, sanctionner et punir. Recherches sur l'histoire de la peine, du Moyen Âge au XX^e siècle*, actes des journées d'étude des 19-20 octobre 2009, Louvain-la-Neuve, Presses universitaires de Louvain, 2012, p. 113-135.

FAUGERON Claude et LE BOULAIRE Jean-Michel, « Prisons, peines de prison et ordre public », in *Revue française de sociologie*, n° 33, 1992, p. 3-32.

FERRAND Jérôme, « Le conflit des rationalités au siècle des Lumières. Jalons pour penser la généalogie intellectuelle des politiques criminelles contemporaines », in BOULAD-AYOUB Josiane, ANTAKI Mark et ROBERT Pierre (dir.), *Rationalité pénale et démocratie*, Presses de l'Université de Laval, 2013, p. 155-200.

FERRAND Jérôme, PIN Xavier et SCALIA Damien, « Ouvertures. "Circulez, y'a rien à voir" », in *L'IRASCible*, n° 4 : *Savoirs pénaux, savoirs diffus. La circulation d'une pensée pénale réformatrice de l'Europe des Lumières à la Restauration monarchique*, 2013, p. 9-35.

FERRAND Jérôme, « Temps mort. Généalogie de la prison comme peine, de la naissance du purgatoire aux errements du temps présent », in *L'IRASCible*, n° 5 : *Prison et Droits : Visages de la peine*, 2015, p. 69-107.

FERRAND Jérôme, « La nécessité, passager clandestin de l'abolitionnisme beccarien », in AUDEGEAN Philippe et al. (dir.), *Le bonheur du plus grand nombre. Beccaria et les Lumières*, Lyon, Éns éditions, 2017, p. 127-138.

FIERENS Jacques, *Le droit naturel pour le meilleur et pour le pire*, Presses Universitaires de Namur, 2014.

FORSTER Leonard, « La renaissance du stoïcisme », in KLANICZAY Tibor, KUSHNER Eva et CHAVY Paul (dir.), *L'époque de la Renaissance (1400-1600)*, t. IV : *Crises et essors nouveaux (1560-1610)*, Amsterdam et Philadelphie, John Benjamins Publishing Company, 2000, p. 121-138.

GAFFIOT Félix, *Dictionnaire abrégé Latin français*, Paris, Hachette, 1936.

GANSHOF François-Louis, « H. P. Schaap. *Philips Wielant en diens Corte Instructie omme jonghe practisiennen in civile zaken* », compte-rendu, in *Revue belge de philologie et d'histoire*, t. 7, fasc. 4, 1928. p. 1650-1655.

GARCÍA-ALONSO Marta, « Le pouvoir disciplinaire chez Calvin », in *Renaissance and Reformation / Renaissance et Réforme*, vol. 33, n° 4, 2010, p. 29-49.

GAU-CABÉE Caroline, « *Arbitrium judicis*. Jalons pour une histoire du principe de la légalité des peines », in MASCALA Corinne (dir.), *À propos de la sanction*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2007 (Travaux de l'IFR, 6), disponible sur Internet à l'adresse suivante : <https://books.openedition.org/putc/1781#text>.

GILLES David, *La pensée juridique de Jean Domat. Du Grand siècle au Code civil*, thèse de doctorat de droit, Université d'Aix-Marseille III, 1994.

GLORIS BARDIAUX-VAÏENTE Marie, *Histoire de l'abolition de la peine de mort dans les six pays fondateurs de l'Union européenne*, thèse en histoire, Université Michel de Montaigne – Bordeaux III, 2015, disponible sur Internet à l'adresse suivante : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01246549/document>.

GOULET Jacques, « Robespierre. La peine de mort et la Terreur », in *Annales historiques de la Révolution française*, n° 244, avril-juin 1981, p. 219-238.

GUIOL Marie-Christine, *Finalités et modalités de la peine dans la doctrine pénale et la pensée politique des XVII^e et XVIII^e siècles*, thèse de doctorat en droit, Université de Nice-Sophia Antipolis, 2008.

HALPÉRIN Jean-Louis, « Ambivalences des doctrines pénales modernes », support du séminaire donné au Collège de France le 8 juin 2009, disponible sur le site Internet du Collège de France : https://www.college-de-france.fr/media/mireille-delmas-marty/UPL7939213377566564854_UPL28024_halperin_version_d_finitive_06_09_09_1.pdf

HARCOURT Bernard E., « Beccaria Cesare Bonesana, Marchese di », in CAYLA Olivier et HALPÉRIN Jean-Louis (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008, p. 39-45.

