

CORPUS

revue de philosophie

n° 62

La peine de mort

*mis en œuvre par
Luigi Delia et Fabrice Hoarau*

© Revue éditée par l'Association pour la revue Corpus, 2012

N° ISSN : 0296-8916

TABLE DES MATIÈRES

Luigi Delia et Fabrice Hoarau	
<i>Présentation</i>	7
I. La peine de mort et ses alternatives à l'époque moderne	
Fabrice Hoarau	
<i>Origines et contexte de la réflexion sur les peines alternatives</i>	17
Sabine Reungoat	
<i>La peine de mort et ses alternatives dans la pensée économique et sociale anglaise entre 1660 et 1720</i>	37
Fabrice Desnos	
<i>Un substitut pragmatique à la peine de mort : les pactes catalans (XVI^e-XVII^e siècle)</i>	53
Elisabeth Salvi	
<i>Lumières et peine de mort: discours et pratiques pénales à Lausanne à la fin du XVIII^e siècle</i>	71
Jean Bart	
<i>La Révolution française et la peine de mort ou pourquoi la guillotine ?</i>	89
II. La fin d'une évidence dans l'Europe des Lumières	
Francine Markovits	
<i>Montesquieu et la peine de mort</i>	107
Philippe Audegean	
<i>Le plus ancien programme de l'abolitionnisme italien : le Discorso della pena di morte de Giuseppe Pelli (1760-1761)</i>	135

Guillaume Coqui	
<i>Le droit de vie et de mort est-il un droit de punir ?</i>	
<i>Sur Rousseau, Contrat Social, II, v.....</i>	157
Maria Laura Lanzillo	
Des délits et des peines :	
<i>Voltaire lecteur de Cesare Beccaria</i>	177
Christopher Hamel	
<i>Mably sur la peine de mort</i>	197
Gilles Trimaille	
<i>La peine de mort dans la doctrine utilitariste</i>	
<i>de Jeremy Bentham.....</i>	215
Alessandro Tuccillo	
<i>Droit de punir et légitimation de la peine de mort</i>	
<i>dans la Science de la législation de Filangieri.....</i>	231
Luigi Delia	
<i>Encyclopédisme et peine de mort.</i>	
<i>Les cas de l'Encyclopédie d'Yverdon,</i>	
<i>du Répertoire de jurisprudence de Guyot</i>	
<i>et de l'Encyclopédie méthodique</i>	245
Vincent Jolivet	
<i>Sade et la peine de mort.....</i>	265
Norbert Campagna	
<i>La question de la peine de mort chez Fichte.....</i>	287
III. Regards croisés	
Jordi Bayod	
<i>Montaigne et la peine de mort : « guérir le mal par le mal »</i>	305
Nuria Lombardero	
<i>Peine de mort et grâce dans la tragédie moderne.</i>	
<i>De comment le happy end met fin à une évidence</i>	
<i>« poétique »</i>	323

Piero Schiavo

« Qu'a d'inhumain la dissection d'un méchant ? ».
La médecine face à la peine de mort..... 341

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..... 359

Delphine Labopin

François Guizot :
De la peine de mort en matière politique..... 377

Liste des sommaires : voir notre site <http://www.revuecorpus.com>

LA FIN D'UNE ÉVIDENCE : LA PEINE DE MORT ET SES ALTERNATIVES À L'EPOQUE MODERNE

PRÉSENTATION

Au regard de l'histoire humaine, longue de plusieurs millénaires, nous devons reconnaître, que cela nous plaise ou non, que le débat pour l'abolition de la peine de mort ne fait que commencer¹.

Avant d'être un objet d'étude, la peine de mort est une réalité judiciaire d'actualité. Les rapports des associations internationales² qui plaident pour son abolition dressent chaque année le bilan des exécutions. Alors même que des moratoires sont ratifiés³ et que les congrès mondiaux⁴ se succèdent, les tribunaux chinois, islamiques, mais aussi les jurys populaires américains continuent d'attenter aux droits de l'homme en administrant l'homicide étatique au nom de la loi. En 2010, la justice qui tue pour des crimes politiques et de droit commun est en vigueur dans plus de cinquante nations situées hors d'Europe et fait parfois partie du dispositif pénal de certaines démocraties occidentales. Aux États-Unis, l'affrontement entre défenseurs et adversaires de l'abolition ne cesse de secouer

¹ Norberto Bobbio, *L'età dei diritti*, Turin, Einaudi, 1997³, chap. IX, « Contro la pena di morte », p. 178, nous traduisons.

² Cf. <http://www.amnesty.org/fr> et <http://www.handsoffcain.info/>.

³ Le 18 décembre 2007, l'Assemblée générale de l'ONU a proposée la suspension de l'application de la peine de mort dans tous les pays membres.

⁴ Le quatrième congrès mondial contre la peine de mort a rassemblé du 24 au 26 février 2010 à Genève des acteurs abolitionniste de tous horizons.

CORPUS, revue de philosophie

l'espace public, en alimentant d'interminables débats idéologiques⁵. À leur tour, les historiens multiplient leurs efforts pour comprendre l'évolution des pratiques et des attitudes au fil des siècles : c'est notamment le cas, entre autres, de la récente *Histoire de la peine de mort. Bourreaux et supplices. Paris, Londres : 1500-1800*, de Pascal Bastien (Paris, Seuil, 2011)⁶.

À une exception près⁷, les vingt contributions que réunit ce numéro de *Corpus, revue de philosophie*, portent toutes sur la culture du gibet d'Ancien Régime, parce que le débat sur la mort naturelle comme peine naît véritablement à l'époque moderne et prend son essor au XVIII^e siècle, dans l'Europe des Lumières. La punition capitale avait certes soulevé auparavant quelques réticences : parmi les théologiens, qui la considéraient comme une peine exceptionnelle ; chez certaines sectes dissidentes des Eglises catholique et anglicane (les Vaudois, les Quakers) qui l'avaient pointée d'un doigt accusateur ; auprès de quelques philosophes, notamment Thomas More, qui pouvaient la remettre en cause pour certains délits ; sans oublier les nombreux juristes, qui, par leur réflexion sur la responsabilité pénale ou les circonstances atténuantes, avaient souvent trouvé le moyen de faire échapper le condamné au dernier supplice.

Pendant, jusqu'au XVIII^e siècle, le droit régalien de vie et de mort apparaît à beaucoup d'égards comme une nécessité sociale.

⁵ Une mise au point éclairante des enjeux politiques et des principaux argumentaires concurrents est fournie par Bertrand Guillarme, *Penser la peine*, Paris, PUF, 2003, chap. 7, « La peine de mort, un test pour la théorie démocratique », p. 119-129.

⁶ On peut se reporter aussi à l'étude de Michel Porret, Marco Cicchini, Vincent Fontana, Ludovic Maugué, Sonia Vernhes Rappaz, *La chaîne du pénal. Crimes et châtements dans la République de Genève sous l'Ancien Régime*, Genève, Georg éditeur, 2010, p. 82-89 ; ainsi qu'à l'ouvrage de Jean-Marie Carbasse, *La Peine de mort*, Paris, PUF, 2010.

⁷ Il nous a semblé opportun d'intégrer à ce recueil l'étude de Delphine Labopin sur Guizot, car elle prolonge l'analyse au XIX^e siècle tout en assurant le lien avec la collection du Corpus des Œuvres de Philosophie en langue française, qui a notamment édité *Des conspirations et de la justice politique. De la peine de mort en matière politique (1822)*, Paris, Fayard, 1984.

Présentation

Dans le cas de la France, le discours normatif du XVII^e siècle se caractérise par un accroissement de la sévérité du législateur. Bien qu'ils « ne fournissent au pénal qu'une minorité des sentences »⁸, la peine capitale et l'éclat des supplices qui exaltent l'absolutisme de droit divin, apparaissent alors comme une condition *sine qua non* de l'intimidation du corps social, dont une notable partie était jugée potentiellement dangereuse. Il serait toutefois abusif de considérer que le débat naît *ex nihilo*. Ce que Paul Hazard a désigné comme « la crise de la conscience européenne » s'accompagne également d'une réflexion sur certains aspects de la peine capitale (la cruauté des châtements, leur mise en scène), qui prépare les controverses sur la légitimité même de la peine de mort au XVIII^e siècle.

À ce propos, la publication en 1764 du petit livre *Des délits et des peines* de Cesare Beccaria⁹ – dont la version française de l'encyclopédiste Morellet permit, dès 1766, une plus large diffusion – marque un clivage : ni utile, ni nécessaire, la peine de mort ne relève pas du droit, mais de la force, affirme le philosophe milanais. À l'encontre de la plupart des grands penseurs modernes (Hobbes, Locke, Montesquieu...), et en prenant le contre-pied de la tradition jusnaturaliste, de la littérature d'échafaud et d'une opinion publique globalement favorable à la justice d'élimination, Beccaria dénonce à la fois l'illégitimité et l'inutilité de la peine capitale et propose de la remplacer par les travaux forcés à perpétuité. Il s'ensuit un vif débat en Europe entre partisans (Voltaire, Brissot de Warville, Bentham) et détracteurs (Carli, Gorani, Facchinei en Italie, Morellet, Linguet, Marmontel, Mably, Roquefort, en France) de l'adoption de l'esclavage public comme sanction alternative. Pour les uns, il s'agit de la peine la plus propice à se substituer à la condamnation à mort : répondant mieux aux exigences de la pédagogie utilitaire

⁸ Benoît Garnot, *Histoire de la justice. France, XVI^e-XXI^e siècle*, Paris, Gallimard, 2009, p. 476.

⁹ Une nouvelle et remarquable édition bilingue (italien-français) de ce classique de la philosophie politique et du réformisme juridique de l'Europe des Lumières a récemment été publiée par Philippe Audegean, Lyon, Éditions ENS, 2009.

CORPUS, revue de philosophie

de l'effroi, étant davantage exemplaires et dissuasifs, les fers ne détruisent pas une force de travail qui peut être employée au profit de l'État. Pour les autres, au contraire, le travail forcé est une alternative pénale cruelle, dégradante et en tous points opposée aux droits naturels et inaliénables de l'être humain. Sauver la vie d'un homme pour l'exploiter jusqu'à la mort, est-ce légitime ? S'agit-il d'une proposition humanitaire ou d'un froid calcul économique ? Quel rôle les nouvelles conditions économiques ont joué dans le projet de remplacer la peine de mort par la déportation des condamnés ? Et encore, quelles chances de réhabilitation et de réinsertion offre au délinquant une sanction avilissante qui s'éternise ?

Au-delà des ambiguïtés et des corollaires troublants qui accompagnent un tel projet de réforme du droit de punir, il ne fait pas de doute qu'en s'interrogeant sur les sanctions pouvant remplacer la peine de mort, le XVIII^e siècle finit par fragiliser une certitude que Kant tenait encore pour inébranlable : si le criminel a commis un meurtre, il doit mourir, sans qu'aucune autre peine ne puisse satisfaire la justice. Étudiant la différence des approches et des contextes, ce collectif cherche précisément à apporter quelques éléments de réponse à la double question de savoir comment une réflexion sur la légitimité de la peine capitale a pu se former dans l'Europe des Lumières, et en quoi les projets de substitution de la condamnation à mort par la réclusion criminelle à perpétuité, les travaux forcés, le bannissement à vie, les « pactes catalans », ont contribué à faire reculer l'idée, tenue comme acquise jusqu'au XVIII^e siècle, que le châtement suprême constitue, dans certains cas, un impératif de justice. Pour ce faire, le volume ne propose pas seulement des lectures originales de la pensée de grands auteurs : Beccaria, Bentham, Filangieri, Fichte, Mably, Montaigne, Montesquieu, Rousseau, Sade, Spinoza, Voltaire. L'occasion est également donnée de découvrir des écrivains moins illustres, comme Giuseppe Pelli Bencivenni¹⁰, précurseur de Beccaria en la matière et dont le texte abolitionniste est resté inédit ; et de mener

¹⁰ Pour préparer sa communication sur le manuscrit de Pelli Bencivenni, Philippe Audegean s'est rendu aux Archives d'État de Florence. Nous tenons ici à le remercier.

Présentation

enfin des enquêtes intertextuelles plus vastes, explorant des domaines aussi divers que le théâtre, les encyclopédies et la médecine ainsi que des corpus peu balisés comme les essais d'économistes anglais et de praticiens helvétiques. La complexité et le caractère protéiforme de l'objet peine de mort ont ainsi favorisé un fécond esprit d'interdisciplinarité, qui a permis à des chercheurs de disciplines différentes (philosophes, historiens, juristes, politistes, littéraires) de partager leurs savoirs et de croiser leurs regards sur un problème d'actualité pourvu d'un arrière plan historique considérable.

Luigi DELIA

IEA-*Collegium* de Lyon - Université de Bourgogne

Fabrice HOARAU

Université de Bourgogne



Le présent volume est issu d'un colloque international organisé les 3 et 4 juin 2010 à Dijon par le Centre Georges Chevrier, UMR 5605 Université de Bourgogne-CNRS « Savoirs : normes et sensibilités ». Que M. Pierre Bodineau, ex-directeur du Centre, qui a vivement soutenu ces rencontres, trouve ici l'expression de notre reconnaissance.

Tous nos remerciements au Centre Georges Chevrier et à l'Institut d'Études Avancées – Collegium de Lyon qui nous ont apporté leur appui financier pour la fabrication de ce numéro.

L. D. et F. H.

**I. LA PEINE DE MORT
ET SES ALTERNATIVES A L'EPOQUE MODERNE**

ORIGINES ET CONTEXTE DE LA RÉFLEXION SUR LES ALTERNATIVES À LA PEINE DE MORT

Pendant longtemps, l'État, à l'instar de Dieu, s'était attribué *de jure et de facto* un pouvoir presque sans limites sur la vie de ses sujets. En affirmant que tout pouvoir vient de Dieu, saint Paul¹ avait indirectement désigné la justice temporelle comme une justice déléguée par Dieu. Domat peut encore l'affirmer au XVII^e siècle : les souverains tiennent leurs droits de Dieu², de telle sorte que le ministère de la justice de Dieu est commis à ceux qui gouvernent³.

La peine capitale, peine Ô combien symbolique – n'est-elle pas, de toutes les peines, la plus chargée de symboles ? – incarnait la toute puissance de l'État. Ce d'autant plus que le droit de grâce conférait au roi un double pouvoir : rendre la vie au condamné, ou confirmer sa condamnation à mort⁴. Le débat est longtemps resté tributaire de présupposés théologiques⁵. La prohibition de

¹ *Épître de Paul aux Romains*, 13.

² *Les quatre livres du Droit public*, Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1989, p. 23.

³ *Traité des lois*, Caen, Centre de philosophie politique et juridique, 1989, p. 28. Dans les *Quatre livres du Droit public*, les juges rendent les jugements de Dieu, *op. cit.* p. 440 ; ce qui leur impose d'être fidèles à sa volonté, *ibid.* p. 446.

⁴ Cette prérogative est condamnée par Beccaria, qui l'assimile à un désaveu de la loi : elle ne saurait donc être admise dans une législation parfaite, où la clémence est réservée au législateur, *Des délits et des peines*, traduction de M. Chevallier, Paris, Flammarion, 1991, § XLVI, p. 177-178.

⁵ En témoigne la controverse qui oppose Alain de Lille, partisan de la peine de mort, et les Vaudois, abolitionnistes : ces derniers se contentent d'alléguer des arguments puisés dans les Écritures saintes, ou les Pères de l'Église :

CORPUS, revue de philosophie

l'homicide dans l'Ancien Testament⁶, la condamnation de la loi du talion, la défense du pardon par Jésus Christ dans le Nouveau Testament⁷ rendaient *a priori* difficile l'acceptation de la peine de mort. Le postulat augustinien d'un Dieu seul maître de la vie⁸ pouvait la faire apparaître comme une usurpation par l'homme d'un droit qui n'appartenait qu'à Dieu. La plupart des théologiens ne condamnèrent toutefois pas la peine capitale dans son principe, se contentant de la définir comme une peine d'exception, à l'instar de Saint Augustin, et de Saint Thomas d'Aquin⁹.

La vocation de la peine évolue elle-même assez peu depuis l'avènement, au milieu du XVI^e siècle, du « véritable temps des corps suppliciés »¹⁰. Dans l'ancien droit, elle est censée introduire dans le corps social des passions jugées utiles pour le pouvoir – en premier lieu la peur – et n'a pas pour objet, la transformation, la « guérison » et l'amendement de coupables qui cristallisent alors les passions vindicatives d'une partie de la population, et suscitent

« on y chercherait vainement une notion scientifique » (Jean Imbert, *La peine de mort*, Paris, Armand Colin, 1967, p. 61).

⁶ Exode, 20, 13. Elle est toutefois remise en cause par la loi du Talion (Exode, 21, 23-5 et Genèse, 9-6) ; la peine de mort est en outre prévue pour certains crimes, notamment l'homicide (Lévitique, 24, 17-21, Deutéronome 19-21).

⁷ Matthieu, 5, 38-4. Luc, 17, 3-4. Le *Redde Caesari quae sunt Caesaris*, interprété comme une reconnaissance de l'autonomie du pouvoir politique, témoigne clairement d'un refus de participer au débat sur la légitimité de la loi civile, Matthieu, 22-21.

⁸ En condamnant l'homicide, l'Ancien et le Nouveau Testament avaient indirectement défendu le principe du droit à la vie. Au siècle des Lumières, Ciamarelli considère que la peine de mort ne peut être fondée « ni sur Dieu, qui seul peut disposer de la vie, ni sur la loi de nature, fondée sur la conservation » (*Traité philosophique et politique de la peine de mort*, Mantoue, 1789, p. 48).

⁹ Qui impose la réunion de deux conditions – le péché et le péril de la société – pour en autoriser l'usage, et la refuse pour tous les délits portant atteinte aux biens, Jean Imbert, *La peine de mort*, *op. cit.* p. 54. Thomas More juge que tous les biens que l'on peut posséder ne sauraient équivaloir à une vie humaine, *L'Utopie*, trad. M. Delcourt, Paris, Flammarion, 1987, p. 105.

¹⁰ Roger Muchembled, *Le temps des supplices, De l'obéissance sous les rois absolus, XV^e-XVIII^e siècles*, Paris, Armand Colin, 1992, p. 82.

Fabrice Hoarau

par leur acte la réaction presque spontanée d'un État chargé de maintenir l'ordre¹¹. Les paroles qui introduisent l'Ordonnance criminelle de 1670 résument bien la philosophie pénale de l'époque : l'instruction criminelle « contient par la crainte des châtimens ceux qui ne sont pas retenus par la considération de leur devoir »¹². Après les rigueurs répressives du XVI^e siècle, un processus régulier de modération de la pénalité, avec recul de la peine capitale, s'amorce toutefois dès la seconde moitié du XVII^e siècle, confirmant ainsi le jugement de Tocqueville sur l'Ancien régime : une règle rigide, une pratique molle¹³.

Le changement décisif se produisit au siècle des Lumières¹⁴. Pour un nombre croissant de penseurs, la société ne tient plus de Dieu le droit de mettre un homme à mort : la légitimation théologique (notamment présente chez Calvin), qui faisait des magistrats les ministres de Dieu, affranchis du cinquième commandement du Décalogue, n'avait pas lieu d'être. La justice devint humaine, faillible, et réduite à sa dimension terrestre. Lorsqu'ils préconisent le maintien d'une telle peine, les philosophes des Lumières n'ont plus

¹¹ Cette dimension intimidante de la peine est restée au cœur de la théorie classique du droit pénal, R. Merle, Vitu, *Traité de droit criminel*, Paris, 7^e édition, Cujas, 1997, p. 824-825.

¹² *Recueil général des lois françaises*, Isambert-Decrusy-Taillandier, tome XVIII, Paris, Belin-Leprieur, 1829, p. 372.

¹³ Jean-Marie Carbasse, *La peine de mort*, Paris, Puf, 2010, p. 55. Modèle de la pensée éclairée, le droit pénal de l'Angleterre se singularise par son exceptionnelle rigueur : plus de deux cents crimes y sont punis de mort. L'évolution doctrinale est toute aussi progressive : Domat s'en tient à une conception rétributive de la peine de mort, et admet de ce fait que certains crimes justifient son application, *Droit public*, *op. cit.* p. 535. Dans le *Traité des lois*, outre la correction du coupable et la réparation des maux que les méchants ont fait, il assigne à la loi le soin de les retenir par l'exemple des punitions, *op. cit.* p. 28. Les puissances temporelles sont « armées de la terreur des peines et des supplices pour maintenir l'ordre extérieur », *ibid.* p. 32.

¹⁴ Dans *Surveiller et punir*, Michel Foucault désigne la diminution des crimes de sang, et le changement de nature de la criminalité, comme les causes essentielles de l'adoucissement de la pénalité, Gallimard, Paris, 1975, p. 90.

CORPUS, revue de philosophie

recours à une hypothétique volonté divine, ou à des arguments d'autorité, pour la légitimer : la « lente désacralisation de la sphère judiciaire précède celle de l'État »¹⁵.

Cette « laïcisation » de la conception du crime, dès lors considéré comme une violation du contrat social¹⁶, ne débouche certes pas nécessairement sur une condamnation de la peine capitale¹⁷. Mais c'est une pensée laïcisée, affranchie de lois divines, qui va progressivement interdire au pouvoir de tuer.

Au XVIII^e siècle, la peine de mort, qui fut pendant longtemps une question essentiellement philosophique, devient une question politique. Voltaire, qui ne se rallie pourtant à l'abolitionnisme de Beccaria qu'en 1777¹⁸, illustre bien cette mutation. Dans sa pensée, la peine de mort et les châtiments cruels constituent les frontières qui permettent de séparer les nations civilisées des nations barbares¹⁹. Que la France maintienne sa législation en l'état, et elle ne fera plus partie de la première catégorie. L'enjeu dépasse alors les frontières du Royaume : la désapprobation internationale est un argument efficace pour discréditer la rigueur pénale française²⁰.

¹⁵ *Le temps des supplices*, op. cit., p. 188.

¹⁶ Benoît Garnot, *Histoire de la justice en France, XVI^e-XXI^e siècle*, Paris, Gallimard, 2009, p. 40.

¹⁷ Jean Imbert distingue deux courants chez les penseurs du XVIII^e siècle : ceux qui ne condamnent pas le principe de la peine de mort, sa légitimité, mais ses abus, et les abolitionnistes, *La peine de mort*, op. cit. p. 103.

¹⁸ Georges Picca, « La peine de mort : un problème politique et social », *RIDP*, 1987, p. 439.

¹⁹ La France lui apparaît en cela comme la nation la plus cruelle d'Europe, *Dictionnaire philosophique*, Paris, Flammarion, 1964, article torture. Il le déplore également dans une lettre du 26 mai 1767 : « Notre nation est frivole, mais elle est cruelle [...]. Nos vieux prêtres et nos vieux magistrats sont précisément ce qu'étaient les anciens druides qui sacrifiaient les hommes : les mœurs ne changent point » (*L'affaire...*, Paris, Gallimard, 1975, p. 81).

²⁰ Commentant l'affaire Lally Tollendal, Voltaire constate que tous les princes et tous les peuples de l'Europe « eurent horreur de cet effroyable assassinat juridique » (*L'affaire...*, op. cit. p. 29).

Fabrice Hoarau

Une telle mutation n'aurait pas été possible sans le cosmopolitisme intellectuel de l'époque. La plupart des théoriciens appréhendent le plus souvent la question de la peine de mort (et du droit pénal en général) dans une perspective européenne. Ils comparent les différentes législations (à l'image de Montesquieu dans *L'esprit des Lois*) et distinguent celles qui leur apparaissent comme des modèles. La révolution qui se produit au XVIII^e siècle ne concerne peut-être pas tant les idées, que la réception des idées. Une véritable communauté de pensée se dessine en Europe dès la fin du XVI^e siècle sur les questions de droit criminel²¹. L'Europe des idées est une réalité encore plus tangible au XVIII^e siècle. Les philosophes disposent désormais d'un public, un public à la fois instruit et influent. Certains de leurs admirateurs – les despotes éclairés – entendent mettre le droit, les institutions, au service de la pensée réformatrice. Tocqueville peut en témoigner : vers le milieu du XVIII^e siècle, les hommes de Lettres sont devenus les principaux hommes politiques du pays²². Le débat sur le droit pénal et la peine de mort s'est donc « politisé », pour déboucher sur des préconisations institutionnelles concrètes.

Certes, l'ancien droit ne s'est pas effondré comme un château de cartes, loin s'en faut. Dans les faits – le cas français le démontre – il n'a pas été influencé de manière significative par les « nouvelles idées ». La peine conserve une fonction intimidante (fonction assurée par l'exemplarité du châtement) et l'idée d'amendement du coupable est encore absente. Le règne de Louis XV est d'ailleurs ponctué d'affaires judiciaires qui témoignent des survivances d'un système répressif, et arbitraire. Cette « surdité » monarchique n'a rien de surprenant. La justice était l'attribut originel de la monarchie, et le premier des pouvoirs régaliens. En confiant la justice à un roi considéré comme le ministre de Dieu, il semblait difficile de limiter ses pouvoirs judiciaires. La rigueur pénale (surtout dans un contexte de crise parlementaire et de lutte avec

²¹ Roger Muchembled, *Le temps des supplices*, op. cit., p. 134.

²² *L'ancien régime et la Révolution*, Paris, Gallimard, 1967, Livre III, chapitre 1, p. 231.

CORPUS, revue de philosophie

les corps intermédiaires) constituait enfin pour le roi un moyen d'incarner sa souveraineté. Les juges du roi ne furent toutefois pas aussi sévères que le droit pénal qu'ils se devaient d'appliquer. L'arbitraire du juge, qui pouvait paralyser, ou accroître la sévérité des lois royales, a eu en cela une fonction le plus souvent modératrice.

Les principes de légalité des peines, de proportionnalité des délits et des peines, et la prise en compte des circonstances atténuantes, commencent à apparaître comme des évolutions impératives pour une partie de la doctrine, qui restreint à la portion congrue les hypothèses dans lesquelles le criminel mérite véritablement la mort. Le principe de légalité des peines semblait certes difficilement transposable dans la monarchie absolue : que le souverain soit à la fois juge et législateur vidait *a priori* le principe de son contenu²³, mais il n'était pas inconnu de l'ancien droit, qui comprend des lois royales sur quasiment tous les crimes²⁴. Dans *L'esprit des Lois*, Montesquieu réserve aux seuls États despotiques un système dépourvu de lois, dans lequel le juge est lui-même la règle²⁵. Beccaria place la légalité des délits et des peines au cœur de son projet pénal²⁶. Même Muyart de Vouglans en reconnaît l'utilité : il ne suffit pas qu'une peine soit juste pour qu'elle soit valide, « il faut encore qu'elle soit légale ou juridique »²⁷.

Si le principe de proportionnalité des délits et des peines est exprimé avant les Lumières (Thomas More²⁸, Domat²⁹ avaient

²³ Domat inclut le droit de faire les lois et le droit de juger dans la fonction qui consiste à faire régner la justice à l'intérieur du royaume, *Les quatre livres...*, *op. cit.* p. 25-26.

²⁴ Benoît Garnot, *Histoire de la justice en France*, *op. cit.*, p. 31.

²⁵ Cf. *De l'esprit des Lois, Œuvres complètes*, II, texte présenté et annoté par R. Caillois, Paris, Gallimard, 1958, Livre VI, Chapitre III, p. 311.

²⁶ *Des délits et des peines*, § III, p. 65.

²⁷ *Lois criminelles de France*, Paris, 1780, p. 45.

²⁸ Dans *L'Utopie*, mettant en cause le principe stoïcien en vertu duquel toutes les fautes sont égales, il critique les lois de Manlius, qui permettaient de lever l'épée dès la plus minime infraction, p. 105.

notamment montré les inconvénients d'une répression indistincte de la criminalité), au XVIII^e siècle, Montesquieu³⁰, Beccaria³¹, puis Voltaire³² en font un des fers de lance de leur combat pour l'établissement d'une législation plus humaine³³. C'est d'ailleurs

²⁹ Domat ne remet pas en cause le caractère exemplaire de la peine, ni l'efficacité des peines sévères. Mais il constate que dans les faits, les lois humaines ont établi des peines proportionnées aux différents crimes (notamment la peine de mort, contre les crimes qui ne seraient pas assez réprimés par de moindres peines), *Les quatre livres...*, *op. cit.* p. 539. Dans le *Traité des lois*, il juge que les puissances temporelles châtient les coupables, punissent les crimes « par l'usage des peines et des supplices proportionnés à ce que demande le repos public », *op. cit.* p. 31. Montesquieu, qui doute de l'utilité de la rigueur pénale, préconise de mettre l'accent sur l'impunité des crimes ; et n'hésite pas à contester la puissance intimidante de la peine sévère : « Il ne faut point mener les hommes par les voies extrêmes », *De l'esprit des Lois*, Livre VI, chapitre XII, p. 321. Beccaria reprend à son compte cette position dans *Des délits et des peines* : la répression des délits n'est pas assurée par la rigueur des châtements, mais par leur infaillibilité, § XXVII, p. 123. L'exécution certaine des peines est une condition *sine qua non* du succès de la stratégie utilitariste, fondée sur la dissuasion, cf. Pierrette Poncela, « Par la peine, dissuader ou rétribuer », *APD*, 1981, tome 26, p. 63.

³⁰ C'est l'objet du livre VI, chapitre XVI *De l'esprit des lois*, p. 327-328. La diminution ou l'augmentation des peines apparaît à Montesquieu comme le critère permettant de déterminer la proximité d'une société avec l'état de liberté, livre VI, chapitre IX.

³¹ *Dei delitti...*, § VI.

³² Il s'insurge contre le fait « de punir les violations des usages reçus dans un pays, les délits commis contre l'opinion régnante, et qui n'ont opéré aucun mal physique, du même supplice dont on punit les parricides et les empoisonneurs » (*L'affaire...*, *op. cit.* p. 48. et p. 58).

³³ Le principe fait quasiment l'unanimité : Muyart de Vouglans, hostile à l'érection de la douceur des peines en maxime générale, admet que l'équité naturelle impose une « exacte proportion entre le crime et sa peine », *Réfutation des principes hasardés dans le Traité des délits et des peines*, traduit de l'italien, Lausanne, 1767, p. 117. Il rappelle le principe dans le chapitre 1, Titre II des *Lois criminelles de France*, *op. cit.*

CORPUS, revue de philosophie

parfois un impératif de sécurité publique – le recours fréquent des voleurs au crime – qui incite la doctrine à déconseiller la peine de mort pour les crimes les moins graves³⁴.

La reconnaissance croissante du concept de circonstances atténuantes³⁵ par la Jurisprudence fait enfin apparaître la peine de mort comme une peine souvent inappropriée : ce qui rendait évidemment nécessaire la conception de nouvelles sanctions. Admettre la peine de mort, mais considérer que, dans une majorité de cas, certaines peines lui sont préférables revenait évidemment à en saper les fondements. Les théoriciens des Lumières ne se placent plus dans une perspective purement théorique : ils envisagent désormais l'utilité sociale, individuelle de la peine, et ses conséquences concrètes. C'est cette notion d'utilité qui incite par exemple Voltaire à condamner la peine de mort : selon lui, hormis quelques cas exceptionnels, « condamner le criminel à vivre peut être utile »³⁶. Pour beaucoup d'écrivains, l'ancien droit avait criminalisé des comportements presque imposés par la réalité socio-économique (Thomas More³⁷, et, dans une moindre mesure, Montesquieu³⁸ le suggèrent), étendant ainsi de façon démesurée

³⁴ L'idée est présente dans *L'Utopie* : infliger le même châtement au voleur et au meurtrier incite le voleur à tuer, p. 106. Beccaria la développe à la fin du § VI *Des délits et des peines*, p. 75.

³⁵ En France, les circonstances atténuantes sont introduites par la loi du 25 juin 1824, et s'imposent définitivement avec la loi du 28 avril 1832, qui autorise les jurys à tenir compte des circonstances atténuantes dans tous les cas, cf. J.B. Duvergier, *Lois, décrets, ordonnances...*, Paris, Guyot, Scribe, Charles-Bèchet, 1833, tome 32.

³⁶ Jean Imbert, *La peine de mort*, op. cit. 113. Le philosophe y condamne notamment des « bourgeois cruels, qui se jouent impunément de la vie de leurs concitoyens sans que la société en retire le moindre avantage » (*L'affaire...*, op. cit. p. 62).

³⁷ « ...aucune peine ne réussira à empêcher de voler ceux qui n'ont aucun autre moyen de se procurer de quoi vivre » (*L'Utopie*, p. 95).

³⁸ Cf. *De l'esprit des Lois*, Livre VI, chapitre IX, p. 318-319.

la catégorie « criminels ». La peine de mort ne pouvait donc être maintenue qu'à condition que la notion de crime fasse l'objet d'une redéfinition³⁹.

La réflexion sur les défauts de l'ancien droit se cristallisa sur les problèmes concrets posés par l'usage de la peine capitale. Beccaria a peut-être mieux qu'aucun autre résumé toutes les « tares » de cette pénalité⁴⁰. Aux yeux d'un nombre croissant de philosophes et de juristes, le crime a cessé d'être impardonnable socialement. L'erreur judiciaire devient un épouvantail pour les adversaires de la peine de mort. Voltaire ose la qualifier d'« assassinat juridique »⁴¹, et rappelle qu'elle prend les proportions d'un véritable drame dans un système qui prévoit l'usage d'une peine irréversible. Elle constitue un des arguments qui incite Brissot de Warville à condamner la peine capitale dans sa *Théorie des lois criminelles*⁴². De telles erreurs étaient de nature à décrédibiliser l'État, sa justice, et à diminuer leur autorité ; circonstance aggravante pour le pouvoir, ces affaires sont médiatisées, révélées à un large public, dénoncées comme les symptômes d'une justice et d'un absolutisme qu'il convenait de refonder⁴³.

³⁹ Les révolutionnaires appliqueront ce principe en établissant la trilogie des infractions mineures, des délits et des crimes dans le Code pénal de 1791.

⁴⁰ Le principe de la peine de mort est remis en cause à la fin du XII^{ème} siècle par les Vaudois, pour lesquels l'homicide doit être prohibé de façon absolue : tuer le coupable avant qu'il ne s'amende revient à le vouer à la damnation (Jean Imbert, *La peine de mort*, op. cit. p. 58).

⁴¹ La condamnation du général constitue « un de ces meurtres commis avec le glaive de la justice » (*L'affaire...*, op. cit. p. 36). Se penchant sur le cas de La Barre, il soupire : «...la barbarie, devenue plus insolente par notre silence, égorgera demain qui elle voudra juridiquement » (*ibid.* p. 70).

⁴² Jean Imbert, *La peine de mort*, op. cit., p. 114.

⁴³ Voltaire le rappelle dans une lettre du 16 juillet 1766 : « Voilà trois désastres bien extraordinaires, en peu d'années : ceux de Calas, des Sirven, et de ces malheureux jeunes gens d'Abbeville » (*L'affaire...*, op. cit. p. 68).

CORPUS, revue de philosophie

Certes, la plupart des penseurs des Lumières (Montesquieu⁴⁴, Rousseau⁴⁵, Diderot, Mably⁴⁶ et même Voltaire⁴⁷) ne contestent pas que dans un certain nombre de cas, le criminel mérite la mort. Les penseurs du droit naturel n'ont pas défendu l'idée d'un droit à la vie opposable au principe de la peine de mort. Montesquieu⁴⁸, Locke⁴⁹, fondent ainsi la peine de mort sur la loi

⁴⁴ Dans *De l'esprit des lois* (XII, 4, p. 435), Montesquieu, pourtant hostile à la sévérité des peines, fait découler l'acceptation de la peine de mort d'une conception rétributive de la peine : « Un citoyen mérite la mort, lorsqu'il a violé la sûreté au point qu'il a ôté la vie, ou qu'il a entrepris de l'ôter. Cette peine de mort est comme le remède de la société malade ». Suivant Thomas d'Aquin et Thomas More, il considère en revanche que les crimes contre la sûreté des biens ne justifient probablement pas l'usage de la peine de mort, et devraient être punis par la perte des biens, dans une société où les fortunes seraient « communes ou égales ».

⁴⁵ Dans *Le contrat social* (II, V), il fonde sa défense du principe de la peine capitale sur son schéma contractualiste : « [...] 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 lois, et même il lui fait la guerre [...] et quand on fait mourir le coupable, c'est moins comme Citoyen que comme ennemi » (*Œuvres complètes*, III, édition publiée sous la direction de Bernard Gagnebin et Marcel Raymond, Paris, Gallimard, 1964, p. 376). Le malfaiteur n'est plus membre de l'État, il doit donc subir la peine de l'exil, « comme infracteur du pacte », ou la mort, « comme ennemi public ». Rousseau admet toutefois qu'il n'y a point de méchant « qu'on ne pût rendre bon à quelque chose », et réserve l'usage de la peine capitale au criminel « qu'on ne peut conserver sans danger » (*ibid.*, p. 377). Beccaria utilise aussi l'image de la guerre pour illustrer le rapport qui existe entre le coupable et la société, mais cette fois-ci, pour définir la peine de mort comme une guerre déclarée par la nation à un individu qu'elle juge utile ou nécessaire de supprimer (*Des délits et des peines*, § XXVIII, p. 126).

⁴⁶ Sa position n'est toutefois pas dénuée d'ambiguïté sur la question, cf. Christopher Hamel, « Mably et la peine de mort », dans le même ouvrage.

⁴⁷ Scandalisé par un système pénal dans lequel quelques voix suffisent à ôter la vie à un homme, il préconise l'application de la règle de l'unanimité, ou du moins celle de la majorité qualifiée (les $\frac{3}{4}$ des voix), *L'affaire...*, *op. cit.* p. 62.

⁴⁸ *De l'esprit des lois*, XII, 4, p. 433 et suivantes. Les peines doivent dériver de la nature des quatre sortes de crimes qu'il distingue.

⁴⁹ Cf. *Two Treatises of Government*, Chapitre II, 11.

Fabrice Hoarau

naturelle⁵⁰. Mais les progrès du rationalisme obligent désormais ces théoriciens à justifier les cas dans lesquels cette peine de mort représente une peine légitime, et, par voie de conséquence, les cas dans lesquels elle est injuste moralement, inutile, voire même dangereuse socialement.

Ce mouvement devait concrètement aboutir à une diminution du nombre des crimes passibles de la peine capitale. On en recense une centaine dans l'ordonnance criminelle de 1670, 32 dans le code pénal de 1791. Cette évolution sera couronnée par l'article de la Déclaration de 1789 prévoyant des peines « strictement nécessaires », ce qui augurait la diminution du nombre de crimes punis par la plus sévère des peines⁵¹. Ce processus de décroissance pénale trouve sans doute ses fondements dans un constat empirique : la peine de mort ne constitue pas la seule arme dont le pouvoir dispose dans sa lutte contre le crime. Après Montesquieu, Beccaria l'affirme : le moyen le plus sûr de réprimer un délit n'est pas la rigueur des châtiments, mais l'absence d'impunité⁵². En faisant perdre au droit pénal ses atavismes guerriers, la doctrine ouvrait la voie à une réflexion sur les peines alternatives.

Les penseurs des Lumières partageaient pour la plupart une préoccupation qui rendait problématique le maintien d'une peine irréversible : placer l'homme sur la voie d'un progrès jugé à la fois souhaitable et possible. L'ambition n'est certes pas entièrement

⁵⁰ Dans le *Traité des lois*, Domat range les ordonnances qui règlent les peines des crimes dans la catégorie des lois arbitraires (*op. cit.* p. 41), c'est-à-dire, des lois dont l'autorité « consiste seulement dans la force que leur donne la puissance de ceux qui ont droit de faire les lois, et dans l'ordre de Dieu qui commande de leur obéir » (*op. cit.* p. 43).

⁵¹ Elle ne concerne pas l'Angleterre où le vol est par exemple un crime de *larceny*, puni de mort si le bien dérobé a une valeur supérieure à une somme dérisoire, Frédéric-Jérôme Pansier, *La peine et le droit*, Paris, PUF, 1994, 7^{ème} édition, p. 23.

⁵² *Des délits et des peines*, §XXVII, p. 123.

CORPUS, revue de philosophie

nouvelle : elle est inscrite au cœur de la morale socratique, et anime un christianisme fondé sur le postulat selon lequel l'homme peut à tout moment changer de vie.

Les penseurs des Lumières vont cependant tirer toutes les conséquences d'un principe défendu bien avant eux par les juristes et les canonistes du Moyen Age : la nécessité de restreindre la peine de mort à des cas exceptionnels, au nom de leur foi dans les facultés morales de l'homme. Respecter concrètement ce principe supposait la définition de peines alternatives à la peine de mort. Si l'homme criminel est jugé insusceptible de progrès, son élimination est envisageable, mais si on lui reconnaît le droit et le pouvoir d'évoluer, la peine de mort risque de s'avérer injuste pour lui comme pour la société. La peine alternative repose donc sur un principe : la nécessité de mettre l'homme sur la voie du progrès ; même si, au XVIII^e siècle, le délinquant a pu revêtir les traits d'un ennemi de l'État⁵³.

Les partisans des peines alternatives peuvent à ce titre invoquer le caractère accidentel du délit, et défendre l'idée selon laquelle le criminel souffre d'un mal. Saint Augustin avait ainsi jugé préférable de corriger le criminel, plutôt que de l'éliminer. Thomas More⁵⁴, Mabillon, vont défendre l'idée d'amendement du criminel (idée incompatible avec l'élimination du criminel ou son exclusion sociale définitive) et réfléchir concrètement à la possibilité de guérir le criminel. Certains partisans des peines alternatives partent du principe que le criminel reprendra un jour sa place dans le corps social, que la peine a pour fonction d'en faire un citoyen à part entière, que ce criminel a vocation à retrouver la

⁵³ Pierrette Poncela, « Par la peine, dissuader ou rétribuer », *op. cit.*, p. 63.

⁵⁴ Dans *L'Utopie*, Thomas More évoque expressément l'existence d'arguments « contre la légitimité de la peine », p. 106. Il rappelle notamment la prohibition du meurtre par Dieu, et semble vouloir imposer cette prohibition au pouvoir civil : la loi humaine ne peut logiquement suspendre la loi divine, car Dieu n'a pas donné aux hommes le droit d'être plus sévères que lui (*ibid.* p. 105). L'île d'Utopie comprend cependant des lois qui autorisent l'usage de la peine de mort (notamment en cas de récidive d'adultère, *ibid.* p. 193-194).

Fabrice Hoarau

plénitude de ses droits, notamment de sa liberté. Seule une peine alternative à la peine de mort préserve par ailleurs les chances de susciter un repentir de la part du coupable⁵⁵, et lui permet de réparer son acte. Pour de nombreux philosophes, l'État qui pratique la peine de mort se décharge d'une responsabilité essentielle : celle qui consiste à intégrer, à réintégrer les hommes au corps social.

La question se pose évidemment de savoir si c'est l'hostilité à la peine de mort qui a incité les philosophes à réfléchir à d'éventuelles peines alternatives, ou si c'est la réflexion sur les peines alternatives à la peine de mort qui a encouragé le renoncement intellectuel à cette peine. Une autre interrogation s'impose : est-ce la peine alternative qui l'a rendue exceptionnelle, ou le caractère exceptionnel de la peine de mort qui a permis la réflexion sur les peines alternatives ? Un fait semble assuré : en réservant la peine de mort aux crimes les plus graves, la doctrine rendait impérative la réflexion sur les peines alternatives.

La rationalisation du droit pénal imposait quasiment la marginalisation de la peine de mort, pour des raisons liées à l'existence d'un contrat social⁵⁶, à la nécessité d'établir des peines à la fois plus utiles à la société, plus exemplaires et plus humaines. En France, sous l'Ancien régime, la jurisprudence a souvent substitué à la peine de mort des peines jugées moins graves : galères à temps ou à perpétuité, bannissement. Et l'État lui-même faisait parfois pression sur les juges pour qu'ils privilégient ces peines, même si ses motivations n'étaient alors pas humanitaires⁵⁷. Au cours du siècle des Lumières, elles constituent une machine de

⁵⁵ Dans *l'Ethique*, Spinoza refuse à la repentance la qualité de vertu, parce qu'elle ne tire pas son origine de la raison : « l'homme qui se repent de ce qu'il a fait est un être deux fois misérable ou impuissant », traduction de C. Appuhn, Paris, Flammarion, 1965, Livre IV, Proposition LIV, p. 270.

⁵⁶ « [...] qui aurait eu l'idée de concéder à d'autres le pouvoir de tuer ? », Beccaria, *Des délits et des peines*, § XXVIII, p. 126. L'argument était sous-entendu chez Thomas More, qui considère que les hommes ne peuvent convenir entre eux de mises à mort réciproques (*L'Utopie*, p. 105).

⁵⁷ Les galères sont supprimées en 1748, et remplacées par les bagnes de Toulon et de Marseille.

CORPUS, revue de philosophie

guerre contre la peine de mort, et apparaissent désormais comme une issue institutionnelle crédible. Le XVIII^e siècle semble à cet égard renverser la charge de la preuve : il s'agit de prouver la nécessité, l'utilité de la peine de mort, pour la maintenir. Quand bien même ces peines alternatives seraient douloureuses, voire plus douloureuses que la peine capitale ; car contrairement à cette dernière, elles sont de nature à faire durer la souffrance du condamné⁵⁸ : pour Beccaria, ce n'est pas la sévérité des peines qui produit le plus d'effet sur les hommes, mais sa durée⁵⁹. La notion de dissuasion reste en cela au cœur de la philosophie pénale des Lumières⁶⁰.

La nature des peines alternatives montre également que la doctrine ne prend pas seulement en compte l'intérêt du criminel, mais également celui de la société⁶¹. Car si la victime peut arguer

⁵⁸ Se pose d'ailleurs la question de savoir si la peine capitale constitue la plus sévère des peines. Thomas More admet la difficulté de trouver une peine pire que la peine de mort, mais rappelle que les Romains envoyaient les voleurs aux carrières et aux mines (*op. cit.* p. 106). Dans son *Discours sur la justice criminelle*, Joseph Servan l'admet : « le crime enchaîné paraîtrait consterné d'une vie condamnée à la douleur et aux remords pire que la mort » (cité par Jean Imbert, *La peine de mort*, *op. cit.* p. 106). En 1781, dans sa *Théorie des lois criminelles*, Brissot de Warville condamne la peine de mort, mais entend lui substituer une peine de la vie, « accompagnée de fiel et de mépris », qui lui semble plus terrible que la mort, et dont l'exemplarité lui semblerait plus probante que celle de la peine capitale, car les hommes devraient être obligés de contempler le sort de ces proscrits (*cf.* Jean Imbert, *La peine de mort*, *op. cit.* p. 113).

⁵⁹ *Des délits et des peines*, § XXVIII, p. 128-129. Le travail forcé lui apparaît de ce point de vue comme une peine plus dissuasive que la peine de mort, *idem*. Aucun criminel ne pourra selon lui se résoudre à la privation définitive de liberté, alors que la mort « déploie toute sa force en un seul instant » (*ibid.* § XXVIII, p. 130). Dans son *Traité philosophique...*, Ciamarelli se distingue sur ce point de Beccaria : la peine ne doit jamais tourmenter le coupable (*op. cit.* p. 22).

⁶⁰ Pierrette Poncela, « Par la peine, dissuader ou rétribuer », *op. cit.* p. 60.

⁶¹ Au XVIII^e siècle, l'exigence d'utilité sociale s'applique à tous, même au criminel. Cette perspective guide la démarche de Beccaria, qui considère que « la seule mesure des délits est le tort fait à la nation, et non [...] l'intention du coupable » (*Des délits et des peines*, § VII, p. 75). Et c'est en

Fabrice Hoarau

de son intérêt à voir mourir le coupable, la société a quant à elle davantage intérêt à ce qu'il travaille pour elle. Cette réflexion identifie l'abolitionnisme des Lumières, indiscutablement influencé par l'utilitarisme⁶² : la peine de mort n'est pas condamnée au nom d'un droit à la vie qui n'a presque jamais été défendu, mais parce que la peine de mort était jugée inutile, voire nuisible au corps social⁶³, et parce que la peine alternative était par comparaison considérée comme une peine utile, c'est-à-dire, comme un moyen de réaliser un bien, pour le coupable comme pour la société⁶⁴. Pour les partisans de cet utilitarisme pénal, la peine « n'a pas de valeur en elle-même mais est un moyen pour atteindre une fin jugée bonne »⁶⁵. Les peines alternatives permettent en cela de faire prévaloir les intérêts du corps social sur ceux de l'individu, notamment des victimes.

La notion demeure certes fragile. En prévoyant des exceptions au principe selon lequel la peine de mort est illégitime, la doctrine admet implicitement son utilité, voire sa nécessité. Le cas de Beccaria, qui illustre pourtant le passage d'une condamnation des abus de la peine capitale, à une condamnation du principe de cette peine, le montre bien : il aborde la question des exceptions légitimes au début du chapitre XXVIII relatif à la peine de mort⁶⁶. La peine alternative et le refus inconditionnel de la peine de mort ont semblé difficilement concevables en temps de guerre. L'« abolition »

prenant en compte les intérêts de la société (son bon ordre, sa sûreté) qu'il pose la question de la légitimité de la peine de mort, *ibid.* § XI. Sa condamnation de la peine de mort repose sur le constat suivant : non seulement la peine de mort n'est pas utile, mais sa cruauté la rend nuisible (*ibid.* § XXVIII, p. 132).

⁶² Cf. Pierrette Poncela, *La peine, quel avenir*, Paris, Le Cerf, 1983, p. 51.

⁶³ *Dei delitti...*, § XXVIII. Ciamarelli reprend quasiment ces termes en définissant la peine de mort comme une peine inhumaine, insuffisante et inutile (*Traité philosophique...*, *op. cit.* p. 15).

⁶⁴ Pierrette Poncela, « Par la peine, dissuader ou rétribuer », *op. cit.* p. 65.

⁶⁵ *Ibid.* p. 61.

⁶⁶ C'est l'objet du § XXVIII *Des délits et des peines*.

CORPUS, revue de philosophie

du 4 brumaire an IV⁶⁷ prouve bien que la peine de mort est encore considérée comme nécessaire dans des circonstances exceptionnelles toujours difficiles à définir...

La peine alternative, qui s'inscrit dans un mouvement d'individualisation de la peine, imposait désormais au législateur, ainsi qu'au juge, la responsabilité de déterminer une peine adaptée au criminel, de nature à anéantir sa dangerosité, tout en lui permettant de vivre à nouveau en société. Dans l'article 2 du Code pénal de 1791, les révolutionnaires français avaient résumé la peine capitale à une simple « privation de vie ». Pour les abolitionnistes, cette privation de vie devait être remplacée par une privation de liberté, ce qui revenait à remplacer des peines négatives (privant le coupable d'un bien) par des peines positives (l'obligeant à réparer le dommage, notamment par son travail, accompagné par un processus de repentir).

Deux voies principales (et souvent associées) s'offrent alors aux concepteurs d'un nouveau système pénal : la peine de prison et les travaux forcés (peines éventuellement perpétuelles). La prison constituait une mesure d'élimination – cette fois-ci sociale, et souvent temporaire – du coupable. Contrairement à la Hollande, la monarchie française n'en fait pas un lieu de punition corrective. Certes, au Moyen Âge, des débiteurs insolvables ont peuplé les prisons, mais les séjours sont assez brefs : elle constitue alors essentiellement un lieu de détention pour les accusés en attente de leur jugement. Jusqu'au XVIII^e siècle, elle ne représente donc pas une peine, mais un préliminaire au jugement ou à l'exécution de la peine⁶⁸. Elle fait pourtant figure d'institution bénéfique pour de nombreux théoriciens. Dès 1690, dans ses *Réflexions sur les prisons des ordres religieux*, Mabillon, tout en évoquant les dangers de l'isolement carcéral, avait tracé les plans d'une réforme fondée

⁶⁷ Le décret du 4 brumaire an IV énonce (article premier) : « A dater du jour de la publication de la paix générale, la peine de mort sera abolie dans la République française », in *Collection complète des Lois, décrets, ordonnances, réglemens, avis du Conseil-d'Etat, op. cit.*, p. 445.

⁶⁸ Frédéric-Jérôme Pansier, *La peine et le droit, op. cit.* p. 22.

sur l'amélioration de la condition des détenus, et leur rééducation par le travail. Au XVIII^e siècle, Henry Fielding la désigne comme un instrument de réinsertion⁶⁹. Dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, elle apparaît comme une solution pour une partie de la doctrine. John Howard insiste sur ses vertus : la solitude, la diète, l'obscurité, associés au travail ; les travaux de Bentham, qui considère que la peine de prison peut corriger le coupable, vont éclairer les travaux des députés de la Constituante. Chez les deux auteurs, le retour sur soi du condamné, étape essentielle de son amendement, n'est rendu possible que par le séjour en prison. Au cours de la Révolution française, les abolitionnistes vont ainsi préconiser le remplacement de la peine capitale par une peine de prison perpétuelle.

Chez Voltaire, Beccaria⁷⁰, Ciamarelli⁷¹, ce sont toutefois les travaux forcés perpétuels qui apparaissent comme la peine de substitution la plus adéquate à la peine de mort, selon un rythme qui n'est pas sans rappeler le régime auburnien, fondé sur l'isolement de nuit, et le travail en commun de jour⁷². Cette solution n'est pas là non plus entièrement nouvelle. Dès 1516, Thomas More part du principe que l'esclavage, prévu pour les crimes les plus graves⁷³, a non seulement un effet dissuasif supérieur à la peine

⁶⁹ *Ibid.* p. 25-26.

⁷⁰ Beccaria préconise les travaux forcés assortis d'une privation de liberté pour sanctionner les vols simples : les vols accompagnés de violence rendent selon lui nécessaire l'adjonction de châtiments corporels (*Des délits et des peines*, § XXII, p. 113-114).

⁷¹ Cet esclavage perpétuel lui paraît réunir tout ce qui manque à la peine de mort, et épargne la vie d'un homme (*Traité philosophique...*, *op. cit.* p. 16). Il établit en effet une juste proportion entre la peine et le délit, assure la tranquillité des citoyens, constitue un exemple efficace et salutaire, et permet une expiation du crime (*ibid.* p. 73 et s).

⁷² Cf. Frédéric-Jérôme Pansier, *La peine et le droit*, *op. cit.* p. 27.

⁷³ Deux arguments viennent étayer sa proposition : l'esclavage constitue une peine aussi redoutable pour les coupables que la peine de mort. Elle est plus avantageuse pour l'État que la mort ou la relégation. La peine de mort n'est prévue que dans le cas où les condamnés se révoltent (*L'Utopie*, p. 194).

CORPUS, revue de philosophie

de mort ou la relégation, mais se révèle de plus avantageux à l'État. Cette peine favorise en outre le repentir de criminels qui seront progressivement affectés par leur action ; repentir que le prince se doit de saluer par une grâce, ou que le peuple peut adoucir, voire même suspendre⁷⁴. La peine alternative, qui repose sur ce que M. Foucault appelle « un jeu de signes », une « esthétique raisonnable de la peine »⁷⁵, constituait à ce titre la tentative d'établir un lien logique, voire une analogie entre le crime et la peine. La condamnation aux travaux forcés réunit les avantages de la peine de mort (son exemplarité, sa fonction intimidante) sans ses inconvénients (le caractère irréversible de la peine, la cruauté, son inutilité pour la société, le criminel, et même la victime). Elle semble de nature à poursuivre les quatre fonctions de la peine : intimider, amender, éliminer le condamné (du moins temporairement, et tant qu'il est dangereux), et l'amener à expier⁷⁶.

Une telle peine constituait un profit pour la société, car elle obligeait le coupable à réparer le tort qu'il avait commis, quand la peine de mort faisait perdre à la société tout ce que le coupable aurait pu lui rapporter par son travail ; elle prévenait également d'autres crimes, en intimidant le corps social de façon aussi efficace que la peine capitale⁷⁷. Ce d'autant plus que, dans l'esprit des abolitionnistes, ces travaux forcés incarnaient davantage un mal apparent (qui, selon Bentham, devait être le plus grand possible), qu'un mal réel (qui lui, devait être le plus petit possible)⁷⁸. Thomas More s'était déjà montré très optimiste sur les effets d'une telle politique pénale : les principes qui gouvernent les Utopiens permettront selon lui de faire quasiment disparaître tous les crimes⁷⁹.

⁷⁴ *L'Utopie*, p. 194-195. Dans la société des Polyérites décrite par Thomas More, les voleurs sont condamnés aux travaux forcés (*ibid.* p. 107).

⁷⁵ *Surveiller et punir*, *op. cit.*, 124-125.

⁷⁶ Sur les fonctions de la peine, cf. *Pour ou contre la peine de mort*, *op. cit.* p. 15-16.

⁷⁷ Cf. Pierrette Poncela, *La peine, quel avenir ?*, *op. cit.* p. 59.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 60.

⁷⁹ *L'Utopie*, p. 232.

Fabrice Hoarau

Les partisans de la peine alternative se sont toutefois heurtés à quelques problèmes d'envergure : en premier lieu, la dangerosité du criminel⁸⁰. Sa récidive n'est en effet jamais complètement impossible, et constitue un phénomène hautement impopulaire. Seule l'« élimination » du criminel (la mort, ou la prison perpétuelle) paraissait de nature à apporter une solution définitive à ce péril⁸¹. La plupart des peines alternatives envisagées pose en outre le problème du coût économique du condamné pour la société : l'argument est invoqué par Muyart de Vouglans⁸². Ces peines alternatives ont pu également être incriminées pour des raisons liées au respect de l'humanité et de la dignité du coupable. La privation de liberté peut, tout comme la peine de mort, être considérée comme une peine irréparable : le condamné n'y perd certes pas la vie, mais, sur un plan symbolique du moins, des années de son existence⁸³. Ce d'autant plus que certains partisans des peines alternatives excluaient de donner au coupable la possibilité de retrouver la liberté, même de façon conditionnelle⁸⁴.

La question se pose évidemment de savoir pourquoi triomphe, à cette époque, une réflexion aussi abondante, réflexion qui, dans les faits, emporta la conviction de penseurs qui n'étaient pas a

⁸⁰ Muyart de Vouglans : les criminels, cette portion du genre humain qui en est le fléau, « et quelquefois même la destructrice » (*Réfutation...*, *op. cit.*, p. 5).

⁸¹ Cette notion de dangerosité, au cœur de la réflexion thomiste sur la question, conditionne d'ailleurs l'analyse de Beccaria sur les exceptions à la peine capitale, notamment pour ce qui concerne le danger politique que représente le criminel pour l'ordre politique (*Des délits et des peines*, § XXVIII, p. 127).

⁸² Il critique l'esclavage perpétuel prôné par Beccaria : parce qu'il ne consolera pas les victimes, parce que le condamné constitue un danger en raison du scandale qu'il représente, et parce qu'il représenterait alors une surcharge économique pour l'État (Jean Imbert, *La peine de mort*, *op. cit.* p. 110).

⁸³ Laurence Thibault, *La peine de mort en France et à l'étranger*, *op. cit.*, p. 30.

⁸⁴ Cf. Frédéric-Jérôme Pansier, *La peine et le droit*, *op. cit.* p. 27. Pour Thomas More, les esclaves doivent pouvoir être réhabilités pour bonne conduite (*L'Utopie*, p. 110).

CORPUS, revue de philosophie

priori gagnés à cette cause. Les succès du rationalisme et de l'humanisme n'y sont sans doute pas indifférents. Juger l'homme imposait de le connaître, fût-il un criminel. Cette redécouverte de « l'homme criminel » supposait la prise en compte de réalités, de circonstances qui rendaient progressivement impératives la prescription de sanctions plus appropriées, et ne permettait plus au juge de se prononcer sur le sort des justiciables comme s'il était infaillible. Que la peine de mort ait été souvent exceptionnelle dans les faits (notamment en France), a indiscutablement favorisé l'éclosion d'un débat sur la légitimité de son abolition, car son utilité même se trouvait dès lors mise en cause. Que la peine de mort ait pu apparaître comme une peine maintenue de façon quasi symbolique ouvrait la voie à une généralisation des peines alternatives. La peine de mort a donc été mise en cause au XVIII^e siècle, enclenchant ainsi un processus d'abolition qui allait réellement s'activer à la fin du XIX^e siècle⁸⁵ ; les peines alternatives qui l'ont dès lors remplacée – les travaux forcés, la relégation, et surtout la prison – sont ensuite elles aussi devenues la cible d'un nouveau questionnement.

Fabrice HOARAU
Université de Bourgogne

⁸⁵ Des codes abolitionnistes sont adoptés en Toscane en 1786 (l'expérience prendra fin en 1790), et dans l'Empire de Joseph II, avec le code pénal de 1787 (expérience elle aussi interrompue en 1796), cf. Jean-Marie Carbasse, *La peine de mort*, op. cit. p. 73-74.

LA PEINE DE MORT ET SES ALTERNATIVES DANS LA PENSÉE ÉCONOMIQUE ET SOCIALE ANGLAISE, 1660-1720

L'objet de cet article est d'éclairer l'émergence en Angleterre, chez un groupe de penseurs économiques et réformateurs sociaux, d'un discours critique vis-à-vis de la peine de mort, ou de son champ et de ses modalités d'application, à partir des années 1660. Si la peine capitale demeure, à la fin du XVII^e siècle et au-delà, la clé de voûte de ce qu'on a appelé le « code sanglant » anglais, l'idée se fait jour qu'elle ne remplit pas sa fonction et pourrait être avantageusement remplacée, au moins pour les crimes contre la propriété, par d'autres formes de châtements. Ce courant de pensée est à rapprocher de l'évolution de la pratique pénale de l'époque, caractérisée par un recours moins systématique à la peine de mort, à mesure que se développent des peines secondaires, au premier rang desquelles figure la transportation vers les colonies.

Le discours des détracteurs de la peine de mort apparaît d'emblée comme un discours hybride, au sein duquel cohabitent des arguments hétérogènes : la dimension religieuse n'en est pas absente (comme la critique chrétienne de la loi du talion au nom du pardon), mais elle est souvent reléguée au second plan par des arguments de type utilitariste, où prime le souci de rendre la peine utile à la société ou à la « prospérité du royaume ». L'individu est désormais conçu en termes de potentiel économique ou de nuisance sociale. Le débat sur les alternatives à la peine de mort s'inscrit ainsi à l'intérieur d'une réflexion plus globale sur la question des pauvres (indigents, mendiants, vagabonds).

Après avoir évoqué quelques aspects de la pratique de la peine de mort en Angleterre au tournant du XVIII^e siècle, nous examinerons la critique formulée par ces auteurs économiques,

CORPUS, revue de philosophie

dans le sillage de William Petty, fondateur de l'« arithmétique politique » anglaise, puis la manière dont ils envisagent les peines de substitution¹.

La réflexion des auteurs économiques et sociaux à la fin du XVII^e siècle s'inscrit dans un contexte de durcissement sans précédent de la législation pénale. À partir de 1688, le Parlement britannique², sous l'influence de la classe foncière mais aussi de groupes de pressions commerciaux ou professionnels, vote une série de lois qui multiplie de manière spectaculaire le nombre d'infractions passibles de la peine capitale. Lors de la Restauration de la monarchie en 1660, celle-ci concerne une cinquantaine de crimes, parmi lesquels l'homicide et la trahison, le vol, avec ou sans violence, le viol ou l'incendie. Au milieu du XVIII^e siècle, ce sont quelque 160 infractions qui sont désormais, au moins en théorie, punies de mort ; on en comptera plus de 200 vers 1820³. Parmi elles, le vol d'un cheval ou d'un bien d'une valeur supérieure à 5 shillings, la contrefaçon, l'abattage d'un arbre ou l'ouverture de la clôture d'un étang à poissons... On parlera de

¹ Si l'histoire de la peine de mort dans l'Angleterre moderne a fait l'objet de nombreux travaux, celle des châtiments secondaires demeure plus parcellaire. On peut citer, sur la transportation vers l'Amérique, Abbot Emerson Smith, *Colonists in Bondage: white servitude and convict labor in America, 1607-1776*, Chapel Hill, University of North Carolina Press, 1947 ; Peter Wilson Coldham, *Emigrants in Chains: a social history of forced emigration to the Americas, 1607-1776*. Phoenix Mill, A. Sutton, 1992 ; A. Roger Ekirch, *Bound for America: the transportation of British convicts to the colonies, 1718-1775*. Oxford, Clarendon Press, 1987 ; Gwenda Morgan, et Peter Rushton, *Eighteenth-century criminal transportation: the formation of the criminal Atlantic*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2004. Sur les maisons de correction, Joanna Innes, « Prisons for the Poor: English Bridewells, 1555-1800 », *Labour, Law and Crime: An Historical Perspective*, Francis Snyder, F. et Douglas Hay dir., Londres, Tavistock Publications, 1987, p. 42-122.

² Rappelons qu'à partir de cette date, le Parlement siège annuellement. Cette ardeur législative est l'une des manifestations du renforcement de l'institution parlementaire consécutif à la Glorieuse Révolution.

³ *Albion's Fatal Tree : Crime and Society in Eighteenth-Century England*, Hay, Douglas et al. dir., Harmondsworth, Penguin, 1977, p. 18.

Sabine Reungoat

« *Bloody Code* », ou « code sanglant », pour désigner cet arsenal répressif d'une dureté sans précédent, imposé par une classe possédante soucieuse de préserver un ordre social fondé sur le droit de propriété, en l'absence d'une police professionnelle⁴. L'exécution avait généralement lieu par pendaison, et les condamnés londoniens étaient conduits en procession de la prison de Newgate jusqu'au gibet de Tyburn, où la foule se pressait pour entendre leurs dernières paroles, assister à la mise à mort, et tenter parfois d'arracher le corps aux griffes des médecins⁵.

Si la peine de mort reste ainsi au cœur du dispositif pénal, en pratique toutefois, il y a loin de la perpétration du crime à l'exécution. Un large éventail de procédures et de subterfuges permet au criminel d'éviter la pendaison. Le plus efficace est le « privilège du clergé » (*benefit of clergy*), qui permet aux condamnés capables de lire d'échapper au verdict de mort⁶ : à la place, on leur marque le pouce au fer rouge afin d'éviter qu'ils n'en bénéficient à nouveau en cas de récidive, mais ils sont souvent dispensés de toute autre peine, sauf à écoper de quelques coups de fouet⁷. Pour les femmes, la « plaidoirie du ventre » (*pleading the belly*) permet en cas de grossesse de différer l'exécution jusqu'à la naissance de l'enfant, le sursis étant dans les faits souvent suivi d'un pardon royal. Le système des grâces profite également aux condamnés, à condition qu'ils aient quelques relations susceptibles d'intercéder

⁴ L'absence de police en Angleterre avant 1829 est l'une des raisons communément invoquées par les historiens pour expliquer la sévérité de cette législation. Voir *Albion's Fatal Tree*, Hay, Douglas et al., dir., op. cit., p. 56.

⁵ Voir Andrea McKenzie, *Tyburn's martyrs: Execution in England, 1675-1775*, Londres, Hambledon, 2007 ; V.A.C. Gatrell, *The Hanging Tree: Execution and the English People, 1770-1868*, Oxford, Oxford University Press, 1994.

⁶ Le « privilège du clergé » fut étendu aux femmes en 1623, mais les conditions étaient plus restrictives que pour les hommes ; ce n'est qu'en 1691 qu'une loi institua l'égalité d'accès pour les deux sexes.

⁷ John Maurice Beattie note une tendance au renforcement des châtiments corporels à l'encontre des bénéficiaires du « privilège du clergé » dans les années 1690-1700. *Crime and the Courts*, op. cit., p. 485.

CORPUS, revue de philosophie

en leur faveur auprès du juge, la clémence des puissants (*mercy*) représentant en même temps un instrument efficace de contrôle social⁸. Précisons que beaucoup de pardons sont conditionnels, et équivalent à une commutation de peine, le condamné se voyant imposer une période de travaux forcés dans une maison de correction ou dans les colonies. Au total, une large proportion des condamnés à mort échappe à l'exécution : l'historien J.M. Beattie avance le chiffre de 40% à 50% à la fin du XVII^e siècle⁹.

Mais c'est l'institution judiciaire elle-même qui contribue, par sa pratique, à atténuer la rigueur du « code sanglant ». Divers usages se développent au sein des jurys, comme celui du « verdict partiel », consistant en cas de vol à sous-évaluer la valeur des biens dérobés, afin d'éviter à l'accusé une condamnation pour vol aggravé, passible de la peine capitale. Les acquittements sont également en hausse : ils concernent 42% des hommes et 48% des femmes jugés à Londres à la fin du XVII^e siècle¹⁰. Comme l'écrit l'historien James A. Sharpe, pour qu'un criminel soit exécuté à cette époque, il devait être soit exceptionnellement malchanceux, soit assez atypique¹¹. On observe en effet une baisse spectaculaire du nombre d'exécutions tout au long du siècle. A Londres, on passe de 150 exécutions annuelles au début du XVII^e siècle à 20 seulement cent ans plus tard, pour une population de 575 000 habitants en 1700. L'évolution est la même dans le reste du pays.

Les tribunaux ont tendance à réserver la peine de mort aux « vieux » crimes capitaux, par opposition à ceux inscrits dans

⁸ Voir *Albion's Fatal Tree*, Hay, Douglas et al. dir., *op. cit.*, chapitre 1, p. 40-49.

⁹ John Maurice Beattie, *Crime and the Courts in England 1660-1800*, Oxford, Oxford University Press, 1986, p. 518.

¹⁰ John Maurice Beattie, *Policing and Punishment in London 1660-1750: Urban Crime and the Limits of Terror*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 284.

¹¹ « Persons hanged for felony in early modern England were either very unlucky or fairly atypical ». James Anthony Sharpe, *Crime in Seventeenth-century England. A County Study*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983, p. 148.

Sabine Reungoat

le code pénal après 1688, invalidant partiellement le durcissement législatif évoqué précédemment¹². J.M. Beattie voit dans cette chute sans précédent le signe d'une frustration des jurés et des juges face à l'éventail réduit de sanctions pénales à leur disposition, notamment pour les délits d'atteintes à la propriété ; et un corollaire du recours croissant, pendant la période considérée, aux peines secondaires disponibles, en premier lieu la transportation vers les colonies¹³.

Cette réticence de plus en plus grande de l'institution pénale vis-à-vis de la peine de mort est partagée par certains penseurs économiques et sociaux, qui prônent l'utilisation d'autres sanctions et s'interrogent sur les peines de substitution les plus adaptées.

La pensée abolitionniste n'est certes pas née en 1660 en Angleterre. On peut faire remonter ce courant à l'époque de la première révolution anglaise, qui a vu fleurir les groupes radicaux remettant en cause la monarchie et les institutions du pays dans leur ensemble. Levellers et Diggers, en particulier, se distinguent par leurs positions avancées sur la question de la peine de mort. Ils s'appuient à la fois sur l'Écriture et sur une critique de la notion même de propriété pour condamner la pendaison pour vol, qui symbolise à elle seule l'injustice sociale¹⁴. Gerrard Winstanley, chef de file du mouvement des Diggers, est l'un des

¹² A l'exception toutefois du faux-monnayage, ce qui en fait à l'époque le crime le plus sévèrement puni après l'homicide. Voir Malcolm Gaskill, *Crime and Mentalities in Early Modern England*, Cambridge, Cambridge University Press, 2000, chapitre II.

¹³ John Maurice Beattie, *Crime and the Courts*, *op. cit.*, p. 468-70.

¹⁴ On peut citer, parmi les penseurs radicaux condamnant la peine capitale pour vol, Hugh Peter (1598-60), John Cook (1608-60) ou Samuel Chidley (1616-72). Voir Robert Zaller, « The Debate on capital punishment during the English Revolution », in *American Journal of Legal History*, 31 (1987), p. 126-44.

CORPUS, revue de philosophie

plus fervents avocats de l'abolition de la peine capitale pour les atteintes à la propriété. Il va même, en 1649, jusqu'à prôner l'abolition dans le cas des meurtriers :

Il n'appartient pas à une créature appelée l'homme d'en tuer une autre, car c'est là une chose abominable pour l'Esprit, et c'est la calamité qui a entraîné l'asservissement de la Création; si je tue quelqu'un, je suis un meurtrier et si un tiers survient et me pend ou me tue parce que j'ai commis un meurtre, il commet également un meurtre¹⁵.

À la Restauration, avec le retour à l'ordre et aux valeurs de la classe foncière, la voix des abolitionnistes se fait plus discrète. Mais on voit émerger, dans un contexte marqué par la naissance de la statistique et de la science des populations, une critique économique de la peine de mort. La personnalité la plus influente est sans aucun doute William Petty (1623-87), fondateur de l'« arithmétique politique », ancêtre de l'économie politique et de la démographie. Fort éloigné de la perspective religieuse d'un Winstanley, Petty envisage la question de la peine de mort sous l'angle de ses répercussions économiques. Ses travaux vont rapidement faire école en Angleterre, influençant toute une génération d'auteurs, parmi lesquels Charles Davenant (1656-1714) ou John Bellers (1654-1725), dont il sera question plus loin. Petty consacre le chapitre X de son *Traité des Taxes* de 1662 à la question des peines. Il commence par récuser la valeur universelle des prescriptions de l'Ancien Testament, suggérant que puisque les Etats modernes « ne punissent pas l'adultère etc... de mort, comme chez les Juifs, et en revanche punissent

¹⁵ « It is not for one creature called man to kill another, for this is abominable to the Spirit, and it is the curse which hath made the Creation to groan under bondage; for if I kill you I am a murderer; if a third come, and hang or kill me for murdering you, he is a murderer of me. », *The New Law of Righteousness* (1649), in George H. Sabine, *The Works of Gerrard Winstanley*, New York, Ithaca, 1941, p. 193. Winstanley semble toutefois être revenu sur ce principe à la fin de sa vie. Voir Robert Zaller, *op. cit.*, p. 141.

Sabine Reungoat

les petits vols de mort et non de réparation multiple »¹⁶, il ne serait guère cohérent de prétendre s'en remettre à la loi biblique en matière d'homicide. Ce préambule posé, Petty se concentre sur la perte que cause à l'État l'exécution des criminels :

Comme conséquence de notre opinion que le travail est le père et le principe actif de la richesse, de même que la terre en est la mère, nous devons nous rappeler que l'État en tuant, mutilant, emprisonnant ses membres se punit avant tout lui-même, aussi de telles peines devraient autant que possible être évitées¹⁷.

Petty se place ici dans une perspective populationniste, qui imprègne la quasi-totalité de la littérature économique de l'époque. Beaucoup croient l'Angleterre menacée de dépopulation, et même ceux qui, comme Petty, qui donna les premières estimations réalistes de la population anglaise, sont à même de récuser la thèse du déclin, n'en considèrent pas moins l'Angleterre comme sous-peuplée par rapport au nombre d'habitants qu'elle pourrait nourrir.

Si une population nombreuse est source de richesse, toutefois, ce n'est qu'à la condition que le plein emploi soit assuré. Le souci de rendre les condamnés économiquement utiles à la nation va conduire à centrer la réflexion sur les alternatives à la peine de mort sur la question du travail (dont la valeur rédemptrice chère aux réformateurs passe ici au second plan). Le travail est d'abord le fondement de la richesse, comme se plaît à le rappeler Petty, qui fut l'un des premiers théoriciens de la valeur-travail.

¹⁶ « They punish not Adulteries, &c. with death, as among the Jewes, and yet punish small Thefts with Death instead of multiple reparation ». *Les Œuvres Economiques de Sir William Petty*, M. Pasquier et H. Dussauze dir., Paris, Giard et Brière, 1905, p. 76.

¹⁷ « In consequence of our opinion, [That Labour is the Father and active principle of Wealth, as Lands are the Mother] that the State by killing, mutilating, or imprisoning their members, do withall punish themselves; wherefore such punishments ought (as much as possible) to be avoided » (*Ibid.*, p. 77).

CORPUS, revue de philosophie

On trouve une perspective similaire chez Roger Coke (c.1628–1704), qui dans son *Discours sur le commerce* de 1670 écrit : « Le commerce de l'Angleterre, et la pêche, sont d'autant plus diminués, qu'ils pourraient bénéficier de l'apport de ces individus, qui sont détournés de ces activités en étant pendus »¹⁸. Coke développe ensuite une intéressante critique de la peine de mort, anticipant un argument utilisé au siècle suivant par Beccaria :

Le but du châtement des malfaiteurs est double, à savoir, dissuader les autres de commettre des crimes, et pour le criminel effectuer une restitution dans la mesure où il en est capable. Mais je ne pense pas que le but du châtement soit de détruire, dans les cas où il ne s'agit pas de meurtre ou d'un crime plus grave. Or la pendaison, qui ne dure qu'un moment, n'est pas une terreur aussi permanente pour les criminels, que l'imposition constante de tâches extraordinaires aux criminels, qui leur permettrait, du moins en grande partie, d'expier leurs crimes en donnant satisfaction aux personnes offensées¹⁹.

À la critique économique s'ajoute ici un questionnement sur l'effet dissuasif du châtement. L'échec de la peine de mort à prévenir le crime est un thème récurrent des pamphlets de l'époque. Celle-ci est d'autant moins efficace que nombre de criminels peuvent espérer échapper à la sentence : l'incertitude du châtement est perçue comme invalidant l'exemplarité de la peine. Roger North

¹⁸ « The Trade of England, and the Fishing Trade are so much more diminished, by how much they might be supplied by those persons, who are diverted from them in being hanged » (Roger Coke, *A Discourse of Trade*, Londres, H. Brome, 1670, p. 17).

¹⁹ « The end of punishing Malefactors is twofold, viz. to deter others from Committing Crimes, and for the Offender to make Restitution so far as he is able. But I do not understand that the end of punishment is to destroy, where murder or a higher Crime is not the offence. Nor is Hanging, which is transient, so Permanent a Terror to offenders, as a constant inflicting extraordinary duties upon Offenders, whereby they might, or in a great measure might expiate their Crimes by satisfying the persons Offended » (*Ibid.*, p. 17).

Sabine Reungoat

(1653-1734), dans son *Discours sur les pauvres*, composé en 1688, se livre à une analyse approfondie des dysfonctionnements du système judiciaire. Il estime que

pendre et éviscérer les faux-monnayeurs et les voleurs de laine ne guérit pas le mal, car le gain est grand, et le risque d'être découvert et puni est faible. Il y a une grande disproportion entre les chances, ce qui a pour effet de tenter ces joueurs. Et si le gain était plus petit, et le châtement plus grand, ils ne s'abstiendraient pas davantage²⁰.

Autre disproportion fréquemment relevée, celle qui existe entre le crime et le châtement, notamment lorsqu'un vol simple de quelques shillings est puni de mort. Cette pratique était fréquemment justifiée par les juges au nom de l'exemplarité de la peine, conformément à l'orientation dissuasive, plutôt que rétributive, du système pénal anglais²¹. Selon la formule de George Savile, Garde des Sceaux sous Charles II, « on ne pend pas les hommes pour avoir volé des chevaux, mais afin qu'on ne vole pas les chevaux »²². Cette disproportion apparaît pourtant, à la fin du XVII^e siècle, comme une aberration, contraire à la justice et à la raison. Ses détracteurs en soulignent les effets pervers, dont celui

²⁰ « Hanging and drawing clippers and wool-transporters does not cure the evil, because the gain is great, and the danger of discovery and punishment little. The odds much exceed a proportion ; which will serve to tempt those gamesters. And if the gain were less, and the punishment greater, they would not forbear ». Roger North, publ. *A Discourse of the Poor*. Londres, M. Cooper, 1688 (publ. 1753), p. 22. Juriste de formation, Roger North est le frère cadet de l'économiste Sir Dudley North, auteur des *Discourses upon Trade* (Londres, 1691).

²¹ Comme l'écrivait le juriste anglais Sir Matthew Hale en 1683 dans son *Discourse Touching Provision for the Poor* : « Le but de la loi est de terrifier plutôt que de punir » (« the design of the law (is) rather to terrify than punish, ut metus in omnes, poena in paucos »).

²² « Men are not hanged for stealing Horses, but that horses may not be stolen ». George Savile, *Marquess of Halifax* (1912). *Political Thoughts and Reflections* (1750), in *Complete Works*. Oxford, Clarendon, p. 229.

CORPUS, revue de philosophie

de décourager les poursuites, les victimes elles-mêmes hésitant à prendre le risque d'envoyer à la mort un petit délinquant, et préférant laisser le délit impuni.

Plusieurs auteurs, enfin, rapportent l'échec de la peine de mort aux conditions économiques et sociales qui font le lit du crime. Le juriste Sir Matthew Hale écrit : « tant que la multitude des pauvres et des nécessiteux, et des personnes non éduquées, augmentera, la multitude des malfaiteurs augmentera, en dépit des exemples de sévérité »²³.

Si Roger North ne récuse pas ce lien entre pauvreté et criminalité, l'analyse qu'il développe est assez différente. C'est la Loi sur les Pauvres, plutôt que la pauvreté, qui est à ses yeux responsable de l'inefficacité de la peine de mort à prévenir le crime. Selon lui, l'aide apportée aux nécessiteux a pour effet de les détourner d'une vie industrielle, en leur fournissant le minimum nécessaire à leur survie, qu'ils sont ensuite tentés de compléter par leurs forfaits. L'abandon par les paroisses des mesures d'assistance aux pauvres serait pour eux plus dissuasif que la crainte d'un châtement toujours incertain, car, écrit-il « nous éprouvons de la compassion même lorsqu'il s'agit de punir les criminels les plus ignobles »²⁴.

C'est sans aucun doute chez John Bellers (1654–1725) que l'on trouve l'analyse la plus fouillée des causes sociales de la criminalité. Considéré par Karl Marx comme « un véritable phénomène dans l'histoire de l'économie politique », ce quaker et réformateur social est une figure particulièrement intéressante de l'abolitionnisme anglais au tournant du XVIII^e siècle. Sa pensée, telle qu'elle s'exprime entre autres dans les *Essais sur les Pauvres* de 1699, est un singulier mélange d'égalitarisme religieux, qui fait

²³ « As the multitude of Poor, and necessitous, and uneducated persons, increase, the multitude of Malefactors will increase, notwithstanding the Examples of Severity ». *A Discourse Touching Provision for the Poor* (Londres, 1683).

²⁴ Roger North, *op. cit.*, p. 22-23.

Sabine Reungoat

de lui un lointain disciple de Winstanley, et d'utilitarisme économique²⁵. Familier des traités économiques de son époque, Bellers réitère le point de vue de Petty et se livre à quelques calculs d'arithmétique politique. La peine de mort, calcule-t-il, non seulement prive le pays de la force de travail des criminels, mais, en leur ôtant leur descendance potentielle, contribue à le dépeupler. Ainsi « l'amputation que représente la mort prématurée d'un homme apte au travail, peut être évaluée à 200 livres de perte pour le royaume ; car cela revient souvent à le priver, en plus de leur personne, de la postérité qu'ils pourraient avoir (ce qui est une perte pour toutes les générations) »²⁶.

Ce souci de rentabilité économique, qui pousse Bellers à s'interroger sur les moyens de mettre les délinquants au travail, voisine avec des considérations morales et religieuses, ayant trait à la nécessité du pardon et de la compassion vis-à-vis du criminel pécheur. La mise à mort des criminels est, écrit-il, « une tache sur la religion autant qu'une perte pour le royaume », et entendre les lamentations du malheureux qu'il condamne à mort doit « faire fondre le cœur d'un juge compatissant ». De tels accents sont bien loin de la froide logique économique d'un Petty. Ils annoncent la sensibilité du XVIII^e siècle et la condamnation des châtiments cruels ou inhumains²⁷.

La critique de la peine de mort chez les penseurs économiques et sociaux de l'époque, dont nous venons d'évoquer les principaux

²⁵ Sur la pensée économique et sociale de Bellers, voir Paulette Carrive, « Un grand réformiste : le quaker John Bellers (1654-1725) », in *Dix-Huitième Siècle*, 15 (1983), p. 265-283 ; *John Bellers: his life, times, and writings*, George Clarke dir., Londres, Routledge and Kegan Paul, 1987.

²⁶ « The cutting off by untimely death of one able man, may be reckoned 200 pound loss out of the value of the kingdom ; for besides their person, they are commonly prevented of the posterity which they might have, (which is a loss to all generations) », George Clarke dir., *op. cit.*, p. 102.

²⁷ On trouve aussi chez Roger North une critique féroce des châtiments cruels, et même une remise en cause de la logique punitive du système pénal : « le châtiment est odieux et cruel ; il faut l'éviter par tous les moyens possibles », *Discours sur les Pauvres*, *op. cit.*, p. 19.

CORPUS, revue de philosophie

aspects, s'accompagne d'une réflexion sur les peines de substitution. Notons que l'essentiel du débat se focalise sur la punition du vol plutôt que de l'homicide. En effet, la mise à mort d'un meurtrier était encore souvent considérée comme légitime à cette époque, même par les penseurs les plus progressistes. Par ailleurs, en pratique, une très large majorité des exécutions capitales concernait les vols, non seulement avec violence ou effraction, mais aussi les vols simples²⁸.

L'idée de réparation financière est souvent mise en avant, d'autant qu'elle semble en accord avec la prescription biblique, fréquemment invoquée, de réparation multiple. Dans son *Traité des Taxes*, William Petty consacre un développement au calcul du montant d'une réparation juste. Il conclut que si l'on considère que le voleur est pris une fois sur dix, « la vraie proportion et mesure de la punition par double réparation » est de vingt fois la valeur de la somme dérobée²⁹.

Quant aux plus pauvres, les insolubles, Petty propose de « les punir d'esclavage plutôt que de mort ». De sorte, ajoute-t-il, qu'« étant esclaves, ils pourront être obligés d'accomplir autant de travail et à aussi bon marché que la nature le permettra, et représenteront ainsi chacun pour le pays une addition de deux hommes, au lieu de la suppression d'un membre »³⁰. Il rejette, selon le même raisonnement, le recours aux châtements corporels et en particulier la mutilation, qui rend le travailleur moins productif, mais aussi l'emprisonnement simple à vie, qu'il ne trouve pas très différent de la peine capitale, et présente comme une mort à petit feu qui n'apporte rien à la société.

Petty n'est pas le seul, loin s'en faut, à placer le travail au centre de sa réflexion sur les peines de substitution. La nécessité de mettre les pauvres, et particulièrement les délinquants, au travail fait l'objet d'un large consensus chez les réformateurs

²⁸ Voir *Albion's Fatal Tree*, Hay, Douglas et al. dir., *op. cit.*, chapitre 1.

²⁹ *Œuvres Economiques*, *op. cit.*, p. 77.

³⁰ « So as being slaves they may be forced to as much labour, and as cheap fare, as nature will endure, and thereby become as two men added to the Commonwealth, and not as one taken away from it » (*Ibid.*, p. 77).

Sabine Reungoat

sociaux de l'époque, même si les arguments qu'ils avancent pour la justifier diffèrent. Pour ceux qui, comme Bellers, se placent dans une perspective religieuse, le travail a une valeur rédemptrice et doit permettre au condamné de se racheter. Cette conception, centrale au protestantisme et particulièrement au puritanisme anglais, imprégnait encore fortement les mentalités. Le travail permet aussi d'inculquer de bonnes habitudes et de pallier les déficiences d'une mauvaise éducation. La réforme morale de l'individu est perçue comme un enjeu important, particulièrement dans les années 1690-1700, marquées par un climat de répression accru, et la prolifération des « Sociétés pour la réforme des mœurs », qui entendent extirper du corps social le vice et la criminalité³¹.

Le travail est également envisagé comme un moyen de contrôle social sur une population marginalisée portée à la délinquance. Dans cette perspective, le séjour en maison de correction apparaît à beaucoup de réformateurs comme la peine de substitution la plus adaptée. Quelques expériences de ce type furent menées en Angleterre autour de 1700, essentiellement au profit de femmes qui échappèrent ainsi à la pendaison, et furent condamnées à plusieurs années de travaux forcés dans ce qu'on appelait alors les « Bridewells »³². Ces établissements étaient apparus à l'époque élisabéthaine, à l'origine pour accueillir les mendiants, les vagabonds et autres pauvres considérés comme « valides et fainéants »³³. Pourtant, comme le souligne J.M. Beattie, la maison de correction ne parvint pas à se développer comme une véritable alternative à la peine de mort. Même si les recherches sur ces établissements demeurent parcellaires, les témoignages de l'époque semblent indiquer qu'elles ne remplissaient guère leur fonction réformatrice. Les contemporains leur adressent les mêmes reproches qu'aux prisons classiques, à savoir, d'être des écoles du crime plutôt que des lieux d'amendement par le travail. « Ni les unes ni

³¹ Voir John Maurice Beattie, *Crime and the Courts*, *op. cit.*, p. 495.

³² *Ibid.*, p. 498.

³³ Voir Joanna Innes, « Prisons for the Poor: English Bridewells, 1555-1800 », *op. cit.*

CORPUS, revue de philosophie

les autres, écrit Roger North, ne sont célèbres pour l'augmentation du travail ou des réserves du pays, ni pour une quelconque réforme, si ce n'est que les demi-fripons le deviennent pour de bon »³⁴ ou, écrit-il plus loin, en sortent « voleurs diplômés, comme à l'université ».

Peut-être doit-on y voir l'une des raisons de leur échec, outre le fait qu'elles n'étaient pas aussi rentables que s'étaient plu à l'imaginer leurs promoteurs. Peu d'hommes initialement condamnés à mort y séjournèrent. Au début du XVIII^e siècle, sous le règne de la reine Anne, la moitié des pardons conditionnels faisaient obligation aux condamnés de servir dans l'armée ou la marine ; l'autre moitié commuait la peine capitale en peine de travaux forcés dans les colonies³⁵.

C'est cette forme de sanction qui émerge à la fin du XVII^e siècle comme la véritable alternative à la peine de mort. Elle est défendue par la plupart des penseurs abolitionnistes de l'époque, présentant le double avantage à leurs yeux de permettre au condamné de se réformer, tout en éloignant du pays des éléments jugés indésirables (cet argument permettait aussi de contrer l'objection, parfois formulée, selon laquelle l'envoi de ces hommes en Amérique contribuerait à dépeupler l'Angleterre). L'un des plus fervents avocats de cette peine de substitution est Charles Davenant, arithméticien politique disciple de Petty. Il en résume ainsi les avantages dans ses *Discourses on the Public Revenues* de 1698 :

Si la majorité de ceux qui sont ainsi transportés, ou se transportent eux-mêmes, est composée d'individus qui seraient ici voués à périr ou à mendier, il sera certainement souhaitable de les transplanter dans des lieux où ils pourront être plus utiles, ou devenir meilleurs par leur éloignement³⁶.