HAYBURN Timothy J., « Who Should Die ? The Evolution of Capital Punishment in Pennsylvania, 1681-1794 », thèse en histoire, Université de Lehigh, mai 2011, disponible sur Internet à l'adresse suivante : <https://preserve.lehigh.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2390&context=etd>.

HELLMANN Uwe, « Le renouveau du droit pénal allemand sous l'influence des Lumières », in SOUSA-COSTA Annette (éd.), *Entre droit et morale : la finalité de la peine. Journée d'études du 13 novembre 2007, Université Paris Ouest Nanterre la Défense*, Bern, Peter Lang, 2010 (Travaux Interdisciplinaires et Plurilingues, 12), p. 111-122.

HIGELIN-FUSTÉ Audrey, *La prison pénale en France de 1791 à 1848 : élaborer l'espace de la réclusion*, thèse de doctorat en histoire de l'art, Université Grenoble Alpes, 2011.

HUMBERT Michel, « La peine en droit romain », in *La peine. Punishment*, première partie : Antiquité, *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, t. LV, 1991, p. 133-183.

HUMBERT Sylvie et DERASSE Nicolas, « La prison : “mise en durée” et épreuve du temps », in HUMBERT Sylvie, DERASSE Nicolas et ROYER Jean-Pierre (dir.), *La prison, du temps passé au temps dépassé*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 9-18.

IPPOLITO Dario, « La philosophie pénale des Lumières entre utilitarisme et rétributivisme », in *Penser la peine à l'âge des Lumières*, DELIA Lugi et RADICA Gabrielle (dir.), in *Lumières*, n° 20, Presses Universitaires de Bordeaux, 2012, p. 21-34.

KERCHOVE Michel van de, « Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », in *Informations sociales*, n° 127, 2005, p. 22-31.

KLÍMA Josef, « La perspective historique des lois hammourabiennes », in *Comptes rendus des séances de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres*, 116^{me} année, n° 2, 1972, avec l'intervention de Jean NOUGAYROL, p. 297-317.

LADD Kevin, « "Et cependant on a le droit de l'étrangler...". La compatibilité entre nécessitarisme et droit pénal chez Spinoza et Kelsen, et la question de la peine de mort », in *Corpus, revue de philosophie*, n° 62, 2012, p. 359-376.

LAGRÉE Jacqueline, « Notes sur les références antiques du Meletius de Grotius », in *Lumières*, n° 1 : *Stoïcisme antique et droit naturel moderne*, 2003, p. 45-51.

LAGRÉE Jacqueline, *Le néostoïcisme. Une philosophie par gros temps*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 2010.

LAINGUI André, « Peine de mort », in ALLAND Denis et RIALS Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 2003, p. 1141-1145.

LAINGUI André, « Les peines dans la littérature des adages juridiques », in HOAREAU-DODINAU Jacqueline et TEXIER Pascal (dir.), *La peine. Discours, pratiques, représentations*, Limoges, Pulim, 2005 (Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique, 12), p. 111-120.

LANGBEIN John H., « The Historical Origins of the Sanction of Imprisonment for Serious Crime », in *The Journal of Legal Studies*, vol. 5, n° 1, 1976, p. 35-60.

LAPENNA Daniela, *Le pouvoir de vie et de mort. Souveraineté et peine capitale*, Paris, Presses Universitaires de France, 2011.

LASCOURMES Pierre, PONCELA Pierrette et LENOËL Pierre, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, Paris, Hachette, 1989.

LASCOURMES Pierre, « Beccaria et la formulation d'un ordre public moderne », in PORRET Michel (dir.), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, actes du colloque européen de Genève des 25-26 novembre 1995, Genève, Droz, 1997, p. 109-117.

LAURAND Valéry et TERREL Jean, « Présentation », in *Lumières*, n° 1 : *Stoïcisme antique et droit naturel moderne*, 2003, p. 7-12.

LAURENT Pierre, *Pufendorf et la loi naturelle*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1982.

LEBLANC Raphaëlle, « Droit naturel et droit des gens dans la pensée janséniste », in *Annuaire français de relations internationales*, vol. XII, 2011.

LE GALL Yvon, « Les Lumières et le droit de grâce », in *Littératures classiques*, n° 60, 2006, p. 269-312.

LORCY Maryvonne, « L'évolution des conceptions de la peine privative de liberté », in *CRDF*, n° 3, 2004, p. 11-14.