³⁴ « Neither are famous for encrease of work, publick stock, or reformation of any note there, unless it be that from half-rogues, they are there consummated », Roger North, *op. cit.*, p. 18.

³⁵ John Maurice Beattie, *Crime and the Courts*, *op. cit.*, p. 501.

³⁶ « If the majority of those who are thus transported, or transport themselves, consists of such as would perish here or beg, it will certainly

Davenant propose ensuite que cette peine soit imposée à ceux que l'on exécute habituellement en Angleterre pour de petits délits. John Bellers est un autre partisan de la transportation. Dans ses *Essais sur les Pauvres*, il réitère le point de vue de Davenant, soutenant que la plupart des criminels « changeraient leurs mauvaises habitudes » avec le temps, tout en sauvant leur âme de la perte³⁷.

Ce courant d'opinion favorable accompagne ce qui apparaît comme l'amorce d'une évolution majeure de la pratique pénale anglaise : l'émergence d'une véritable alternative à la peine de mort. Certes, les flux sont encore faibles à la fin du XVII^e siècle, et les résistances nombreuses, à commencer par celles des colonies, peu désireuses d'accueillir ces éléments perturbateurs, notamment les femmes ou les hommes en mauvaise condition physique, difficilement employables. Dès les années 1670, certaines de ces colonies, comme le Maryland ou la Virginie, se dotent de lois interdisant l'entrée des condamnés sur leur territoire³⁸.

L'Angleterre, qui avait initialement laissé aux colonies le contrôle de leurs flux migratoires, durcit sa position au début du XVIII^e siècle. En 1718, le Parlement britannique vote une importante loi qui institue la transportation, assortie de quatorze années de travaux forcés, comme peine de substitution pour les crimes capitaux³⁹. A partir de cette date, le gouvernement anglais organise et finance lui-même le transport des condamnés vers l'Amérique. Celle-ci accueillera un nombre croissant de criminels jusqu'à la fin du XVIII^e siècle⁴⁰, avant que l'Australie ne prenne le relais,

be advisable to transplant them to places, where they may be of more use, or grow better by removal », Charles Davenant, *Discourses on the Public Revenues and on the Trade of England*, Londres, 1698, vol. II.

³⁷ John Bellers, *Essais sur les Pauvres*, Londres, ch. 2.

³⁸ Voir Abbot Emerson Smith, *Colonists in Bondage. op. cit.*, p. 97-106.

³⁹ Pour les crimes non capitaux, la période de travaux forcés était de 7 ans.

⁴⁰ Quelque 50 000 condamnés partirent ainsi pour l'Amérique entre 1718 et 1775. Voir A. Roger Ekirch, *Bound for America. op. cit.*, p. 1.

CORPUS, revue de philosophie

pour s'imposer, au siècle suivant, comme la principale colonie pénale britannique.

Au début du XVIII^e siècle, la pensée dominante en Angleterre demeure très attachée à la peine de mort. Celle-ci apparaît à bien des égards comme une évidence, notamment lorsqu'il s'agit de punir le meurtre⁴¹. Le courant abolitionniste évoqué ici reste donc minoritaire, dans une Angleterre qui continue à croire que l'effet dissuasif de la sentence de mort est le moyen le plus efficace de garantir la propriété. Pourtant, les prémices d'un changement de climat sont perceptibles dès la fin du XVII^e siècle. Le plaidoyer des auteurs économiques et réformateurs sociaux en faveur de peines plus modérées s'inscrit dans ce changement. Les limites de la perspective utilitariste chère aux premiers « arithméticiens politiques » ont souvent été soulignées. Pourtant, leur réflexion sur des peines secondaires centrées sur le travail (qu'il s'agisse des maisons de correction ou de la transportation vers les colonies) ouvre aussi la voie à l'avènement de préoccupations nouvelles, comme la réhabilitation du condamné, prélude à sa possible réinsertion dans la société, ou la prévention du crime par l'éducation populaire. Le développement spectaculaire de la transportation après 1719, précédée par un siècle d'expérimentation, par l'institution judiciaire, de diverses peines de substitution, montre bien à quel point la peine de mort a cessé dans la réalité, dès cette époque, de constituer la clé de voûte du dispositif pénal anglais.

Sabine REUNGOAT
Université Paris-Est Créteil

⁴¹ On en prendra pour preuve le retentissement important d'un pamphlet intitulé « Hanging not punishment enough », publié en 1701, dont l'auteur anonyme réclamait des châtiments plus sévères, et l'usage de la torture avant la mise à mort des condamnés.

UN SUBSTITUT PRAGMATIQUE A LA PEINE DE MORT : LES PACTES CATALANS (XVI^e-XVIII^e SIECLE)

Interest rei publicæ ne maleficia remaneant impunita. Formulé au Moyen Âge à partir de la jurisprudence romaine¹, ce principe soumet la satisfaction de l'intérêt public à ce qu'aucun crime ne demeure impuni ; il est la pierre angulaire d'une justice pénale qui n'est plus la préoccupation des particuliers, mais celle de l'État². Celui-ci, garant des intérêts de la société, doit veiller à ce que soit infligée une *pœna*³, dans l'acception de ce terme désignant la punition, le châtimeut, pour l'outrage infligé à la communauté par l'infraction perpétrée. À l'inverse des particuliers, l'État engagé dans un mouvement de publicisation du droit pénal ne saurait

¹ V. notamment Jean-Marie Carbasse, « Note sur les fondements civilistes du *pactum pacis* médiéval », in *Auctoritas. Mélanges offerts à Olivier Guillot*, Paris, P.U.P.S., 2006, pp. 386-387, qui souligne l'origine de la maxime sous la plume des civilistes du XII^e siècle et sa reprise en 1203 par la décrétale *Ut fame* (X. 5. 39. 35) du pape Innocent III.

² V. à ce propos Bernard Durand, *Arbitraire du juge et consuetudo delinquendi, la doctrine pénale en Europe du XVI^e au XVII^e siècle*, Montpellier, Publications de la S.H.D.I.A.P.D.E./Gerda Henkel Stiftung, 1993, p. 87, qui affirme que « le droit qu'avaient au XVI^e siècle les juges de poursuivre d'office était présenté par tous les légistes de l'époque comme une maxime du droit public [...]. Tout au plus certains juristes, comme Decianus ou Menocchius, soulignaient-ils qu'il y fallait quelques raisons, tel qu'un indice grave ou la commune renommée ».

³ Le principe a pour conséquence notable le développement de la procédure inquisitoire, qui est secrète, écrite, non contradictoire et peut surtout être engagée d'office par le juge, malgré l'absence de plainte de la victime. Ces caractères la distinguent de la procédure accusatoire, laquelle est publique, orale, contradictoire et ne peut être engagée sans un accusateur, d'où la formule *Ohne Kläger, kein Richter*.

CORPUS, revue de philosophie

en effet se satisfaire d'une simple réparation, ou d'un rachat. Il est vrai cependant que le signifié de compensation, également attaché au signifiant de *pœna*, renvoie à l'idée que la sanction pénale doit être proportionnée à la gravité de l'atteinte portée à la société. D'où l'axiome que seule la peine de mort saurait compenser, par exemple, un homicide, que cette sanction soit infligée directement entre groupes rivaux ou désormais légitimée par l'État.

Ce modèle de justice distributive reste néanmoins tributaire du respect de certaines garanties pour la défense, au premier rang desquelles se trouve la présomption d'innocence. En effet, dans le système savant qui s'élabore progressivement tout en imprégnant la pratique à partir du XII^e siècle, le postulat de l'innocence impose pour sa remise en cause que soient rassemblées des preuves *luce meridiana clariores*⁴. Ces preuves « plus claires que la lumière du jour à midi », hormis l'hypothèse idéale pour le juge du flagrant délit⁵, résultent de l'aveu de l'accusé ou des dépositions concordantes de deux témoins irréprochables⁶. Mais

⁴ L'expression est formulée à partir d'une constitution des empereurs Gratien, Valentinien et Théodose (C. 4. 19. 25) : « Sciant cuncti accusatores eam se rem deferre debere in publicam notionem, quæ munita sit testibus idoneis vel instructa apertissimis documentis vel indiciis ad probationem indubitatis et luce clarioribus expedita ». Cela est lié à la nécessité, en cas de doute sur la culpabilité, d'absoudre le coupable plutôt que de condamner l'innocent, règle fondée sur un fragment du Digeste (D. 48. 19. 5 pr.) : « [...] satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari ».

⁵ L'ancien droit distingue le flagrant délit proprement dit (*notorium facti*) de l'aveu judiciaire de l'accusé (*notorium juris*). La force probante du notoire est notamment évoquée par Balde, *Commentaria in quartum & quintum Codicis lib.*, Lugduni, 1585, f° 41va. Sur *C. de probationibus* (C. 4. 19) n° 4-5 et 7 : « Sed certum est quod probatio per rei evidentiam est optima, & superlativa probationum (...). Præterea notorium est species probationis, non rei dubiæ sed certissimæ, in cujus scientia non contingit aliquem sapientem dubitare ».

⁶ Jean-Philippe Lévy, *La hiérarchie des preuves dans le droit savant du Moyen Âge, depuis la renaissance du droit romain jusqu'à la fin du XIV^e*

Fabrice Desnos

l'accusé n'avoue pas toujours tandis que les proches, les indigents, les hérétiques, parmi d'autres, ne peuvent témoigner⁷. La rigidité d'un tel système probatoire, outre la conséquence fâcheuse du recours à la question préparatoire pour encourager la *confessio*⁸, impose au juge l'acquiescement d'accusés bien que divers éléments probatoires aient pu le convaincre de la culpabilité. De nombreux crimes restent par conséquent impunis et s'esquisse alors le sentiment, chez certains praticiens, qu'une moindre preuve, indépendamment d'une moindre culpabilité, pourrait justifier une peine inférieure. C'est ce constat qui semble inspirer le développement, dans la Catalogne moderne, de pactes conclus entre l'accusé et le juge. La condamnation à une peine, même mitigée, reste bien conforme à la maxime refusant que les crimes demeurent impunis.

Le principat de Catalogne, bordé au Nord par le royaume de France et à l'Ouest par celui d'Aragon, est pleinement touché par l'essor de la criminalité en Europe au XVI^e siècle, un phénomène que n'améliore guère la position de carrefour de ce territoire⁹. Alors qu'en réponse à cette difficulté le droit pénal se durcit dans

siècle, Annales de l'Université de Lyon, 3^e série : Droit, fasc. V, Paris, Sirey, 1939.

- ⁷ Sur le régime juridique du témoignage, on se référera à Yves Mausen, *Veritatis adiutor. La procédure du témoignage dans le droit savant et la pratique française (XII^e-XIV^e siècles)*, thèse droit, Milan, Giuffrè, 2006.
- ⁸ Dans le cadre de la procédure inquisitoire, la torture judiciaire n'est pas une peine mais un moyen d'instruction utilisé pour contraindre l'accusé à parler. On distingue la question préparatoire, employée pour obtenir l'aveu d'un accusé, de la question préalable, utilisée avant l'exécution d'un condamné pour que celui-ci désigne d'éventuels complices, son sort sur terre étant désormais réglé tandis qu'il peut espérer de ses déclarations le soulagement de son âme. Voir *La torture judiciaire. Approches historiques et juridiques*, Bernard Durand (dir.), Lille, C.H.J., 2002, 2 vol.
- ⁹ Le contexte catalan est présenté par Pierre Vilar, *La Catalogne dans l'Espagne moderne*, t. I : *Le milieu géographique et historique*, Paris, Le Sycomore/EHESS, 1962, ou encore Fernand Braudel, *La méditerranée et le monde méditerranéen à l'époque de Philippe II*, 3 t., Paris, Armand Colin, 1990.

CORPUS, revue de philosophie

l'ensemble de l'Europe¹⁰, une pratique de pactes qui soumettent l'accusé à des peines adoucies émerge dans la Catalogne moderne. Le principe est d'infliger un bannissement, une relégation, ou une peine de galères¹¹ à un individu, parce que celui-ci reconnaît immédiatement sa culpabilité malgré l'absence théorique de preuve au regard des droits savants. La « collaboration » de l'accusé est en quelque sorte récompensée par sa condamnation à une peine moindre assortie d'une peine conditionnelle, applicable en cas d'inexécution de la peine essentielle de l'accord. Ainsi, la peine capitale ne peut être imposée par un pacte, concernant la peine essentielle comme la conditionnelle. Les raisons sont simples. Tout d'abord, l'attrait du procédé pour l'accusé, lorsqu'il accepte spontanément une peine, est justement d'éviter pareille sanction¹². De plus, tous les auteurs en conviennent, le caractère conventionnel de la peine exclut une telle stipulation. Dans la mesure où « nul n'est maître de ses membres¹³ », on ne peut par conséquent

¹⁰ Tomàs de Montagut Estragués, Víctor Ferro Pomà, Josep Serrano Daura, *Història del dret català*, Barcelona, Edicions de la Universitat Oberta de Catalunya, 2001, pp. 135-171 ; Francisco Tomás y Valiente, *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII, XVIII)*, Madrid, Tecnos, 1969, 2^e éd., 1992 ; et Jean-Marie Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2^e éd., Paris, PUF, « Droit fondamental », 2006.

¹¹ Le bannissement est cependant, de loin, la peine la plus fréquente, comme l'illustrent notamment les registres de la *Governació* pour les années 1514-1591. Cf. *Arxiu de la Corona de Aragó* (A. C. A.) Governació I. 81-84 et II. 85-87.

¹² Pourquoi l'accusé consentirait-il immédiatement à la peine la plus sévère de l'arsenal répressif qui est en outre la seule peine véritablement irréversible ? En effet, il peut toujours espérer que le juge ne parviendra pas à réunir la pleine preuve et ne pourra donc pas le condamner à mort.

¹³ Amigant i de Ferrer, *Decisionum et enucleationum criminalium congeries seu praxis Regii Criminalis Concilii Cathalonizæ curiarum inferiorum necnon aliorum tribunalium, ecclesiasticorum, et secularium*, Barcinonæ, Raphaelis Figueró, 1691, t. 2 p. 83. Dec. XLIV n° 3 : « nec eo etiam volente suæ credulitati Senatus assentiret, ne axioma per vulgatum, & in rem veluti judicatam transactum violaretur, membrorum suorum neminem esse dominum », opinion notamment formulée à partir de D. 9. 2. 13 : « ... quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur ».

s'infliger la mort. Et si elle reste exceptionnellement envisagée comme sanction de l'inexécution du pacte, c'est alors seulement *ad terrorem*¹⁴. Notons également qu'il est possible de conclure un tel accord pour n'importe quel type de délit, du moment que l'on ne parvient pas à en obtenir la pleine preuve¹⁵. Les registres de la *Reial Audiència*, la cour suprême catalane, et de la *Governació*, autre juridiction supérieure barcelonaise, attestent en effet de peines négociées pour des infractions mineures aussi bien que pour les infractions les plus graves¹⁶. La doctrine ne dément pas cela. Des auteurs comme Peguera, à la fin du XVI^e siècle, Cortiada au XVII^e siècle, ou Calderó et Amigant au début du XVIII^e siècle, tous magistrats de la *Reial Audiència*, posent pour seule condition *ratione delicti* que l'infraction ne soit pas entièrement prouvée¹⁷.

¹⁴ Cortiada, *Decisiones Reverendi Cancellarii, et Sacri Regii Senatus Cathalonizæ, Barcinonæ*, Raphaelis Figueró, 1665, t. 2 p. 202. Dec. LXXXV n° 27 : « si ex dispositione legis non esset quis illam pœnam subiturus, sed aliam mitiorem pœnam, quo casu pœna pactata, ac in obligationem conventa exequi non debet, sed alia mitior (...) quia tunc potius ad terrorem, quam ad executionem emanata videtur », appuyé par Amigant i de Ferrer, *Decisionum...*, *op. cit.*, t. 2 p. 85. Dec. XLIV n° 11 : « Mortis naturalis pactum nostro in Senatu nusquam amplexum vidi, aut legi ». Et en effet, aucun des pactes retrouvés dans les archives judiciaires n'envisage la peine capitale en cas d'inexécution de l'accord.

¹⁵ Peguera, *Practica criminalis et ordinis iudicarii civilis, multis Regiæ Audientizæ declarationibus ornati*, Barcinonæ, Iacobi a Cendrat, 1603, f° 84r-v. Cap. XII §. 15 n° 8 : « illi qui convici non possunt de criminibus pro quibus detinentur ». L'applicabilité des pactes à toute infraction est confirmée expressément par Calderó, *Sacri Regii Criminalis Concilii Cathalonizæ Decisiones*, Barcinonæ, Mariæ Marti viduæ, 1726, t. 1 p. 251. Dec. XXX n° 45 : « ex generali Cathalonizæ consuetudine licitum est pacem facere pro quocumque crimine ».

¹⁶ Par exemple, des pactes interviennent pour des homicides (Cf. *Arxiu històric de la Ciutat de Barcelona* (A. C. B.) Reial Audiència 6A II.2, le 31 octobre 1715), des délits politiques (6A II.1, le 20 juin 1715), ou encore de mauvaises mœurs (6A II.1, le 23 juillet 1715).

¹⁷ Lorsque le délit est entièrement prouvé, la logique exige en effet que le juge condamne immédiatement.

CORPUS, revue de philosophie

Dans quelle mesure alors l'introduction des pactes dans la procédure criminelle catalane traduit-elle une nouvelle approche des fonctions de la sanction pénale ? Et quelles sont les conséquences du procédé sur l'emploi de la peine capitale ? L'examen de la doctrine catalane de l'époque moderne révèle que loin d'être combattue pour des raisons morales liées à la magnanimité des magistrats, la peine de mort est écartée en l'occurrence à des fins répressives. Les pactes s'expliquent ainsi par l'appétence des praticiens pour la certitude de la peine (I) et leur indifférence quant aux modalités de la répression (II).

I. L'appétence pour la certitude de la peine

Les praticiens catalans¹⁸ préfèrent la certitude de la peine à sa plénitude. Intimement convaincu que l'accusé est coupable, le juge refuse de l'absoudre malgré l'absence de *plena probatio* au regard des droits savants. Il souhaite alors infliger immédiatement une peine, quitte à ce qu'elle soit inférieure à celle normalement encourue. Ainsi, la nécessité de pallier les défauts du système probatoire savant (A) conditionne le choix de politique pénale de condamner systématiquement et rapidement (B).

A. Une nécessité : pallier les défauts du système probatoire savant

Le droit catalan est fortement imprégné de droit romain et le système probatoire romano-canonique y demeure en vigueur à l'époque moderne. Comme dans les autres aires d'influence du *jus commune*, l'absence d'aveu ou de deux témoignages irréprochables doit donc entraîner mécaniquement l'absolution. Pourtant, comme

¹⁸ Les criminalistes catalans sont des magistrats ou des avocats et leurs œuvres sont donc intrinsèquement liées à la pratique des tribunaux qu'ils fréquentent quotidiennement. L'imbrication de la doctrine et de la pratique européennes est telle qu'il est délicat de savoir laquelle est à l'origine de l'autre, comme le souligne notamment André Laingui, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit (XVI^e-XVIII^e siècle)*, Paris, LGDJ, 1970, p. 29, qui évoque « une époque où n'existait pas (...) de partage marqué entre la doctrine et la jurisprudence ».

Fabrice Desnos

l'ont démontré différents travaux¹⁹, cette théorie ne fut pas uniformément observée en pratique, dans l'espace comme dans le temps. Outre l'assouplissement des conditions d'administration en justice du témoignage ou de l'aveu, le développement du recours à des indices pour fonder des condamnations à une peine extraordinaire atténua sensiblement la rigueur originelle. Cette mutation du système probatoire est particulièrement précoce, et prononcée, en Catalogne²⁰. Ne pouvant nier intégralement le système formant le droit commun européen, la doctrine catalane multiplie les exceptions à une règle donnée, ou adopte des définitions moins strictes de certains éléments probatoires. Des condamnations sont ainsi régulièrement infligées sur la base d'indices qui n'étaient auparavant employés qu'*ad torturam*. Se fiant à leur intime conviction, les magistrats préfèrent souvent condamner immédiatement à une peine mitigée, sans chercher à provoquer une *confessio* qui autoriserait le prononcé de la peine ordinaire. L'aveu négocié se substitue en l'espèce à l'aveu extorqué. La fréquence de la torture décline alors considérablement dès le XVI^e siècle car elle devient inutile, tandis qu'elle disparaît totalement de la pratique dès 1737 en Roussillon²¹. Cette évolution entraîne aussi le recul de la

¹⁹ On consultera en particulier John H. Langbein, *Torture and the law of proof. Europe and England in the Ancien Régime*, 1976, éd. Chicago, University of Chicago press, 2006, Giorgia Alessi Palazzolo, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo medio e moderno*, Napoli, Jovene Editore, 1979, et Richard M. Fraher, « Conviction According to Conscience : The Medieval Jurists' Debate Concerning Judicial Discretion and the Law of Proof », in *Law and History Review*, vol. 7 n° 1, University of Illinois Press for the American Society for Legal History, 1989, p. 62 : « it seems fair to conclude that the rule requiring two witnesses or a confession for a "full proof" did not exercise the kind of absolute hegemony that legal historians have attributed to it. The two-witness rule was an important touchstone, but it did not dominate legal thinking or actual practice so far as to prevent the cultivation of alternative forms of proof ».

²⁰ V. sur ce point notre thèse, Fabrice Desnos, *Une pratique précoce de l'intime conviction. La preuve dans la procédure criminelle catalane (XVI^e-XVIII^e siècle)*, Université Montpellier I, 2009.

²¹ Nous renvoyons ici à Bernard Durand, « Arbitraire du juge et droit de la torture : l'exemple du Conseil souverain de Roussillon (1660-1790) », in

CORPUS, revue de philosophie

peine de mort, puisque le juge qui use d'un pacte pour condamner selon son intime conviction ne peut prononcer qu'une peine mitigée.

De telles peines extraordinaires, reposant sur la certitude morale du magistrat, sont liées à un défaut de preuve, et non de responsabilité pénale. Le pacte est alors un moyen de réprimer les crimes lorsque la preuve est vraiment incomplète, sur le moment. Il permet non seulement de condamner plus rapidement, dans les cas où une pleine preuve aurait pu être obtenue par la suite, mais il permet aussi de condamner au lieu d'absoudre, dans les cas où sans cette reconnaissance de culpabilité aucune peine n'aurait été envisageable. Alternative à la peine de mort dans le premier cas, le pacte assouplit par conséquent le droit pénal ; mais il évite aussi une absolution dans le second cas et le procédé accentue alors la répression, bien qu'il épargne à l'accusé la cruelle étape de la torture. Ainsi, dans la mesure où il est impossible de savoir par avance si une pleine preuve pourrait être ultérieurement obtenue, il semble que les pactes soient un substitut à la peine de mort plébiscité par les juges en vue d'une meilleure efficacité pénale : leur préoccupation est indéniablement répressive et non philanthropique. Elle traduit essentiellement la volonté de châtier systématiquement et immédiatement.

B. Un choix de politique pénale : condamner systématiquement et immédiatement

Pour être pleinement satisfaisante, la répression pénale doit intervenir aussi souvent et aussi promptement que possible. L'exigence fondamentale est que les crimes ne restent pas impunis, indépendamment de la nature du châtement. Une réponse pénale plus douce demeure une réponse à l'infraction commise. Reprenant

Recueil de mémoires et travaux de la S.H.D.I.A.P.D.E., fasc. X, Montpellier, 1979, p. 141-179.

le célèbre fondement de la *lex Congruit*²², les auteurs soulignent unanimement la nécessité de « purger » la province des mauvais hommes pour y maintenir la paix. Or, ce but n'est pas seulement atteint par une élimination physique, mais aussi par un « simple » éloignement. Ainsi, Amigant qualifie le procédé des pactes de « véritable nécessité publique » tout en relevant leur intérêt économique²³. Il est préférable selon lui d'écarter immédiatement les malfaiteurs plutôt que de les détenir trop longuement en détention en vue de l'hypothétique réunion d'une preuve juridiquement parfaite : cela est financièrement coûteux et n'est d'aucune utilité pour la société. On notera enfin le parallèle osé par certains entre la mise à l'écart d'individus dont la qualité de délinquant n'est pas parfaitement établie et la possibilité du prince et de ses représentants d'expulser des pestiférés, notoires ou présumés, afin d'éviter une contagion²⁴. Dans les deux cas, c'est « l'utilité publique » qui est invoquée.

²² D. 1. 18. 13 : « Congruit bono et gravi præsi curare, ut pacata atque quieta provincia sit quam regit. quod non difficile obtinebit, si sollicitè agat, ut malis hominibus provincia careat eosque conquirat : nam et sacrilegos latrones plagiaros fures conquirere debet et prout quisque deliquerit in eum animadvertere, receptoresque eorum coercere, sine quibus latro diutius latere non potest... ».

²³ Amigant i de Ferrer, *Decisionum...*, op. cit., t. 2 pp. 83-84. Dec. XLIV n° 1 et 5 : « verius necessitas publica (...). Ad œconomicum politicum gubernium referri relaxationes reorum a carceribus, susceptis voluntariis bannimentis, & relegatione », s'appuyant sur Peguera, *Practica...*, op. cit., f° 84r-v. Cap. XII §. 15 n° 8.

²⁴ Crespi de Valldaura i Brizuela, *Observationes illustratæ decisionibus Sacri Supremi Regii Aragonum Consilii, Supremi Consilii Sanctæ Cruciatæ, & Regiæ Audientiæ Valentinæ*, Lugduni, Horatii Boissat & Georgii Remeus, 1662, t. 1 p. 74. Obs. III n° 13 : « ita hujusmodi mali homines, qui vitiorum, & criminum pestilenti contagio Reipublicæ pacem & quietem lædunt, etiamsi ipsa Respublica contradiceret, debent ab ejus terminis expelli, etsi opus fuerit relegari, quia est ipsi Reipublicæ perniciosissimi sunt ». Le magistrat aragonais justifie ce point de vue par Peguera, *Decisiones aureæ civiles et criminales in actu practico frequentissimæ, ex variis Sacri Cathalonix Senatus Conclusionibus, & Responsis eorum, quæ passim in controversiam veniunt, Augustæ Taurinorum, Ioannem Dominicum Tarinum*, 1613, f° 12r-v. Pars I Dec. VIII n° 6-7.

Le ministère public, à l'origine de toute poursuite puisque la partie civile n'intervient le cas échéant que de manière incidente²⁵, s'accommode aisément de l'adoucissement des peines consécutif au recours aux pactes. L'idée-force est cependant qu'il ne s'agit que d'un expédient, un substitut, car « il faut choisir entre deux maux le moindre », comme l'avoue Amigant qui a lui-même exercé la charge d'avocat fiscal auprès de la juridiction suprême barcelonaise. « Purger la province des mauvais hommes » est conforme à « l'utilité publique » et pour ce faire, se contenter de les exclure de son ressort est un « moindre mal²⁶ ». L'essentiel pour le représentant de l'ordre public est de s'assurer de l'efficacité du procédé, ce qui implique surtout que l'obligation d'éloignement soit exécutée. Et la partie publique y veille. Rappelons par exemple qu'une peine conditionnelle vient garantir l'exécution de la peine infligée à titre principal²⁷. Cette précaution

²⁵ Càncer, *Variarum resolutionum iuris cæsarei, pontificii, et municipalis Principatus Cathalonizæ*, Lugduni, Horatii cardon, 1613, pars 1 p. 331. Cap. XX n° 45 : « In Cathalonia tamen, cum regulariter in omni crimine procedatur per inquisitionem, & processus criminales sint fisci, non partis instantis, & tantum ea accedat juvando fiscum », confirmé par Xammar, *De officio iudicis, et advocati liber unus*, Barcinonæ, Iacobi Romeu, 1639, f° 61r-v. Pars I Quæst. IX n° 301-302, qui illustre le principe d'une comparaison avec les royaumes de Naples et de France.

²⁶ Amigant i de Ferrer, *Decisionum...*, *op. cit.*, t. 2 pp. 83-84. Dec. XLIV n° 5 : « eum ex duobus malis minus eligi expediat [...]. Effulget in his œconomicum politicum Senatus imperium publica suadente utilitate, cum ejus intersit Provinciam malis hominibus purgari ». Bien que le bénéficiaire d'un pacte soit moins puni que s'il avait été condamné au terme de la procédure, « minus inconveniens est benignius per pacta scelera vindicare, quam inulta omnino defectu probationum derelinquere ».

²⁷ La peine généralement convenue est le doublement du temps de l'éloignement initialement prévu, ponctuellement accompagné d'une fustigation publique. Le pacte envisage aussi parfois le service, en ramant ou en combattant, dans les galères royales. Lorsqu'aucune peine conditionnelle n'est spécifiée, l'inexécution de la peine essentielle de bannissement a pour conséquence le doublement de sa durée, comme l'explique notamment Peguera, *Decisiones...*, *op. cit.*, f° 88v. Pars I Dec. XC n° 3.

Fabrice Desnos

est renforcée par la mise en place d'un contrôle judiciaire, le bénéficiaire du pacte devant en effet régulièrement justifier de la pleine satisfaction de ses engagements²⁸. L'amplification de la répression par le biais de ces accords entraîne donc un adoucissement de l'instruction, la torture étant délaissée, et surtout des condamnations, la mort s'effaçant au profit d'une peine moindre. Tel est le paradoxe de la pratique des pactes confortée par l'indifférence des auteurs vis-à-vis des moyens de répression employés.

II. L'indifférence quant aux modalités de la répression

Les praticiens catalans estiment que la négociation par un pacte d'une peine inférieure à la mort est un moyen aussi acceptable qu'un autre de rendre la justice. La peine capitale perd dès lors une grande partie de son bien-fondé, car la seule considération de l'efficacité de la répression permet de privilégier ponctuellement d'autres sanctions pénales. L'exclusion de la peine de mort par les pactes implique alors une mutation des fonctions de la peine (A) et la persistance d'un ordre négocié dans le cadre de la justice étatique (B).

A. Une mutation des fonctions de la peine

Le principe des pactes est posé : il s'agit d'infliger une peine mitigée à l'accusé comme récompense de la reconnaissance immédiate par celui-ci de sa culpabilité. Une telle pratique ne peut se concevoir, nous l'avons vu, qu'en admettant qu'il est plus conforme à la justice de punir modérément, mais incontinent,

²⁸ Amigant i de Ferrer, *Decisionum...*, *op. cit.*, t. 2 p. 126. Dec. XLIX n° 5 : « ut autem securius pacta servantur, ac controversiæ disputationesque tollantur, antiquis nostrisque temporibus praxis inolevit, quod in hujusmodi pactionibus onus suscipiat reus reportandi certificatoriam authenticam adimplementi intra proportionatum tempus, pœna adhibita, si id non exequatur ». Cette solution est illustrée d'une décision du Conseil criminel du 3 novembre 1684 avalisant le bannissement de Joan N de Barcelone et sa viguerie pour cinq années, sous peine de doubler le temps en cas d'inexécution, et ajoutant que « de sex in sex menses teneretur reportare certificatoriam authenticam adimplementi præexpressi pacti ».

CORPUS, revue de philosophie

plutôt qu'à la peine ordinaire, mais seulement hypothétiquement et au terme d'une longue procédure. On se détourne alors de la peine de mort dans un but répressif. Ainsi, la peine mitigée ne remplace que virtuellement la peine capitale qui n'aurait peut-être jamais pu être prononcée à défaut de preuves ; elle remplace en fait surtout l'absence de peine qui résulterait de la recherche systématique d'un aveu ou de deux témoins pour prononcer la mort. La désaffection pour la peine de mort est en l'espèce une conséquence du pragmatisme de magistrats qui optent pour la systématique de la réponse pénale, souffrant un déséquilibre objectif entre l'acte commis et sa sanction, de préférence à leur parfaite adéquation par le biais de la peine capitale. L'idée de *spiegelstrafe*, c'est-à-dire de « peine réfléchissante » impliquant la correspondance entre l'infraction et la sanction pénale est alors secondaire²⁹. L'exigence d'une peine rétributive est donc en partie délaissée.

Une autre fonction de la peine de mort que l'on voit partiellement, et implicitement, abandonnée par l'emploi des pactes est celle de l'exemplarité. Cette fonction dissuasive de la peine s'efface devant la considération du bienfait immédiat de l'élimination locale, et souvent seulement temporaire, du délinquant par un pacte. Mais que le banni revienne illégalement avant le terme, ou même légalement à la fin de la période, et une récidive est à craindre. Quant à l'édification du public, elle devient secondaire. Les pactes s'écartent en effet de l'idée de supplices exemplaires, qui inspirent la terreur³⁰. Par ailleurs, l'exemplarité de la sanction

²⁹ L'idée est de châtier « par là où l'on a péché » afin d'édifier l'assistance lors de l'exécution de la sanction pénale ; le public doit par conséquent pouvoir déduire du châtement la nature de l'infraction qui a été commise et être ainsi dissuadé d'imiter le condamné. En vertu de ce principe, le faux-monnayeur pouvait par exemple être condamné à bouillir, le blasphémateur à avoir la langue percée, ou encore le violeur à être castré.

³⁰ Ce principe voulant que la peine d'un seul inspire la crainte et dissuade les tiers de commettre pareil forfait est formulé par le code de Justinien, C. 9. 27. 1 : « Ut unius pœna metus possit esse multorum ». On peut aussi citer Quintilien : « omnis enim pœna non tam ad delictum quam ad

pénale est également moins recherchée dès lors que la peine, outre le fait d'être inférieure à la mort, est si différente, individualisée, en fonction de l'éventuelle conclusion de tels accords. S'il est vrai que l'arbitraire des peines confère déjà un caractère fluctuant à la réponse pénale³¹, ce principe semble néanmoins d'une meilleure lisibilité pour le public. Il est en effet plus aisément compréhensible pour les tiers que la peine ordinairement encourue ne soit pas infligée eu égard à la légitime défense, l'âge, ou la démence de l'accusé, plutôt qu'en raison du simple fait qu'il ait confidentiellement négocié sa peine avec le juge, la peine mitigée venant ici seulement récompenser ses déclarations. La mitigation ne résulte donc pas d'une moindre responsabilité liée à des circonstances atténuantes, mais d'un défaut de preuves. Un doute subsiste quant à la culpabilité du bénéficiaire du pacte, un doute qui exclut que soit infligée la mort. La peine est ici prononcée *pro modo probationum* ; un défaut de preuves entraîne une peine moindre. La sanction pénale n'est dès lors plus la stricte correction de l'acte qui a été commis, mais le reflet de l'état de preuve qui est établi, ou en l'occurrence négocié. Ce phénomène est d'autant plus remarquable que c'est parfois l'accusé qui prend l'initiative de conclure un pacte et le juge qui acquiesce³². Les pactes s'inscrivent en fait au sein des multiples implications de

exemplum pertinet », ou Sénèque, pour qui le plus important n'est pas la fonction rétributive de la peine, mais sa fonction de prévention générale : « *Nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur* ». Ces différents fondements de l'exemplarité de la sanction pénale sont largement développés par Jean-Marie Carbasse, *Histoire du droit pénal...*, *op. cit.*, pp. 68-71 et 274-279.

³¹ V. sur ce point Bernard Schnapper, « Les peines arbitraires du XIII^e au XVIII^e siècle, doctrines savantes et usages français », in *T.v.R.*, t. 41, 1973, pp. 237-277.

³² A. C. B. Reial Audiència 6A II.2 (n. p.). Par exemple, Luys Casas, poursuivi pour un homicide commis sur son frère, offrit de se soumettre à un pacte d'exil de la ville de Tarragone et de sa viguerie pour une année. Les preuves n'étaient pas complètes et la *Junta* de Barcelone accéda à la demande de l'accusé le 19 décembre 1715.

CORPUS, revue de philosophie

l'arbitrium judicis, la reconnaissance de culpabilité par l'accusé devenant une circonstance supplémentaire permettant de moduler *in mitius* la sanction pénale.

Pourtant, bien que passibles du reproche d'être moins dissuasives, de telles peines n'en sont pas moins utiles socialement. Par exemple, des condamnations aux galères sont souvent envisagées, en particulier en période de guerre³³. On songe ici à la politique de Colbert, secrétaire d'État à la marine, qui incitait les juges à préférer les trirèmes à la peine capitale. Que ce soit « pour ramer » ou « pour combattre », ces châtiments seront effectivement plus utiles à la société que, pour reprendre Voltaire, « un squelette branlant à un poteau par une chaîne de fer³⁴ ». La considération de l'utilité va jusqu'à envisager l'impunité d'un délinquant en vue de l'opportunité de découvrir d'autres criminels³⁵, ce qui permet

³³ A. C. A. Reial Audiència 58 (n. p.). Le 13 juillet 1695, six accusés, sur huit bénéficiant ce jour-là d'un pacte, furent condamnés aux trirèmes royales pour une durée allant de trois à sept années.

³⁴ Voltaire, *Le prix de la justice et de l'humanité*, in *Œuvres complètes*, Paris, Garnier, 1880, t. 30 p. 541, art. 3, « Du meurtre » : « Le grand objet, comme nous l'avons dit, est de servir le public ; et, sans doute, un homme dévoué pour tous les jours de sa vie à préserver une contrée d'inondation par des digues, ou à creuser des canaux qui facilitent le commerce, ou à dessécher des marais empestés, rend plus de services à l'État qu'un squelette branlant à un poteau par une chaîne de fer, ou plié en morceaux sur une roue de charrette ».

³⁵ Noguier, *Traité des crimes, suivant la jurisprudence de la Cour du Conseil souverain de Roussillon*, s.l., s.d., ff° 92v-93r. Des interrogatoires, art. 3. Le conseiller perpignanaise précise que dans « certains cas », certes « très rares », les cours supérieures peuvent offrir l'impunité à un délinquant qui s'engage à livrer le nom de ses complices, si cela n'a « pour objet que la tranquillité publique et le bien de l'État ». Cette solution va à l'encontre de la doctrine française, comme le démontre par exemple l'opinion de Rousseaud de la Combe, *Traité des matières criminelles*, Paris, Théodore Le Gras, 1768, p. 252. Part. III Chap. XI n° 10 : « Le juge ne doit point pareillement abuser l'Accusé, en lui promettant l'impunité de son crime lors de son interrogatoire, dans la vue de lui faire avouer le crime dont il est accusé ; cela est captieux & défendu : car comme il n'est pas permis à ce Juge de tenir parole à cet Accusé, s'il le trouvoit coupable, il ne le

d'éviter que d'autres crimes soient commis et demeure donc conforme, *in fine*, aux exigences de justice. En fait, le but est bien d'apaiser, de faire la paix, comme l'indique l'étymologie du terme *pactum*. La paix est assurée par l'éloignement consenti de l'auteur du trouble social. Cette paix est également affermie par le dédommagement de la victime et l'impossibilité pour le ministère public d'engager de nouvelles poursuites sur le fondement des mêmes faits³⁶. Ces caractères des pactes légitiment le maintien d'un ordre négocié dans le cadre de la justice pénale étatique.

B. La persistance d'un ordre négocié dans le cadre de la justice étatique

La peine, par la discussion de la preuve, est négociée avec l'accusé et non infligée unilatéralement par l'autorité publique sur la base des preuves déjà réunies. En principe soumis aux magistrats chargés de l'instruction, le justiciable conserve donc en l'occurrence un rôle actif. De cette désacralisation partielle de la justice découle le risque pour l'accusé de ne pas vraiment réaliser la gravité des mesures qui sont prises en dehors de la procédure classique. En effet, la ritualisation de l'audience est aussi une garantie pour les parties et s'écarter des formes établies engendre un risque certain. C'est pourquoi, comme dans le cadre de la procédure ordinaire catalane, un avocat assiste l'accusé³⁷. Il faut noter par ailleurs que les pactes se distinguent

sçauroit absoudre ; on ne pourroit même asseoir une condamnation sur une confession ainsi extorquée par ruse & surprise ».

³⁶ Ceci explique qu'en cas d'inexécution de la peine essentielle, l'action vise l'exécution du pacte et non la poursuite du délit initialement commis qui, puisqu'il a été remis, ne doit plus être considéré, comme l'explique Tristany-Bofill i Benac, *Sacri Supremi Regii Senatus Cathalonix Decisiones*, Barcinonæ, Raphaelis Figuerò, 1686, t. 1 p. 252. Dec. X n° 89 : « solum dictus N. compellendus erat ad pacti adimplementum instante parte, & non poterat pro delictis remissis puniri ».

³⁷ Les missions des avocats sont réglementées par plusieurs titres des constitutions de Catalogne. Cf. 2.^a C. Y. A. D. C., I, 1, 41 ; I, 1, 53 ; I, 2, 4 ou encore I, 2, 6. On notera qu'en France, la présence d'un avocat lors de l'interrogatoire est supprimée en matière criminelle par l'article 162 de

CORPUS, revue de philosophie

des modes de règlement privé des litiges que les différentes monarchies européennes se sont évertuées à supprimer. Avec des effets *erga omnes*, ils prévoient une véritable sanction pénale et ont un champ d'application étendu³⁸, là où les transactions pénales françaises sont, par exemple, confinées au « petit criminel³⁹ ».

Le pluralisme judiciaire en la matière n'est de la sorte pas considéré comme une entorse, tolérée, au développement d'un droit pénal public, mais comme un moyen, encouragé, pour le renforcer. Les pactes aménagent un substitut à la peine de mort, mais dans le cadre de la justice pénale étatique car ils sont jugés conformes à l'intérêt général. De plus, malgré sa justification pragmatique des pactes, la doctrine reste favorable à la peine capitale dans son principe⁴⁰. Elle est parfois même envisageable

l'Ordonnance de Villers-Cotterêts de 1539, confirmé par l'Ordonnance de Saint-Germain-en-Laye de 1670, Tit. XIV art. 8, imposant que les accusés « de quelque qualité qu'ils soient » répondent « par leur bouche, sans le ministère de conseil ». La présence d'un avocat était néanmoins admise de manière officieuse, comme l'explique Bernard Durand, « Déontologie du juge et droits de la défense : quelques pistes dans la procédure criminelle d'Ancien régime », in *Recueil de mémoires et travaux de la S.H.D.I.A.P.D.E.*, fasc. XVI : *Justice et justiciables, Mélanges Henri Vidal*, Montpellier, 1994, pp. 213-237.

³⁸ Contrairement aux transactions fondées sur une constitution de Dioclétien de 293 (C. 2. 4. 18) : « Il n'est pas interdit de transiger ou de conclure un *Pactum* à propos d'un crime capital, à l'exception de l'adultère ; mais dans les autres crimes publics qui n'entraînent pas une peine de sang, cela est interdit... » (trad. de Jean-Marie Carbasse, *Histoire du droit pénal...*, *op. cit.*, p. 77).

³⁹ Ordonnance du 26 août 1670. Tit. XXV art. 19 : « Enjoignons à nos procureurs et à ceux des seigneurs, de poursuivre incessamment ceux qui seront prévenus de crimes capitaux ou auxquels il écherra peine afflictive, nonobstant toutes transactions et cessions de droits faites par les parties : et à l'égard de tous les autres, seront les transactions exécutées, sans que nos procureurs ou ceux des seigneurs puissent en faire aucune poursuite ».

⁴⁰ Différents passages de l'Ancien Testament sont encore avancés comme fondement de ce châtement. La septième loi du Décalogue (Ex 20, 13 : « Tu ne tueras pas ») est même utilisée pour légitimer le talion du calomniateur, c'est-à-dire la peine de mort à l'encontre d'un individu ayant porté une

à partir de simples indices dubités, mais en nombre important⁴¹. Cortiada précise d'ailleurs qu'il n'y a « aucun doute » que celui qui a tué un clerc, par exemple, soit passible de la mort, une peine assortie en Catalogne, ajoute-t-il, de l'amputation du poing⁴². Même les mineurs, insiste encore Calderó au début du XVIII^e siècle, doivent être condamnés à mort lorsque le crime est atroce⁴³. Enfin, rappelle-t-il, la mise à mort sanctionnant pareils méfaits doit s'accompagner d'un spectacle inspirant la terreur⁴⁴.

*

fausse accusation, si celle-ci faisait encourir la peine de mort. Ainsi, bien que la personne indûment accusée n'ait finalement pas été condamnée à mort, elle en a couru le risque. La violation virtuelle de l'interdiction de tuer par l'accusateur justifie donc sa condamnation à la peine capitale. Cf. Peguera, *Practica...*, *op. cit.*, f° 61v. Cap. XII §. 5 n° 21 : « Ratio est, quia cum proceditur per accusationem, accusator tenetur pœna talionis : hoc est tenetur subire eandem pœnam si non probaverit, quam reus debuit pati, si ipse accusator probasset. Quæ res ad id inventa est, ne facile quis profiliat ad accusationem cum sciat inultam sibi accusationem non futuram ».

⁴¹ Amigant i de Ferrer, *Decisionum...*, *op. cit.*, t. 1 p. 625. Dec. XXVII n° 29 : « in hujusmodi delictis occultis, sufficiat, quod adsint plura indicia dubitata, ex quibus coalescat unum indubitatum, concurrentibus aliis adminiculis, & probationibus ad idem totum tendentibus, nempe integram probationem complendam, ut ex illis pœna ordinaria delicti imponi possit, colligatione indiciorum in unam consonantiam reducta ».

⁴² Cortiada, *Decisiones...*, *op. cit.*, t. 2 p. 303. Dec. XCIII n° 32 : « Sed nulli est dubium, quod occidens Clericum punitur pœna mortis naturalis (...). In Cathalonia præter pœnam mortis naturalis punitur ratione sacrilegii pœna amputationis manus ». L'auteur s'appuie sur différentes décisions de la *Reial Audiència* des 26 octobre 1600, 4 mai 1616 et 11 mars 1617.

⁴³ Calderó, *Sacri Regii...*, *op. cit.*, t. 1 p. 399. Dec. L n° 51 (Summarium) : « In atrocissimis condemnantur minores ad pœnam ordinariam ».

⁴⁴ L'auteur dégage ce principe à partir de l'exemple particulier du parricide. Cf. Calderó, *Sacri Regii...*, *op. cit.*, t. 1 p. 398. Dec. XLIX n° 28 : « in delictis atrocibus pœnam ultimi supplicii infligi cum aliquo additamento [...] parricidii improprii pœnam ultimi supplicii ad terrendum fuisse qualificatam licet videre in exemplari [...] atvero diximus amplius qualificandam esse pœnam ob atrocitatem delicti, & ad extirpendum exemplo similia facinora, quæ in hoc principatu frequentantur impunita ».

CORPUS, revue de philosophie

Divers, à défaut d'être exhaustifs, ces quelques exemples n'ont d'autre but que de rappeler que les praticiens catalans ne sont assurément pas abolitionnistes. Purement pragmatique, leur détachement de la peine capitale n'est pas exclusif d'un recours à cette sanction qui reste préconisé, quand cela est possible, car il demeure considéré comme juste. Les Catalans n'abandonnent pas complètement l'ancienne logique ; ils se contentent, mais le pas est déjà important, d'y substituer ponctuellement, en fonction des besoins, une autre possibilité, conférant par là une autre légitimité à la sanction pénale. Les pactes sont ainsi un procédé subsidiaire. Mais quels que soient les fondements de cette pratique, le résultat est bien là, et il est double. D'abord, un recours à la peine de mort moins fréquent. Enfin, le développement de l'idée, qui fait son chemin, que la juste sanction d'un crime grave n'implique pas nécessairement l'élimination de son auteur. Des substituts existent qu'il ne reste plus qu'à généraliser pour transformer le principe de la peine capitale en exception avant, ultime étape, d'assumer la responsabilité de consacrer sa disparition.

**Fabrice DESNOS
A.T.E.R. à l'Université Lille II**

LUMIÈRES ET PEINE DE MORT : DISCOURS ET PRATIQUES PÉNALES À LAUSANNE À LA FIN DU XVIII^e SIÈCLE

En affirmant que « la peine de mort n'est ni utile ni nécessaire »¹, Cesare Beccaria intervient dans un contexte judiciaire marqué, d'une part, par des pratiques pénales en transformation – comme le montrent les recherches effectuées sur la justice dans les Etats monarchiques ou ceux dominés par une oligarchie² – et, d'autre part, par des discours qui anticipent³ ou accompagnent sa réflexion philosophique et juridique. Ceux-ci définissent un espace laïcisé⁴, favorable à une réforme générale des institutions judiciaires qui interviendra à la fin du XVIII^e siècle avec les premiers codes pénaux.

¹ Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, § XXVII (*De la peine de mort*), trad. fr. Ph. Audegean, Lyon, ENS Éditions, 2009, p. 229.

² Pascal Bastien, « Usage politique du corps et rituel de l'exécution publique à Paris XVII^e-XVIII^e siècles » in *Crime, Histoire & Sociétés. Crime, History & Societies*, 2002, vol. 6, no 1, p. 31-56 ; *ibid.*, *L'exécution publique à Paris au XVIII^e siècle. Une histoire des rituels judiciaires*, Seyssel, Champ Vallon, 2006 ; Michel Porret, *Le crime et ses circonstances. De l'esprit de l'arbitraire au siècle des Lumières selon les réquisitoires des procureurs généraux de Genève*, Genève, Droz, 1995 ; Xavier Rousseaux, « Historiographie du crime et de la justice criminelle dans l'espace français (1990-2005). Partie I : Du Moyen Age à la fin de l'Ancien Régime » in *Crime, Histoire & Sociétés/ Crime, History & Societies*, 2006, vol. 10, no 1, p. 123-158.

³ Cf. dans le présent volume l'étude de Philippe Audegean et celle de Sabine Reungoat.

⁴ *Cesare Beccaria tra Milano et l'Europa con prolusioni di Sergio Romagnoli e Gian Domenico Pisapia*, Convegno di studi per il 250 anniversario della nascita promosso dal Comune di Milano, Bari, Cariplo-Laterza, 1990.

CORPUS, revue de philosophie

Dans les territoires helvétiques⁵, on constate une diminution des condamnations dans le courant du XVIII^e siècle ; à Genève, le Petit Conseil, organe exécutif, tend à accaparer tant les compétences judiciaires, législatives et militaires et il est confronté aux troubles populaires qui ponctuent le siècle et influent sur les pratiques pénales. Celles-ci connaissent une lente transformation, marquée par l'abolition de la torture et la légalisation de la défense⁶, ainsi que par une diminution des condamnations à mort⁷. Les exécutions persistent plus sensiblement dans la Principauté de Neuchâtel, territoire fortement ruralisé tout au long du XVIII^e siècle⁸ comme dans les terres francophones de la République de Berne⁹, possédant la même configuration géographique et politique. Selon Robert Muchembled, la rigueur du châtement varie selon l'autorité politique ; ainsi, la justice criminelle s'adapte aux pouvoirs locaux et à la

⁵ A Lucerne et à Zurich, 681 personnes sont exécutées pour les deux cantons au XVII^e siècle et 237 exécutions au XVIII^e siècle, soit une baisse de près de 65 % in : Susanna Burghartz, « Criminalité », in *Dictionnaire historique de la Suisse (DHS)*, <http://www.hls-dhs-dss.ch> (version électronique du 5 novembre 2007) ; une recherche, financée par le FNS, dirigée par F. Loetz et J. Eibach, *Stadt und Kriminalität in der Sattelzeit: Basel und Zürich (ca. 1750-1850)*, est en cours.

⁶ L'abolition de la torture est effective dès 1734 et la législation sur la défense est introduite en 1738.

⁷ Entre 1750 et 1787, seules treize condamnations à mort sont exécutées sur le gibet de la République contre une quarantaine dans le premier demi-siècle cf. Françoise Briegel, Michel Porret, « Le droit de punir en république : Genève au temps des Lumières », *Dix-huitième siècle. Politiques et Cultures*, 37 (2005), p. 71 ; Michel Porret, *Le crime et ses circonstances*, op. cit., p. 392.

⁸ Philippe Henry décompte dans la Principauté de Neuchâtel, terre du roi de Prusse depuis 1707, 26 exécutions de 1707 à 1756 et 21 de 1757 à 1796 in Philippe Henry, *Crime, justice et société dans la principauté de Neuchâtel au XVIII^e siècle (1707-1806)*, Neuchâtel, La Baconnière, 1984, p. 394.

⁹ Pour le seul tribunal de la ville de Lausanne qui voit sa population augmenter de 6204 habitants à la fin du XVII^e siècle à plus de 9000 habitants au cours du XVIII^e siècle (Anne Radeff, « Lausanne » in *DHS*, version électronique du 2 avril 2009), on décompte cinq condamnations à mort de 1709 à 1750 et 10 exécutions entre 1751 et 1792.

capacité de résistance des communautés ; elle limite le spectacle des supplices physiques au profit de punitions infamantes infligées à huis clos, la modération des juges ne pouvant intervenir que si les postulats de l'Etat souverain ne sont plus mis en cause¹⁰. Or, la situation des terres provinciales de la République de Berne, et plus particulièrement celles de la seigneurie de Lausanne¹¹ offrent un champ d'observation fécond pour apprécier les modalités de la peine de mort, à la fin de l'Ancien Régime. Les procédures et les sentences examinées proviennent d'un corpus qui s'étend de 1709 à 1792 ; il est issu des registres criminels des cours pénales de Lausanne ; ces dernières sont constituées d'une part par le Tribunal criminel du Château, présidé par le bailli bernois ou son lieutenant – un magistrat vaudois – assisté des bourgeois de la ville et d'autre part, par le tribunal de la Rue de Bourg, dominé par les seuls juges et magistrats de la ville. Avec la venue du « temps où les supplices sont récréés »¹², notre propos vise à observer la nature des pratiques criminelles et les valeurs qu'elles véhiculent dans le nouvel horizon des Lumières, particulièrement intense

¹⁰ Robert Muchembled, *Le temps des supplices. De l'obéissance sous les rois absolus (XV^e-XVIII^e siècle)*, Paris, Armand Colin, 1992, p. 292.

¹¹ Le présent article s'appuie sur un corpus des cas de condamnation à mort prononcés par le Tribunal de la Rue de Bourg (territoires dépendant de la ville) ou par le Tribunal du Château (Territoire de la bannière de la Cité, juridiction de la cour du jadis chapitre dépendant du bailli ainsi que les châtellenies de Lutry, Pully et Villette). Le corpus a été établi à partir du dépouillement des procédures et des registres criminels déposés aux Archives cantonales vaudoises (ACV), Bh 7, Procédures criminelles 1641 à 1739 ; Bh 8, Procédures criminelles 1740 à 1795, 78 vol. ; Bh 9 Procédures criminelles 1763 à 1769, 1795 à 1797, 6 vol ; Bh 11 procédures criminelles diverses ; Bh 15 bis 1756 à 1792, Registres des causes criminelles de la ville de Lausanne, 1756 à 1792, 25 vol. ; Archives de l'Etat de Berne (AEB), BIX Justiz & Polizeiwesen, Kriminale Manuale 1715-1798, Bände 630-662, 33 vol. La ville de Lausanne a obtenu les droits de haute justice concédés par la République de Berne les 1^{er} novembre 1536 et 18 avril 1548 (Cf. Regula Matzinger-Pfister, *Les sources du droit du canton de Vaud. C. Epoque bernoise. Les mandats généraux bernois pour le Pays de Vaud 1536-1798*, Basel, Schwabe & Co AG, 2003, p. 20-33).

¹² Robert Muchembled, *Le temps des supplices, op. cit.*, p. 326.

CORPUS, revue de philosophie

dans les territoires helvétiques¹³. En effet, la province bernoise, ancienne terre de refuge, protestante, est animée par un foisonnement des sociétés de pensée où participent, entre autres, juristes et magistrats dont la correspondance et les cercles auxquels ils appartiennent dévoilent les modes de circulation des savoirs judiciaires en Europe. Les écrits qu'ils diffusent offrent des postures philanthropiques face au droit de punir comme l'illustrent, en 1790, les juges et magistrats du Tribunal du Château de Lausanne : après avoir rendu une sentence de fustigation et de bannissement, sous la plume du greffier, les juges rappellent au souverain bernois, l'influence de la Caroline sur les pratiques pénales et les difficultés qu'ils rencontrent dans les cours provinciales de la République à transformer le régime répressif :

de ce que des décisions ci-devant rendues ne leur permettent pas d'assigner aux délits du prévenu, et à d'autres délits du même genre qui ne sont pas de nature à entraîner condamnation à mort, la peine d'une cloture ; peine dont il est cependant fait une mention expresse dans la Caroline, aux articles 192 et 196 et d'une manière plus applicable encore au fait actuel, dans l'article 157, rappelé au paragraphe 158 qui forme l'un des fondements de la présente sentence : et de ce qu'il n'existe entre les mains de ce tribunal aucune autre punition à infliger, à l'effet de mettre cette société à l'abri des attentas d'un criminel de second ordre, que celle du bannissement, laquelle les juges qui composent cette cour ne dictent jamais, sans éprouver qu'elle est absolument en opposition au mouvement de leur conscience¹⁴.

¹³ *Republikanische Tugend. Ausbildung eines Schweizer Nationalbewusstseins und Erziehung eines neuen Bürgers. Contribution à une nouvelle approche des Lumières helvétiques*, Michael Böhler et alii dir., Genève, Slatkine, 2000. Sur l'influence des Lumières sur la peine de mort en Suisse, cf. Bettina Strub, *Der Einfluss der Aufklärung auf die Todesstrafe*, Zürich, Juris Druck, 1973, p. 175-179.

¹⁴ ACV, Bh 15, registre du tribunal du Château, vol. 5, du 10 février 1790, p. 521.

Elisabeth Salvi

A la fois juges au tribunal consistorial, à la cour civile, à la cour pénale de la ville et à celle du bailli, les magistrats lausannois incarnent la figure syncrétique de la justice d'Ancien Régime ; en s'appuyant sur l'arbitraire pénal, ils témoignent de la difficulté à faire évoluer le droit de punir. Dans ce contexte francophone de l'Helvétie protestante, nous observerons les pratiques criminelles à l'aune de la réception du texte beccarien *Dei delitti e delle pene*, édité à Livourne en 1764 ; une traduction française paraît en janvier 1766 à Yverdon, dans l'imprimerie de Fortunato Bartolomeo de Felice lequel édite aussi le *Commentaire sur le livre des délits et des peines* de Voltaire, en 1766. Notre propos est de mesurer l'influence du régime pénal et politique dans la permanence de la peine de mort dans la province lausannoise à la fin du XVIII^e siècle. En effet, comme le souligne Pascal Bastien, la peine capitale oblige à réfléchir « aux liens sociaux des communautés »¹⁵ et à leurs représentations culturelles de la justice ; celles-ci sont analysées à partir de la confrontation des collections de procès-verbaux et sentences précitées¹⁶ ; il faut y ajouter les recueils de jurisprudence, les essais et traités juridiques, la correspondance voire les mémoires ou écrits personnels des hommes de justice.

Comme à Genève ou à Neuchâtel, on assiste, dans le pays de Vaud, peu après la Réforme, à une prolifération des écritures administratives. Au moment de l'occupation bernoise, en 1536, les coutumes des sujets vaudois sont maintenues et le Sénat bernois (ou Petit Conseil) intervient au moyen de lois et d'ordonnances, renforcés par l'imposition de la Réforme qui confèrent au souverain une justification théologique du pouvoir politique. Ainsi, le droit criminel, appliqué dans les terres francophones de la République, mêle le droit coutumier coiffé par l'appareil des lois bernoises. Désormais, les cours doivent soumettre leur jugement au Sénat bernois lequel revendique le droit pénal sur ses sujets et exige l'exécution capitale pour des crimes qui n'étaient pas passibles

¹⁵ Pascal Bastien, *Une histoire de la peine de mort. Bourreaux et supplices 1500-1800*, Paris, Seuil, 2011, p. 17.

¹⁶ Cf. note 11.

CORPUS, revue de philosophie

de peine de mort jusque là tel le parjure¹⁷, le vol par fraude¹⁸ ou encore l'inceste où le Petit Conseil va plus loin que la Caroline¹⁹. Bien que la ville de Lausanne comme celle de Payerne – en raison de traités de combourgeoisie avec Berne avant la conquête – détienne en matière criminelle des privilèges tels que celui de la mise à la gehenne²⁰, les causes graves, au XVIII^e siècle, peuvent être aussi transmises au jugement de la commission criminelle, à Berne, avant la condamnation²¹, ce qui confère, pour le moins un pouvoir renforcé à l'autorité souveraine judiciaire. Par ailleurs, influencé par la *Constitutio Criminalis Carolina*, introduite en 1532, le droit pénal prévoit, pour certains délits, des incarcérations limitées dans le temps ou à perpétuité pour les condamnés à mort grâciés. Les préoccupations de la cour criminelle de la Cité, à Lausanne, qui dépend exclusivement du bailli – l'autre cour criminelle relevant des bourgeois de la ville – font écho aux pratiques d'enfermement des cités européennes qui se dotent, dès le XVII^e siècle d'établissements destinés à l'internement des personnes accusées de crimes ou de comportements déviants. Comme on peut le constater dans l'exemple précité, les autorités lausannoises hésitent à infliger des peines stigmatisantes à des individus qui n'ont pas commis

¹⁷ Regula Matzinger-Pfister, *Les sources du droit du canton de Vaud.*, op. cit., p. 49 : « Avertissement [du 25 avril 1538] que les parjures seront punis avec plus de rigueur que par le passé ».

¹⁸ *Ibid.*, p. 95 « Introduction des peines capitales ou mutilantes frappant le vol manifeste pour les personnes en faillite par négligence ou fraude », ordonnance du 17 juin 1546, législation rappelée le 22 octobre 1579.

¹⁹ *Ibid.*, pp. 129-130 : la peine de mort pour l'inceste est introduite le 9 septembre 1567.

²⁰ ACV, P Gaulis CA 288, arrêt du 21 janvier 1721 qui confirme que les officiers de Lausanne peuvent mettre les prisonniers détenus au château de Lausanne à la torture sans en référer à Berne, qu'il « s'agit d'un droit bien acquis de toute ancienneté à la dite ville de Lausanne ».

²¹ Elisabeth Salvi, « La justice de LL.EE. au siècle des Lumières » in *De l'Ours à la Cocarde. Régime bernois et révolution en Pays de Vaud (1536-1798)*, François Flouck et alii dir., Lausanne, Payot, 1998, p. 325-338.

des délits graves mais qui menacent de récidiver parce qu'ils n'appartiennent à aucune communauté locale qui pourrait favoriser leur insertion et ainsi les corriger.

Si dans les régions rurales de la Confédération, on ne trouve pas de prisons jusqu'au XVIII^e siècle, des courants germanophones favorisent au début du siècle précédent le recours à des peines privatives de libertés, à visée corrective, dans des maisons de discipline érigées dans les centres urbains²². Dès 1614 ou 1615, une première institution est ouverte à Berne (Schellenhaus), réorganisée en 1783²³. Bien que ces peines préfigurent la condamnation aux travaux forcés, leur utilisation dans les causes criminelles demeure encore limitée jusqu'au premier code pénal de la République helvétique (1799). Néanmoins, elles alimentent un débat philanthropique relatif à la justice pénale. Si dans son *Système abrégé de jurisprudence criminelle accommodé aux lois et à la constitution du pays*, paru en 1756, François Seigneux, juge à Lausanne, ne remet en cause ni la torture ni la peine de mort, il affirme pourtant la nécessité de la détention préventive et il consacre un chapitre entier pour rendre plus humains l'exercice de la justice et plus salubre l'intérieur des établissements carcéraux chargés de « corriger les vices »²⁴. Par ailleurs, la prison est aussi symbole d'adoucissement pénal puisque le souverain bernois a droit de justice sur toutes les cours vaudoises et la peine peut aussi être commuée en peine d'emprisonnement précédée d'une peine corporelle, telle la fustigation, effectuée par le bourreau. En outre, la peine corrective est déterminante surtout pour le tribunal ecclésiastique,

²² Berne en 1614/1615, Bâle et Fribourg en 1617, Zurich en 1630, Genève en 1631, et Saint-Gall en 1661 cf. L. Gschwend, « Prisons » in *DHS*, version électronique du 29 juin 2010.

²³ Regula Matzinger-Pfister, *Les sources du droit du canton de Vaud.*, op. cit., p. 281 et p. 771.

²⁴ François Seigneux, *Système abrégé de jurisprudence criminelle, accommodé aux lois et à la constitution du pays*, Lausanne, Chez Marc-Michel Bousquet & Compagnie, 1756 ; cf. ACV, Ba 41, Règlement pour les maisons de force et de correction de Berne, renouvelé en novembre 1788.

CORPUS, revue de philosophie

le consistoire, dont le projet moral est d'inciter le chrétien à changer de conduite par la persuasion, le blâme ou l'intimidation afin de réinsérer le contrevenant au sein de la communauté²⁵.

Au XVIII^e siècle, la peine suppliciaire demeure donc le pilier de la justice criminelle dans les terres protestantes et, à défaut, l'inculpé est exclu par le bannissement dont la pratique s'accroît au cours du XVIII^e siècle²⁶. Dans la procédure inquisitoire qui consiste à réunir les preuves établissant de manière irréfutable la culpabilité du prévenu ou de son innocence²⁷, la règle de la preuve exige l'aveu de l'accusé ou la déposition²⁸ de deux à trois témoins. Si le suspect persiste à nier, la justice recourt à la mise à la question qui ne peut être autorisée que par le Sénat bernois selon les lois établies dès 1616 et réaffirmées en 1702²⁹.

Une fois l'aveu obtenu, la peine sera déterminée par les circonstances aggravantes et atténuantes et le rituel judiciaire de l'exécution délivrera alors à la communauté le message du tribunal telle la sentence rendue en 1768 où le condamné sera :

[...] appliqué sur la roue pour être rompu dans ses membres, toutes fois recevoir le coup de grace, apres avoir eu le bras

²⁵ Maurice Cusson, « Deux modalités de la peine et leurs effets sur le criminel », *Acta criminologica. Etudes sur la conduite antisociale. Studies of Antisocial Behaviour*, 1974, vol. VII, p. 18-20.

²⁶ Philippe Henry, *Crime, justice et société dans la Principauté de Neuchâtel au XVIII^e siècle*, op. cit., p. 406 : le total des peines de bannissement et expulsion sur le total des condamnations passe de 54,4 % pour les années 1707-1756 à 68,7 % pour les années 1757-1796. Dans le bailliage vaudois de Vevey, nous approchons le même constat, puisque 64 % des peines de bannissement sont prononcées dans la seconde moitié du XVIII^e siècle.

²⁷ ACV, Bik 377, 22 février 1745 : « Il a été conduit et appliqué à la question en conséquence de l'ordre de LL.EE. du 16^eme de ce mois pour arracher de luy l'aveu des faits, dont l'étoit parfaitement convaincu, qu'il étoit complice ».

²⁸ Sybille Hofer, « Gerichte und Verfahren », in *Berner Zeiten. Berns goldene Zeit. Das 18. Jahrhundert neu entdeckt*, André Holenstein dir., Bern, Stämpfli Verlag AG, 2008, p. 473-474.

²⁹ Regula Matzinger-Pfister, *Les sources du droit du canton de Vaud*, op. cit., p. 529-530.

Elisabeth Salvi

droit rompu par deux coups de barre. Ensuite de quoi étant expiré son cadavre sera exposé sur la roue pendant l'espace de quinze jours pour servir d'exemple³⁰.

Le condamné est alors conduit au lieu du supplice selon un cérémonial précis dans lequel la dimension religieuse renforce la solennité et l'exemplarité du supplice pénitentiel :

le Hérault et le crieur public en habits de livrée des couleurs de la ville ouvriront la marche, puis Monsieur le Banderet de la Cité en habit noir & collet fonctionnant comme Juge, avec le Baton, Messieurs les Conseillers Vullyamoz & Seigneux, en habits noir, le premier fonctionnant à la place de Monsieur le Banderet, Messieurs le procureur fiscal et secrétaire de cour, en habits noir, Monsieur le chatelain de l'Evêché aussi en habit noir. La marche sera fermée par deux officiers en manteau de livrée. Ensuite le détenu, assisté & consolé par deux ministres, tous les autres officiers tant de la ville que de la juridiction, en manteaux de livrée, seront à l'entour du détenu qui sera tenu par l'Exécuteur de la haute justice [...]. Messieurs les Pasteurs Besson & Chavannes ont assisté le Prisonnier dans la marche, et monsieur le Grand Pasteur & Doyen Polier de Bottens a fait le discours & la prière avant l'exécution³¹.

Les exécutions capitales, sous l'Ancien Régime, relèvent d'une « association de la violence et du rite »³² et le cas lausannois rend compte de l'empreinte religieuse maintenue lors du jugement pénal³³. Alors que le secret de la procédure tend à résister à toute

³⁰ ACV, Bh15 bis vol. 3, p. 399, sentence de condamnation de Louis Vermandé pour vol et homicide, exécution du 15 février 1768.

³¹ ACV, Bh15 bis vol. 3, p. 400-401.

³² Michel Bée, « Le spectacle de l'exécution dans la France de l'Ancien Régime » in *Annales E.S.C.*, 1983, 4, p. 847.

³³ Elisabeth Salvi, « Justice de Dieu et justice de Berne : enjeux politiques du sermon au condamné au 18^e siècle » in Eric Wenzel, *Justice et religion. Regards croisés : histoire et droit*. Actes du colloque international, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse 1-3 octobre 2008, p. 317-332.

CORPUS, revue de philosophie

publicité³⁴, l'exécution capitale d'un criminel est diurne et ne consiste pas en la seule mise à mort du délinquant. Les membres du tribunal criminel de la ville, de noir vêtu, après s'être réunis pour la lecture de la sentence et de toutes les confessions et aveux contenus dans le procès criminel, les ratifient en se plaçant sous l'autorité divine. Puis, ils se déploient en cortège sur un long parcours cérémoniel qui mène de la prison à la potence puis, au pied de celle-ci où quelques déclarations empreintes de solennité religieuse sont prononcées par les pasteurs avant l'application de la peine sur le corps. Ainsi, du haut de la ville, lieu de la prison de l'Evêché où il est détenu, jusqu'aux rives du lac, le condamné jugé par les bourgeois de Lausanne ou le bailli bernois est escorté, accompagné de soldats en armes et des représentants judiciaires et ecclésiastiques jusqu'au gibet, situé à l'écart du centre urbain, au bord de la grande route, à Vidy³⁵. Le rituel est appliqué dans tous ses détails comme le montre une autre condamnation pour vol en bande. Pour empêcher le désordre, il est demandé au châtelain de tenir exactement :

[...] fermées dès le matin les portes du Perron de l'Evêché [salle de tribunal et lieu d'arrêt], du Jardin, celles du bas de l'Escalier [...] de même que toutes portes quelconques par lesquelles on pourrait s'introduire dans l'Evêché [...]. La noble chambre a jugé convenable que l'annonce de mort soit faite aux deux détenus séparément³⁶ et que les fers ne soient mis au détenu Manily, qu'au moment seulement où il paraîtra devant la noble chambre.

La sûreté publique incarnée par des grenadiers et des sergents renforce le spectacle de la mise à mort³⁷ ; le supplice judiciaire doit être lu comme un rituel politique dans la mesure où il met en scène une « dissymétrie entre le sujet qui a osé violer la loi, et

³⁴ Françoise Briegel, *Négocier la Défense : Plaider pour les criminels au siècle des Lumières à Genève*, Genève, à paraître.

³⁵ Au lieu dit « La Chamberonnaz ».

³⁶ Il s'agit de deux détenus de Franche-Comté.

³⁷ ACV, Bh 8 vol. 64, p. 1060-1062.

Elisabeth Salvi

le souverain tout puissant qui fait valoir sa force »³⁸. Bien qu'ils accompagnent la peine corrective, les châtiments corporels et capitaux, infamants, répondent à un principe de rétribution, d'expiation et de prévention générale, comme le rappelle Pierre-François Muyart de Vouglans, dès 1767³⁹ :

Comme la peine de mort est, sans contredit, de toutes les peines, celle qui est la plus capable de faire impression sur les esprits par son extrême rigueur, et par les torts irréparables qu'elle entraîne, ce n'est donc que par cette sorte de peine que l'on peut punir les crimes les plus atroces et les plus nuisibles à la société.

Alors que l'avocat général au parlement de Grenoble Joseph Michel Antoine Servan, dans son *Discours sur l'administration criminelle*, envisage la peine capitale comme une ultime ressource qu'il faudrait « reléguer vers l'extrémité de nos lois criminelles, pour lui abandonner d'inexpiables forfaits et nous délivrer des scélérats peu communs qu'on ne pourrait conserver sans diriger »⁴⁰, le rituel de la peine de mort renforce le pouvoir de l'État de justice lequel assure l'ordre et la sûreté aux individus qui vivent en société.

Par la médiation de la souffrance, la peine rétributive doit réconcilier le supplicié avec la société. Réparation solennelle par la douleur du criminel offerte en sacrifice à la vindicte divine et humaine, la sentence est légitimée publiquement après une procédure demeurée secrète.

³⁸ Michel Foucault, *Surveiller et punir, Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, p. 60.

³⁹ Pierre-François Muyart de Vouglans, « Réfutation des principes hazardés dans le Traité des Délits et des Peines » in *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, trad. de l'italien, Paris, s. e., t. II., 1781, p. 323.

⁴⁰ Joseph Michel Antoine Servan, *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, Yverdon, s.e., 1767, p. 141.

CORPUS, revue de philosophie

Outre l'influence germanique de la Caroline sur les répressions pénales dans la province vaudoise de Berne⁴¹, la pratique des élites judiciaires est influencée par les essais et les traités juridiques qui circulent dans les territoires helvétiques dans la seconde moitié du XVIII^e siècle⁴² et par les travaux émanant des sociétés de culture mentionnés dans les gazettes telle la *Gazette de Lausanne* qui diffuse l'appel de la Société patriotique de Berne pour attribuer un prix à l'ouvrage de Cesare Beccaria⁴³, *Dei delitti e delle pene*. De 1769 à 1784, la maison Galeazzi à Milan⁴⁴ est la plus fidèle correspondante de la Société typographique de Neuchâtel (STN). Une partie de la librairie philosophique de l'aristocratie lombarde, impliquée dans les débats de la justice⁴⁵, provient de Genève surtout et de Lausanne, comme l'indiquent les lettres de Barthélemy Chirol à Beccaria⁴⁶ dans les années soixante.

⁴¹ Elisabeth Salvi, « Se venger par le feu. Prévention de l'incendie et pratique pénale dans les terres vaudoises sujettes de Berne au XVIII^e siècle », in *Au Feu ! Usages, risques et représentations de l'incendie du Moyen Age au XX^e siècle*, Luigi Lorenzetti et Vanessa Giannò dir., Bellinzona, Giampiero Casagrande editore, 2010, p. 374-375.

⁴² *Le livre à Lausanne : cinq siècles d'édition et d'imprimerie : 1493-1993*, Silvio Corsini dir., Lausanne, Payot, 1993 ; François Vallotton, « L'histoire du livre et de l'édition ou quelques nouvelles perspectives de recherche pour l'histoire culturelle » in *Relations internationales. Echanges culturels et réseaux intellectuels*, Hans U. Jost, Stéphanie Prezioso dir., Lausanne, Antipodes, 2002, p. 29-41.

⁴³ Cesare Beccaria *Carteggio*, Carlo Capra, Renato Pasta, F. Pino Pongolini éd., (partie I : 1758-1768), Milan, Mediobanca, 1994, p. 150-152.

⁴⁴ Anne Machet, « Clients italiens de la Société typographique de Neuchâtel », in *Aspects du livre neuchâtelois. Etudes réunies à l'occasion du 450^e anniversaire de l'imprimerie neuchâteloise*, Jacques Rychner, Michel Schlup dir., Neuchâtel, Bibliothèque publique et universitaire, 1986 ; Renato Pasta, *Editoria e cultura nel Settecento*, Firenze, Olschki, 1997.

⁴⁵ Elisabeth Salvi, *Négociant avec les Suisses au siècle des Lumières. La « ragion di Stato » à l'épreuve des réformes dans les relations entre Milan et le corps helvétique (1707-1796)*, Lausanne, thèse présentée à l'Università degli studi di Milano et à l'Université de Lausanne, Lausanne, juin 2008, p. 375 ss.

⁴⁶ Beccaria, *Carteggio*, op. cit., cf. lettres de B. Chirol à Beccaria (nos 133, 170, 172, 173, 176, 177, 178, 186, 187, 191, 193, 197, 200, 201, 202, 204,

Dans la Suisse orientale, on trouve la *Typografische Gesellschaft* (1768-1773), fondée à Coire, animée notamment par Ulysses von Salis-Marschlins lequel publie le *Giornale letterario* qui diffuse en 1768 la controverse juridique des Lumières issue de l'École de Milan⁴⁷. Par ailleurs, la naissance d'une école naturaliste, dans l'Helvétie francophone, constituée par Jean Barbeyrac, Jean-Jacques Burlamaqui et Emer de Vattel illustre les réseaux d'alliances – composés par des hommes de lettres, de sciences ou des pasteurs, bourgeois des villes souveraines et sujettes. Alors que la traduction française de Beccaria n'est pas encore parue, la société bernoise, sous la plume de Daniel Fellenberg, affirme, en novembre 1765 sa satisfaction sur le choix porté sur Beccaria pour l'attribution du prix : « on dirait que c'est le genre humain qui parle par la bouche de cet Italien »⁴⁸ et de l'impact moral d'un tel ouvrage. Un mois plus tard, une lettre de Vincent Bernhard Tschärner – membre du cercle bernois – à Beccaria, confirme le choix et la sensibilité humaniste des magistrats helvétiques qui considèrent leur interlocuteur comme l'exemple du « genre humain »⁴⁹. Dans l'ouvrage primé *Des Délits et des Peines*, les membres de la société bernoise valorisent l'horizon du bonheur individuel et social esquissé par Beccaria⁵⁰. Cette réception philanthropique du traité dans la Suisse francophone

205, 206, 209, 210, 212, 214, 215, 220, 222, 226, 227, 229, 232) ; de F. B. De Felice à Beccaria, no 135.

⁴⁷ Franco Venturi, *Settecento riformatore. II. La chiesa e la repubblica dentro i loro limiti 1758-1774*, Torino, Einaudi, 1976, pp. 289-290.

⁴⁸ Lettre de Fellenberg à Isaak Iselin, du 17 décembre 1765, citée in Beccaria, *Carteggio op. cit.*, p. 153.

⁴⁹ « Il est bien satisfaisant pour tous les gens de bien de voir la cause des hommes plaidée par des citoyens de votre rang ». Extrait de la lettre de Vincent Bernhard Tschärner de Bellevue à Cesare Beccaria, du 7 janvier 1766 in Beccaria, *Carteggio (parte I : 1758-1768)*, op. cit., p. 202-204.

⁵⁰ Wolfgang Rother, « Zwischen Utilitarismus und Kontraktualismus : Beccarias Kritik an der Todesstrafe im philosophischen Kontext », *Gegen Folter und Todesstrafe. Aufklärerischer Diskurs und europäische Literatur vom 18. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, Helmut Jacobs dir., Frankfurt am Main et alii, 2007, p. 185-202 ; Enid Stoye, *Vincent Bernard de Tschärner 1728-1778. A study of swiss culture in the eighteenth century*, Fribourg, Imprimerie St-Paul, 1954.

CORPUS, revue de philosophie

avant la traduction de Morellet – lequel transforme l'essai philosophique en traité juridique – est confirmée par Gabriel Seigneux de Correvon, magistrat vaudois, juge à la cour criminelle du Tribunal du Château et à celui de la ville. Selon une note d'un de ses thuriféraires⁵¹, il réagit à l'essai beccarien, en effectuant une traduction qui n'a pas subi les réaménagements juridiques de Morellet. Le magistrat vaudois s'en inspire pour nourrir une réflexion axée moins sur l'abolition de la peine de mort que sur l'humanité de la justice⁵². En effet, c'est d'abord la tentative de Beccaria de concilier « les droits de l'autorité civile avec les précieux intérêts de l'humanité »⁵³ qui intéresse Seigneux de Correvon comme il le démontre dans l'autre traduction d'un ouvrage de Paolo Risi, paru en latin, en 1768, *Les observations sur des matières de jurisprudence criminelle*. Seigneux se positionne entre la tradition scientifique romaine incarnée par Paolo Risi, considéré comme l'initiateur d'une nouvelle science criminaliste⁵⁴ et le jusnaturalisme pénal des Lumières. En 1768, lorsqu'il publie son *Essai sur l'usage, les abus et les inconvénients de la torture dans la procédure criminelle*, Seigneux de Correvon – qui a engagé, très tôt, des échanges fructueux avec les hommes de lettres italiens au moment de la fondation de la *Bibliothèque italique*⁵⁵ – est le premier en terre francophone helvétique à préconiser l'abolition de la torture judiciaire. Influencé par la théologie et par un droit naturel d'inspiration réformée, il est fortement marqué par le principe

⁵¹ Antoine-Noé Polier de Bottens, *Mémoires sur l'éducation, la vie, les ouvrages & le caractère de feu Monsieur Gab. De Seigneux, de Correvon, banneret de la Ville et Cité de Lausanne*, Lausanne, Chez la société typographique, 1776. La traduction de Gabriel Seigneux de Correvon n'a pas été retrouvée jusqu'ici.

⁵² Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, op. cit., p. 106-107 ; cf. note 56.

⁵³ Antoine-Noé Polier de Bottens, *Mémoires*, op. cit., p. 33.

⁵⁴ Adriano Cavanna, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano, Giuffrè Editore, 1975, p. 99-101.

⁵⁵ Imprimée à Genève de 1728 à 1734 par Marc-Michel Bousquet, la revue est soutenue, entre autres, par les Lausannois Charles Guillaume Loys de Bochat, Abraham Ruchat et Gabriel Seigneux de Correvon.

d'humanité qui récuse la torture en prônant une procédure criminelle « plus conforme à l'humanité et suffisante pour la justice »⁵⁶. En convoquant⁵⁷ Montesquieu, Servan, Rousseau et Voltaire, Seigneux invoque la commisération et la pitié des juges et de ses lecteurs ; ses observations rejoignent celles du pénaliste Pierre-François Muyart de Vouglans lorsque Seigneux déclare : « L'acte criminel en lui-même est digne de toute la rigueur des lois que l'on suppose toujours proportionnées au trouble qu'il a causé à la société, et au mal qu'il cause à l'un de ses membres »⁵⁸. Si l'idée qu'il doit y avoir une proportion entre la peine et le préjudice causé à la société est aussi présente chez Seigneux, la fonction de cette proportionnalité n'est pas conçue sur le même mode que chez le marquis milanais pour lequel le droit de punir a été déplacé de la vengeance du souverain à la défense de la société⁵⁹.

Confronté à la réalité quotidienne de la justice, Seigneux apparaît prudent voire conservateur. Il puise dans le traité beccarien un concept utilitariste et philanthropique qui se manifeste dans son engagement dans l'Ecole de charité de Lausanne. Par ailleurs, la publicité dont jouit l'essai du marquis milanais, témoigne surtout de l'importance que prend la justice et son traitement dans les débats des Lumières, comme le rappelle Julie von Bondeli – proche du cercle bernois – à Joan Georg Zimmermann, quelques mois plus tard⁶⁰ :

Les délits et les peines sont un livre que, s'il plait à Dieu, vous trouverez le loisir de lire ; le livre n'est pas grand, mais on n'en fait pas deux pareils dans un siècle : moi je

⁵⁶ Gabriel Seigneux de Correvon, *Essai sur l'usage, l'abus et les inconvénients de la torture dans la procédure criminelle*, Lausanne, François Grasset & Comp., 1768, p. 30.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 107-115.

⁵⁸ Gabriel Seigneux de Correvon, *Essai sur l'usage*, *op. cit.*, p. 19.

⁵⁹ Michel Foucault, *Surveiller et punir*, *op. cit.*, p. 93.

⁶⁰ Julie von Bondeli à J. G. Zimmermann, lettre du 22 mars 1766, citée in Eduard Bodemann, *Julie von Bondeli und ihr Freundeskreis : nebst Briefe an Zimmermann und Usteri*, Hannover, s.e., 1874, p. 305.

CORPUS, revue de philosophie

ne l'ai pas lu, parce que vous savez qu'ici je ne puis rien lire de sérieux ; vous savez que la société des Citoyens a décerné un prix pour l'auteur, qui est un jeune marquis milanais.

Si la réception positive de l'essai de l'économiste lombard, diffusé par la *Patriotische Gesellschaft*, n'amorce pas le débat sur la mort comme peine dans les terres allemandes et francophones de la République, il suscite un nouvel intérêt qui débouchera sur la publication de projets de traités criminels. Le concours est lancé par Voltaire en 1777, organisé par la Société économique de Berne⁶¹. L'appel à concourir est publié dans la *Gazette de Berne*, le 15 février pour « composer et rediger un plan complet et détaillé de législation sur les matières criminelles »⁶². C'est après la proclamation du prix en 1781⁶³, qui clôt le débat beccarien ouvert en 1765, que la République de Berne édicte une ordonnance sur la limitation de la torture imposée aux cours criminelles⁶⁴, alors que dès 1780, la mise à la question préparatoire tend à être supprimée un peu partout en Europe⁶⁵. Si l'action de la *Patriotische Gesellschaft* ne parvient pas à initier les réformes dans la justice criminelle, les juges et les magistrats de la province lausannoise pratiquent une répression plutôt progressiste qui se laisse lire dans les réformes à propos de la recherche de la vérité judiciaire

⁶¹ La Société économique de Berne (*Berner oekonomische Gesellschaft*), active dès 1759, est fondée en décembre 1758 par Johann Rudolf Tschiffeli, juriste et magistrat, secrétaire du Consistoire suprême.

⁶² *Gazette de Berne*, no XIX, 15 février 1777.

⁶³ Le prix est attribué en 1781 à deux Allemands, Hans Ernst von Globig et Johan Georg Huster pour leur essai intitulé *Abhandlung von der Criminal-Gesetzgebung*, édité à Zurich en 1783.

⁶⁴ Ordonnance bernoise du 23 décembre 1785 visant à limiter les applications à la torture cf. in Regula Matzinger-Pfister, *Les sources du droit du canton de Vaud. C. Epoque bernoise. I. Les mandats généraux bernois pour le Pays de Vaud 1536-1798*, Basel, Schwabe & CO, 2003, p. 779.

⁶⁵ Suède (1734), Prusse (1740), France (1780 et 1788), Savoie (1792), République helvétique (1798), Neuchâtel (1815) cf. Michel Porret, *Le crime et ses circonstances*, op. cit., p. 58.

Elisabeth Salvi

mais qui maintiennent la forte imprégnation chrétienne du rituel d'exécution garant de la souveraineté judiciaire revendiquée par les bourgeois de la cour criminelle de la ville d'une part et par le bailli, représentant du pouvoir bernois, d'autre part. De plus, les hommes de lettres et de lois engagent une réflexion sur l'utilité sociale de la peine. Leur action et leurs écrits illustrent principalement le degré d'avancement d'un projet éducatif qui peut aider à prévenir le crime et à penser l'utilité sociale de la peine, développée quelques années plus tard dans l'œuvre de Jeremy Bentham.

Ainsi, le gouvernement de Berne n'engage pas les réformes préconisées par le traité beccarien⁶⁶, alors que celles-ci sont louées par le prix bernois mais évoquées prudemment dans les pratiques des magistrats vaudois. L'organe de diffusion et de vulgarisation de la vague réformiste se tarit déjà en 1766 lorsque la *Patriotische Gesellschaft* cesse d'exister dans l'horizon des troubles politiques genevois qui enflamment la République de Genève. Suite à la censure du *Contrat social* et de *l'Emile*, en 1762, ainsi que celle de *l'Encyclopédie*, interdite en 1765⁶⁷, une rumeur sur l'intervention des autorités politiques circule; Eugène de Württemberg⁶⁸ rend compte à Daniel Fellenberg, à Berne, de l'impact des troubles genevois sur l'activité réformiste des sociétés de culture⁶⁹ :

Les nouvelles qui nous viennent de Berne me bouleversent.
Est-il bien vrai, qu'on y sévit contre deux sociétés respectables ?
Ce coupt d'autorité frappé par les mains du préjugé me

⁶⁶ Sybille Hofer, « Richten und Strafen : die Justiz », *op. cit.*, p. 471-477.

⁶⁷ Sur la question de la censure, cf. Michel Porret, « Le feu de la censure dans la Genève des Lumières » in Beat Schläpfer dir., *Swiss, made. La Suisse en dialogue avec le monde*, Carouge/Genève, Editions Zoé, 1998, p. 35-48.

⁶⁸ Eugène duc de Württemberg est fondateur de la Société morale de Lausanne, en 1766, à laquelle participe Gabriel Seigneux de Correvon.

⁶⁹ Lettre de Ludwig Eugen von Württemberg à Daniel Fellenberg, 2 septembre 1766 in W. Friedrich von Mülinen, « Daniel Fellenberg und die Patriotische Gesellschaft in Bern », in *Neujahrsblatt herausgegeben vom Historischen Verein des Kantons Bern für 1901*, Bern, 1900, p. 52.

CORPUS, revue de philosophie

pénètre de douleur. Je vous le disais bien que ces maudites affaires de Genève auraient une influence directe sur tous les projets formés en faveur du bien et de la liberté.

Pour le moins, en 1766, par prudence le gouvernement bernois décide d'interdire la réunion des filiales vaudoises de la Société économique de Berne en l'absence du bailli.