MAES Louis-Theo, « L'humanité de la magistrature du déclin du Moyen Âge », in *Revue d'Histoire du Droit*, vol. 19, n° 2, p. 158-193.

MARTIN Jean-Clément, *La terreur. Vérités et légendes*, Paris, Perrin, 2017.

MARTIN Xavier, « Du temps des Lumières à 1810 : anthropologie et droit criminel », in *Bicentenaire du code pénal 1810-2010*, Paris, Les colloques du Sénat, 25/26 novembre 2010, p. 65-82, disponible sur Internet à l'adresse suivante : https://www.senat.fr/colloques/actes_bicentenaire_code_penal/actes_bicentenaire_code_penal.pdf.

MARTIN Xavier, *Beccaria, Voltaire et Napoléon ou l'étrange humanisme pénal des Lumières (1760-1810)*, Poitiers, Dominique Martin Morin, 2018.

MARTINAGE Renée, *Histoire du droit pénal en Europe*, Paris, Presses Universitaires de France, 1998.

MASPÉTIOL Roland, « Jean Domat : une doctrine de la loi et du droit public », in *Estudios juridico-sociales. Homenaje al profesor Luis Legaz y Lacambra*, t. II, Universidad de Santiago de Compostela, 1960, p. 707-714.

MÉNIEL Bruno, « La colère dans la tragédie humaniste », in *Cahiers de recherches médiévales et humanistes*, n° 21, 2011, p. 359-375.

MER Louis-Bernard, « Réflexions sur la jurisprudence criminelle du Parlement de Bretagne pour la seconde moitié du XVIII^e siècle », in *Revue Judiciaire de l'Ouest*, n° 1, 1977, p. 1-18.

MICKELER Guillaume, « L'“abolition” de la peine capitale en Russie au XVIII^e siècle », in *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 87, n° 1, janvier-mars 2009, p. 41-57.

MILANESE Arnaud, « Nécessité et imputation chez Hobbes : Se démarquer d'Aristote et se démarquer de la scolastique », in *Philosophiques*, volume 41, numéro 1, printemps 2014, p. 3-35.

NAVILLE Pierre, *D'Holbach et la philosophie scientifique au XVIII^e siècle*, éd. revue et augmentée, Paris, Gallimard, 1967.

NIORT Jean-François, « “Laissons à l'homme les défauts qui tiennent à sa nature...” Retour sur l'anthropologie des rédacteurs du Code civil des Français », in *Droit et cultures*, n° 48, 2004, p. 77-105.

OSTLING Michael, *Between the Devil and the Host. Imagining Witchcraft in Early Modern Poland*, Oxford University Press, 2011.

PANCER Nira, « « Crimes et châtiments » monastiques : aspects du système pénal cénobitique occidental (Ve et VI^e siècles) », in *Le Moyen Age*, t. CIX, 2003, p. 261-275.

PETIT Jacques-Guy, *Ces peines obscures, la prison pénale en France, 1780-1875*, Paris, Fayard, 1990.

PICARD Jean-Luc, RANGEON François et VASSEUR Jean-François, *L'idée de science politique chez Thomas Hobbes*, Paris, Presses Universitaires de France, 1976.

PIERRARD François, *L'œuvre criminaliste de Jean Domat (1625-1696). Une doctrine inachevée et sa réception jusqu'aux codifications napoléoniennes*, mémoire de Master en histoire rédigé à l'Université catholique de Louvain (UCL) sous la direction de Xavier ROUSSEAU, juin 2017, disponible en accès restreint à la bibliothèque de la Faculté de philosophie, arts et lettres de l'UCL (<https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/en/object/thesis%3A10255>).

PONCELA Pierrette, « Éclipses et réapparitions de la rétribution en droit pénal », in BLONDIEAU Francis et al. (dir.), *Rétribution et justice pénale*, Paris, Presses Universitaires de France, 1983 (Travaux et recherches de l'Université de droit, d'économie et de sciences sociales de Paris, série Philosophie du droit, 1), p. 11-18.

PONCELLA Pierrette, *Droit de la peine*, 2^{me} éd., Paris, Presses Universitaires de France, 2001.

PRADEL Jean, *Histoire des doctrines pénales*, 2^{me} éd., Paris, Presses Universitaires de France, 1991.

PRÉVOST Xavier, « Jacques Cujas et les poètes de l'Antiquité tardive », in *Cahiers de recherches médiévales et humanistes*, n° 24, 2012, p. 379-398.

QUASTANA François, *Voltaire et l'absolutisme éclairé (1736-1778)*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2003.