Dans la plupart des pays européens, le texte de Beccaria s'inscrit dans un esprit de réforme de la justice qui porte sur la procédure et plus largement sur la législation pénale. Dans la République de Berne, le contexte politique et les projets de « sociétés morales », doivent tendre désormais vers la régénération de la société⁷⁰ sans remettre en cause la souveraineté républicaine ou la morale théologique qui structure la procédure criminelle et le rituel judiciaire. Lorsque le prince de Wurtemberg écrit à Beccaria pour lui faire part de la création de la Société morale de Lausanne, le 25 mai 1766, il souligne que le but de cette nouvelle institution est de « former [...] des associations pour la vérification des actions vertueuses [...] » et « de convertir ces associations en des sociétés morales dont le but est d'exercer une charité éclairée, de purifier les mœurs, de favoriser la vertu et de l'opposer au vice »⁷¹. L'éducation est motivée par la nécessité d'un comportement conforme aux devoirs chrétiens où la compassion doit animer l'être vertueux, travaillé par des préoccupations humanistes. Elle devient le fer de lance des nouvelles orientations progressistes issues des Lumières alors que la peine de mort sera maintenue dans la République helvétique.

Elisabeth SALVI
Université de Genève

⁷⁰ Mario Mirri, « La culture suisse, Rousseau et Beccaria » in *Atti del Convegno Internazionale su Cesare Beccaria*, Torino, 4-6 ottobre 1964, in *Memorie dell'Accademia delle Scienze di Torino*, serie 4, N° 9, Torino, 1966, p. 133-239.

⁷¹ Louis Eugène de Wurtemberg à Beccaria, Lausanne, le 25 mai 1766 in Beccaria, *Carteggio* (parte I : 1758-1768) *op. cit.*, p. 309.

LA REVOLUTION FRANÇAISE OU POURQUOI LA GUILLOTINE ?

Apparaissaient, hideux et debout dans le vide,
Deux poteaux noirs portant un triangle livide ;
Le triangle pendait, nu, dans la profondeur ;
Plus bas on distinguait une vague rondeur,
Espèce de lucarne ouverte sur de l'ombre ;
Deux nuages traçaient au fond des cieux ce nombre :
Quatrevingt-treize – chiffre on ne sait d'où venu.

C'était on ne sait quel échafaud inconnu¹.

Poser le problème de l'attitude des Révolutionnaires à l'égard de la peine de mort fait immédiatement surgir les images de la Terreur et de son instrument, une machine à décapiter, proposée à l'Assemblée dès décembre 1789 par le docteur Joseph-Ignace Guillotin, membre de la Constituante, et réalisée par le chirurgien anatomiste Antoine Louis. Chacun sait que ce « simple mécanisme », appelé d'abord « louison » ou « louisette », puis « guillotine », est restée en usage, en France, pendant près de deux siècles. Et pourtant, beaucoup des députés qui ont, en septembre 1791, adopté le principe que « la peine de mort consistera dans la simple privation de la vie [...] » et que « Tout condamné à mort aura la tête

¹ Victor Hugo, *L'arrivée*, ce poème posthume, écrit le jour de Noël 1857, publié dans *Les Quatre Vents de l'Esprit*, Paris, Le Seuil, *L'intégrale, Poésie*, 2, présentation et notes de Bernard Leuillot, évoque le transfert (d'où son titre) de Louis XVI de la prison du Temple à la place de la Révolution (Concorde) où l'exécution a eu lieu ; il est souvent confondu avec deux poèmes ayant pour titre *L'échafaud*, l'un dans *La Légende des siècles*, et l'autre, posthume, dans *Toute la Lyre*.

CORPUS, revue de philosophie

tranchée »², avaient lu le célèbre traité de Cesare Beccaria, et ont tenté de traduire ses principes dans les lois nouvelles. On doit donc essayer de comprendre comment et pourquoi la réforme tant espérée du système pénal ancien a maintenu la peine capitale, quitte à en modifier l'exécution, lorsque, à deux reprises, a été élaborée la codification de la procédure et du droit pénal. Si, en 1791, l'occasion de supprimer de l'arsenal répressif le châtiment suprême a été manquée, au début de l'an IV (automne 1795), c'est son abolition conditionnelle qui est proclamée... sans effet. Dans les deux cas, le contexte politique et social éclaire, dans une large mesure, les décisions retenues par la majorité des assemblées.

Répondant aux vœux exprimés par de nombreux cahiers de doléances, les députés aux États généraux devenus membres de l'Assemblée nationale constituante ont voulu procéder rapidement à la réforme du système pénal³. Quelques principes fondamentaux qui doivent l'inspirer sont posés dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen votée le 26 août 1789, en particulier celui de la légalité des peines : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée » (art. 8). Quelques mois plus tard, la loi des 21-30 janvier 1790 développe et précise ces impératifs : toute sanction pénale ne peut être que personnelle, sans rejaillir sur la famille du condamné ; disparaissent ainsi les sanctions collectives. Les peines s'inscrivent dans les limites de leur utilité, ce qui supprime toute cruauté dans leur exécution et rejette en principe toute volonté de vengeance. Après la promulgation de nouvelles règles de procédure criminelle, est élaboré et discuté au sein des comités, de Législation criminelle et de Constitution,

² Code pénal de 1791, T. I, *Des peines en général*, art. 2 et 3.

³ Sur le rôle joué à cet égard par les nombreux juristes ou robins élus en 1789, voir : Roberto Martucci, « Le "pari de la réforme criminelle" à la Constituante », *La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale ?*, Actes du colloque d'Orléans 11-13 septembre 1986, Paris, PUF, t. I, p. 229-239.

Jean Bart

un texte global définissant les actes délictueux et les peines encourues, en même temps que l'acte constitutionnel est préparé ; les débats les plus importants se déroulent au cours de l'été 1791, ils aboutissent au vote de plusieurs lois qui, regroupées, constituent le Code pénal, adopté dans son ensemble le 6 octobre 1791, peu de temps après la première constitution française (3 septembre). Le rapporteur du projet est un juriste libéral, partisan de l'abolition du châtement suprême, Michel Lepeletier de Saint-Fargeau, ancien président de chambre au parlement de Paris, député de la noblesse aux États généraux, qui siégera aussi à la Convention, et sera assassiné pour avoir voté la mort du roi, le 20 janvier 1793, la veille de l'exécution de Louis XVI, devenant ainsi le « premier martyr de la liberté ». Lors de la séance du 23 mai 1791, il ouvre les débats relatifs à la répression des crimes en posant la question de savoir si la peine de mort doit ou non être « l'un des éléments de notre législation criminelle »⁴. Certes, pour lui, toute société a le droit d'organiser librement la répression des méfaits, mais doit-elle recourir à la sanction irréparable ? Autrement dit, la légalité et la légitimité des châtements sont à distinguer. En conséquence, au nom de la quasi-totalité des membres des deux comités de la Constituante, le rapporteur propose de supprimer la mort au sommet de l'échelle des peines, sous réserve d'une exception – une seule, mais d'importance, déjà admise par Beccaria en des termes semblables⁵ –, visant « le chef de parti déclaré rebelle par un décret du Corps législatif » (et non d'un tribunal), car « ce citoyen doit cesser de vivre, moins pour expier son crime que pour la sûreté de l'État ». Ce n'est pas, toutefois, sur le maintien de la peine de mort en matière politique, ni sur l'atteinte à la séparation des pouvoirs, que les débats s'engagent.

⁴ Les débats sont toujours cités d'après *Peine de mort. Débat parlementaire de 1791*, textes transcrits par Jean- Claude Farcy, http://www.criminocorpus.cnrs.fr/article.php3?id_ARTICLE=107, p. 1-85 (ici p. 1). Ce document étant assorti d'un index des intervenants dans le débat, il est aisé de retrouver les pages des citations.

⁵ *Traité des délits et des peines* d'après la traduction de l'italien d'André Morellet, 3^e éd., Philadelphie, 1766, p. 60-72, XVI, « De la peine de mort ».

CORPUS, revue de philosophie

En réponse à Le Peletier, des députés prennent la parole pour défendre « l'évidence » qui s'impose toujours à leurs yeux. Ce ne sont pas les ténors de l'Assemblée, ni les plus éloquents ou les plus actifs : Prugnon, modeste avocat de Nancy, qui se dit admirateur de Montesquieu, Jean-Joseph Mougins de Roquefort, issu de la noblesse, ancien lieutenant général de police de Grasse, frère de Boniface-Antoine, curé de la même ville, également député, Brillat-Savarin, avocat à Bellet en Bugey, surtout connu pour avoir écrit *La Physiologie du goût* et dont l'intervention au sujet des peines fut l'un des rares discours qu'il prononça devant ses collègues, ou encore l'obscur Mercier, « bourgeois vivant noblement » en Bordelais, qui n'a guère pris la parole que sur ce sujet ... De tous leurs propos - qui se rejoignent sur de nombreux points -, se dégagent quelques thèmes généraux communs.

D'abord, l'ancienneté et l'universalité du châtiment : « la peine de mort « est une institution de tous les temps, de tous les peuples » (Mougins de Roquefort). Est aisément balayée l'objection selon laquelle elle a été supprimée en certains pays, en Toscane par exemple : « Quelle distance entre les rapports ! La Toscane est un petit État, et le prince un père de famille qui surveille et embrasse d'un seul coup tout son duché » (Prugnon) ; et si l'abolition a été décrétée dans un vaste empire comme la Russie, l'impératrice Catherine s'est empressée de revenir sur cette décision. Par ailleurs, « la sagesse américaine a-t-elle proscrit la peine de mort ? Ce peuple, qui a procédé avec tant de maturité, s'est-il privé d'un tel ressort ? » (*idem*). Certains pensent cependant qu'un jour viendra où l'on pourra envisager son abolition, mais pas en période troublée :

Je compte, Messieurs, avec vos comités, sur un avenir heureux et prochain, où la paix parfaitement rétablie, le bon ordre maintenu, la liberté affermie, les cœurs des citoyens formés par une éducation nationale, les mœurs régénérées, rendront praticable et suffisant le code pénal qu'ils nous présentent. ... Mais pour peu que l'on considère notre situation actuelle, on conviendra qu'elle n'est pas favorable à la suppression des moyens les plus propres à contenir les méchants et arrêter les désordres.

Jean Bart

Telle est aussi l'opinion de Barrère qui, intervenant dans le débat, craint un affrontement « entre les philosophes et les criminalistes », et affirme que les progrès de la liberté permettront un jour d'adoucir les peines.

Si la peine de mort est universellement admise, c'est, aux yeux des partisans de son maintien, qu'elle est nécessaire en raison de son rôle exemplaire et de sa fonction dissuasive. L'avocat nancéien qui prétend bien connaître les œuvres de Montesquieu, de Jean-Jacques Rousseau, de Mably, de Filangieri (le « Montesquieu de l'Italie » pour Mougins de roquefort), tous favorables à ses propres idées, regrette que l'opinion contraire soit défendue par Beccaria, dont « chacun sait quel est, depuis vingt-cinq ans, l'ascendant de son esprit sur les autres esprits ». Toutes les réformes accomplies depuis de début de la Révolution ne sont-elles pas déjà bien assez favorables aux scélérats sans leur offrir encore la sauvegarde de leur vie ?

Aujourd'hui, la justice criminelle est généreuse ... elle est même magnanime ; la procédure n'est plus un duel entre elle et l'accusé ; elle associe le public à ses décrets, et l'on a épuisé tout pour que la tête d'un innocent ne puisse plus tomber. Si, à l'établissement des jurés vous joignez l'abolition de la peine de mort ; si vous ôtez à l'homme, c'est-à-dire à un être qui abuse de tout, le plus grand des freins, craignez que dans vingt ans la France ne soit plus qu'une forêt.

C'est donc la société, par conséquent la Nation elle-même qui disparaîtraient au bout de peu de temps si l'Assemblée suivait la proposition des Comités. Mougins de Roquefort n'est pas loin de partager la même vision apocalyptique, bien qu'il éprouve, en demandant le maintien de la peine de mort, un « sentiment pénible ... , celui de présenter une opinion qui semble contrarier les droits de l'humanité » ; aussi fait-il « violence à (son) caractère, pour n'écouter que l'utilité publique, le bien général, celui de la société entière ». De même, pour Brillat-Savarin, peu porté pourtant à la réflexion conceptuelle, « la peine de mort est en

CORPUS, revue de philosophie

quelque sorte la base fondamentale de toute l'agrégation politique » et il s'adresse à ses collègues, sous les applaudissements d'après l'auteur du procès verbal de la séance, en ces termes : « vos comités ont cru faire preuve de philosophie ..., ce n'est qu'en rejetant (leur) opinion que vous montrerez combien la vie d'un homme vous est chère ». Décidément, la qualité de philosophe est peu appréciée par de nombreux Constituants !

À côté de l'argument de la protection nécessaire des citoyens comme de la Nation, les partisans du châtement suprême recourent volontiers à l'idée de vengeance : « il faut que la société soit vengée » (Prugnon), et cette vengeance ne peut s'exercer qu'en infligeant au coupable ce qu'il a fait subir à sa victime, de manière identique et symétrique, la mort ne devant punir que les homicides. Citant l'*Essai de jurisprudence criminelle*⁶ du Genevois Julien Dentand, Mougins de Roquefort évoque « l'équité admirable du talion » : « ... *Oeil pour oeil, dent pour dent, celui qui tue est digne de mort. La simplicité de ces idées fait qu'elles s'offrent naturellement à l'esprit ; et comme maxime, la loi du talion me paraît une excellente boussole pour le législateur* ».

Penser comme les « sectateurs » des comités, influencés par Beccaria, ne peut être dû qu'à « l'élan de la sensibilité naturelle qui les emporte trop loin ». Mais au législateur lucide, la vengeance sanguinaire ne répugne pas : choisissant un exemple dont il avoue qu'il est peu recommandable, Prugnon n'approuve-t-il pas l'ordre de Caligula au bourreau : « *Fais qu'il (le supplicié) sente l'odeur du sang* », et de faire remarquer « qu'il y a eu des bourreaux qui ont vécu près de cent ans » !

Face à de tels arguments – dont certains, sous une forme ou une autre sont encore avancés aujourd'hui par les nostalgiques de la peine capitale –, ceux des partisans de l'abolition, inspirés du *Traité* de Beccaria, la bête noire de leurs adversaires, paraissent

⁶ *Essai de jurisprudence criminelle*, 2 vol., Lausanne, s. e., 1785.

Jean Bart

très posés et modernes. Il faut dire que les orateurs qui les expriment sont d'une autre trempe que les députés précités : outre le rapporteur, Michel Le Peletier de Saint-Fargeau, interviennent, en effet, Maximilien Robespierre, avocat à Arras, encore peu connu mais dont les discours font sensation par leur fougue et leur rigueur⁷ ; Jérôme Pétion (dit de Villeneuve), avocat à Chartres, patriote résolu jouissant d'une grande popularité, l'un et l'autre siégeant à la gauche de l'Assemblée ; se joint à ces grandes voix, celle d'un simple curé de campagne, Jacques Jallet, desservant de Cherigné, en Poitou, qui qualifie la peine de mort d'« absurde et inutile ». Enfin, intervient Adrien Duport, membre de la ci-devant noblesse parlementaire parisienne, l'un des artisans efficaces de la réforme judiciaire (c'est lui qui a introduit les jurys en matière criminelle) ; au cours de l'été 91, il va rompre avec le groupe le plus avancé des Jacobins et adopte, avec ses amis Barnave et Lameth, des attitudes très conservatrices. Mais son discours du 1^{er} juin est un plaidoyer très argumenté et éloquent en faveur de l'abolition de la peine de mort, ce qui montre qu'en la matière, les clivages ne sont pas uniquement politiques.

Pour tous, la prétendue universalité et l'utilité du châtement suprême sont des leurres ; l'histoire et l'expérience montrent que chez les peuples qui l'ont adopté, la criminalité est des plus considérables, davantage que chez ceux, encore rares, qui l'ont rejetée. C'est que le respect des droits de l'homme suppose la clémence :

On a observé que dans les pays libres, les crimes étaient plus rares et les lois pénales plus douces. Toutes les idées se tiennent. Les pays libres sont ceux où les droits de l'homme sont respectés, et où, par conséquent, les lois sont justes. Partout où elles offensent l'humanité par un

⁷ Au point que dès le début de l'intervention de Robespierre, le 30 mai, l'abbé Maury, l'un des députés les plus rétrogrades, demande « de prier M. Robespierre d'aller débiter son opinion dans la forêt de Bondy ». À quoi celui qui sera nommé « l'incorruptible » répond qu'il ne fait que développer les « principes » exprimés par « tous les hommes célèbres ».

CORPUS, revue de philosophie

excès de rigueur, c'est une preuve que la dignité de l'homme n'y est pas connue, que celle du citoyen n'existe pas (Robespierre).

Au surplus, la mort est définitive, irrévocable, et les hommes, magistrats ou jurés, qui condamnent un autre homme à disparaître, sont « sujets à l'erreur ou à la prévention » (*idem*). La peine de mort est d'autant plus dangereuse qu'elle est inutile car inefficace ; bien plus, elle va à l'encontre du but poursuivi :

Bien loin de réprimer les crimes auxquels on peut l'appliquer, la peine de mort n'est propre qu'à les multiplier ... Je dis que la vue de l'effusion de sang encourage le crime. J'ajoute que l'image de la mort est peu répressive. Voyez si ceux qui se livrent à des excès sont retenus par la crainte de la mort ; ils ont cependant la certitude d'abrégé le cours de leur vie.

Prononcés lors de la séance du 31 mai, ces mots d'Adrien Duport, pourtant ordinairement respecté, dépassent l'entendement de nombreux députés qui manifestent bruyamment leur incompréhension et leur hostilité à de tels propos. À quoi il est répondu que si Montesquieu ou Beccaria étaient eux-mêmes à la tribune, personne n'aurait l'audace de les interrompre, alors que l'orateur exprime leurs idées. Et ce dernier de poursuivre, bien en avance sur son temps :

Un assassin est véritablement un malade dont l'organisation viciée a corrompu toutes les affections. Une humeur âcre et brûlante le consume. Ce qu'il redoute le plus, c'est le repos ; c'est un état qui le laisse avec lui-même ; car c'est pour s'en sortir qu'il brave journallement la mort : la solitude et sa conscience, voilà son véritable supplice.

De même, Pétion affirme que « le but essentiel des peines » n'est pas de venger la société, mais de « corriger l'homme et le rendre meilleur ».

En développant de pareilles idées, les adversaires de la peine de mort ont bien conscience d'aller à contre courant de

Jean Bart

l'opinion publique – tel n'est-il pas le lot des abolitionnistes ? –, mais, avec courage, ils l'affrontent et se montrent lucides à l'égard de leur mission de législateurs :

N'appréhendons pas, s'exclame Duport, de heurter un reste de préjugé populaire contre la suppression de la peine de mort ... ce n'est pas toujours par une obéissance ponctuelle et servile aux ordres de l'opinion, que les législateurs portent les lois les plus utiles à leur pays [...]»⁸.

Il convient de lutter contre la criminalité par une législation rationnelle qui prévienne autant qu'elle réprime :

Le principal moyen de prévenir les crimes, c'est de faire de bonnes lois, d'avoir un bon gouvernement, de tâcher par des institutions locales de prévenir le désespoir et l'extrême pauvreté, source ordinaire des crimes ; c'est de fournir du travail à tous ceux qui peuvent travailler, de donner des secours à ceux qui ne le peuvent pas (Adrien Duport).

Ces paroles, prononcées il y a plus de deux siècles, ne conservent-elles pas toute leur actualité ? À la Constituante, en mai 1791, tous les orateurs que l'on vient de citer concluent donc en approuvant le rapport des comités de Constitution et de Législation criminelle : doit disparaître ce que le philosophe milanais appelait le « meurtre public », expression qui devient dans la bouche de Robespierre, « crime solennel », « lâche assassinat », ou encore « antique et barbare routine » ..., et chez Pétion, « abus criminel de la force ».

Mais quel châtement substituer à la mort pour punir les auteurs des crimes abominables ? Pour les membres du Comité de législation criminelle, la nouvelle échelle des peines répond d'autant mieux à ce souci qu'elle doit elle-même convaincre les députés de voter l'abolition de la peine de mort : « Il n'est qu'un seul moyen d'adoucir la barbarie des peines sans affaiblir le

⁸ Près d'un siècle plus tôt, John Bellers ne pensait-il pas la même chose ? Cf. la contribution de Sabine Reungoat au présent ouvrage.

CORPUS, revue de philosophie

salutaire effroi qu'elles doivent inspirer : frapper l'esprit des hommes en renouvelant le système pénal dans sa totalité » (Le Peletier de Saint-Fargeau).

Aussi la répression des actes les plus graves, assassinat, incendie volontaire, empoisonnement, crime de lèse-Nation, doit-elle atteindre les coupables dans ce qu'ils ont de plus cher : la liberté, « ce bien sans lequel la vie elle-même devient un véritable supplice » (Duport). C'est donc l'enfermement qui doit remplacer la privation de la vie. À cet effet, doit être établie une « maison de peine » près du tribunal criminel, dans chaque département, « afin que l'exemple soit toujours rapproché du lieu du délit » (Le Peletier). Avant d'y être mené, le condamné sera exposé sur la place publique, chargé des fers qu'il conservera pendant la durée de sa peine, la tête surmontée d'un écriteau énonçant son identité, son crime et la punition prononcée. Si cette pratique rappelle le pilori, le rapporteur précise qu'aucun acte de violence « ni coups, ni tortures » ne doivent être exercés sur le prisonnier, qui est cependant chargé de chaînes entravant « son corps et ses membres » ; enfin, « du pain, de l'eau, de la paille lui fourniront pour sa nourriture et pour son pénible repos l'absolu nécessaire », car « c'est dans les privations multipliées des jouissances dont la nature a placé le désir dans le cœur de l'homme, que nous croyons convenable de chercher les moyens d'établir une peine efficace » (*idem*).

Le Peletier convient que cette peine de substitution est rigoureuse et qu'elle serait même pire que la mort si rien ne venait l'atténuer. Or, dans le nouveau code, toute punition doit rester humaine ; aussi est-il nécessaire d'apporter « quelques consolations dans ce cachot de douleur ». L'adoucissement le plus notable de la peine des fers résulte de la limitation de sa durée. Aucune peine perpétuelle ne devant subsister car « le mot à *jamais* est accablant », l'enfermement ne devrait pas être inférieur à douze ans, ni supérieur à vingt-quatre. L'innovation est majeure ; Beccaria n'était pas allé si loin, remplaçant la mort par l'« esclavage perpétuel » faisant du condamné un « animal de

Jean Bart

service pour réparer par les travaux de toute sa vie, le dommage qu'il a fait à la société »⁹. Un autre allègement est à rechercher dans « l'idée de travail » ; une occupation qui n'aurait « rien de rebutant par sa nature ou par sa rigueur » sera proposée au prisonnier – pas de travail forcé ! –, un certain nombre de jours par semaine, progressif au fur et à mesure de l'écoulement de la durée de condamnation, avec des avantages : nourriture plus abondante et meilleure, enlèvement des chaînes, sortie du cachot mais pas de l'enceinte de la maison ... À ces stimulants d'ordre matériel, s'ajoutent des bienfaits moraux dont bénéficient tant les condamnés que la société tout entière. En lui-même, le travail a un effet rédempteur¹⁰, il donne « l'espoir de renaître un jour à l'honneur par la pratique de la vertu », et il est possible d'envisager après l'accomplissement de la peine et en cas de bonne conduite une réhabilitation prenant la forme du baptême civique. En somme, l'ancien scélérat renaîtrait à la vie citoyenne¹¹.

Cette perspective idyllique reposant sur la foi en la bonté naturelle de l'homme, loin de convaincre la majorité des députés, comme le pensait Le Peletier, de voter l'abolition de la mort, les a convaincus de la trop grande mansuétude du projet à l'égard des criminels, proposant d'adoucir à l'excès leur châtement. Aussi est-il décidé de conserver la peine de mort, pour un nombre de crimes, il est vrai, bien moindre que sous l'Ancien Régime. Reste que l'Assemblée a voté à une très forte majorité contre le projet abolitionniste qui avait recueilli la quasi-unanimité des membres des comités de Constitution et de Législation criminelle. Assurément, la situation de l'été 91 explique en partie ce vote ; le roi n'a pas encore cherché à fuir (20/21 juin) mais la conjoncture politique est tendue, de même que le climat social aussi bien à la campagne que dans les villes. Le député bordelais, Mercier,

⁹ *Traité des délits et des peines ...*, op. cit., p. 63.

¹⁰ À rapprocher des idées de Fichte, cf. la contribution de Norbert Campagna au présent ouvrage.

¹¹ Cf. Pierre Lascoumes, Pierrette Poncela, Pierre Lenoël, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du Code pénal*, Paris, Hachette, 1989, p. 109.

CORPUS, revue de philosophie

attribue, sans détour, aux troubles passés non apaisés la raison pour laquelle l'abolition ne doit pas être à l'ordre du jour, alors que « les esprits sont agités, par la haine, l'intrigue, les factions, la vengeance, l'ambition, le fanatisme, par toutes les passions qui portent aux plus cruels excès [...] » et que « l'on se plaint généralement que les prisons regorgent de malfaiteurs ». L'affaire est donc entendue : la peine de mort ne doit pas disparaître du droit pénal français. Certains n'hésitent pas, d'ailleurs, à brandir le spectre de l'épouvante surgi de l'actualité, comme Garat qui met en garde ses collègues contre la foi en la « pureté des mœurs » et en la prétendue « piété du peuple », alors que celui-ci, à Versailles, vient d'essayer d'arracher au supplice un criminel qui avait commis un crime affreux de parricide », ce qui l'incite à demander que, dans ce cas, la mort soit précédée de « la simple mutilation de la main » qui aurait frappé le père¹². Dans le même esprit, Auberjon-Murinais, ci-devant député de la noblesse dauphinoise, propose qu'un sort identique soit réservé aux empoisonneurs et aux incendiaires, et le monarchiste Madier de Montjau, au régicide.

Tout le monde finit cependant par vouloir « humaniser » le châtement capital, et l'Assemblée décide que « la peine de mort consistera dans la simple privation de la vie, sans que jamais puisse être exercé aucune torture envers les condamnés ». Il est ajouté que « tout condamné aura la tête tranchée ». On précisera plus tard (en septembre 91) que le condamné pour assassinat, incendie ou empoisonnement, sera, le jour de l'exécution, sur la place publique, revêtu d'une chemise rouge, alors que la tête et le visage du parricide seront recouverts d'un voile noir. Afin de mieux assurer « l'humanisation » du châtement, abrégé les souffrances et rendre « le supplice doux », le docteur Guillotin propose que la mort soit accomplie par un dispositif qui la rende plus rapide et plus sûre ; après des expériences sur des cadavres et une mise au point réalisée par le docteur Antoine Louis, la machine à tuer

¹² La mutilation de la main droite des parricides, non retenue en 1791, figurera dans le Code pénal napoléonien.

Jean Bart

commence à fonctionner au printemps de 1792. Chacun sait qu'elle ne sera mise au rebut, en France, qu'en 1981. Il fut toutefois un homme qui est resté jusqu'au bout fidèle à ses convictions abolitionnistes : Condorcet, qui, en 1785, dans une lettre à Frédéric II de Prusse, reconnaît que la peine de mort est « absolument injuste » du fait d'inévitables erreurs judiciaires, sauf – toujours en vertu de la même exception –, « dans les cas où la vie du coupable peut être dangereuse pour la société ». En janvier 1793, siégeant alors à la Convention, il vote contre la mort du roi et demande, en vain, l'abolition de la peine capitale « pour les délits privés » en repoussant à plus tard la question de savoir « s'il faut la conserver pour les délits contre l'État »¹³. Condamné à mort, le « dernier des philosophes » (Michelet) échappera lui-même au couperet puisqu'il fut retrouvé sans vie dans sa cellule, le 29 mars 1794, avant d'être livré au bourreau.

En définitive, peut-on partager l'opinion de Michel PERTUÉ pour qui « la Convention ne voulut jamais faire de la pénalité avec son échafaud, mais de la guerre »¹⁴ ? La guillotine fut certes l'instrument de la lutte du gouvernement révolutionnaire contre les ennemis de l'intérieur ; avec ses lois pénales d'exception établissant le Tribunal révolutionnaire et modifiant profondément la procédure pénale, la Convention montagnarde a donné à la Terreur des moyens expéditifs. Il demeure que la peine de mort a été retenue dans le système pénal bien avant que siègent les Conventionnels (septembre 1792) et que sa menace a été brandie dès 1791 contre les criminels de droit commun – « brigands » ou « scélérats » –, puisque le projet de son abolition excluait précisément du bénéfice de celle-ci les crimes politiques. Et si, après la fin de la Terreur et la répression sanglante des Montagnards, la question de l'existence de la peine capitale a été de nouveau posée, ce ne fut qu'un faux semblant, tant la condition suspensive fixée pour

¹³ Cf. Élisabeth et. Robert Badinter, *Condorcet, 1743-1794. Un intellectuel en politique*, Paris, Fayard, 1988, p. 196 et 528-529.

¹⁴ M. Pertué, article « Peine de mort », in *Dictionnaire historique de la Révolution française*, sous la direction d'Albert Soboul, Paris, PUF, 1989, p. 830.

CORPUS, revue de philosophie

sa disparition rendait celle-ci hypothétique. Pendant le Directoire, « la peur du bandit », selon l'expression de Nicolas DERASSE¹⁵, n'était guère favorable à un adoucissement des châtements !

En effet, après la chute et l'élimination de Robespierre et de ses amis (9 thermidor an II/27 juillet 1794), les Conventionnels qui avaient survécu à la Terreur – appelés précisément « Thermidoriens » – ont préparé une nouvelle Constitution ainsi qu'un nouveau Code pénal, les deux projets étant, comme en 1791, étroitement liés et inspirés à la fois par le souci de maintenir les conquêtes politiques et sociales de la Révolution et par un désir d'apaisement. L'organisation politique fondant la Directoire (Constitution de l'an III) est votée le 5 fructidor (22 août 1795) et deux mois plus tard, la Convention pose les principes du *Code des délits et des peines*, préparé par le juriste Merlin de Douai, dont la souplesse politique, sinon l'opportunisme, assura une brillante carrière de 1789 à la fin de l'Empire¹⁶. Dans la perspective de « terminer la Révolution », on songeait à l'amnistie et à suppression de la mort dans l'échelle des peines, mais l'opposition à ces projets fut vive, en raison des dangers qui menaçaient l'existence même de la République, comme de la peur des « brigands » :

L'abolition de la peine de mort en ce moment ... paraît contre-révolutionnaire, fatale aux amis de la République, utile à ses seuls ennemis ... Tous ceux qui ont lu les écrits philanthropiques de Beccaria désirent sans doute ce sacrifice à l'humanité ; mais c'est encore un grand problème à résoudre que de savoir si l'on peut abolir la peine de mort dans un pays où elle a toujours été la peine capitale¹⁷

¹⁵ Dans *Histoire de la justice en France*, sous la direction de Jean-Pierre Royer, Jean-Paul Jean, Bernard Durand (dir.), 4^e éd., Paris, 2010, p. 410.

¹⁶ Cf. H. Leuwers, *Un juriste en politique : Merlin de Douai (1754-1838)*, Arras, s. e., 1996.

¹⁷ Texte cité par Bernard Coppens, *L'histoire autrement*, <http://www.1789-1815.com>, *abolition de la peine de mort*, 2002.

Jean Bart

(Antoine-François HARDY, député de la Seine-Inférieure, proscrit en 1793, siégeant de nouveau à la Convention après thermidor).

Lors de sa dernière réunion (4 brumaire an IV/26 octobre 1795), l'assemblée adopta une solution qui pouvait satisfaire d'une certaine façon aussi bien les abolitionnistes que leurs adversaires : « À dater du jour de la publication de la paix générale, la peine de mort sera abolie dans la République française » ; en conséquence, l'article 612 du Code des délits et des peines précise que, ensuite, la peine la plus lourde sera la condamnation à « vingt-quatre années de fers ». Le principe de la non-perpétuité serait donc respecté. Il faudra cependant attendre longtemps pour qu'il le soit. Quant à la peine de mort, non seulement elle subsista pendant les courtes périodes de paix au cours du Consulat, mais le Code pénal de 1810 – qui, par ailleurs, institue les travaux forcés à perpétuité –, a élargi son domaine d'application, jusqu'aux vols commis avec circonstances aggravantes. N'était-ce pas, comme l'a dit le comte Réal devant le Corps législatif, le 10 février 1810, un « code vengeur »¹⁸ ?

**Jean BART
Université de Bourgogne**

¹⁸ Cf. Pierre Lascoumes, Pierrette Poncela, Pierre Lenoël, *op. cit.*, p. 177.

**II. LA FIN D'UNE ÉVIDENCE
DANS L'EUROPE DES LUMIÈRES**

MONTESQUIEU ET LA PEINE DE MORT

Robert Badinter a inscrit l'abolition de la peine de mort avec l'abolition de la torture et l'abolition de l'esclavage parmi les grands actes politiques de la France et de ses assemblées¹. Si la fin de la peine de mort est aujourd'hui une évidence, je voudrais pourtant tenter de retracer ce que fut, comme dit Montesquieu, *la façon de penser de nos pères* et comprendre pourquoi la peine de mort n'a pas toujours été intolérable. Il fut plus sensible à l'horreur des supplices et au mélange des procédures qu'à la peine de mort elle-même. C'est, comme l'avait montré Michel Foucault dans *Surveiller et punir*², l'appareil de la mort qu'il faut interroger. La sensibilité change, la raison n'est pas seule à avoir une histoire, c'est ce qu'évoque Montesquieu dans son *Essai sur le goût*.

Pour Beccaria³, la peine de mort est barbare en elle-même, il faut la remplacer par la prison ou les travaux forcés : mais cette démarche n'est pas générale et on pourrait l'interpréter, dans un sens foucauldien, comme une conversion de l'économie de la peine en économie de l'utile, la société s'avisant que le condamné lui serait plus « utile » si elle mobilisait les forces de celui-ci dans des travaux forcés. Sans doute la belle image de Beccaria serait-elle affectée par l'utilitarisme ainsi convoqué. La générosité qui vante les bienfaits de la liberté n'est pas anhistorique, Linguet l'avait dit⁴.

¹ « *Demain vous voterez l'abolition de la peine de mort* », Discours de Robert Badinter, suivi de « *Je crois qu'il y a lieu de recourir à la peine exemplaire* », Discours de Maurice Barrès, 3 juillet 1908, Paris, éditions Points, 2009.

² Michel Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975, p. 16-18 et p. 37 en particulier.

³ Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, trad. fr. Ph. Audegean, Lyon, ENS Éditions, 2009.

⁴ Voir mon ouvrage, *L'ordre des échanges, Philosophie de l'économie et économie du discours*, Paris, PUF, 1986, p. 284.

CORPUS, revue de philosophie

A la différence de Beccaria, l'intérêt de la démarche de Montesquieu est de travailler en historien sur le droit pénal. On le voit en particulier dans son étude des anciennes lois romaines et des lois des barbares. Dans cette histoire, le recours à une évidence universelle est elle-même une prise de position qui fait problème. Il y a *des* universels. Mais comment Montesquieu détermine-t-il la méthode historique ? Ce n'est ni aux poètes ni aux chroniqueurs qu'il faut demander le récit de l'histoire mais aux juristes, dit Montesquieu. Parce que le discours des lois décrit ce qui est et que la norme est le sens général d'un ensemble de conduites⁵ : l'abrogation d'une loi nous apprend les anciens usages⁶.

D'ailleurs, que ce soit à l'article SUPPLICE ou à l'article CRIME, *L'esprit des lois* est largement cité dans *l'Encyclopédie*, et souvent paraphrasé⁷. Ce qui montre bien que c'est une méthode maîtresse. Montesquieu dit : « je n'ai point pris la plume pour enseigner les lois mais la manière de les enseigner. Aussi n'ai-je point traité des lois, mais de l'esprit des lois. Si j'ai bien donné la théorie des lois romaines sur les successions, on pourra, par la même méthode, voir la naissance des lois de la plupart des peuples »⁸.

Dans ce contexte la démarche de Montesquieu ne prend pas uniquement pour objet la peine de mort parce qu'il n'isole jamais un élément du droit pénal de son contexte qui est un système juridique, une machine de lois ayant une histoire et une

⁵ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduction Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962².

⁶ *Esprit des Lois*, XXX, 23, XXI, 20, XXVIII, 3 et 23. *Mes Pensées*, 285, p. 883. Nous citons, lorsque besoin est et sauf avis contraire et mention de l'édition André Masson, la page de l'édition Daniel Oster (Le Seuil, 1964) à la suite de la référence : *Mes Pensées*, 285, p. 883.

⁷ A l'article LOI CRIMINELLE, Jaucourt annonce qu'il parle du « code Montesquieu » (IX, 658a). Sur d'autres occurrences des arguments de Montesquieu, voir mon article « Droit et politique dans l'*Encyclopédie* », *Filosofos, filosofía y filosofías en la Encyclopedia de Diderot y d'Alembert*, M. A. Granada, R. Rius, P. Schavo dir., Barcelone, Universitat de Barcelona, 2009.

⁸ *Mes Pensées*, 398, p. 895.

Francine Markovits

localisation. En outre, sa première préoccupation est de montrer la solidarité du droit civil et du droit politique par rapport à l'objet d'un peuple (par exemple, la guerre pour Rome, la liberté pour l'Angleterre), ce qui interdit de recourir à l'évidence prétendue d'un droit naturel ou d'une morale universelle. Sans isoler la peine de mort, donc, il montre où et comment elle intervient⁹. Le titre du livre VI est : *Conséquences des principes des divers gouvernements, par rapport à la simplicité des lois civiles et criminelles, la forme des jugements et l'établissement des peines.*

1. On ne peut pas proposer de modèle simple et abstrait pour valider ou invalider la peine de mort en elle-même

Retraçons brièvement la démarche de Montesquieu au livre VI de *l'Esprit des lois* : 1. La différence des systèmes juridiques détermine la nature des peines ; 2. La peine de mort est remplacée par la *composition* (prix du meurtre en argent) chez les barbares ou par l'esclavage chez les anciens ; 3. La distinction des registres de lois, établis selon la nature des choses, permet de séparer l'ecclésiastique et le civil et de récuser les procédures de l'inquisition et son droit mixte ; 4. La question de l'évaluation de la vie et de la liberté est fonction du système pénal.

La démarche est la suivante : dans la typologie des gouvernements, les lois du gouvernement despotique sont uniformes,

⁹ Que le lecteur nous permette, et en réponse à des objections qui nous ont été formulées, d'insister sur ce point : nous ne cherchons pas si Montesquieu est pour ou contre la peine de mort. Nous cherchons le sens du recours à la peine de mort. Et nous ne sommes pas tenus de réfuter tous les travaux dont nous ne partageons pas les hypothèses de lecture. Il nous semble en effet que, sous peine de mettre Montesquieu en contradiction avec lui-même, on ne peut pas attribuer à tous les passages de *l'Esprit des lois* le même statut ; il y a des passages dont l'expression est directe et correspond à la méthode de Montesquieu (XII, 4), d'autres qui n'ont qu'une valeur purement déclarative et non démonstrative (I, 1). Nous renvoyons à l'analyse que nous avons faite de la différence de stratégie d'écriture chez Montesquieu entre ce que nous avons appelé des discours *déclaratifs* et des concepts *opérateurs* dans notre *Montesquieu, le droit et l'histoire*, Paris, Vrin, 2008, p. 42-43 et chapitre IV.

CORPUS, revue de philosophie

les lois du gouvernement monarchique, en revanche, semblent « faire un art de la raison même » : les différences de rang, d'origine, de condition déterminent alors la différence des biens, et leur statut (VI, 2, 556). Les lois civiles découlent du statut de la propriété des terres (les fiefs) et de l'honneur qui est la structure même de cette société. Si bien que ces cas particuliers produiront non seulement une jurisprudence, mais une pluralité de tribunaux en fonction des compétences requises pour les différentes affaires. Le prix que chaque citoyen donne pour sa liberté est donc dans le respect des procédures et des formalités, et il ne faut pas céder au prestige de la simplicité qui règne dans le despotisme seul. La simplicité n'est pas un modèle. « Dans les Etats modérés où la tête du moindre citoyen est considérable, on ne lui ôte son honneur et ses biens qu'après un long examen : on ne le prive de la vie que lorsque la Patrie elle-même l'attaque : et elle ne l'attaque qu'en lui laissant tous les moyens possibles de la défendre » (VI, 2, 557). Les formalités augmentent en fonction du cas que l'on fait de l'honneur, de la fortune, de la vie de la liberté des citoyens. La différenciation est un gage de liberté.

Le second point, puisqu'il y a des tribunaux et du droit civil, est le fonctionnement de la justice : la règle est-elle l'arbitraire du juge, la lettre de la loi, l'esprit de la loi ? Dans les états despotiques, le juge est lui-même sa règle, dans les Etats monarchiques, le juge s'appuie sur la loi si elle est exprimée ou du moins sur son esprit. Dans les Etats républicains, il est de la nature du gouvernement que les juges suivent la lettre de la loi.

A Rome ou en Angleterre, dès que le crime est qualifié, la peine se trouve dans la loi. « De là suivent les différentes manières de former les jugements ». Dans les monarchies, les juges délibèrent, ils sont des arbitres. En commentant les termes de l'ordonnance de 1670, Michel Porret pose la question de la qualification des crimes et de l'arbitraire du juge. Il commente l'ambiguïté du

Francine Markovits

terme d'arbitraire¹⁰. Dans les républiques antiques, où le peuple jugeait ou était censé juger, les juges ne se communiquaient point : le peuple n'étant point jurisconsulte, les romains cherchèrent les moyens de fixer la question pour que le peuple put dire s'il condamnait, absolvait ou remettait le jugement, car il ne lui est possible de s'exprimer que de manière simple sur un seul objet.

L'examen des républiques antiques implique de considérer dans quel *système* et selon quelles modalités s'établissent les rapports entre le juge et le souverain, et comment la liberté et la sûreté des particuliers s'y détermine. C'est pourquoi Montesquieu défend le système de la séparation des pouvoirs et c'est pourquoi il faut que « les rois ne se réservent que les grâces et renvoient les condamnations vers leurs officiers » (VI, 5). Les délations même sont analysées comme une fonction dans l'oligarchie vénitienne qui se sert de ses inquisiteurs d'Etat pour maintenir son aristocratie contre les nobles (II, 3, 534).

La sévérité des peines dépend de la forme du gouvernement, s'il s'exerce par la terreur, comme le despotisme, ou s'il s'exerce par l'honneur et la vertu, comme la monarchie et la république (VI, 9). Comme on augmente les supplices à mesure qu'on manque de mœurs, il y aura deux conséquences : un bon législateur doit s'attacher à prévenir les crimes avant de les punir, l'augmentation des peines et des supplices, en supprimant la liberté, conduit à la révolution comme en Chine. Ce sont les mœurs qui donnent à la peine sa signification de peine. On le développera plus loin dans notre exposé en montrant que la réputation peut se substituer à la crainte.

En réalité, la question est celle de savoir quelle est l'*efficace*, ou, comme dit Montesquieu, *la puissance des peines*. En cherchant à arrêter le crime par des mesures législatives brusques et soudaines, on « use » le ressort du gouvernement : le supplice de la roue, établi pour eux, n'arrêta pas les voleurs de grand chemin. La peine de mort requise contre les déserteurs, n'impressionna pas

¹⁰ *Le crime et ses circonstances. De l'esprit de l'arbitraire au siècle des Lumières selon les réquisitoires des procureurs généraux de Genève*, Préface de Bronislaw Baczkó, Genève, Droz, 1995, p. 25.

CORPUS, revue de philosophie

les soldats. C'est plutôt l'impunité des crimes que la modération des peines qui est la cause de tous les relâchements ; l'atrocité des lois en empêche l'exécution. Et la rigueur des peines a un autre effet, qui est d'endurcir les cœurs. Montesquieu cite les exemples d'égorgement, de poing coupé. « Suivons la nature qui a donné aux hommes la honte comme leur fléau, et que la plus grande partie de la peine soit l'infamie de la souffrir »¹¹. Lorsque c'est par les lois mêmes que le peuple est corrompu, le mal est incurable.

Le Japon nous offre un exemple de la manière dont les peines outrées peuvent corrompre le despotisme même, car on y punit de mort, dit Montesquieu, presque tous les crimes : il n'est pas question de corriger le coupable mais de venger le prince, là où un sage législateur aurait cherché à ramener les esprits par un juste tempérament des peines et des récompenses, s'appuyant sur l'honneur, sur la religion, sur la jouissance d'une douce tranquillité, en agissant d'une manière sourde et insensible (expression leibnizienne qui montre que l'efficacité des peines dépend d'un accord des mesures législatives avec l'esprit d'un peuple et ses mœurs)¹². Sans cette sagesse, les lois auront plus de fureur que de force.

Je me trouve fort dans mes maximes, dit Montesquieu, lorsque j'ai pour moi les Romains, qui changèrent de lois civiles à mesure qu'ils changeaient de lois politiques. Les lois royales, faites pour des brigands et des esclaves fugitifs dont il fallait faire un peuple, furent très sévères. Pourtant, tous les supplices ne furent pas abolis par la loi des douze tables. Le dessein des décemvirs, la peine capitale contre les poètes et les auteurs de libelles, n'est guère du génie de la république. Mais, après l'exclusion des décemvirs, la loi Porcia défendit de mettre à mort un citoyen romain¹³. Sylla sembla ne faire des règlements que pour établir des crimes. César

¹¹ *EL*, VI, 12.

¹² Il en donne un exemple avec l'empereur du Japon, de mœurs infâmes, qui ne réussit à avoir un fils que d'une personne de basse naissance : sa cour fit étouffer l'enfant mais s'il l'avait appris, c'eût été un bain de sang (*EL*, VI, 13).

¹³ *EL*, VI, 15.

Francine Markovits

ajouta à l'interdiction de l'eau et du feu, la confiscation des biens. Le gouvernement des empereurs dérivait en un système mixte, à la fois civil et militaire. Montesquieu renvoie aux *Considérations sur la grandeur des Romains et leur décadence*.

Tous les exemples d'une cruauté inapplicable ou d'une cruauté destructrice des mœurs posent la question de la « juste » proportion des peines et des délits (VI, 16). Cette justesse n'est pas rapportée à la charité chrétienne ni à un droit naturel universel.

Tout ce chapitre évoque des imputations qui confondent le crime de lèse-majesté, la calomnie, les libelles, les conspirateurs, les voleurs de grand chemin... et dont les auteurs furent mis à mort. Le despotisme pratique cette disproportion et cette confusion. C'est au contraire un grand ressort des gouvernements modérés de faire espérer la grâce : les voleurs n'assassinent plus en Angleterre parce qu'ils peuvent espérer être transportés dans les colonies. Il faut donc changer la crainte en espérance. C'est la différenciation des cas qui introduit la proportion.

Le chapitre sur la torture traite en fait de la qualité des témoins. Ce déplacement du problème doit retenir notre attention. Montesquieu compare la constitution d'Angleterre (XI, 6) et le droit pénal français sur le statut des témoins et des témoignages. La solidarité du recours aux témoignages et à la torture dépend d'une logique de l'aveu que Montesquieu ne dénonce pas directement comme telle, ni en ce lieu, mais dont il démonte le mécanisme à propos de l'Inquisition, droit insociable parce que mixte. Lorsque Muyart de Vouglans¹⁴ défend, contre Beccaria, la torture, il s'appuie sur l'*Ordonnance de 1670* et sur la torture comme seul moyen de découvrir les complices, l'arme du crime, les circonstances.

¹⁴ Pierre-François Muyart de Vouglans (1713-1791) fut l'auteur d'une *Réfutation des principes hasardés dans le Traité des délits et des peines*, Lausanne, Paris, Desaint, 1767. Il fut l'un des huit signataires de la consultation du 27 juin en faveur de La Barre et de ses co-accusés. Beuchot, dans son édition des œuvres complètes de Voltaire, doute qu'il s'agisse du même. Mais la *Réfutation* est une défense de la législation, et Muyard de Vouglans a pu juger que le Chevalier de la Barre n'avait pas été bien jugé, que la procédure avait été mal suivie.

CORPUS, revue de philosophie

L'ordonnance manifestait pourtant déjà une grande gêne à statuer sur la torture. Montesquieu écrit seulement que : « Tant d'habiles gens et tant de beaux génies ont écrit contre cette pratique que je n'ose parler après eux » (VI, 17).

Sa stratégie est autre pour récuser cette pratique : l'histoire montre la variation des peines et des procédures dans les crimes capitaux ou dans l'évaluation de ce qui est nommé crime. Les Germains, nos pères, « n'admettaient guère que des peines pécuniaires. Ces hommes, guerriers et libres, estimaient que leur sang ne devait être versé que les armes à la main » (VI, 18). Montesquieu expliquera ailleurs (XXVIII) le tarif des *compositions* que doit payer le meurtrier (combien de sous selon la qualité de la victime), et pour expier et surtout, dit-il, *pour se protéger de la famille de la victime* et pour établir un accord et une paix.

Les lois ne peuvent pas tout. Inscrire l'infamie dans la peine, en composant les peines pécuniaires et corporelles, n'est-ce pas moraliser le peuple en réduisant la cruauté ? Le livre VI s'achève sur l'honneur, sur la clémence du prince, la grâce et la disgrâce.

La critique de la législation pénale ne peut se faire que sur la base d'une étude historique des machines juridiques. La mesure de l'intolérable n'est pas toujours universelle, contrairement au discours de Voltaire et de Beccaria. C'est toute la difficulté du sujet de raisonner historiquement sans acquiescer à tous les préjugés. C'est cette difficulté que nous allons explorer, parce qu'elle convoque les hommes dans la fabrication du droit. Au delà de l'arbitraire du prince, au delà aussi d'un universalisme chrétien, il s'agit pour le législateur et le juriste de répondre du droit.

2. Si la mort peut être une peine, qui peut l'infliger, à qui ma vie appartient-elle ? Le souverain et le juge

Cette proposition « ma vie appartient à un autre » serait bien sûr inacceptable pour une pensée qui définit les droits individuels avec Tocqueville et la pensée libérale, en faisant usage d'une détermination qui prétend à la reconnaissance universelle de l'autonomie de la créature et de son libre-arbitre, et qui est reprise à la tradition théologique, sans le dire et même sans doute à l'insu

Francine Markovits

du libéralisme. Mais le libre-arbitre appartient à l'histoire de la théologie et de la métaphysique et n'est pas, quoiqu'on dise, en position d'occuper la place de la vérité. Montesquieu récuse explicitement cette détermination de la liberté.

La liberté n'est pas déterminée par le droit naturel ni par la métaphysique. « Dans un Etat, c'est-à-dire dans une société où il y a des lois, la liberté ne peut consister qu'à pouvoir faire ce que l'on doit vouloir, et à n'être point contraint de faire ce que l'on ne doit pas vouloir » Les lois pénales, comme les lois civiles et politiques, doivent protéger la liberté. La liberté est le droit de faire tout ce que les lois *permettent*¹⁵; et si un citoyen pouvait faire ce qu'elles défendent, il n'aurait plus de liberté, parce que les autres auraient tout de même ce pouvoir. La liberté civile dépend du droit politique et de la liberté politique. Le droit civil est lié au droit politique (et non pas au droit naturel) : mais il peut y avoir disjonction¹⁶. La notion de gouvernement modéré, c'est que le pouvoir arrête le pouvoir. Tout serait perdu si le même homme ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçait ces trois pouvoirs législatif, exécutif, judiciaire. La liberté civile suit de cette régulation, de cette modération d'un pouvoir par un autre, d'une partie d'un pouvoir par une partie d'un autre pouvoir¹⁷ : que faire pour qu'un citoyen se croie en sûreté, pour qu'il ne craigne pas les lois¹⁸ ? C'est le triomphe de la liberté lorsque les lois criminelles tirent chaque peine de la nature particulière du crime¹⁹. C'est de la bonté des lois criminelles que

¹⁵ *EL*, XI, 3, p. 586.

¹⁶ *EL*, XII, 1.

¹⁷ Charles Eisenmann, « L'esprit des lois et la séparation des pouvoirs ; La pensée constitutionnelle de Montesquieu » (articles publiés initialement en 1933 et 1952 dans les *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Recueil Sirey, 1933). Michel Troper, « Charles Eisenmann contre le mythe de la séparation des pouvoirs », *Cahiers de philosophie politique, Ousia*, n° 2 et 3, 1985, publication du Centre de Philosophie politique de Reims.

¹⁸ *EL*, XII, 1, p. 598.

¹⁹ *EL*, XI, 4, p. 599.

CORPUS, revue de philosophie

dépend principalement la liberté du citoyen²⁰. Quand l'innocence des citoyens n'est pas assurée, la liberté ne l'est pas non plus.

Cet autre auquel j'appartiens peut n'être pas au singulier : le moine appartient à son couvent ou à son ordre, le gentilhomme appartient à son nom et à sa généalogie, le sujet appartient à son roi, la vie du chrétien appartient à son Dieu²¹. L'homme est le nœud d'un ensemble de relations. Si ma vie appartient à un autre, est-ce dans le registre physique, spirituel, social, symbolique...? L'instance qui donne la vie a-t-elle le droit de la retirer et dans quelle législation : Dieu ou les dieux, les parents ou le maître (le *paterfamilias*), la société et la loi ? Pour comprendre le sens de cette question, Montesquieu fait une histoire de la séparation des registres juridiques et de la législation des peines. Après Grotius et Hobbes, il veut désolidariser la vengeance du prince et la sécurité de l'Etat, bien que la source du pouvoir judiciaire soit dans le pouvoir souverain (*EL*, VI, 6, p.559).

Le droit de punir, dit et répète Jaucourt à l'article PEINE²², appartient au souverain : « Si les particuliers se faisaient justice eux-mêmes, ils se rendraient donc coupables d'un attentat contre les droits du souverain. Ce droit passe au magistrat. Il peut faire grâce mais ne peut cependant dispenser l'offenseur de la réparation du dommage ». En expliquant cette définition et en énumérant les caractéristiques de la notion de peine, Jaucourt montre en particulier qu'elle est infligée indépendamment de la réparation du dommage et que ce sont deux choses distinctes. C'est une détermination des lois modernes et nous verrons qu'il n'en est pas de même pour le droit pénal des Romains et celui des barbares que nous évoquerons brièvement.

Le délinquant doit donc et souffrir la peine et réparer le dommage.

²⁰ *EL*, XI, 2, p. 598.

²¹ Luigi Delia, « Les Lumières, Leopardi, et le 'suicide mémorable' des Smith », in V. Liard (dir.), *Histoires de crimes et société*, Dijon, EUD, 2011, p. 45-55.

²² *Encyclopédie*, XII, 246.

Francine Markovits

Jaucourt distingue les peines civiles ou pécuniaires, et les peines capitales « celles qui emportent la perte de la vie, ou la privation des droits civils, qu'on appelle *mort civile*. Les *peines* qui notent d'infamie, ou qui privent d'une partie du bien que l'on a, ne sont point réputées *peines* capitales dans le sens propre de ce terme ». L'usage des peines, loin d'être contraire à l'équité, est nécessaire au repos public. Et le pouvoir souverain serait inutile si son bras n'était pas armé. Et il ajoute: « il falloit même que ce pouvoir pût aller jusqu'à faire souffrir le plus grand de tous les maux naturels, je veux dire la *mort*, pour réprimer avec efficace l'audace la plus déterminée, & balancer ainsi les differens degrés de la malice humaine par un contre – poids assez puissant »²³. Le recours aux métaphores physiques, chez Jaucourt comme chez Montesquieu et plus tard chez Mably, désigne les systèmes de droit comme des mécanismes²⁴.

Sous la plume de Jaucourt, l'article SUPPLICE²⁵ décrit diverses formes de mise à mort dans diverses sociétés. Dans cette énumération, le supplice semble presque toujours conduire à la mort. On n'est pas purement et simplement condamné à mort, on est condamné au bûcher, à la pendaison, à la lapidation, à la décollation ... Guillotin fera fortune en établissant une sorte de commune mesure de toutes les mises à mort.

Michel Porret²⁶ écrit que la dangerosité sociale de chaque délit est établie par leurs circonstances particulières ; qu'il y a

²³ Luigi Delia me fait remarquer qu'il s'agit d'une crypto-citation de Burlamaqui, *Principes du droit politique*, Amsterdam, Zacharie Chastelain, 1751, p. 189. Voir L. Delia, « La peine de mort dans l'Encyclopédie et ses Suppléments », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, numéro spécial "Montesquieu", sous la direction de C. Volpilhac-Augier, (à paraître). Dans ce passage (IV, 4, § XVI), Burlamaqui fait du droit de punir une des branches du pouvoir du souverain.

²⁴ Sur le ressort, le contre-poids, la balance, et en général la question des modèles de la physique appliqués à la morale et à la politique, voir mon *Montesquieu, ouvr.cit.*, ch. III.

²⁵ *Encyclopédie*, XV, 682. Voir dans *l'Esprit des lois : Les supplices*, XII, 4, 600.

²⁶ *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, dir. Michel Porret, Genève, Droz, 1993, p. 253-276, 258-259.

CORPUS, revue de philosophie

une hiérarchie : tuer un homme, le tuer à coups redoublés, le couper en morceaux ; un vol fait la nuit est plus qualifié qu'un vol de jour ; la séduction d'un confesseur qui abuse de sa pénitente est plus qualifiée qu'un viol commis par un délinquant ordinaire. Et il cite Daniel Jousse²⁷ : « parmi les peines de mort naturelle, il y en a de différents degrés. Ainsi la peine d'être brûlé vif est un plus grand supplice que celui d'être roué ; et la roue est un plus grand supplice que la potence. C'est aussi une plus grande peine d'être pendu que d'avoir la tête tranchée ». Porret dit : « expiatoire et éliminatoire, la peine capitale traduira dans l'intensité graduelle de la douleur infamante la somme des circonstances à charge établies durant l'instruction : un voleur nocturne sera pendu sur la potence, alors qu'un empoisonneur, voire un bandit de grand chemin, peuvent être exécutés dans un supplice qui prolonge la vie dans la souffrance morale et physique de la peine. L'intensité de celle-ci rappelle à la communauté, toujours convoquée sur le théâtre de l'expiation, la nature des circonstances aggravantes du crime. La peine s'insère donc dans le système de représentation publique de la souveraineté de l'Etat traditionnel, la nature du lien social qu'elle produit est ainsi politique ». C'est la prise en compte de ces circonstances qui nous fait passer de la *culpa* au *delictum* et montre l'engagement de l'Etat face à la société civile. La dangerosité d'un crime contre les personnes ou les propriétés est déterminée par l'objet que vise la transgression : l'Etat (régicide, fausse monnaie, sédition) ou les individus (vie, santé, biens ou honneur)²⁸.

Supplice et spectacle ont partie liée dans un système où l'obéissance est liée aux mécanismes de la peur. Car l'obligation et l'identification aux normes sont supposées ne s'effectuer que par la connaissance et la reconnaissance des raisons d'obéir : si elles font défaut, il reste à frapper l'imagination, et c'est au

²⁷ *Ibid.*, M. Porret cite : *Traité de la justice criminelle de France... (1774) et Nouveau commentaire sur l'Ordonnance criminelle de 1670. Avec un abrégé de la justice criminelle*, 1763.

²⁸ M. Porret, *Ibidem*, p. 260.

Francine Markovits

spectacle des supplices d'être la raison d'obéir. Mais la peur est associée aussi aux procédures de l'aveu et de l'expiation. Et l'aveu est la grande affaire des tribunaux civils et ecclésiastiques. L'enquête judiciaire et l'Inquisition de l'Eglise le demandent au prix de la torture. La fonction des châtiments spectaculaires est à la fois le prix du crime, l'expiation du coupable et la dissuasion du public et du peuple en général. Il y a un *tarif des peines* (l'expression est de l'abbé Fleury), une sotériologie car le salut se paie par la souffrance et l'humiliation dans une doctrine de la rédemption, et à cela s'ajoute une approche rationnelle qui cherche l'utilité sociale des peines, leur fonction pédagogique : c'est ce qu'explore M. Foucault. Un des exemples de cette complexité est l'histoire de l'archer relatée dans les chroniques de Louis XI et analysée à l'article ANATOMIE de *l'Encyclopédie*²⁹. L'archer malade de la pierre, condamné mais gracié à condition qu'il se prête à l'opération, à condition que médecins et magistrats donnent leur accord, est une figure d'un changement de paradigme : la souffrance n'est plus la condition du salut du coupable mais elle a une réalité sociale, elle a une utilité.

Il ne faut pas oublier que la logique de l'aveu est aussi celle de la confession qui rythme la vie du chrétien et que la pénitence est un des sept sacrements de l'Eglise catholique. Privilégier la logique de l'aveu et des moyens de l'extorquer, c'est faire passer au second plan la détermination des témoins³⁰ à laquelle Montesquieu est toujours très attentif. Mais Montesquieu avec d'autres juristes, montre aussi qu'il faudrait être plus réservé sur la qualité des « dénonciateurs »³¹, souvent des délinquants ou des prostituées, facilement corruptibles et dont les témoignages sont toujours contestables. Muyart de Vouglans tentera sur ce point de justifier la pratique judiciaire de ces accusations. Montesquieu relève cette

²⁹ Voir la communication de Piero Schiavo.

³⁰ *EL*, XV, 603. Montesquieu compare les procédures anglaise et française sur le nombre et la fonction des témoins.

³¹ La question des témoins, des indicateurs, dans la société moderne : *EL*, 15, p. 603. « C'est Sylla qui apprit aux Césars qu'il ne fallait point punir les calomnieurs » (XII, 16, p. 603).

CORPUS, revue de philosophie

logique de l'aveu chez les inquisiteurs et la rattache « aux idées monastiques » c'est-à-dire aux pratiques de l'humiliation et de la pénitence, dans lesquelles l'accusé est toujours présumé coupable contrairement à ce qui a lieu dans les tribunaux civils où il est présumé innocent.

Finalement, il y a trois termes : la vengeance du souverain, la sotériologie, l'amendement moral ; Michel Porret montre comment à la vieille pénalité expiatoire, va se substituer une pénalité corrective, soucieuse d'affiner les normes de la peine en analysant les circonstances du crime. La réduction des cas d'exécution capitale, la réduction des supplices (torture pour extorquer des aveux, supplices spectaculaires et cruels) va dans le sens d'une nouvelle mentalité qui demande l'utilité de la peine, l'amendement du criminel. La peine de mort, c'est l'appareil de la mort, la mort et son cortège de supplices : Porret travaille sur la réduction de cette peine et de ses supplices au cours du siècle, il s'agit de punir selon les circonstances du crime³².

3. La séparation des registres

Les critiques du supplice n'ont pas toutes le même sens, Montesquieu les rapporte à la différenciation des registres, et Beccaria les rapporte au contrat social et à l'utilité publique. Et si la cruauté est dénoncée, c'est qu'elle marque la violence d'homme à homme, plutôt que la volonté de l'autorité publique.

A l'époque de Montesquieu, le débat porte plutôt sur l'application de la peine de mort à des cas dont il est douteux qu'ils relèvent du tribunal civil ni même d'un tribunal (accusations d'hérésie, de magie, de crime contre nature) et sur les modalités des supplices et de la torture³³. De la différenciation des registres dépend le caractère des peines, car « 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

³² Michel Porret, *Le crime et ses circonstances...*, p. 341 et suiv.

³³ Il y revient sans cesse et en particulier au livre XII, 4 et au livre XXVI.

Francine Markovits

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 ».

C'est ainsi que Montesquieu traque dans l'esclavage la violence d'homme à homme, malgré les assertions de quelques critiques qui ont confondu analyse et justification, car Montesquieu, en étudiant les procédures romaines sur la servitude et l'affranchissement, et la violence des mécanismes économiques modernes dans la traite des nègres, ne justifie pas l'esclavage. Il écrit à ce propos³⁴ : « quand la loi permet au maître d'ôter la vie à son esclave, c'est un droit qu'il doit exercer comme juge et non comme maître : il faut que la loi ordonne des formalités qui ôtent le soupçon d'une action violente ». Les formalités et les procédures juridiques, l'inscription des actions dans un code général sont ce qui définit l'humanité. En distinguant des types de législation et des types de servitude, Montesquieu récuse « l'extravagance des jurisconsultes » qui ont justifié l'esclavage par la guerre : la liberté de chaque citoyen est une partie de la liberté publique ; la qualité de citoyen ou de fils de citoyen est inaliénable³⁵.

Nous savons depuis la conférence de Valladolid que les justifications de la servitude sont diverses, affectant inégalement les Africains et les Indiens. Et ainsi, la religion donne à ceux qui la professent un droit de réduire en servitude ceux qui ne la professent pas, pour travailler plus aisément à sa propagation. En évoquant « une autre origine », Montesquieu déclare : « j'aimerais autant dire que c'est le mépris d'une nation pour une autre fondée sur la différence des coutumes » et il évoque les habitudes alimentaires des conquérants, dégoûtés par des denrées en insectes³⁶. « Ce fut cette manière de penser qui encouragea les destructeurs de l'Amérique dans leurs crimes... ces brigands qui voulaient absolument être brigands et chrétiens, étaient très dévots ».

³⁴ *EL*, XV, 17, p. 623.

³⁵ *EL*, XV, 2, p. 619 ; XV, 6, p. 620 ; XV, 9 et 5. Le sucre serait trop cher si la main d'œuvre des plantations était salariée. En revanche, le travail des mines a gagné en profit par le remplacement des esclaves par les salariés, et par la commodité des machines de l'art.

³⁶ *Ibid.* p. 619.

CORPUS, revue de philosophie

L'article *CRIME (droit nature)*³⁷ reprend la division des quatre sortes de crimes distingués par Montesquieu : « Ceux de la première espèce choquent la religion ; ceux de la seconde, les mœurs ; ceux de la troisième, la tranquillité ; ceux de la quatrième, la sûreté des citoyens. Les peines que l'on inflige doivent dériver de la nature de chacune de ces espèces ». Dans chaque registre, il faut distinguer les pensées, les paroles, les actes. Le magistrat n'a pas à connaître des pensées, il a à connaître des actions publiques et parfois des paroles publiques. Aucune conscience ne peut s'arroger le droit de savoir ce qu'une autre pense, ne peut s'arroger le droit de parler à sa place : la première personne ne se délègue pas. Montesquieu reprend sans le dire l'argument de Bayle et les droits de la conscience³⁸. Mais la conséquence de ce souci de distinction est de dissocier la peine de mort des imputations de sacrilège, de magie, d'hérésie, d'homosexualité.

Montesquieu écrit : « Il est singulier que parmi nous, trois crimes : la magie, l'hérésie et le crime contre nature, dont on pourrait prouver, du premier, qu'il n'existe pas ; du second qu'il est susceptible d'une infinité de distinctions, interprétations, limitations ; du troisième, qu'il est très souvent obscur, aient été tous trois punis de la peine du feu »³⁹.

On ne parlera pas de l'hérésie. La magie n'existe pas, le vulgaire prend la physique pour de la magie, Mersenne l'avait dénoncé dans *La vérité des sciences*. Gabriel Naudé définit la magie et établit dans son *Apologie pour les grands personnages*

³⁷ Dans l'article *CRIME, FAUTE, PECHE, DELIT, FORFAIT*, les différents cas de figure sont posés successivement par d'Alembert, Jaucourt (qui reprend la division de Montesquieu), Boucher d'Argis. Ce dernier écrit en particulier : « Il y a des actions qui sont réputées criminelles, selon la religion et selon la morale, mais que les lois civiles ne punissent pas ; parce que ces actions sont du ressort du for intérieur, et que les lois civiles ne règlent que ce qui touche le for extérieur ».

³⁸ *Commentaire philosophique sur ces paroles de l'Évangile : Contrains-les d'entrer*. 1686-1687. Rééd. des deux premières parties par J.-M. Gros, *De la tolérance*, Paris, Presses Pocket, 1992.

³⁹ *EL*, XI, 6, 601.

Francine Markovits

*faussement soupçonnés de magie*⁴⁰ une division qui se réduit à deux formes : la doctrine de la création divine et la physique rationnelle qui ne sont pas en contradiction l'une avec l'autre. Naudé fait apparaître ainsi que la superstition est un moyen de gouvernement. De grands personnages furent traités de magiciens qui n'étaient que politiques. Montesquieu ne croit pas plus que Naudé que la magie ait le pouvoir de détruire la religion.

Pour ce qui est du crime contre nature, Montesquieu déclare sa réprobation et indique aussitôt une anthropologie historique liée au caractère des peuples⁴¹. L'antiquité n'a pas toujours vu dans l'homosexualité ce qui est un crime pour le chrétien : toute la littérature libertine est proluxe sur la dissociation du plaisir et de la génération et sur la variété anthropologique des amours.

Montesquieu ne met dans la classe des crimes qui intéressent la religion que ceux qui l'attaquent directement, comme les sacrilèges simples, tandis que les crimes qui intéressent son exercice relèvent du même registre que ceux qui troublent la tranquillité ou la sûreté des citoyens. En outre, lorsqu'il n'y a point d'action publique contre la religion, le magistrat confondrait les choses s'il s'avisait de poursuivre un sacrilège caché : « là, tout se passe entre l'homme et Dieu qui sait la mesure et le temps de ses vengeances ». Montesquieu cite l'exemple du Juif condamné à être écorché, et les spectateurs voulant se substituer au bourreau. Le magistrat n'est pas chargé de venger la divinité, il ne ferait alors que détruire la liberté du citoyen en armant contre lui le zèle des consciences hardies autant que celui des consciences

⁴⁰ *Libertins du XVII^e siècle*, J. Prévot dir., Paris, Gallimard, 1998, ch. II, p. 156 : « la magie sacrée et divine, la seconde ... théurgie ou magie blanche, laquelle sous couleur de religion commande les jeûnes et abstinences, la piété, pureté, candeur et intégrité de vie, afin que l'âme qui veut avoir communication avec les déités supérieures ne soit en rien empêchée par son corps pollué et contaminé ; la magie diabolique [dont on ne parle pas pour ne donner de consistance ni au diabolique ni à ses imputations] ; la magie naturelle dont il faut conclure avec Verulam que c'est une physique pratique comme la physique une magie contemplative ».

⁴¹ *EL*, XII, 4.

CORPUS, revue de philosophie

timides et la dénonciation elle-même devenant un devoir, inviterait à tout supposer. Quand l'innocence des citoyens n'est pas assurée, la liberté ne l'est pas non plus⁴². En fonction de ces distinctions, la peine de mort est écartée, implicitement, du sacrilège.

A contrario, Montesquieu montre que l'Inquisition est le mélange et la confusion de tous les registres de droit, un droit mixte et insociable, tiré « des idées monastiques »⁴³. Les *Lettres Persanes* jouent sur l'incohérence de cette juridiction⁴⁴ : « ... j'ai oui dire qu'en Espagne et en Portugal, il y a de certains dervis qui n'entendent point raillerie, et qui font brûler un homme comme de la paille. Quand on tombe entre les mains de ces gens-là, heureux celui qui a toujours prié Dieu avec de petits grains de bois à la main, qui a porté sur lui deux morceaux de drap attachés à deux rubans, et qui a été quelquefois dans une province qu'on appelle la Galice ! Sans cela, un pauvre diable est bien embarrassé. Quand il jurerait, comme un païen, qu'il est orthodoxe, on pourrait bien ne pas demeurer d'accord des qualités, et le brûler comme hérétique : il aurait beau donner sa distinction, point de distinction ; il serait en cendres, avant que l'on eût seulement pensé à l'écouter. Les autres juges présument qu'un accusé est innocent ; ceux-ci le présument toujours coupable. Dans le doute, ils tiennent pour règle, de se déterminer du côté de la rigueur ; apparemment parce qu'ils croient les hommes mauvais. Mais d'un autre côté, ils en ont si bonne opinion, qu'ils ne les jugent jamais capables de mentir ; car ils reçoivent le témoignage des ennemis capitaux, des femmes de mauvaise vie, de ceux qui exercent une profession infâme. Ils font, dans leur sentence, un petit compliment à ceux qui sont revêtus d'une chemise de souffre, et leur disent qu'ils sont bien fâchés de les voir si mal habillés, qu'ils sont doux, qu'ils abhorrent le sang, et sont au désespoir de les avoir condamnés : mais, pour se consoler, ils confisquent tous les biens de ces malheureux à leur

⁴² *EL*, XI, 2, p. 598.

⁴³ *Œuvres complètes de Montesquieu*, t. III, éd. A. Masson, p.582-583.

⁴⁴ *Lettres Persanes*, Lettres 29 et 78, éd. A. Masson, t. I, p. 63-64 et 161.

Francine Markovits

profit». L'inquisition « ne fait jamais brûler un juif, sans lui faire ses excuses ». *La très humble remontrance aux Inquisiteurs d'Espagne et de Portugal*⁴⁵ reprend à Bayle l'argument du renversement des rapports de domination : l'empereur du Japon, après les Romains, traite les chrétiens comme eux-mêmes traitent les Juifs. Et si les chrétiens reprochent à l'Islam de s'être étendu par la force, pourquoi justifier un christianisme qui s'étend par le feu ? « ...Si vous ne voulez pas être chrétiens, soyez au moins des hommes ».

Ces contradictions montrent que ce sont les idées monastiques qui inspirent la cruauté : elles impliquent l'expiation, la rédemption par la souffrance : « C'est un grand abus de l'Inquisition d'Espagne que de deux personnes accusées du même crime, celle qui nie est condamnée à mourir et celle qui avoue évite le supplice. Ceci est tiré des idées monastiques, où celui qui nie paraît être dans l'impénitence et damné, et celui qui avoue semble être dans le repentir et sauvé »⁴⁶.

Et il ajoute, pensant à une autre forme d'arbitraire, la contingence dans l'exécution des peines : « Il y arrive un autre inconvénient : c'est que le supplice du feu auquel ce tribunal condamne est disproportionné avec lui-même. Le hasard le rend plus ou moins cruel. Il est quelquefois prompt ; mais, quand le vent écarte la fumée, ces malheureux peuvent souffrir plusieurs heures dans les flammes ». Considérations qui rejoignent la question de la disproportion des peines dans le même crime⁴⁷. L'argument de la disproportion joue aussi dans l'extension du châtement à la famille du coupable. « C'est l'usage en plusieurs lieux de l'Orient d'exterminer la famille du coupable. Dans ces pays despotiques, on ne regarde les femmes et les enfants que comme des instruments et des dépendances de la famille...»⁴⁸. Toute ressemblance avec d'autres religions serait purement fortuite.

⁴⁵ *EL*, XXV, 13 p. 708.

⁴⁶ Ed. A. Masson, t. III, *EL* VI, 9, p. 581.

⁴⁷ *EL*, VI, 14 *ibid.*

⁴⁸ *EL*, VI, 20, 582.

CORPUS, revue de philosophie

Dans toutes ces analyses, Montesquieu désolidarise la représentation du crime religieux et la logique de la peine de mort : « Pour que la peine des sacrilèges simples soit tirée de la nature de la chose, elle doit consister dans la privation de tous les avantages que donne la religion : l'expulsion hors des temples ; la privation de la société des fidèles, pour un temps ou pour toujours ; la fuite de leur présence, les exécutions, les détestations, les conjurations ». Ce sont donc des paroles qui punissent des paroles ; l'homogénéité du délit et de la peine est garantie ; surtout, le délit est déterminé en termes de discours, or les lois ne se chargent de punir que les actions extérieures. Les paroles ne sont que des signes, ne deviennent des crimes que lorsqu'elles préparent, qu'elles accompagnent ou qu'elles suivent une action criminelle⁴⁹.

Le seul cas où le magistrat ait à connaître des actions cachées est celui de la conspiration contre l'Etat. Le magistrat ne peut attendre. Dans une monarchie de droit divin, il sera difficile de séparer le crime de lèse-majesté d'un sacrilège. Sous le titre *Des paroles indiscrètes*, Montesquieu écrit : « un homme qui va dans la place publique exhorter les sujets à la révolte devient coupable de lèse-majesté, parce que les paroles sont jointes à l'action et y participent. Ce ne sont point les paroles que l'on punit, mais une action commise dans laquelle on emploie les paroles. Elles ne deviennent des crimes que lorsqu'elles préparent, qu'elles accompagnent ou qu'elles suivent une action criminelle. On renverse tout, si on fait des paroles un crime capital, au lieu de les regarder comme le signe d'un crime capital ». Les paroles et les écrits ont différents statuts selon le contexte⁵⁰. Montesquieu en tire les conséquences sur les écrits satiriques, sur la différence entre sujet de police et sujet de crime, et la différence des peines⁵¹. Ce sont les ressorts moraux de la renommée et de l'infamie qui doivent agir à la place de la sévérité des peines. Si

⁴⁹ p. 602.

⁵⁰ *EL*, XII, 11, 12, 13, p. 602.

⁵¹ *EL*, XII, 13, 603.

Francine Markovits

l'on punit trop le crime de lèse-majesté, on risque d'établir la tyrannie des vengeurs quand il s'agissait de contester le despotisme d'une domination⁵².

4. Une histoire du droit pénal

Si la peine de mort n'est plus une évidence, et c'est l'hypothèse de ce colloque, si l'on peut récuser la peine de mort, ce n'est pas seulement au nom d'un consensus moral contemporain. Il faut comprendre les raisons politiques, structurelles, qui permettent de penser cette mise en question. Les lois barbares nous présentent une autre logique des délits et des peines. C'est la fonction dissuasive qui est pensée dans le registre des peines, il faut donc trouver le « ressort » de cette dissuasion. La notion de proportion n'en est pas absente, mais la détermination de la mesure varie.

Les peuples guerriers ne craignent pas la mort, elle ne saurait donc être une « peine ». Et si chez eux, la monnaie était rare, la réparation du dommage, la « composition » devait se faire par une compensation monnayée. Tant de sous pour avoir tué un Romain, et le double pour avoir tué un Franc, ou un barbare qui vivait sous la loi salique. La composition était payée à ses parents. C'est une manière de prendre la mesure du tort, de susciter un accord entre les deux parties pour éteindre le conflit, et surtout, dit Montesquieu, de protéger celui qui a commis le meurtre contre la vengeance de la famille de la victime⁵³. La mesure des peines s'évalue en fonction des mœurs, la composition n'aurait pas de sens dans une société de commerçants. Mais en revanche celle-ci pourrait appliquer la peine de mort.

On voit, en suivant les exemples de l'*Esprit des lois*, le droit s'inventer, se transformer, les coutumes se modélisant sur le

⁵² *EL*, XII, 18, p.604. Témoins les accusations contre Cinq-Mars et de Thou, comme si une attaque contre Richelieu était une attaque contre le roi (*EL*, XII, 8). Voir *Mes pensées*, éd. D. Oster, p. 934-935.

⁵³ *XXVIII*, 3, p.725. *XXX*, 19, p. 766. C. Larrère note l'admiration de Montesquieu pour la précision avec laquelle sont calculées les compositions (in M. Porret, *op. cit.* p. 95). Voir mon *Montesquieu*, p. 176 et suiv.

CORPUS, revue de philosophie

droit romain, les différentes lois suppléant les unes aux autres ou se servant de provision les unes aux autres, dans chaque situation locale. Montesquieu a toujours dit que les lois civiles dépendaient des lois politiques⁵⁴. Ici, on voit se former le droit pénal et le droit civil dans des procédures qui relèvent soit du système de la *preuve* : entre le serment et le combat singulier, soit de la logique de la *composition*, c'est-à-dire d'un *tarif des peines*⁵⁵, soit enfin du *jugement de Dieu* entre les épreuves du feu et de l'eau bouillante. Analysons « la façon de penser de nos pères » dans ces trois logiques. Dans une démarche d'historien, Montesquieu étudie comment notre droit politique est venu des lois et des mœurs des Germains.

La composition

Montesquieu distingue les crimes publics et les crimes privés. Il cite Tacite qui dit que « les Germains ne connaissaient que deux crimes capitaux : ils pendaient les traîtres et noyaient les poltrons : c'étaient chez eux les seuls crimes qui fussent publics ». Dans le registre privé, « lorsqu'un homme avait fait quelque tort à un autre, les parents de la personne offensée ou lésée entraient dans la querelle et la haine s'apaisait par une satisfaction, convention réciproque entre les deux parties : aussi, dans les codes des lois barbares, ces satisfactions s'appellent-elles des compositions ». Les usages des diverses nations barbares furent « attentifs à mettre un prix juste à la composition que devait recevoir celui à qui on avait fait quelque tort ou quelque injure. Toutes ces lois barbares ont là-dessus une précision admirable : on y distingue avec finesse les cas, on y pèse les circonstances ; la loi se met à la place de celui qui est offensé et demande pour lui la satisfaction que dans un moment de sang-froid il aurait demandée lui-même » (*ibid.*).

⁵⁴ XXIX, 12, p. 752.

⁵⁵ Peut-être est-ce ce à quoi pense l'abbé Fleury lorsqu'il parle de « tarif des peines » dans ses *Institutions de droit français* en 1674.

Francine Markovits

La principale composition était celle que le meurtrier devait payer aux parents du mort et elle était fonction de la variation des conditions. En outre, l'argent étant rare, on pouvait donner du bétail, du blé, des meubles, des armes, des chiens ou des oiseaux de chasse, des terres, etc. Les lois fixèrent donc la différence des torts, des injures, des crimes : ce fut un crime de se venger après avoir reçu réparation, ce fut aussi un crime de ne pas vouloir recevoir de satisfaction.

Outre la composition, il fallait payer un certain droit que les codes des lois des Barbares appellent *fredum*, et qui est la récompense de la protection accordée contre le droit de vengeance « de sorte que chez les Germains, la justice se rendait pour protéger le criminel contre celui qu'il avait offensé ». Elle se proportionne à la grandeur de la protection, le *fredum* pour la protection du roi étant plus grand que le *fredum* pour la protection du comte ou des autres juges. Montesquieu voit naître la justice des seigneurs : le service du fief était de servir le roi ou le seigneur, et dans leurs cours et dans leurs guerres. Parmi les droits sur les fiefs, étaient les profits judiciaires (*freda*), car celui qui avait le fief avait aussi la justice, qui ne s'exerçait que par des compositions aux parents et des profits au seigneur. Mais les Eglises eurent aussi des fiefs et le droit de faire payer les compositions dans leur territoire.

Bien qu'on ne puisse pas prouver, par des contrats originaux, que les justices, dans les commencements, aient été attachées aux fiefs, puisque la justice y était établie, « il fallait bien que ce droit de justice fût de la nature du fief et l'une de ses principales prérogatives » (*EL*, XXX, 22 p. 770). Le droit de justice est ainsi lié à un territoire. Mais il y a plusieurs ordres de personnes et par exemple trois sortes de composition dans les codes des Bourguignons : l'une pour le noble Bourguignon ou Romain, l'autre pour le Bourguignon ou Romain de condition médiocre, la troisième pour ceux qui étaient d'une condition inférieure dans les deux nations⁵⁶.

⁵⁶ *EL*, XXX, 25, p. 773.

CORPUS, revue de philosophie

Le combat singulier

Pour différentes raisons, on vit la chute des codes de lois des Barbares, du droit romain et des capitulaires⁵⁷. Et comme on était passé des coutumes aux lois écrites par l'influence du droit romain, les compositions se réglèrent de nouveau sur la coutume. On vit le partage entre la loi personnelle et la loi territoriale, avec dans chaque lieu une loi dominante et des usages qui servaient de supplément à la loi dominante, lorsqu'ils ne la choquaient pas⁵⁸. La loi salique exigeait que celui qui porte une accusation la prouve, il ne suffisait pas à l'accusé de la nier. Mais la loi des francs Ripuaires acceptait que l'accusé se justifie à condition d'avoir tel nombre de témoins (en fonction de la gravité de l'accusation) qui jurent avec lui.

La loi du combat singulier était une suite naturelle et le remède de la loi qui établissait les preuves négatives. Car il fallait, selon l'esprit des Barbares, ôter le serment des mains d'un homme qui en voulait abuser. On peut être surpris que le combat, dont l'issue dépend du hasard, puisse servir de preuve : mais la manière de penser de nos pères⁵⁹ était celle d'une nation uniquement guerrière, conduite par le courage et l'honneur, et pour peu qu'on soit bien né, on ne manque pas à ces règles. La preuve par le combat s'étendit, « malgré les clameurs des ecclésiastiques » qui préféraient la preuve par le serment. Cependant la loi salique, à la différence de la loi des Ripuaires, ne permettait point le combat singulier. Il y eut donc des épreuves comme le feu ou l'eau bouillante⁶⁰. « Qui ne voit que, chez un peuple exercé à manier des armes, la peau rude et calleuse ne devait pas recevoir assez l'impression du fer chaud ou de l'eau bouillante, pour qu'il y parut trois jours après ? »⁶¹. Le combat, la preuve par l'eau ou le feu n'en était pas moins des

⁵⁷ *Ibid.*, XXX, 11.

⁵⁸ *Ibid.*, XXX, 12.

⁵⁹ *Ibid.*, XXVIII, 17.

⁶⁰ *Ibid.*, XXVIII, 16.

⁶¹ *Ibid.*, XXVIII, 16, p. 731.

Francine Markovits

jugements de Dieu. Mais la preuve par le combat l'emporta sur les autres et une jurisprudence s'établit à partir d'une logique dominée par le point d'honneur.

En analysant tous les cas de figure, Montesquieu montre que la loi prenait un tempérament pour adoucir la rigueur de ces épreuves ou de ces preuves, et que toutes pouvaient se racheter, ou être effectuées par un autre, un champion.

« On aura peut-être de la curiosité à voir cet usage monstrueux du combat judiciaire réduit en principe, et à trouver le corps d'une jurisprudence si singulière »⁶². Pour le comprendre, il faut lire les règlements de Saint Louis. Il abolit le combat judiciaire dans les tribunaux de ses domaines, mais ne l'ôta point dans les cours de ses barons, excepté dans le cas d'appel de faux jugement⁶³. Mais il introduisit l'usage de fausser⁶⁴ sans combattre, changement, dit Montesquieu, qui fut une espèce de révolution. Il permit de fausser les cours des seigneurs en portant l'affaire au tribunal du roi, ou du suzerain, pour y être décidée non par le combat mais par témoins. Or il devait ménager ses barons et maintint la différence entre deux manières de juger, selon la division d'alors du territoire, en pays de *l'obéissance-le-roi* et en pays hors *l'obéissance-le-roi*. La séparation de la procédure d'appel et du combat judiciaire, entraîna dans les institutions de saint Louis, la séparation de la souveraineté et des tribunaux ; la séparation des tribunaux civils et des tribunaux ecclésiastiques. Avec la naissance d'une classe de praticiens du droit, les pairs et les prud'hommes commencèrent à se retirer des tribunaux des seigneurs⁶⁵. On voit ce que les cours des laïques empruntèrent aux cours ecclésiastiques, ce que le droit civil d'abord local emprunta au droit romain dès qu'il fut traduit et enseigné.

⁶² *Ibid.*, XXVIII, 23, p. 735.

⁶³ *Ibid.*, XVIII, 29

⁶⁴ « Fausser » est « faire appel ».

⁶⁵ XXVIII, 42, p. 747.

CORPUS, revue de philosophie

La description très détaillée de ces procédures, ramenée à leur principe c'est-à-dire à la pratique fondamentale de ces sociétés, i.e. à la guerre, donne véritablement la structure et l'histoire de celles-ci.

Conclusion : Prévenir les crimes et donner des mœurs

A la crainte des lois, Montesquieu substitue l'amour des lois, qui est une préférence d'un peuple pour ses lois, parce qu'il connaît leur sens. Après avoir stigmatisé « le contraste continu de dévotions et de cruautés, de crimes et de miracles, [...] chez ces scélérats qui ne prêchaient l'Évangile qu'après l'avoir déshonoré », Montesquieu tout en dénonçant dans « l'amour de la Patrie » l'alibi des plus grands crimes, écrit : « L'esprit du citoyen n'est pas de voir sa patrie dévorer toutes les patries... c'est de voir l'ordre dans l'État, de sentir de la joie dans la tranquillité publique, dans l'exacte administration de la justice, dans la sûreté des magistrats, dans la prospérité de ceux qui gouvernent, dans le respect rendu aux lois, dans la stabilité de la monarchie ou de la république. L'esprit du citoyen est d'aimer les lois, lors même qu'elles ont des cas qui nous sont nuisibles et de considérer plutôt le bien général qu'elles nous font toujours que le mal particulier qu'elles nous font quelquefois »⁶⁶.

Cette substitution d'un effet de connaissance à un effet de crainte est remarquable : du côté du législateur, cela signifie que ce n'est pas son génie mais un savoir juridique comparatiste qui opère en lui ; du côté du peuple, cela signifie que l'amour des lois est accordé à des mœurs particulières. On notera que cette égalisation de la connaissance et de l'amour est tout à fait spinoziste, occasion de rendre ironiquement hommage à la perspicacité des théologiens accusateurs de *L'Esprit des lois*.

A la rigueur, que certains juristes prétendent devoir être exemplaire, Montesquieu oppose une problématique de la réputation et de l'image de soi qui naturellement supposent des mœurs. La

⁶⁶ *Mes Pensées*, 618, p. 944.

CORPUS, revue de philosophie

L'atrocité des lois en empêche l'exécution. Lorsque la peine est sans mesure, on est souvent obligé de lui préférer l'impunité⁷¹ : les peines outrées peuvent corrompre le despotisme même. Il faut penser la mesure des peines en fonction de l'esprit des peuples. Les hommes étant l'effet des lois, il y a deux genres de corruption : l'un lorsque le peuple n'observe point les lois ; l'autre lorsqu'il est corrompu par les lois ; mal incurable parce qu'il est dans le remède même⁷².

Tout ce que la loi appelle une peine est effectivement une peine⁷³. Dans les Etats modérés, un bon législateur s'attachera moins à punir les crimes qu'à les prévenir ; il s'appliquera plus à donner des mœurs qu'à infliger des supplices. Il serait aisé de prouver que dans tous ou presque tous les Etats d'Europe, les peines ont diminué ou augmenté à mesure qu'on s'est plus approché ou éloigné de la liberté. C'est pourquoi il faut laisser agir la nature : les hommes sont sensibles à la honte, à l'infamie, au déshonneur, ressorts moraux plus puissants que les peines arbitraires⁷⁴. Au lieu de s'appliquer au spectacle du supplice, la force de l'imagination est appliquée à l'image de soi. C'est d'une certaine manière, retrouver le moteur antique des mœurs, la gloire, le renom. Les grands sont punis par la disgrâce, la perte imaginaire de leur fortune, de leur crédit, de leurs habitudes... Réputation et honte relaient l'épouvante du spectacle. Pour former des genres particuliers de peine, la honte vient de tous côtés, et c'est aussi la fonction de la clémence du prince de la susciter⁷⁵ : c'est pourquoi il appartient au magistrat de punir et au prince de faire grâce.