QUASTANA François, *La pensée politique de Mirabeau (1771-1789) : « républicanisme classique » et régénération de la monarchie*, thèse de doctorat en droit, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007.

QUASTANA François, « Du bon usage du droit romain : Voltaire et la réforme des législations civile et pénale », in BRUSCHI Christian (dir.), *Les représentations du droit romain en Europe aux Temps modernes*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 205-233.

QUASTANA François, « “Un tombeau qui se cache sous la forme d'un autel...” Ordre public et liberté religieuse chez Dumont et Bentham : de la critique de l'article X de la déclaration de 1789 à celle de « la religion des droits de l'homme », in GANZIN Michel (dir.), *Pensée politique et religion*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2017, p. 243-259.

QUINTILI Paolo, « Le stoïcisme révolutionnaire de Diderot dans l'Essai sur Sénèque par rapport à la Contribution à l'Histoire des deux Indes », in *Recherches sur Diderot et sur l'Encyclopédie*, n° 36, 2004, p. 29-42.

RIGAUX François, « L'apport des juristes belges à la doctrine du droit international », in *Droit du pouvoir, pouvoir du droit, Mélanges offerts à Jean Salmon*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 543-553.

RISCO Antonio, « Présence de Beccaria dans l'Espagne des Lumières », in PORRET Michel (dir.), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, actes du colloque européen de Genève des 25-26 novembre 1995, Genève, Droz, 1997, p. 149-168.

ROHLS Jan, « Autorité de l'État et de l'Église chez Hugo Grotius », in Françoise KNOPPER, Jean-Louis BRETEAU et Bertrand VAN RUYMBEKE (dir.), *Protestantisme(s) et autorité / Protestantism and authority, Anglophonia*, n° 17, Toulouse, Presses Universitaires du Mirail, 2005, p. 197-206.

ROUSSEAU Xavier, « Doctrines criminelles, pratiques pénales, projets politiques : le cas des possessions habsbourgeoises (1750-1790) », in PORRET Michel (dir.), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, actes du colloque européen de Genève des 25-26 novembre 1995, Genève, Droz, 1997, p. 223-252.

ROUX Louis, « Hobbes en son temps », in *Études anglaises*, vol. 62, n° 2, 2009, p. 229-236.

ROYER Jean-Pierre, *Histoire de la justice en France, de la monarchie absolue à la République*, Paris, Presses Universitaires de France, 1995.

SAÏD Suzanne, « Le futur des peines en Grèce ancienne des "Tragiques à Platon" », in *Le droit et le futur*, Paris, Presses Universitaires de France, 1985.

SANTOS CAMPOS André (éd.), *Spinoza and Law*, New York, Routledge, 2016.

SARZOTTI Claudio, *Domat criminalista*, Padoue, Cedam, 2001 (*Casi, fonti e studi per il diritto penale*, série III, 17).

SCHNAPPER Bernard, « La diffusion en France des nouvelles conceptions pénales dans la dernière décennie de l'Ancien Régime », in BERLINGUER Luigi et COLAO Floriana (dir.), *Illuminismo e dottrine penali, La Leopoldina*, t. 10, Milan, Giuffrè, 1990, p. 409-433.

SOULA Mathieu, « A la recherche de la peine : regard rétrospectif », in *AJ Pénal*, n° 9, 2015, p. 22-24.

STALLEY Richard F., « La justice dans les Lois de Platon », in *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 16, 2002, p. 229-246.

TABET Xavier, « Beccaria, la peine de mort et la Révolution française », in *Laboratoire italien*, n° 9, 2009, disponible sur Internet à l'adresse suivante : <https://journals.openedition.org/laboratoireitalien/547>.

TADIÉ Alexis, « La réputation de Francis Bacon au XVIII^e siècle », in MOREAU Isabelle (dir.), *Les Lumières en mouvement. La circulation des idées au XVIII^e siècle*, Lyon, ENS Éditions, 2009, p. 101-125, disponible sur Internet à l'adresse suivante : <https://books.openedition.org/enseditions/6313?lang=fr#text>.

TERREL Jean, *Les théories du pacte social. Droit naturel, souveraineté et contrat de Bodin à Rousseau*, Paris, Seuil, 2001.

TRÉNARD Louis, « La diffusion du “Contrat social” de 1762 à 1830 », in *Revue du Nord*, t. 45, n° 177, Janvier-mars 1963, p. 116-119.

TUCCILLO Alessandro, « Droit de punir et légitimation de la peine de mort dans *La science de la législation* de Gaetano Filangieri », in *Corpus, revue de philosophie*, n° 62, 2012, p. 231-243.

TZITZIS Stamatios, « La loi et le châtement chez Richard Cumberland, adversaire de Hobbes », in *Revue historique de droit français et étranger*, quatrième série, vol. 65, n° 2, 1987, p. 233-252.

TZITZIS Stamatios, « Du devoir de punir au droit de punir. Les Anciens et les modernes », in SOUSA-COSTA Annette (éd.), *Entre droit et morale : la finalité de la peine. Journée d'études du 13 novembre 2007, Université Paris Ouest Nanterre la Défense*, Bern, Peter Lang, 2010 (Travaux Interdisciplinaires et Plurilingues, 12), p. 1-13.

VAUSSARD Maurice, « Autour du Jansénisme italien : la correspondance inédite de l'abbé Foggini avec Giovanni Lami à la bibliothèque Riccardienne », in *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, t. 3, n° 4, octobre-décembre 1956, p. 298-303.

WEBER Dominique, *Hobbes et l'histoire du salut. Ce que le Christ fait à Léviathan*, Paris, PUPS, 2008.

WINKEL Laurens, « CUJAS Jacques », in ARABEYRE Patrick, HALPÉRIN Jean-Louis et KRYNEN Jacques (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français (XII^e-XX^e siècle)*, Paris, PUF-Quadrige, 2007, p. 220-222.

ZARKA Yves Charles, *Philosophie et politique à l'âge classique*, Paris, Hermann, 2015.

Table des matières

Introduction	1
Partie 1. Évolution des fonctions de la peine à travers les âges, de l'Antiquité à la première modernité.....	6
Chapitre 1. Les fonctions de la peine dans l'Antiquité	7
Section 1. La loi du talion, le code Hammurabi et l'Ancien Testament	7
Section 2. Athènes et la naissance de la philosophie pénale	9
Section 3. Droit romain et influences philosophiques.....	13
Chapitre 2. Les fonctions de la peine au Moyen Âge	21
Section 1. Droit germanique et tarification des infractions.....	21
Section 2. Scolastique, droit canonique et rétribution.....	23
Section 3. Redécouverte du droit romain et exemplarité des peines.....	28
Chapitre 3. Les fonctions de la peine de la Renaissance au Grand Siècle	30
Section 1. Humanisme juridique et bouleversements religieux	30
Section 2. Centralisation étatique et peines exemplaires	32
Section 3. La rétribution à la charnière des 17 ^{me} et 18 ^{me} siècles.....	36
Partie 2. La révolution des fonctions de la peine autour du siècle des Lumières.....	38
Chapitre 1. Pré-Lumières ou origines idéologiques des nouvelles fonctions du droit de punir	39
Section 1. Hugo Grotius ou la rétribution passée sous silence (1625).....	39
Section 2. Thomas Hobbes ou la négation de la rétribution (1651).....	46
Section 3. Samuel von Pufendorf ou le contractualisme absolu du droit de punir (1672).....	49
Section 4. Baruch Spinoza ou l'extrême conséquence du déterminisme (1676)	53
Section 5. Jean Domat ou les premières hésitations françaises (1689/1696).....	54
Chapitre 2. Lumières sur le droit de punir : la généralisation d'une nouvelle rationalité pénale	59
Section 1. Diffusion de la nouvelle conception de la peine	59

Section 2. Quelques réticences ?	76
Chapitre 3. Pourquoi changer ?	79
Section 1. Les fondements sous-jacents à l'abandon de la rétribution.....	79
Section 2. Divergence réelle ou apparente ?	93
Partie 3. Implications d'un droit de punir refondé et réformes du 18 ^{me} siècle.....	100
Chapitre 1. Nouvelle conception de la peine et codifications	101
Section 1. Prévention des crimes et principe de légalité des peines	101
Section 2. Les fonctions de la peine sous-jacentes aux codes pénaux	106
Chapitre 2. Aux origines de l'abolition de la peine capitale	108
Section 1. Les fondements idéologiques de l'abolitionnisme	108
Section 2. Les premières abolitions législatives de la peine capitale.....	128
Chapitre 3. Nouvelles fonctions de la peine et nouvelle fonction de la prison	133
Section 1. La prison dans les nouvelles théories pénales	134
Section 2. Débat sur la peine de mort et consécration législative de l'emprisonnement pénal en France.....	139
Conclusion.....	146
Bibliographie	150
Sources	150
1. Législation et discussions parlementaires	150
2. Doctrine et autres œuvres.....	150
Travaux.....	153