Francine MARKOVITS PESSEL
Université Paris Ouest Nanterre La Défense

⁷¹ *EL*, VI, 13, 562 VI, 13, 561.

⁷² *Ibid.*, p. 561.

⁷³ *Ibid.*, VI, 9, 560.

⁷⁴ *Ibid.* p. 561.

⁷⁵ *Ibid.*, VI, 21, p. 564.

**LE PLUS ANCIEN PROGRAMME
DE L'ABOLITIONNISME ITALIEN :
LE DISCORSO DELLA PENA DI MORTE
DE GIUSEPPE PELLI (1760-1761)**

Le nom de Giuseppe Pelli (qui devint, à la mort de son frère, Giuseppe Bencivenni Pelli) est surtout associé au journal intime qu'il a tenu pendant presque un demi-siècle, de 1759 à 1807, sous le titre *Efemeridi*¹. Cette chronique monumentale offre un document exceptionnel sur la culture et la vie quotidienne d'un patricien florentin du XVIII^e siècle, né cadet d'une famille aristocratique dont il fut le dernier représentant, orphelin de père et de mère dès l'âge de neuf ans, puis obligé d'interrompre ses études de droit par manque de ressources, et qui fit toute sa carrière professionnelle dans l'administration du grand-duché de Toscane.

Ce journal nous apprend que Pelli a lu l'ouvrage de Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, quelques jours seulement après la parution

¹ Ces Éphémérides font actuellement l'objet d'une publication intégrale en ligne sous la direction de Renato Pasta. Voir la description du projet à l'adresse : <http://www.bncf.firenze.sbn.it/pelli/it/progetto.html> (consulté le 30 septembre 2010). Les quarante-huit premiers volumes (couvrant les années 1759-1790, sur un total d'environ quatre-vingts volumes manuscrits) sont déjà disponibles et librement consultables. Sur ce journal intime des Lumières, voir R. Pasta, « Dalle carte di Giuseppe Pelli : lettura e censura a Firenze », dans *Lo spazio del libro nell'Europa del Settecento*, M. G. Tavoni et F. Waquet (éd.), Bologne, Pàtron, 1997, p. 153-182, repris dans R. Pasta, *Editoria e cultura nel Settecento*, Florence, Olschki, 1997, p. 193-223 ; « "Ego ipse... non alius". Esperienze e memorie di un lettore del Settecento », dans *Scritture di desiderio e di ricordo. Autobiografie, diari, memorie tra Settecento e Novecento*, M. L. Betri et D. Maldini Chiarito (éd.), Milan, F. Angeli, 2002, p. 187-206 ; S. Capecchi, *Scrittura e coscienza autobiografica nel diario di Giuseppe Pelli*, Rome, Ed. di storia e letteratura, 2006.

CORPUS, revue de philosophie

de la première édition. Il écrit ainsi, le 23 juillet 1764, à propos de ce petit livre de cent quatre pages imprimé sans nom d'auteur en Toscane (Livourne) :

Je l'ai lu avec attention, et l'ai trouvé très estimable. [...] Il se rencontre beaucoup avec mes manières de penser, et soutient mon opinion sur la peine de mort, quoique par une autre voie que celle que j'ai moi-même empruntée dans l'esquisse de dissertation dont j'ai parlé ailleurs. [...] Je regrette seulement qu'un autre que moi ait publié en Italie une opinion dont je souhaitais être l'auteur, par un certain désir inné de me rendre utile au genre humain. Mais si je n'ai pas cette gloire, j'ai au moins celle d'avoir examiné cette matière deux ans avant cet auteur et de façon plus approfondie, et d'y avoir même pensé plus tôt encore, comme on peut le voir dans ces mêmes *Efemeridi*.²

Le dépit et l'orgueil qui se mêlent ici à une sincère admiration ne sont pas le fruit d'une invention rétrospective. La masse énorme des archives de Pelli a effectivement fini par faire venir au jour une centaine de feuillets manuscrits contenant l'ébauche ou le brouillon d'une « dissertation » contre la peine de mort. Or les dates portées en marge concordent avec les informations consignées dans le journal intime : ces pages, restées totalement inédites, ont été rédigées en six semaines, entre le 24 novembre 1760 et le 6 janvier 1761 (donc non pas deux, mais plus de trois ans avant la parution des *Delitti*)³.

² G. Pelli, *Efemeridi*, 1^e série, vol. XII, p. 115-116. Sur Pelli et Beccaria, voir M. A. Timpanaro Morelli, « Pelli, Amidei, Beccaria », dans *Lettere a Giuseppe Pelli Bencivenni. 1747-1808. Inventario e documenti*, Rome, Pubblicazioni degli Archivi di Stato, 1976, p. 691-714 et F. Pio Pongolini, dans C. Beccaria, *Opere*, Edizione nazionale, vol. IV, *Carteggio*, 1^e partie (1758-1768), C. Capra, R. Pasta et F. Pio Pongolini (éd.), Milan, Mediobanca, 1994, notice de la lettre n° 85 (de G. Pelli à C. Beccaria, 24 mars 1766) et note 1, p. 271-273.

³ Elles sont conservées à Florence, Archivio di Stato, Archivio Pelli Bencivenni, cart. 13, ins. 170. Hormis une présentation pénétrante mais succincte de R. Pasta (« Beccaria tra giuristi e filosofi : aspetti della sua fortuna in Toscana e nell'Italia centrosettentrionale », dans *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, Milan-Rome-Bari, Cariplo-Laterza, 1990, p. 522-525), il n'existe à ce jour

Philippe Audegean

Elles offrent un témoignage important sur la diffusion précoce en Italie d'une sensibilité « abolitionniste ». Non seulement les idées de Beccaria contre la peine de mort ont trouvé en Italie des partisans (ce qui n'est pas le cas par exemple en France, semble-t-il, avant Brissot de Warville en 1780), mais elles ont aussi des précurseurs qui se sont même disputé le mérite de l'antériorité⁴. Or cette précocité italienne a manifestement trouvé son terrain de prédilection en Toscane, « où le débat sur *Dei delitti e delle pene* a été le plus profond et le plus libre »⁵. Ce débat a ainsi accompagné la préparation de la toute première loi d'abolition de la peine de mort, promulguée par le grand-duc Pierre-Léopold en 1786, et dont la tentative de Pelli apparaît comme un signe avant-coureur.

En parlant déjà, vingt-cinq ans avant cette loi, d'« abolir » la peine de mort⁶, le Florentin s'inscrivait pourtant aussi dans un vaste contexte européen. On assiste en effet, au XVIII^e siècle, à une importante diffusion des « sentiments humanitaires » de compassion, liée à une mutation des perceptions du corps et de l'intériorité⁷. Plus largement, le rôle assigné au souverain temporel subit de profondes transformations entre le XVII^e et le XVIII^e siècle : sa mission ne consiste plus à garantir le salut mais à « gérer » et

aucune étude sur les textes réunis dans ce fascicule, qui seront ici désignés par leur titre, éventuellement suivi du numéro de folio indiqué par l'auteur (en lettres ou chiffres romains : seul le recto est dans ce cas utilisé) ou à défaut par mes soins, et le cas échéant de la mention r(ecto) ou v(erso).

⁴ Pelli n'est en effet pas le seul prétendant italien au titre de premier abolitionniste. Le Sicilien Giovanni Tommaso Natale combat ainsi la peine de mort dans un ouvrage qui paraît en 1772 (*Riflessioni politiche intorno all'efficacia, e necessità delle Leggi penali* [Réflexions politiques sur l'efficacité et la nécessité des lois pénales]), mais qu'il prétend avoir rédigé dès 1759 : voir G. Giarrizzo, dans *La letteratura italiana. Storia e testi*, 46, *Illuministi italiani*, t. VII, Milan-Naples, Ricciardi, s.d. [1965], p. 966.

⁵ R. Pasta, « Beccaria tra giuristi e filosofi », art. cit., p. 520.

⁶ G. Pelli, « A chi legge », f. b.

⁷ Voir L. Hunt, *Inventing human rights. A history*, New York-Londres, W. W. Norton & Company, 2007.

CORPUS, revue de philosophie

« multiplier la vie »⁸. Ces évolutions des pratiques et des mentalités nourrissent alors le sentiment d'une nouvelle évidence abolitionniste, qui invite à regarder l'ancienne évidence comme un préjugé reposant sur la tradition, mais dépourvu de force rationnelle.

Pour donner une forme théorique à ce qui s'est ainsi d'abord imposé comme un sentiment, et pour le convertir en arguments et en démonstrations, plusieurs voies différentes étaient possibles. La « dissertation » de Pelli, restée inédite et donc sans influence, permet de découvrir l'une de ces stratégies possibles, qui est aussi sans doute l'une des plus modestes puisqu'elle ne s'accompagne pas d'un projet de réforme générale de la justice criminelle et se concentre sur la seule abolition de la peine de mort. Mais pourquoi ce précurseur de Beccaria a-t-il abandonné son travail en cours de route ?

1. On peut d'abord rappeler que le personnage est coutumier du fait : Pelli n'a publié qu'une infime partie des textes qu'il a

⁸ Voir M. Foucault, *Histoire de la sexualité. I. La Volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976, p. 181 : « Dès lors que le pouvoir s'est donné pour fonction de gérer la vie, ce n'est pas la naissance de sentiments humanitaires, c'est la raison d'être du pouvoir et la logique de son exercice qui ont rendu de plus en plus difficile l'application de la peine de mort. Comment un pouvoir peut-il exercer dans la mise à mort ses plus hautes prérogatives, si son rôle majeur est d'assurer, de soutenir, de renforcer, de multiplier la vie et de la mettre en ordre ? ». Je n'entre pas ici dans le débat sur la compatibilité entre les hypothèses de Michel Foucault et de Lynn Hunt (qui a développé les siennes par opposition aux précédentes). Je rappelle seulement que Pelli n'est pas le tout premier au monde à plaider pour l'abolition totale de la peine de mort, puisqu'il avait été précédé de 61 ans par J. Bellers, *Essays about the Poor, Manufactures, Trade, Plantations, & Immorality* [1699], § 15, dans *John Bellers. His life, times and writings*, G. Clarke (éd.), Londres-New York, Routledge & Kegan Paul, 1987, p. 102-104 (voir aussi le commentaire de l'éditeur, p. 81-82). Ce dernier avait d'ailleurs lui-même été précédé d'un autre demi-siècle par Gerrard Winstanley, qui s'était exprimé contre la peine capitale dans *The New Law of Righteousness*, avant de se rétracter dès 1652 dans *The Law of Freedom* : voir R. Zaller, « The debate on capital punishment during the English Revolution », *American Journal of Legal History*, vol. 31, n° 2, 1987, p. 141-142. Sur ces débats anglais, voir aussi dans le présent volume l'étude de Sabine Reungoat, que je remercie de m'avoir communiqué ces informations.

Philippe Audegean

rédigés. Sa production imprimée comprend une biographie de Dante, un « Dialogue des morts » à la manière de Fénelon, une histoire et un inventaire de la collection du musée des Offices : et c'est à peu près tout⁹. Mais cette pointe émergée dissimule une immense partie manuscrite, à commencer par le journal intime lui-même¹⁰.

2. Au-delà de cette explication générale, l'auteur lui-même avance deux raisons pour justifier l'inachèvement de son texte. La première est sa propre insatisfaction sur la cohérence et la solidité de son argumentation, comme il le reconnaît dans son journal au moment d'abandonner son travail, d'une manière qu'il espère encore provisoire et qui s'est révélée définitive :

J'ai travaillé jusqu'à aujourd'hui sur la dissertation déjà mentionnée [...] *Della pena di morte* [...] ; j'ai beaucoup écrit mais ne suis pas satisfait, et comme je n'ai clairement découvert le fil permettant de démontrer ce que j'affirme, 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 pour soutenir ma thèse, ou si je m'égaré.¹¹

3. La dernière raison de l'inachèvement du texte est confiée à Beccaria lorsque Pelli lui écrit en 1766 après avoir découvert son nom : c'est la prudence politique et professionnelle qui a finalement dicté sa décision d'interrompre son ouvrage. Nommé en janvier 1762 secrétaire d'une juridiction civile et criminelle de première instance, Pelli a craint que sa recherche théorique n'interférât avec ses obligations institutionnelles :

⁹ Voir R. Zapperi, « Bencivenni Pelli, Giuseppe », *Dizionario Biografico degli Italiani*, Rome, Istituto per l'Enciclopedia italiana, vol. VIII, 1966, p. 219-222.

¹⁰ Voir M. Filetti Mazza et B. M. Tomasello, *Gli scritti di Giuseppe Pelli Bencivenni. Anagrafe storica*, Florence, Giunta Regionale Toscana - Pagnini Editore, 2005. Dans la solitude des *Efemeridi*, Pelli justifie parfois son attitude prudente et dilettante par le souci de ne pas accroître la masse des livres inutiles, tout en commentant aussi, non sans ironie, sa tendance à l'inachèvement, à l'inconstance et au scepticisme : voir G. Pelli, *Efemeridi*, 1^e série, vol. II, p. 17 (14 décembre 1759) ; vol. XX, p. 111-113 (10 février 1768).

¹¹ *Ibid.*, 1^e série, vol. IV, p. 29 (6 janvier 1761).

CORPUS, revue de philosophie

[...] 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 [...] par quelque chose qui aurait fait scandale, étant donné les préjugés que le vulgaire ignorant a sucés avec le lait de sa mère.¹²

*

Le premier document conservé dans la liasse des manuscrits contre la peine de mort est un bref canevas, une espèce de « plan détaillé » de la « dissertation » de Pelli¹³. La démonstration repose sur la distinction entre « peines civiles » et « peines conventionnelles ». Les premières sont encourues au terme de la loi : elles n'existent donc que dans l'état civil. Les secondes sont encourues au terme d'une convention, d'un contrat souscrit entre particuliers (amendes, dédommagement, indemnisation, réparation positive, etc.). Cette distinction recoupe donc celle de l'état civil et de l'état de nature, mais aussi, au sein même de l'état civil, du droit pénal et du droit civil, et enfin du droit intérieur et du droit des gens.

L'objectif poursuivi par Pelli consiste à montrer que la « peine conventionnelle ne peut jamais s'étendre à la mort, parce que nul ne peut renoncer à ce droit ou le céder. Nul ne peut se tuer, donc nul ne peut convenir, ou permettre à un autre que dans un certain cas il le tue »¹⁴. Autrement dit, nul ne peut s'engager à perdre la vie en cas d'inobservance du contrat : la

¹² G. Pelli, lettre à C. Beccaria, 24 mars 1766, dans C. Beccaria, *Carteggio*, *op. cit.*, p. 271-272. Pelli donne la même explication à ses éventuels historiens. Il écrit en effet, au bas de la dernière page de ses textes sur la peine de mort, probablement au moment de les classer dans ses archives : « Ce travail est resté en suspens parce que, déplacé du Secrétariat d'État pour être muté à un poste de secrétaire près la *Pratica Segreta* de Pistoia et Pontremoli, qui me donnait aussi de l'influence dans les procès criminels, il ne me parut pas prudent de traiter une telle matière. »

¹³ Intitulé « *Scheletro di una Dissertazione sopra le Pene* » [Squelette d'une dissertation sur les peines], ce canevas paraît antérieur à la dissertation elle-même (« *une dissertation* »).

¹⁴ G. Pelli, « *Scheletro* », f. 1 r.

Philippe Audegean

perte de la vie ne saurait figurer dans une convention à titre de clause accessoire pré-autorisée par le consentement des parties. Or les peines civiles dérivent d'un « pacte conventionnel tacite » : elles ne peuvent donc pas davantage s'étendre à la mort.

Locke avait invalidé cette objection en affirmant que le droit de vie et de mort ne résulte pas d'un transfert au souverain du droit de se donner la mort (qui en effet n'existe pas), mais du droit naturel de punir les transgressions de la loi naturelle¹⁵. Aussi Pelli prend-il bien soin de préciser, à la suite de Pufendorf¹⁶, qu'il n'existe en réalité aucun droit naturel de punir. Le droit de punir résulte d'un transfert de droits qui crée un nouveau droit, inexistant à l'état de nature.

Il n'est pas sûr, toutefois, que cette précision dissipe les difficultés. Dans ce contrat social un peu étrange, qui est à la fois de droit privé et de droit public, les peines dérivent en effet d'autres peines qui n'en sont pas vraiment, puisqu'il n'en existe pas d'autres que les civiles. De quoi dérivent-elles alors au juste ? Qu'est-ce donc que ces « peines conventionnelles » qui ne sont pas de véritables peines ? S'agit-il seulement de clauses contractuelles dont, en l'absence de lois civiles, l'observance ne serait garantie que par le consentement des parties ? Mais alors comment passe-t-on de ce pacte sans force pénale au pacte social fondateur du droit de punir ? L'argument principal de Pelli contre la peine de mort repose ainsi sur une catégorie imprécise et indéfinissable.

*

¹⁵ Voir J. Locke, *Le second traité du gouvernement* [1690], IX, 128 et 130, traduit de l'anglais par J.-F. Spitz, Paris, PUF, 1994, p. 92-93.

¹⁶ Voir S. von Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens* [1672], VIII, III, 3, traduit du latin par J. Barbeyrac [1706], Bâle, E et J. R. Thourneisen, 1732, t. II, p. 372.

CORPUS, revue de philosophie

Le deuxième document de la liasse est un autre canevas, plus court que le précédent¹⁷. La démonstration repose à nouveau sur la différence entre état de nature et état civil. Puisqu'il n'y a, dans le premier état, aucun supérieur, il ne peut y avoir aucune peine. « Les peines sont donc de droit positif »¹⁸ et n'existent que dans l'état civil. Cette insistance contraint alors Pelli à modifier son argumentation : il ne souffle plus mot des peines conventionnelles et passe directement de cette différence entre nature et société à l'examen du but des peines. Puisque les peines ne relèvent pas du droit naturel, elles n'ont en effet pour seul critère que leur finalité civile et politique¹⁹.

Quelle est cette finalité ? Le précédent canevas avait dénombré trois buts des peines, conformément à Grotius²⁰, mais aussi conformément à la genèse contractuelle du droit pénal et donc à l'affinité entre droit civil et droit pénal : la correction du coupable, la satisfaction de l'offensé, l'exemple donné aux autres. Dans le nouveau canevas, ces buts des peines se réduisent à deux, comme plus tard chez Beccaria : la sécurité et l'exemple, soit la prévention spéciale et la prévention générale, la mise hors

¹⁷ Intitulé « *Prospetto della mia Dissertazione sopra la Pena di morte [...]* » [Aperçu de ma dissertation sur la peine de mort], ce canevas présenté sous forme axiomatique semble postérieur à la dissertation elle-même (« *ma dissertation* »).

¹⁸ G. Pelli, « *Prospetto* », f. 1 r.

¹⁹ Dans cette nouvelle argumentation, le fossé se creuse donc entre droit naturel et droit pénal, mais aussi entre droit civil et droit pénal : les peines ne peuvent être conçues en termes contractuels (consentement du condamné, dédommagement, indemnisation, transaction, satisfaction de la victime, etc.). Sur cet aspect fondamental de la « rationalité pénale moderne », voir A. P. Pires, « La formation de la rationalité pénale moderne », dans *Histoire des savoirs sur le crime et la peine* [1998], Ch. Debuyst, F. Digneffe et A. P. Pires (éd.), vol. 2, Bruxelles, Darcier, 2008, p. 21-254.

²⁰ Voir H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix* [1625], II, xx, vii, 1 ; viii, 1 ; ix, 1, traduit du latin par J. Barbeyrac, Amsterdam, P. de Coup, 1724, t. II, p. 574, 576 et 580 : « corriger le coupable » ; « faire en sorte que [l'offensé] ne soit désormais exposé[e] à rien de semblable » ; faire en sorte que nul autre ne soit désormais exposé à rien de semblable.

Philippe Audegean

d'état de nuire du coupable et la dissuasion. Or il existe d'autres moyens moins violents que la mort pour atteindre ces fins : la peine de mort est donc inutile et illégitime.

*

Qu'en est-il maintenant de la « dissertation » elle-même, intitulée *Discorso della pena di morte stabilita per i delitti* [Discours sur la peine de mort établie contre les délits] ?

Comme dans le premier canevas, Pelli part de la distinction entre peines civiles et peines conventionnelles. Ces dernières ne sont pourtant pas de véritables peines : il n'existe en effet aucun droit naturel de punir. Cette thèse permet de montrer, contre Grotius, que la punition ne peut constituer le motif d'une guerre juste, parce qu'il n'existe aucun droit international de punir²¹. Les peines conventionnelles méritent toutefois leur nom parce qu'elles sont « une espèce de peines »²² : ce sont par exemple les garanties, les cautions, les hypothèques, les otages. Tout contrat suppose en effet un droit d'obtenir réparation en cas d'inobservance : il suppose un droit au dédommagement, à l'indemnisation. Toutefois, cette réparation ne peut être légalement obtenue qu'avec le consentement du coupable : c'est pourquoi la corruption humaine a exigé l'institution d'une force supérieure capable d'infliger des peines proprement dites.

Pelli développe alors une théorie des peines conventionnelles constituée de deux affirmations. La première soutient que ces peines « ne peuvent jamais s'étendre à la mort »²³, pour trois raisons : nul n'est d'abord maître de sa propre vie, qui est un « don que nous avons en dépôt plutôt qu'en notre possession »²⁴ ; nul ne peut en outre renoncer au droit de se défendre ; enfin, la mort est contradictoire avec l'idée même de réparation. La seconde affirmation établit que la plus naturelle de ces peines est l'exil.

²¹ Voir G. Pelli, *Discorso della pena di morte*, § 9, f. 30-31.

²² *Ibid.*, § 5, f. 15.

²³ *Ibid.*, § 6, f. 16.

²⁴ *Ibid.*, § 6, f. 17.

CORPUS, revue de philosophie

Pelli passe alors aux peines civiles, soit aux peines proprement dites, dans le but de montrer qu'elles ne peuvent pas non plus s'étendre à la mort. Or son argumentation est très différente de celle du premier canevas. La thèse précédente, selon laquelle les peines conventionnelles ne peuvent s'étendre à la mort, ne lui est plus d'aucune utilité : les peines civiles sont en effet les seules véritables peines et ne dérivent donc pas des peines conventionnelles. Certes, il commence par affirmer que la peine d'exil, soit la peine conventionnelle la plus naturelle, remplit également les fonctions assignées aux peines civiles²⁵ : mais cette analogie semble purement nominale. Pelli ne renonce pourtant pas tout à fait à l'argument jusnaturaliste et contractualiste, qui constitue bien l'une des sept preuves qu'il avance contre la peine de mort : mais loin de se présenter comme le cœur même de la réfutation (comme c'était le cas dans le premier canevas), cet argument n'apparaît qu'en deuxième position – et n'est d'ailleurs pas le même que celui du canevas.

Quelles sont ces sept preuves contre la peine de mort ?

1. La première preuve est fondée sur l'examen des trois buts des peines distingués par Grotius. Le *Discorso della pena di morte* développe une théorie intermédiaire entre le premier et le second canevas : ces trois buts sont la correction du coupable, la sécurité de tous et l'exemple donné aux autres. Pelli réintègre donc la

²⁵ Voir *ibid.*, § 9, f. 28 : « En faisant voir quels sont les buts des peines et que ces buts peuvent fort bien être obtenus par celles adoptées dans le paragraphe précédent [soit l'exil et autres formes d'exclusion], j'entreprendrai de démontrer que la peine de mort introduite dans le même esprit ne correspond pas bien à ces buts, ce qui sera la première et la plus directe des preuves de mon affirmation. » Or, comme Pelli l'avait rappelé dans le « Scheletro » (f. 1 v), les diverses sociétés forment désormais une seule société : la peine d'exil n'est donc plus praticable. L'argument est repris dans le *Discorso*, mais de manière allusive (§ 12, f. 41-42). Pelli ne part donc pas de la peine maximale (soit la peine de mort) pour montrer qu'une peine inférieure peut suffire à remplir les fonctions qu'on lui assigne, mais au contraire de la peine minimale des délits les plus graves (l'exil), pour montrer que cette peine suffit et qu'il n'est donc pas nécessaire de recourir à la mort.

Philippe Audegean

correction, mais substitue la sécurité à la satisfaction²⁶. Il semble ainsi accentuer la distinction entre droit civil et droit pénal : l'essence du droit pénal ne tend pas à la réparation du dommage causé, qui est l'affaire du droit civil. Les peines conventionnelles ont pour but la satisfaction ou le dédommagement, mais justement ce ne sont pas de véritables peines. Quant aux véritables peines, elles ont sans doute été instituées pour obtenir ces satisfactions, mais elles ont aussitôt poursuivi d'autres buts plus généraux qui sont devenus les seuls : la défense de l'État, l'établissement de la concorde sociale, le respect de la morale publique. Or la peine de mort ne permet pas de les atteindre. Il est en effet d'abord évident qu'on ne corrige pas quelqu'un en lui ôtant la vie. Mais il est également évident que l'exemple administré par la peine capitale n'a jamais éradiqué les délits. Enfin, la sécurité ne requiert pas non plus la mise à mort du condamné, parce qu'il existe d'autres moyens moins violents permettant également de l'obtenir : or tout gouvernement doit s'efforcer de « procurer le plus grand bien avec le moindre mal », comme le fait la Providence elle-même, et donc « sans faire éprouver inutilement des supplices non nécessaires »²⁷.

2. La deuxième preuve est fondée sur une version jusnaturaliste du contrat social. La loi naturelle oblige en effet à la conservation de soi : en consentant au pacte social, les hommes ne sauraient donc s'être dépouillés du droit de se défendre. Or ils auraient nécessairement dû le faire s'ils avaient accepté de subir la peine de mort en cas de transgression de certaines lois :

[...] comment les hommes pouvaient-ils fonder une société dans le but de se procurer une plus grande sécurité que

²⁶ Même terminologie dans les « *Obbiezioni e risposte* » [Objections et réponses], § « *Segue il medesimo argomento* », f. 20, contre l'idée que « le but premier [des puissances civiles] est de rendre l'offense [*ribattere l'ingiuria*] et non de procurer la sécurité, l'exemple, et la correction des hommes ». Dans la suite du *Discorso*, Pelli reprend néanmoins le terme de « satisfaction », tout en prenant soin de le définir comme la sécurité même de l'offensé ; il reprend enfin le terme de « sécurité » à propos de l'exemple.

²⁷ G. Pelli, *Discorso della pena di morte*, § 10, f. 34.

CORPUS, revue de philosophie

celle dont ils jouissaient dans l'état de nature, et dans le même temps déposer le droit qu'ils avaient à leur propre défense en remettant à l'arbitraire d'autrui [*rilasciare all'arbitrio altrui*] leur propre vie dont eux-mêmes n'avaient en aucune façon la faculté de disposer ?²⁸

Le droit de légitime défense est ainsi contradictoire avec la peine de mort²⁹.

3. La troisième preuve est « utilitariste » : la peine de mort, « très barbare parce qu'inutile [...], sacrifie de nombreux individus qui autrement auraient survécu en apportant des avantages à la société »³⁰. Non seulement, en effet, la mort du coupable ne répare

²⁸ *Ibid.*, § 11, f. 39. Cf. C. Beccaria, *Des délits et des peines*, traduit de l'italien par Ph. Audegean, Lyon, ENS Éditions, 2009, § xxviii, p. 229 : « Qui a jamais voulu laisser à l'arbitraire d'autres hommes le droit de le tuer [*ad altri uomini l'arbitrio di ucciderlo*] ? ». Selon Luigi Ferrajoli, cet argument est « le fondement philosophique le plus solide et le plus irréfutable du refus de la peine de mort » (« Il fondamento del rifiuto della pena capitale », dans *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, P. Costa (éd.), Milan, Feltrinelli, 2010, p. 61).

²⁹ Si est illégitime toute peine qu'on n'est pas obligé de subir, alors, comme Pelli le précise aussitôt, chacun est obligé de subir la peine (légitime) encourue pour son délit. Or il ajoute que, si nul n'est obligé de se punir soi-même, c'est justement parce qu'on ne peut obliger personne à manquer à sa propre défense. Cet argument est étrange, puisqu'il semble supposer qu'on a toujours le droit de se défendre, même lorsqu'on a commis un délit qui n'est pas puni de mort.

³⁰ G. Pelli, *Discorso*, § 12, f. 41. D'après son journal intime, cet argument aurait été le tout premier à inspirer l'hostilité de Pelli contre la peine de mort : « J'oubliais de dire que, au cours de cette journée, certains de mes amis ont soutenu qu'il serait préférable de ne jamais condamner à mort le coupable d'un délit, quel qu'il soit, et de le conserver pour les travaux publics. Je suis moi aussi de cet avis, et j'ai autrefois voulu rédiger une dissertation sur ce thème. Mais pour ne pas aller à contre-courant, j'ai préféré m'abstenir de cet effort, qui ne serait certainement pas mince si l'on voulait mettre dans sa vraie lumière naturelle la matière des peines, ainsi que l'inutilité d'ôter la vie d'un homme pour un délit qu'il a commis, alors qu'il pourrait de mille manières compenser en partie le dommage qu'il a apporté à la société » (*Efemeridi*, 1^o série, vol. I, p. 114, 15 septembre 1759). Lorsqu'il s'attelle au projet autrefois caressé, il hésite d'ailleurs

Philippe Audegean

pas la mort de la victime, mais elle prive la société à la fois d'un exemple et d'un travailleur : « Ne serait-il pas mille fois plus profitable de se servir des scélérats pour les ouvrages publics où, en donnant le spectacle de leur misère, ils serviraient de continuel exemple aux autres [...] ? »³¹. La peine de mort est en somme une absurdité qui ajoute un mal à un autre mal : « Il n'est pas rare que les lois, pour punir quelqu'un qui a tué un citoyen,

encore sur le caractère injuste de la peine de mort : « Une conversation échangée ce matin avec un ami m'a résolu à mettre la main à une dissertation *Sopra la pena di morte* pour démontrer qu'elle est exorbitante, non nécessaire, et peut-être injuste pour quelque délit que ce soit » (*ibid.*, 1^{re} série, vol. III, p. 174, 24 novembre 1760). L'intuition originaire de Pelli l'a néanmoins incité à développer un raisonnement plus vaste où l'argument utilitaire ne forme qu'un élément parmi d'autres. La situation est très différente chez Beccaria : quelle qu'ait été son intuition originaire, l'armature principale de son raisonnement est constituée par l'utilitarisme. L'argument utilitariste de Beccaria contre la peine de mort n'a cependant pas la forme économique qu'il a chez Pelli, mais une forme anthropologique et empiriste héritée d'Helvétius : Beccaria n'invoque jamais l'opportunité économique d'une réparation par le travail, mais seulement l'effet dissuasif produit par les forçats. On retrouve en revanche cette forme économique de l'argument dans le *Commentaire* de Voltaire, ainsi peut-être que dans la traduction de Beccaria par Collin de Plancy : « Le spectacle affreux, mais momentané de la mort d'un scélérat, est pour le crime un frein moins puissant que le long et continuel exemple d'un homme privé de sa liberté, devenu en quelque sorte une bête de somme ; et réparant par des travaux pénibles le dommage qu'il a fait à la société » (C. Beccaria, *Des délits et des peines*, traduit de l'italien par J.-A.-S. Collin de Plancy [1822], Paris, Éditions du Boucher, 2002, § XVI, p. 56 ; voir ma propre traduction de ce passage du § XXVIII dans la note suivante).

³¹ G. Pelli, *Discorso*, § 12, f. 45. La suite de la phrase oppose, comme le fera Beccaria, le « continuel exemple » des travaux forcés au « spectacle momentané » de la peine capitale. Cf. C. Beccaria, *Des délits et des peines*, trad. Ph. Audegean, ouvr. cit., § XXVIII, p. 231-233 : « Ce n'est pas le spectacle terrible mais passager de la mort d'un scélérat, mais le long et pénible exemple d'un homme privé de liberté, qui, transformé en bête de somme, rétribue par son labeur la société qu'il a offensée, qui est le frein le plus fort contre les délits. »

CORPUS, revue de philosophie

en retirent un autre à la société, en faisant un nouveau et inutile dommage pour réparer le premier qui, par tout autre moyen que celui-ci, pouvait être suppléé. »³²

4. La quatrième preuve est implicitement et directement tirée de Montesquieu³³. Pelli rappelle en effet que, quoique contre nature, le régime despotique n'en repose pas moins sur des principes assurant sa conservation. Or au nombre de ces principes figure la peine de mort infligée contre toute action tendant à secouer le joug de la servitude. Les peines les plus sévères ne sont donc pas les plus naturelles : la peine de mort « ne peut être la plus propre aux sociétés les plus modérées »³⁴. L'histoire prouve en effet que les États les plus despotiques ont été et sont encore ceux où la peine de mort est la plus fréquemment infligée.

5. La cinquième preuve est à nouveau tirée de Montesquieu, mais aussi du « principe incontestable » de la proportion des délits et des peines³⁵. La mort est en effet une peine qu'il est impossible de faire varier : elle ne sera donc « qu'une peine pour un seul délit, mais pas pour de nombreux délits de genres variés,

³² Pelli ajoute que non seulement la peine de mort n'a jamais empêché les délits, mais qu'elle fournit en outre des raisons aux scélérats pour justifier leurs desseins : voir *Discorso*, § 12, f. 45-46.

³³ Voir G. Pelli, *Efemeridi*, 1^e série, vol. I, p. 156 (26 octobre 1759), à propos de *L'Esprit des lois* : « [...] je le considère comme le plus beau fruit du génie qui soit apparu depuis plusieurs siècles. Il fait pour ainsi dire mes délices. »

³⁴ G. Pelli, *Discorso*, § 13, f. 48. Le même argument est repris dans le paragraphe suivant (§ 14, f. 53) : « [...] il n'est pas juste que les gouvernements les plus modérés, et donc les plus aptes à faire croître le bonheur parmi les hommes, [...] mettent en œuvre les mêmes moyens qui servent aux tyrans pour maintenir une constitution monstrueuse et contre nature. »

³⁵ Voir *ibid.*, § 14, f. 50 : « En effet, si un délit plus léger est châtié autant qu'un plus grave, le scélérat se déterminera toujours à commettre le second s'il y trouve un plus grand espoir de le dissimuler, ou un plus grand intérêt et avantage. » Cf. C. Beccaria, *Des délits et des peines*, trad. Ph. Audegean, ouvr. cit., § VI, p. 163 : « Si une peine égale est assignée à deux délits qui offensent inégalement la société, les hommes ne trouveront pas un obstacle plus fort pour ne pas commettre le délit le plus grave, s'ils trouvent que celui-ci s'accompagne d'un plus grand avantage. »

Philippe Audegean

puisqu'on ne peut [...] la mitiger ou l'accroître pour servir à châtier proportionnellement des actes coupables de diverses espèces, et de malice différente, ou de conséquence différente »³⁶. Or des peines plus légères suffisent à prévenir les pires délits :

Il faut se convaincre que les hommes doivent être gouvernés avec une certaine douceur prudentielle et non avec une extrême rigueur, car comme l'a écrit le président de Montesquieu, c'est l'impunité ou l'indolence et non la modération des peines qui est la cause de tous les excès [...]»³⁷.

6. La sixième preuve est fondée sur la relativité des législations pénales, qui invite à « demander s'il est souhaitable qu'un homme perde la vie sous un gouvernement pour une action qui n'aurait pas été punie ailleurs ? »³⁸. Cet argument est néanmoins fondé sur une prémisse qui n'est pas explicitée, et qui accorde à la mort un statut exceptionnel dans l'économie des peines : pourquoi en effet la relativité des normes civiles ne devient-elle scandaleuse que sous le regard suprêmement égalisateur de la mort ?

7. La septième et dernière preuve est un « argument plus particulier » qui consiste à montrer que la peine de mort n'est pas

³⁶ G. Pelli, *Discorso*, § 14, f. 51. Cf. C. Beccaria, *Des délits et des peines*, trad. Ph. Audegean, ouvr. cit., § xxvii, p. 227 : « Une fois atteint ce point extrême [“la limite de l'organisation et de la sensibilité humaines”], on ne trouverait plus pour les délits plus dommageables et plus atroces une peine plus lourde qui leur correspondît, et qui serait nécessaire pour les prévenir. »

³⁷ G. Pelli, *Discorso*, § 14, f. 52.

³⁸ *Ibid.*, § 15, f. 54. On pourrait appliquer à l'intérieur même des frontières d'un État cet argument de droit international. Ainsi, dans les années 1990, on a dénombré chaque année aux États-Unis 22 000 homicides, 15 000 personnes mises en examen pour homicide, 13 500 procès pour homicide, 10 000 personnes reconnues coupables d'homicide, dont entre 2 000 et 4 000 susceptibles d'encourir la peine de mort, 300 sentences de condamnation à mort et 55 exécutions capitales (d'après H. A. Bedau, « An abolitionist's survey of the death penalty in America today », dans *Debating the Death Penalty*, H. A. Bedau et P. G. Cassel (éd.), Oxford, OUP, 2004, p. 26-27).

CORPUS, revue de philosophie

adaptée aux délits qui ont coutume de la faire encourir³⁹. Le manuscrit, inachevé, n'aborde ici que la question de l'hérésie et du suicide⁴⁰.

*

En combattant une évidence solidement enracinée dans les pratiques et dans les esprits, Pelli s'expose néanmoins, de son propre aveu, au mépris que méritent les paradoxes⁴¹ : aussi s'efforce-t-il d'anticiper les objections possibles dans une série de réponses placées à la suite du *Discorso* et laissées inachevées. Le manuscrit ne développe qu'une seule des réfutations envisagées. Elle est dirigée contre l'objection appelée à se présenter en premier lieu, sans doute parce qu'elle offre sa plus immédiate évidence à la peine capitale. Or cette évidence n'est pas liée, selon Pelli, à la puissance de dissuasion qui accompagne la terreur de la mort⁴². Elle puise en effet sa force apparente de conviction dans l'argument

³⁹ Pelli distingue trois genres de délits selon qu'ils transgressent les trois genres de lois naturelles : la reconnaissance à l'égard du Créateur (hérésie), les lois dérivant des rapports des hommes avec eux-mêmes (suicide), les devoirs que nous avons à l'égard des différents êtres qui peuplent la terre. Ces derniers délits sont eux-mêmes distingués en trois classes selon qu'ils concernent la société en corps ou celui qui la représente (lèse-majesté), les autres citoyens, ou enfin les lois qui qualifient juridiquement des choses par elles-mêmes indifférentes. Ces trois « classes » sont celles de Beccaria, qui élimine les deux autres « genres » de délit.

⁴⁰ 1. On ne persuade pas les esprits par la force, mais seulement par la doctrine. 2. Le suicide ne peut être puni de mort, et punir de mort la tentative serait contradictoire.

⁴¹ Voir G. Pelli, « A chi legge », f. a : « Le discours que j'ai imaginé et rédigé sera certainement regardé par beaucoup comme un effort de l'intelligence pour soutenir en public une fausseté ou un paradoxe » ; *Discorso*, § 1 (« Introduzione »), f. 3 : « Le sujet que j'ai choisi aura pour beaucoup tout l'air de singularité qui suffira pour le faire mépriser [...] »

⁴² Cf. au contraire G. T. Natale, *Riflessioni politiche intorno all'efficacia, e necessità delle Leggi penali*, dans *Miscellanei di varia letteratura*, t. VIII, Lucques, G. Rocchi, 1772, p. 53 : « C'est une opinion presque universelle : la peine capitale est censée être la plus efficace [...], et c'est sur ce fondement que, pour la plupart, sont formées les lois criminelles de presque tous les pays. »

Philippe Audegean

du Talion et de la vengeance⁴³. C'est donc à cet argument qu'il faut d'abord répondre, en montrant que sa force intuitive est en réalité trompeuse et qu'il ne résiste guère aux assauts de la raison : « [...] une telle doctrine est fondée sur de si faibles appuis que la jeter bas sera une entreprise aisée. »⁴⁴

En choisissant toutefois de commencer par cette objection, Pelli semble admettre que ses adversaires ont déjà accepté de réduire le recours à la peine de mort aux seuls cas d'homicides. Reste à répondre à leur argument fondé sur les sentiments de l'offensé, sur sa colère, sur son droit à exiger réparation. La douceur exigée en faveur du coupable ne constitue-t-elle pas un déni de compassion à l'égard de la victime ?

Pelli répond à cette objection dans l'avis « au lecteur » et dans le paragraphe introductif du *Discorso*. Dans l'avis au lecteur, il analyse en psychologue et en moraliste les sentiments inspirés par le sort des criminels. Lorsqu'un délit est commis, nous éprouvons d'abord un sentiment de colère qui nous porte à la cruauté et nous inspire une soif de vengeance. Mais lorsque le criminel monte à l'échafaud, nous éprouvons un sentiment de compassion qui nous inspire alors une réaction de clémence et de pardon : aussi spontanément que nous souhaitons les souffrances du fautif, nous souhaitons désormais sa grâce⁴⁵. Ces deux sentiments successifs sont tous deux également propres au cœur humain : ce sont des sentiments naturels. Mais quel est le plus juste et le plus raisonnable ? C'est évidemment le second,

⁴³ Tel semble donc être, pour Pelli, le véritable substrat argumentatif des doctrines pénales de la rétribution. Sur ce lien entre vengeance et rétribution, voir E. Cantarella, *Il ritorno della vendetta. Pena di morte : giustizia o assassinio ?*, Milan, Rizzoli, 2007.

⁴⁴ G. Pelli, « Obbiezioni e risposte », § « Della pena del taglione », f. 2.

⁴⁵ Dans un autre passage, Pelli reprend cette analyse du point de vue même de la victime en disant qu'à « l'esprit de vengeance » succèdent ou se joignent « l'humanité et la religion » : « Seul l'esprit de vengeance peut me suggérer de désirer le sang de celui qui a attenté à ma vie, à ma tranquillité ; mais l'humanité et la religion m'inspirent le pardon » (*Discorso*, § 12, f. 42-43).

CORPUS, revue de philosophie

répond Pelli à la suite de Grotius⁴⁶. Le premier relève en effet de la « corruption générale du cœur humain »⁴⁷, de la dépravation humaine consécutive au péché originel, tandis que le second relève de cet effort moral et spirituel par lequel nous tentons continuellement de redevenir humains.

L'homme est en effet universellement corrompu, dégradé au-dessous de lui-même, il est « sujet à toutes les tempêtes des grandes et des petites passions, guidé par un amour-propre aveugle, par l'intérêt, et par le plaisir »⁴⁸. Nul ne peut prétendre être moralement supérieur à ses semblables : chacun *doit* donc éprouver de la compassion pour celui qui a fauté. Il s'agit d'un devoir d'humanité, fondé sur notre commune appartenance à l'espèce des êtres raisonnables : « [...] chacun pouvant être sujet à commettre les délits les plus noirs s'il n'est pas protégé par une force supérieure, on doit tous éprouver de la compassion [*ritrovare compatimento*] aussi bien pour les actes méchants que pour les malheurs involontaires de la pauvreté et de la maladie. » Cette compassion est ainsi doublement fondée : nous devons d'abord éprouver de la compassion pour notre semblable, notre frère, parce que nous reconnaissons en lui des passions que nous subissons aussi ; et nous devons ensuite éprouver de la compassion pour celui qui est toujours aussi une victime, quelqu'un qui a subi la puissance de ses mauvais penchants. La compassion est donc plus raisonnable que la colère, parce que celle-ci provient de cette même corruption du cœur humain qu'elle prétend combattre et noyer dans le sang.

⁴⁶ Voir H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, II, xx, 5, ouvr. cit., t. II, p. 571-573.

⁴⁷ G. Pelli, « A chi legge », f. c.

⁴⁸ *Ibid.*, f. f. Cette présentation traditionnelle et manichéenne de la corruption humaine conduit Pelli à privilégier la dimension morale des délits aux dépens de leur dimension sociale et économique. Alors que, pour lui, les délits ne sont que le produit des passions, ils sont au contraire, pour Beccaria, le produit de l'intérêt mal compris, d'autant plus facilement égaré par de mauvaises lois qu'il est, chez les plus démunis, plus pressant et plus vital.

Philippe Audegean

Cette analyse est reprise dans l'« introduction », mais d'un point de vue historique et politique. Il est d'abord inexact, en dépit de la diffusion du christianisme et de l'esprit philosophique, que la douceur l'ait aujourd'hui emporté sur l'esprit de vengeance⁴⁹. Il appartient donc à la législation d'opérer ce tournant qui n'a pas encore eu lieu. Les lois doivent, comme l'a montré Montesquieu dans *L'Esprit des lois*, se régler sur les principes de la douceur évangélique et non de la rigueur des barbares. Elles doivent donc « respecter la vie des hommes plus qu'on ne l'a fait jusqu'à présent » et abolir la peine de mort, parce que c'est une « évidence morale » que cette peine est « exorbitante, et non nécessaire »⁵⁰.

Cette analyse tend ainsi à montrer que les partisans de la peine de mort fondent leur justification sur l'idée de vengeance. C'est pourquoi, sous forme schématique dans les deux canevas, puis de manière plus élaborée dans la série de réponses aux objections placées à la suite du *Discorso*, Pelli s'attache à réfuter l'argument du Talion, auquel il semble opposer huit objections.

1. Le Talion est d'abord impraticable, parce qu'on ne peut mesurer précisément les affronts et les offenses.

2. Plus généralement, la douleur n'est pas susceptible de réparation.

3. Le Talion est en outre contradictoire avec l'axiome enjoignant de ne point faire aux autres ce que nous ne voudrions pas qu'on nous fit.

4. Il poursuit une fin qui peut être obtenue par des moyens moins violents.

5. Il ne peut être justifié que par la colère, mais la colère est un appétit de la nature corrompue qui ne peut donc rien justifier, parce que les « appétits de la nature corrompue n'induisent aucun droit »⁵¹.

6. Il rend impossible le respect du principe de proportionnalité.

⁴⁹ Pelli répond ici manifestement à G. Buondelmonti, *Ragionamento sul diritto della guerra giusta* [1756], Florence, A. Bonducci, 1757, p. 26-28.

⁵⁰ G. Pelli, *Discorso*, § 1 (« Introduzione »), f. 3.

⁵¹ G. Pelli, « Prospetto », f. 1v ; « Obbiezioni e risposte », § « Della vendetta », f. 5.

CORPUS, revue de philosophie

7. Il n'est pas justifié par les Écritures.

8. Enfin, son application exigerait en de nombreux cas l'accomplissement d'un nouveau délit.

*

La manière dont Pelli a ainsi tenté de donner une forme rationnelle à la nouvelle évidence morale alors en voie de formation permet de définir ce qui, à ses yeux, constitue la tâche principale de la raison abolitionniste.

Pour Beccaria, cette tâche consiste à démontrer que la peine de mort n'est pas si dissuasive qu'on le croit généralement. Celle-ci ne sera en effet disqualifiée que si l'on peut prouver qu'elle ne permet pas de sauver plus de victimes qu'elle ne sacrifie de coupables. Aussi le Milanais insiste-t-il sur la fonction préventive des peines, à l'exclusion de toute forme d'amendement ou de correction (qui pouvait pourtant, comme on l'a vu chez Pelli, offrir une évidence lumineuse contre la peine capitale). L'évidence humanitaire impose en effet un bilan comptable, une comparaison des pertes et des bénéfices : voilà pourquoi le premier abolitionniste de l'histoire est également un précurseur de l'utilitarisme.

Deux obstacles s'opposent toutefois à cette démonstration⁵². Le premier est l'insuffisance, au XVIII^e siècle, des données statistiques. Beccaria fonde ainsi sa démonstration sur des considérations psychologiques déduites de la philosophie empiriste. Mais le second obstacle est la persistance de l'ancienne évidence : à supposer même qu'on démontre la faible capacité dissuasive de la peine de mort, reste encore à résister aux arguments traditionnels fondés sur la rétribution. Il faut donc convertir l'intuition abolitionniste en théorie, la nouvelle évidence en raisonnement, le sentiment humanitaire en démonstration : Beccaria se livre à

⁵² Il faut néanmoins souligner qu'elle le conduit à un développement décisif sur les conséquences délétères et criminogènes de la peine de mort comme source de corruption morale : en ordonnant solennellement ce que lui-même réprouve et abhorre, l'État donne un « exemple d'atrocité » qui abaisse la valeur même de la vie humaine (voir C. Beccaria, *Des délits et des peines*, trad. Ph. Audegean, ouvr. cit., § XXVIII, p. 237-239).

Philippe Audegean

cette tâche lorsqu'il montre que les peines n'ont pas pour but la douleur même du coupable, et que le droit de vie et de mort n'appartient pas aux prérogatives de la souveraineté⁵³.

Au contraire de Beccaria, Pelli ne juge pas essentielle la question de la dissuasion, qu'il ne traite que de manière superficielle et secondaire. Son souci principal consiste en effet à démontrer que la peine de mort est injuste. Mais comment mener une telle démonstration ? La principale ressource est offerte par les théories du droit naturel moderne, parce que ces théories ont insisté sur l'impératif de la conservation vitale et du *conatus*. Une telle ressource soulève néanmoins deux difficultés.

1. Elles contraignent d'abord à articuler l'idée de conservation et celle de consentement⁵⁴, ce qui oblige à traiter le droit pénal en termes de droit civil⁵⁵. Or tout l'effort du droit naturel moderne avait consisté à distinguer les deux plans du droit pénal et de la sphère précivile de la vengeance (un délit n'offense pas seulement un particulier mais l'État en général, qui ne venge donc pas la victime mais restaure l'ordre public).

2. D'où la seconde difficulté. Si la peine n'est justifiée que par le consentement, pourquoi seuls la mort et les supplices corporels en seraient-ils exclus ? Qu'est-ce qui justifie le statut exceptionnel de la mort dans l'économie des peines ? Le critère du consentement ne conduit-il pas à rejeter la légitimité de toutes les peines ?⁵⁶

Face à l'échec de cette deuxième stratégie, une troisième voie est enfin prometteuse. Une convergence saisissante unit ainsi la plupart des tentatives italiennes, à commencer par celles de Pelli, Natale et Beccaria. Quoique de manière distincte, mais

⁵³ Voir *ibid.*, § XII, p. 179 et § XXVIII, p. 229.

⁵⁴ Si en effet tous les êtres désireux de se conserver avaient un droit inaliénable à la vie, on n'aurait, par exemple, plus le droit de tuer les animaux.

⁵⁵ Tel est ainsi le ressort de l'objection de Hegel, mais aussi (dans un tout autre sens) de Bentham, contre Beccaria.

⁵⁶ Tel est le ressort de l'objection de Filangieri et de Kant contre Beccaria. Voir, dans le présent volume, l'étude d'Alessandro Tuccillo.

CORPUS, revue de philosophie

toujours décisive, ces trois auteurs se réfèrent tous à Montesquieu, qui permet en effet de revendiquer l'intuition abolitionniste comme telle tout en lui donnant une forme concrète et historique. C'est parce que nous sommes éclairés, civilisés, et que nous vivons sous des gouvernements modérés que nous ressentons l'évidence abolitionniste, ainsi justifiée par la bonté même des mœurs qui l'inspirent. L'évidence peut alors être formulée comme un enthymème en forme de chiasme : c'est dans les tyrannies qu'on met à mort, on ne doit donc pas mettre à mort dans les régimes modérés.

**Philippe AUDEGEAN
Université Sorbonne Nouvelle-Paris 3**

**LE « DROIT DE VIE ET DE MORT »
EST-IL UN DROIT DE PUNIR ?
(SUR ROUSSEAU, *DU CONTRAT SOCIAL*, II, V)**

Avoir à parler du fameux cinquième chapitre du livre II du *Contrat social* de Rousseau, c'est se préparer à examiner un texte mal famé, que son auteur même ne semble – ne *semble* – avoir inséré qu'à regret, un regret délibérément mis en scène, dans le tout de l'ouvrage. On sait sur quoi s'achève ce court chapitre :

Les fréquentes grâces annoncent que bientôt les forfaits n'en auront plus besoin, et chacun voit où cela mène. Mais je sens que mon cœur murmure et retient ma plume ; laissons discuter ces questions à l'homme juste qui n'a point failli, et qui jamais n'eut lui-même besoin de grâce.

À tort sans doute, on a interprété ces paroles finales comme si elles jetaient un voile de pudeur sur l'ensemble du chapitre, alors que l'interprétation littérale la plus naturelle consiste à comprendre que Rousseau nuance ici son refus de la pratique excessive de la grâce, sans lui dénier absolument tout fondement. Le dernier alinéa du chapitre, auquel appartiennent les lignes que je viens de citer, concerne exclusivement la grâce. Mais nonobstant cela, on a voulu étendre à l'ensemble du chapitre cet apparent affrontement du cœur et de la raison, cette dernière faisant taire, quoique non tout à fait, la douceur naturelle de Jean-Jacques.

La lecture classique du chapitre est précisément celle qu'invitent ces regrets de Rousseau : en témoignent par exemple les annotations de Robert Derathé et de Bruno Bernardi dans leurs éditions respectives de l'œuvre (La Pléiade, GF). On peut donner rapidement deux citations : « Ce n'est pas un des moindres

CORPUS, revue de philosophie

contrastes de la personnalité de Rousseau que cette opposition entre un rigorisme intransigeant et une extrême sensibilité ; quand il raisonne, Rousseau sait faire taire sa sensibilité (cf. la fin du chapitre) et, pour lui, le rigorisme n'est que la conséquence de la rigueur de ses raisonnements »¹ – rigueur que Derathé contestera d'ailleurs – ; quant à lui, Bernardi écrit : « La dernière phrase de ce chapitre, qui résonne comme une restriction ou repentance [...], détone curieusement dans le *Contrat social* qui s'efforce d'être un « traité » ; tout rend donc ce chapitre hétérogène à la démarche du *Contrat social* ; il n'en affecte pas le propos d'ensemble »². Il faut tout de suite préciser que Bruno Bernardi a renouvelé en 2003 sa lecture, et par là notre lecture, du chapitre³ ; et nous y reviendrons. Contentons-nous pour l'instant d'avoir donné deux témoignages de ce que nous avons appelé « lecture classique ».

Nous passerons d'abord par un examen de la question telle qu'elle se retrouve chez Beccaria et chez Hobbes ; pour ensuite nous demander si l'espèce de justification que Rousseau semble donner de la peine de mort dans ce chapitre, et qu'on retrouve par exemple en IV, VIII, se comprend bien sous l'angle de la « peine capitale ». Nous montrerons que le chapitre illustre remarquablement toutes les difficultés qui semblent concourir à la rendre intenable sur le plan pénal.

I. Rousseau entre Hobbes et Beccaria

Il n'est pas utile de justifier la référence à Hobbes : c'est l'un des interlocuteurs principaux du *Contrat social*. La référence à Beccaria, qui discute Hobbes dans son célèbre chapitre sur la peine de mort, n'a pas besoin non plus d'une longue justification. Pourquoi ce préliminaire historique et ce détour ? Nous voulons faire sentir

¹ Rousseau, *Œuvres III*, Paris, Gallimard, « La Pléiade », 1964, p. 1459 (note 1 à la p. 376).

² Rousseau, *Du Contrat social*, Bruno Bernardi éd., Paris, Flammarion, « GF », 2001, note 85 (p. 209).

³ Bruno Bernardi, « Le Droit de vie et de mort selon Rousseau : une question mal posée ? », in *Revue de Métaphysique et de Morale*, 37, 2003/1, p. 89-106.

Guillaume Coqui

les difficultés d'une position qui n'a ni la perfection logique de celle de Hobbes, ni la radicalité que Beccaria conquiert au prix d'un changement de perspective et d'un choix utilitariste franc.

On peut dire en effet que la question générale du droit de punir se pose, de Hobbes à Beccaria, dans les doubles termes de sa *rationalité* – dont l'utilité sociale (la dissuasion) fournit ici le contenu – et dans ceux de sa *légitimité* – ce qui signifie que c'est bien un *droit* qui est reconnu à l'État ou au Souverain, droit d'autant plus difficile à fonder qu'on ne voit pas de quelle autorisation préalable il pourrait émaner. Notre examen prendra la chronologie à rebours, la chronologie étant de toute façon chose si haïssable qu'une occasion de la mépriser ne doit pas être négligée.

1.1. Beccaria

Le paragraphe ou chapitre xxviii de l'ouvrage retentissant de Beccaria mène en effet un combat sur ces deux plans – celui de l'utilité, et celui de la légitimité – contre la peine de mort.

Utilité

On a retenu l'argument utilitariste : « si je prouve », écrit Beccaria, « que cette peine n'est ni utile ni nécessaire, j'aurai fait triompher la cause de l'humanité »⁴. On sait que le point principal du raisonnement utilitariste choisi par l'auteur est le suivant : l'emprisonnement, ou les travaux forcés, sont plus à même de constituer une peine dissuasive, donc socialement utile, que ne l'est l'exécution du condamné. Ainsi la peine de mort n'est-elle pas, de ce point de vue, *rationnelle*. Bien entendu, l'argument a le défaut de ne pas rendre justice à notre intuition des « raisons », si c'en sont, pour lesquelles la peine de mort devrait être évitée : le détour par l'utilité sociale ne nous dit pas que ce châtement est barbare, il nous suggère seulement qu'il est inefficace pour sa seule fin légitime⁵.

⁴ Cesare Beccaria, *Des Délits et des peines*, Paris, Flammarion, « GF », 1991, p. 126.

⁵ Le caractère irréparable de l'exécution, qui constitue l'autre argument décisif, n'est pas véritablement mis en avant à ce moment ; il caractérise davantage les débats du XIX^e siècle.

Légitimité

Mais il faut également rappeler que cet argument, le plus longuement développé, est précédé d'un argument qui porte, quant à lui, sur la *légitimité*, et dont la conclusion est que la peine de mort « n'est pas un droit, [...] ne peut pas l'être, mais une guerre de la nation contre un citoyen qu'elle juge nécessaire ou utile de supprimer » (*ibid.*). Ce n'est qu'une fois écartée l'idée suivant laquelle il pourrait y avoir un *droit de punir de mort*, et que l'action qui consiste à exécuter le criminel, ou supposé tel, est placée du côté du pur exercice de la violence, que la question de la nécessité ou de l'utilité d'un tel châtement se pose, pour recevoir la réponse négative qu'on vient de rappeler.

Or, comment Beccaria estime-t-il avoir « démontré » (*ibid.*) que la peine de mort ne saurait être un droit ? Il s'agit d'une lecture du pacte social. Si le droit en question avait été concédé par le pacte, il faudrait dire qu'en contractant, je donne à autrui, sous certaines conditions certes, le droit de me tuer ; c'est ce qui paraît à Beccaria absurde, et d'autant plus absurde qu'un autre principe me refuse le droit de me tuer moi-même ; n'ayant donc pas ce droit, je serais *a fortiori* incapable de le transférer. Cet argument remonte au moins jusqu'à Locke ; on le trouve aux §§ 23 et 24 du chapitre IV du *Second Traité du gouvernement*, intitulé « DE L'ESCLAVAGE »⁶ : « personne ne peut donner plus de pouvoir qu'il n'en possède lui-même ; et celui qui ne peut s'enlever sa propre vie ne peut pas donner à un autre de pouvoir sur elle » (§ 23). Et plus loin : « aucun homme ne peut [...] transmettre à autrui ce qu'il ne possède pas lui-même, à savoir un pouvoir sur sa propre vie » (§ 24, *ibid.*).

De façon plus générale, la source du droit de punir n'est autre, selon Beccaria, que la nécessité de confier au souverain

⁶ Dans l'article mentionné (note 13, p. 98), Bruno Bernardi reprend l'ancienne découpe dont disposait déjà Derathé (Pléiade, note 2 de la p. 376), ce qui fait que la référence est d'un maniement peu commode. Cf. Locke, *Le second Traité du gouvernement*, Jean-Fabien Spitz et Christian Lazzeri éd., Paris, PUF, 1994, p. 20.

Guillaume Coqui

l'administration de « la somme de toutes ces portions de liberté sacrifiées au bien commun » qui représentent le sacrifice consenti lors du contrat social. Dans la mesure où il faut préserver ce dépôt, en quelque sorte, contre les usurpations et les empiètements des particuliers, il doit y avoir des peines, que Beccaria, de façon insistante, appelle « des moyens sensibles » destinés à « contrebalancer les fortes impressions des passions individuelles s'opposant à l'intérêt général » (*Op. cit.*, § I, « ORIGINE DES PEINES », GF p. 62). C'est, sans ambiguïté aucune, contre le despotisme des individus – Beccaria emploie bien l'expression d'« esprit despotique » pour désigner le mouvement par lequel l'homme cherche à s'approprier la part d'autrui – qu'il est besoin de ces corrections, internes à l'État, des tendances humaines, que constituent les châtiments. Ceux-ci sont donc affaire de régulation interne ; le criminel n'est pas, ou n'est plus, conçu comme un corps étranger à l'État. Il en résulte – le § III, « CONSEQUENCES » (du § II, « DROIT DE PUNIR ») y insiste – qu'aucune peine ne peut être laissée à l'appréciation discrétionnaire d'un homme, fût-il investi d'une autorité ; la peine est une affaire politique que la loi doit prévoir. Il en résulte encore – c'est la « deuxième conséquence » de Beccaria, qui reprend ici l'idée de la séparation des pouvoirs – que le souverain, qui fait les lois, ne peut pas « juger qu'un membre a violé le contrat social » (GF p. 66), parce que la nation se diviserait en deux parties, l'une représentée par le souverain, l'autre par l'accusé, en désaccord ; il faut un tiers pour juger de ce genre de fait. Ainsi l'indépendance de la justice est-elle la condition pour que le fait de justice soit institutionnellement différent d'un fait de guerre⁷.

On comprend alors que dès lors que je ne peux concéder à autrui le droit de me tuer, la peine de mort ne pouvant, dans ces conditions, être qu'un fait de guerre, elle échappe nécessairement à l'orbe de la justice recherchée, indépendamment même de la question de son utilité, indépendamment même, donc, de l'application de la « troisième conséquence » qui demande (§ III toujours) que la

⁷ Une vérité qui a constamment besoin d'être rappelée.

CORPUS, revue de philosophie

cruauté des peines soit strictement limitée par la considération du bien public.

La question de Beccaria est donc techniquement ambiguë : elle tâche de statuer sur l'utilité publique – en fait l'absence d'utilité publique – d'un châtement qui, de par sa nature, n'en est pas véritablement un⁸. On peut montrer que cette apparence de contradiction doit quelque chose à l'héritage que reçoit Beccaria en matière de droit de punir, et précisément à la manière dont Hobbes posa la question.

1.2. Hobbes

Si nous remontons le temps et sautons par-dessus Rousseau pour ouvrir le *Léviathan* au livre II, chapitre xxviii (*Des Châtiments et des récompenses*), nous trouverons que Hobbes défend précisément les positions que Beccaria s'efforce de récuser. Mais d'une façon qui est caractéristique, il les défend de telle manière que les objections de Beccaria ne portent pas directement. Tâchons tout d'abord de mesurer les points d'accord, qui sont en vérité nombreux, suffisamment pour attester de ce que nous avons nommé un héritage.

Hobbes reconnaît que la rationalité d'un châtement ne saurait se mesurer qu'au bien qu'on peut légitimement en escompter : « tout mal infligé sans aucune intention ou possibilité de disposer le délinquant, ou, par son exemple, d'autres hommes, à obéir aux

⁸ C'est ce que tente d'éviter Bentham. Voir sa *Théorie des peines légales*, I, 1, (dans les *Œuvres de Jérémie Bentham*, Bruxelles, 1840, tome II, p. 9, col. 1) : « Des auteurs respectables ont soutenu que les peines ne pouvaient être légitimes qu'en vertu d'un consentement antérieur de la part des individus : comme si dans quelque acte solennel ils avaient déclaré vouloir se soumettre à telle peine pour tel délit, à condition que tout autre y serait soumis comme eux ». Bentham nomme cela « une fiction aussi dangereuse que peu fondée » : « Ce qui justifie la peine, c'est son utilité majeure ou, pour mieux dire, sa nécessité. Les délinquants sont des ennemis publics : où est le besoin que des ennemis consentent à être désarmés et contenus ? » – En éliminant l'aspect contractuel du droit de punir, Bentham lui retire au fond tout autre fondement que celui de l'utilité, brouillant du même coup la distinction que Beccaria tenait à tracer entre fait de justice et fait de guerre.

Guillaume Coqui

lois, n'est pas un châtement, mais un acte d'hostilité. En effet, sans une telle fin, aucun mauvais traitement ne saurait entrer dans la catégorie des châtements »⁹. Autrement dit, la perspective adoptée sur la peine est, dès Hobbes, utilitariste ; c'est ensuite une simple question de fait de savoir si la peine de mort – et l'on pourrait poser en termes identiques la question de la prison – est tout simplement *utile*, c'est-à-dire si l'on en peut escompter un bien quelconque. On insistera sur le fait que ce que Hobbes explique là ne constitue pas tant une thèse, qu'une clarification de l'idée même de punition ou de châtement, qui se distingue de la simple vengeance ou de la suppression du danger (*sublata causa, tollitur effectus*), mais également du simple intérêt de la justice rétributive, par sa dimension utilitaire, voire éducative¹⁰.

Hobbes reconnaît encore, tout comme Beccaria, qu'on ne saurait nommer « châtement », mais là encore, « acte d'hostilité », un « mal infligé à un ennemi déclaré », soit qu'il n'ait jamais été assujéti à la loi de l'État, soit qu'il ait déclaré s'en excepter. C'est en vertu du fait que c'est alors le « droit des belligérants » qui s'applique, et non la justice ordinaire, que Hobbes juge que « toute inflicion de maux est légitime » (p. 334)¹¹. Citons un peu amplement :

Si, dans ses actions ou dans ses paroles, un sujet nie consciemment et délibérément l'autorité du représentant de la République, on peut légitimement, quelle que soit la peine précédemment prévue pour le cas de trahison, lui faire subir tout ce qu'il plaira au représentant. En effet, en récusant sa sujétion, il a récusé le châtement prévu par la loi : il pâtit donc en qualité d'ennemi de la République, autrement dit, au gré de la volonté du représentant. Car les châtements établis par la loi sont destinés aux sujets, non aux ennemis [...] (*ibid.*).

⁹ Hobbes, *Léviathan*, François Tricaud éd., Paris, Sirey, 1971, p. 333.

¹⁰ La question de savoir s'il existe bien des punitions en ce sens, c'est-à-dire si la douleur infligée peut avoir un aspect éducatif, est une question distincte. Comme disait Descartes, la question *quid sit* doit venir avant la question *an sit*.

¹¹ Là encore, la question de savoir si tout le droit des belligérants rend légitime toute inflicion de maux est une question distincte.

CORPUS, revue de philosophie

Hobbes nous parle ici de légitimité, et il ne nous en parle ici que dans la mesure où le fait de justice est devenu un fait de guerre. Le Souverain ne peut être lié à un sujet par un contrat que le sujet lui-même récuse : la barrière de la légitimité a été ôtée du fait du crime.

Que pourrait cependant répondre Hobbes, ou qu'a-t-il répondu par avance, aux raisonnements de Beccaria tendant à prouver que la peine de mort ne pouvait être en aucun cas *légitime*, c'est-à-dire fondée en droit ? La question est posée, dès les premières lignes du chapitre, dans les termes les plus explicites et les plus généraux : Hobbes commence par demander « par quelle porte s'introduisent le droit, l'autorité, qui habilitent, dans quelque cas que ce soit, à châtier » (p. 331). La difficulté, qui va recevoir une solution technique admirable de simplicité, est exprimée comme suit : « nul n'est réputé obligé par ses propres conventions à ne pas résister à la violence ; en conséquence, rien ne saurait permettre de conclure qu'un homme a abandonné à quelque autre le droit de lui faire violence en portant la main sur lui » (*ibid.*). Autrement dit, Hobbes raisonne ici encore comme Beccaria le fera, en admettant comme une « évidence » que « le droit de châtier que possède la République (c'est-à-dire celui ou ceux qui la représentent) n'est pas fondé sur quelque concession ou quelque don de la part des sujets » (p. 331-332). Si Léviathan veut ma mort, je recouvre instantanément la liberté naturelle que je n'avais abandonnée, pour l'essentiel, qu'en vue de ma sécurité. Ici, le *jus in omnia* que Hobbes reconnaît à tout individu à l'état de nature¹² va porter l'essentiel de la solution.

Suivant l'expression célèbre de Hobbes, en effet, « le fondement du droit de châtier » n'est pas un don ou une concession des sujets au souverain, mais l'expression du droit de nature du souverain. Citons : « on ne le lui a pas donné : on le lui a laissé, et on ne l'a laissé qu'à lui » (p. 332). Ce droit de punir n'est que l'expression du droit naturel à sa propre conservation par tous les moyens, que le souverain, qui n'est pas partie prenante du

¹² Cf. *Léviathan*, I, XIV (p. 128-129 de l'édition citée).

Guillaume Coqui

Contrat social¹³, n'a pu que conserver. Ce qu'ont, entre autres mais principalement, abandonné les contractants, c'est le droit de se faire justice soi-même ; Léviathan n'a pas contracté, Léviathan conserve ce droit sauvage, il est le seul à le conserver, révélant par là même qu'il n'est pas assujéti à la juridiction civile, mais qu'il jouit, seul, de ses droits, illimités, de nature.

Il va de soi que compte tenu de cela, et si c'est là une justification générale du droit de punir, les limites données aux châtements ne pourront être fondées que sur le bon vouloir du souverain. Dire que le droit de punir est un droit naturel, c'est dire qu'en matière de châtement, le souverain – et seulement lui – fait exactement tout ce qu'il veut. De ce point de vue, la patiente distinction entre « châtements » et « actes d'hostilité » à laquelle se livre Hobbes dans toute la suite du chapitre xxviii rend un son étrange ; car ce n'est justement pas une distinction pertinente pour un droit naturel, qui ne connaît pas d'autres limites que celles qu'il accepte de se donner, ou que la nature lui impose en bornant la puissance. Comme le droit naturel en général chez Hobbes, et en vertu de la même illimitation, le droit de punir tel qu'il le décrit échappe à notre notion civile, ou civilisée, du « droit ». Mais à ce prix certes énorme, la construction hobbesienne n'est pas atteinte par les arguments d'un Beccaria.

Le prix est énorme : ce qui menace de disparaître – Max Stirner s'en souviendra –, c'est tout simplement la distinction entre justice et « vengeance étatique ».

1.3. Rousseau : une difficulté

Il est temps à présent de préciser de quelle manière, dans cette histoire, le bref chapitre II, v du *Contrat social* détone.

Le terrain conceptuel est proche de celui des textes que nous venons d'évoquer. Le chapitre comporte sept alinéas, dont l'avant-dernier met en garde contre « la fréquence des supplices » : « On n'a le droit de faire mourir, même pour l'exemple, que celui qu'on ne peut conserver sans danger », écrit Rousseau (Pléiade p. 377).

¹³ Cf. *Léviathan*, II, xvii (p. 177 de l'édition citée).

CORPUS, revue de philosophie

Le quatrième alinéa explique que le malfaiteur qui « attaque le droit social » cesse d'être membre de la patrie « en violant ses lois, et même il lui fait la guerre » : de sorte que « quand on fait mourir le coupable, c'est moins comme Citoyen que comme ennemi » (p. 376). Sans choisir entre deux peines qui sont l'exil ou la mort, qu'il estime visiblement l'une et l'autre légitimes, Rousseau justifie donc non pas tout châtement, mais du moins *ces châtements particuliers* comme ce que nous avons appelé des « faits de guerre ». C'est reconnaître, ce nous semble, qu'ils échappent par leur nature à l'orbe de la justice proprement dite.

Or c'est bien là qu'apparaît une première difficulté. Commentant la formule de Rousseau selon laquelle, *comme ennemi public*, on peut retrancher de l'État l'un de ses membres par la mort, « car un tel ennemi n'est pas une personne morale, c'est un homme, et c'est alors que le droit de la guerre est de tuer le vaincu », Derathé écrit : « Les efforts que fait ici Rousseau pour accorder sa conception de la guerre exposée au livre précédent, me paraissent vains »¹⁴. En effet, Rousseau a su montrer, au chapitre IV du livre I, intitulé « DE L'ESCLAVAGE », que le « prétendu droit de tuer les vaincus ne résulte en aucune manière de l'état de guerre » (p. 356), les hommes n'étant point naturellement ennemis, et l'idée d'une « guerre privée ou d'homme à homme » étant dépourvue de sens, la guerre étant « une relation d'État à État, dans laquelle les particuliers ne sont ennemis qu'accidentellement, non point comme hommes ni même comme citoyens, mais comme soldats » (p. 357). De sorte que le reproche de Derathé semble à première vue justifié.

Nous allons à présent tâcher de montrer que Rousseau est plus cohérent qu'il n'y paraît. Mais pour cela, nous avons besoin de quelques étapes intermédiaires, pour lesquelles nous allons devoir emboîter le pas un moment à l'article de Bruno Bernardi déjà cité. On peut dire sans risque de se tromper qu'une étape a été franchie, dans l'analyse de ce chapitre, avec la publication de cette étude, à la fois philologiquement et philosophiquement éclairante.

¹⁴ Rousseau, *Œuvres III*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1964, p. 1460 (note de la p. 377).

Guillaume Coqui

Nous verrons donc successivement, par simple relecture, que le chapitre ne traite pas spécifiquement de la peine de mort, et que, s'il en traite malgré tout, il n'en traite pas dans la perspective du droit de punir.

II. Le point de départ : les bornes du pouvoir, la guerre, le risque

C'est le moment d'abattre la carte principale : le chapitre que nous voyons là, conformément à son titre, ne concerne pas la peine de mort, mais le « droit de vie et de mort » qui est quelque chose de différent, en vertu de quoi, par exemple, le pouvoir souverain peut demander à ses sujets, qui sont ses soldats, d'aller se faire tuer, comme on dit, et comme dirait Pascal, « au-delà de l'eau » (fragment 60 de l'éd. Lafuma). Il s'agit donc, dans la droite ligne du chapitre précédent (II, IV : « DES BORNES DU POUVOIR SOUVERAIN »), de statuer sur une question-limite : le Souverain peut-il disposer de la vie des citoyens¹⁵ ? Ceux qui avaient voulu établir le droit d'esclavage « sur le droit de vie et de mort » (I, IV, p. 358) supposaient – avec un cercle vicieux que dénonce Rousseau – que le vainqueur dispose de la vie du vaincu : c'est ce qu'il nie, l'objet de la guerre étant de mettre l'ennemi hors d'état de nuire, le tuer n'en constituant que le moyen le plus extrême, qui n'est légitime que tant que l'ennemi garde à la main les armes. Mais le pouvoir souverain qui envoie les soldats à la guerre ne dispose-t-il pas à sa manière de leurs vies, et d'une manière qu'il faudra, d'une manière ou d'une autre, rendre légitime ?

Tel est le premier problème que se pose Rousseau. La question de Locke, que nous avons rencontrée déjà à propos de Beccaria, est bien celle qui ouvre le chapitre : « on demande comment les particuliers n'ayant point droit de disposer de leur propre vie peuvent transmettre au Souverain ce même droit qu'ils n'ont pas ». Mais dans le *Second Traité* de Locke, c'est au § 135, extrait du chapitre XI intitulé précisément « DE L'ÉTENDUE DU POUVOIR LEGISLATIF », et non dans le chapitre sur l'esclavage (comme fait

¹⁵ Bernardi, *Art. cit.*, p. 97.

CORPUS, revue de philosophie

Derathé), qu'il faut aller chercher le passage correspondant. Citons Locke, qui annonce aussi bien Rousseau que Beccaria : le pouvoir législatif a beau être le pouvoir suprême,

[...] il n'est ni ne saurait être en aucune manière un pouvoir arbitraire sur les vies et sur les biens du peuple. Car, n'étant que la fusion des pouvoirs que tous les membres de la société ont remis à la personne ou à l'assemblée chargée de faire les lois, il ne peut excéder le pouvoir que ces personnes possédaient dans l'état de nature avant d'entrer en société, et qu'elles ont remis à la communauté. Personne ne peut en effet transférer à autrui plus de pouvoir qu'il n'en possède lui-même ; et personne ne possède, ni sur soi-même ni sur autrui, le pouvoir absolu et arbitraire de détruire sa propre vie ou d'enlever à quelqu'un d'autre sa vie et sa propriété¹⁶.

Dans le chapitre qui est notre objet, commençant par se référer à une question similaire à celle de Locke, Rousseau la pose également dans un contexte similaire. Et ce qu'il a primitivement en vue, c'est le destin du défenseur de la patrie, c'est ce qui est exigé du soldat.

Il est douteux qu'il soit vrai que je ne dispose pas du droit sur ma propre vie. Si l'on admet que l'amour de soi constitue davantage qu'un *conatus*, mais une « loi » qui définit un « devoir » (CS I, n), alors la conclusion sera emportée¹⁷ ; cependant, l'argument repose sur un principe dont on doit reconnaître qu'il est en lui-même douteux en tant que fondement *juridique* (l'inaliénabilité de la vie, ou de la liberté, n'ont pas nécessairement à reposer sur l'absence d'un droit sur ma propre vie ou sur ma propre liberté).

Mais ce n'est pas le point sur lequel Rousseau souhaite insister : aucun droit de *disposer* de sa vie, que l'individu l'ait ou

¹⁶ P. 97 de l'édition citée. Écrit contre Filmer – l'annotation de Jean-Fabien Spitz et Christian Lazzeri est claire à ce sujet –, le passage vise également Hobbes.

¹⁷ Bernardi y insiste dans l'article cité, p. 98 ; cf. *Du Contrat social*, I, II (l'amour de soi comme devoir), et *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes*, Pléiade, III, p. 184.

Guillaume Coqui

non, n'est de toute façon transféré au Souverain. De sorte qu'à proprement parler, la question de Locke ne se pose pas du tout.

On demande comment les particuliers n'ayant point droit de disposer de leur propre vie peuvent transmettre au Souverain ce même droit qu'ils n'ont pas ? Cette question ne paroit difficile à résoudre que parce qu'elle est mal posée. Tout homme a droit de risquer sa propre vie pour la conserver (II, v, Pléiade, III, p. 376).

Tout le travail, sur lequel insiste à juste titre Bernardi qui renvoie à un brouillon de Rousseau qu'il établit diplomatiquement pour l'occasion, feuillet qui élabore une distinction conceptuelle entre « risque, danger, péril », tout le travail, disions-nous, consistera dès lors, pour Rousseau, dans une élaboration de la notion de risque, qui nous force à faire une différence entre « disposer » de ma propre vie et « exposer » ma propre vie, ce que je fais nécessairement pour échapper aux plus grands périls. Ce n'est pas un suicide que de sauter par la fenêtre pour échapper à un incendie. Avoir à défendre la patrie au péril de ma vie est un risque auquel m'expose le Contrat, qui me préserve au prix de ce risque des maux certains liés à l'état de nature. Ce que le Souverain exige de ses soldats n'est pas qu'ils se sacrifient ; c'est quelque chose qui n'est pas exigible, comme y avait insisté le *Discours sur l'Économie politique*¹⁸ ; mais s'il ne dispose pas de leur vie, il peut en revanche l'exposer pour la défense de la patrie, ce *risque*, contrairement au sacrifice, constituant une contrepartie rationnelle, et donc légitime, aux bienfaits du Contrat.

[...] Leur vie même qu'ils ont dévouée à l'État en est continuellement protégée, et lorsqu'ils l'exposent pour sa défense que font-ils alors que lui rendre ce qu'ils ont reçu de lui ? Que font-ils qu'ils ne fissent plus fréquemment et avec plus de danger dans l'état de nature, lorsque livrant des combats inévitables, ils défendroient au péril de leur vie ce qui leur sert à la conserver ? (II, IV, Pléiade, III, p. 375.)

¹⁸ Cf. Pléiade, III, p. 256–258.

CORPUS, revue de philosophie

Le traité social a pour fin la conservation des contractans. Qui veut la fin veut aussi les moyens, et ces moyens sont inséparables de quelques risques, même de quelques pertes. Qui veut conserver sa vie aux dépens des autres, doit la donner aussi pour eux quand il faut (II, v, Pléiade, III, p. 376).

Le premier problème du chapitre II, v reçoit ainsi sa solution. Ce qui fait à présent la particularité et l'étrangeté du chapitre, c'est qu'il poursuit sur l'affirmation selon laquelle « la peine de mort infligée aux criminels peut être envisagée à peu près sous le même point de vue ». Il ne s'agit que de la peine de mort, et en cela nous sommes aux antipodes des problèmes de Hobbes et de Beccaria : ce chapitre, comme B. Bernardi le souligne à juste titre, n'engage pas de réflexion sur le fondement du droit de punir.

III. L'application à la peine de mort et la temporalité du risque

Il faut à présent citer *in extenso* ce qui, dans la suite de notre chapitre, pose notre problème. La citation qui suit fait immédiatement suite, dans le chapitre II, v, à celle donnée ci-dessus.

Or le Citoyen n'est plus juge du péril auquel la loi veut qu'il s'expose, et quand le Prince lui a dit, il est expédient à l'État que tu meures, il doit mourir ; puisque ce n'est qu'à cette condition qu'il a vécu en sureté jusqu'alors, et que sa vie n'est plus seulement un bienfait de la nature, mais un don conditionnel de l'État.

La peine de mort infligée aux criminels peut être envisagée à peu près sous le même point de vue : c'est pour n'être pas la victime d'un assassin que l'on consent à mourir si on le devient. Dans ce traité, loin de disposer de sa propre vie on ne songe qu'à la garantir, et il n'est pas à présumer qu'aucun des contractans prémédite alors de se faire pendre.

D'ailleurs tout malfaiteur attaquant le droit social devient par ses forfaits rebelle et traître à la patrie, il cesse d'en être

Guillaume Coqui

membre en violant ses loix, 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. Les procédures, le jugement, sont les preuves et la déclaration qu'il a rompu le traité social, et par conséquent qu'il n'est plus membre de l'État. Or comme il s'est reconnu tel, tout au moins par son séjour, il en doit être retranché par l'exil comme infracteur du pacte, ou par la mort comme ennemi public ; car un tel ennemi n'est pas une personne morale, c'est un homme, et c'est alors que le droit de la guerre est de tuer le vaincu (p. 376–377)¹⁹.

S'il faut, comme Rousseau nous y engage, chercher un parallélisme entre l'argument qui concerne le défenseur de la patrie et celui qui concerne le condamné à mort, on ne pourra le trouver qu'au cœur du contrat social même : de même que j'accepte implicitement de risquer d'avoir à mourir pour la défense de la patrie, afin de jouir moi-même de cette défense, de même j'accepte implicitement de risquer d'avoir à mourir pour avoir, par exemple, commis un assassinat (s'il se trouve que j'en commets un), afin de me « garantir » du danger que présente pour ma vie l'assassin possible.

De fait, le seul criminel nommé par Rousseau est dans ce chapitre un « assassin » : c'est de la défense du corps social qu'il s'agit. Et comme le remarque Bernardi, la peine de mort n'est ici envisagée – sans quoi l'exil suffirait – que comme moyen de « défense » contre un ennemi : Bernardi dit bien que « la peine de mort ne relève pas », ici, « du registre pénal mais de celui de la défense ». On peut même aller jusqu'à reconnaître que ce point est encore un point d'accord avec Beccaria, et, sur le mode plus paradoxal que nous avons élaboré, avec Hobbes. Rousseau fait ici la distinction que refuse de faire Hobbes, ou que Hobbes n'a pas

¹⁹ Pour éviter de voir trop vite une contradiction, cf. « L'État de guerre », dans les *Écrits sur l'Abbé de Saint-Pierre*, Pléiade, III, p. 608 : « il n'est pas douteux que, puisque les Lacédémoniens tuoient les ilotes, les ilotes ne fussent en droit de tuer les Lacédémoniens ».

CORPUS, revue de philosophie

vraiment les moyens de faire, entre la question de la « punition » proprement dite et la question de l'élimination du danger : précisément parce qu'elle n'a pas d'autre finalité que la suppression de « l'ennemi » et ne s'adresse pas au Citoyen, la peine de mort telle que l'envisage Rousseau n'est pas une punition. Elle ne l'est pas parce qu'elle exclut l'idée même d'amende (au sens où l'on parle encore d'« amende honorable ») ; il lui manque alors quelque chose qu'on peut juger essentiel à la finalité même de toute punition. C'est ce qu'indiquent brièvement, mais avec toute la clarté souhaitable, les deux dernières phrases du sixième alinéa :

Il n'y a point de méchant qu'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 (Pléiade, III, p. 377).

Cependant, il demeure une difficulté : la distinction disposer/exposer ne fonctionne, en l'espèce, pas aussi bien qu'elle le pouvait dans le cas du soldat. De sorte que c'est la composition même du chapitre qui en devient énigmatique. Rousseau se retrouve dans les difficultés auxquelles nous avons suggéré que Beccaria lui-même n'échappe pas tout à fait : la peine de mort fait craquer de l'intérieur l'idée même de pacte social, car « pour qu'il soit légitime que le particulier s'y expose, il faut qu'il soit membre du corps politique. Pour qu'il soit possible de la lui appliquer, il faut qu'il en soit exclu » (Bernardi, p. 105), sans quoi le but que Rousseau lui-même donne au « traité social » dans ce chapitre, soit « la conservation des contractants », est contredit par l'exécution. En effet, Bernardi admet lui-même que « la vie du condamné à mort n'est pas mise en péril, elle est perdue ». C'est l'occasion, pour lui, de conclure, en des pages assez convaincantes (p. 104–105), que Beccaria s'est montré, d'une certaine façon, plus rousseauiste que Rousseau en concluant à la possibilité de « conserver sans danger » (par la prison), et donc à l'absence de tout « droit », même sauvage, de « faire périr » ; et en concluant que « la peine de mort porte en elle la dissolution du pacte social ».

Toutefois Bernardi accuse, nous semble-t-il, la différence entre le soldat et le criminel, davantage que la lettre du chapitre

Guillaume Coqui

n'y autorise strictement. De manière caractéristique, il écrit en effet (p. 105) : « En droit de demander aux citoyens d'exposer leurs vies, celui-ci ne l'est pas de les envoyer au sacrifice : cela exclut toutes les "opérations suicide" individuelles ou de masse. La conduite légitime de la défense commune suppose que l'espoir subsiste toujours pour le combattant de se conserver en vie [...] ». Mais s'il y a glissement entre le risque qu'emporte l'exposition de sa vie, et la certitude de la mort qui n'est plus exposition mais disposition, ce n'est pas dans l'examen de la peine de mort qu'on le trouve d'abord ; c'est à la fin du deuxième alinéa du chapitre, qui concerne encore le soldat. « Le Citoyen n'est plus juge du péril auquel la loi veut qu'il s'expose, et quand le Prince lui a dit, il est expédient à l'État que tu meures, il doit mourir ». On ne peut à la fois faire valoir, comme le fait Bernardi à très juste titre – et il faut le remercier une fois de plus pour nous avoir éclairé par son enquête philologique sur ce point décisif –, que ce chapitre manie avec la plus extrême précaution les notions de danger, de risque et de péril, et ne pas reconnaître la différence plus que rhétorique qui existe entre « tu dois mourir » et « tu dois risquer ta vie ». Le passage du chapitre II, v que nous venons de citer ne semble pas, littéralement, *exclure*, mais tout au contraire *permettre* l'idée d'une « opération suicide ». Le passage du *Discours pour l'économie politique* que Bernardi cite volontiers, suivant lequel la maxime qui « perm[et]trait au gouvernement de sacrifier un innocent au salut de la multitude » est « une des plus exécrables que jamais la tyrannie ait inventée, la plus fausse qu'on puisse avancer, la plus dangereuse que l'on puisse admettre, et la plus directement opposée aux lois fondamentales de la société », est précédé d'une remarque qui dit que « dans la bouche d'un digne et vertueux patriote qui se consacre volontairement et par devoir à la mort pour le salut de son pays », on peut « admirer » la sentence qui dit « qu'il est bon qu'un seul périsse pour tous » (Pléiade, III, p. 256). Ce n'est pas la certitude ou l'incertitude de la mort qui dans ce passage du *Discours* pose problème et fait la différence, mais l'autorité de qui la décision émane. L'idée du sacrifice n'est pas écartée ; l'idée du sacrifice imposé à un innocent l'est. Resterait à savoir si l'on peut dire du « soldat » ce qu'on peut dire de l'« innocent ».

CORPUS, revue de philosophie

L'argument de Rousseau paraîtra peut-être plus faible après la reconstitution qui va suivre, mais il faut, en conséquence de ce qui précède, reconnaître que sa structure même doit être revue.

Au premier abord, on est tenté de récuser l'« application à la peine de mort » de l'argument du risque, au nom du fait que le condamné à mort qui va à la potence ne *risque* pas sa vie. C'est à cela que revient pour l'essentiel, sauf erreur de notre part, la réserve de B. Bernardi. On aurait donc, à élaborer cette objection, une accusation potentielle envers Rousseau : il serait passé d'un argument à l'autre, en méconnaissant la temporalité différente du risque dans les deux cas, et précisément de (1) à (2) :

1. Je m'engage, en cas de nécessité, à prendre, comme défenseur de la patrie, le risque de perdre la vie.
2. Je prends le risque de perdre certainement la vie si je deviens ennemi de la patrie.

Alors que (1) se compare très bien aux exemples donnés en début de chapitre par Rousseau (« A-t-on jamais dit que celui qui se jette par une fenêtre pour échapper à un incendie, soit coupable de suicide ? » – p. 376), (2) n'y correspond plus exactement, mais correspond bien à l'idée de consentir, « pour n'être pas la victime d'un assassin [...], à mourir si on le devient ». Mais le glissement de (1) à (2), comme nous l'avons montré, ne coïncide pas avec l'introduction du cas de la peine de mort ; il a lieu dès l'examen du défenseur de la patrie, à qui l'on peut dire « il est expédient à l'État que tu meures » (et non : « que tu prennes le risque de mourir »). Sans quoi l'expression tout à fait frappante, suivant laquelle sa vie même est, non seulement un bienfait de la nature, mais « un don conditionnel de l'État », ne recevrait pas d'explication²⁰.

Ce que cela signifie, c'est qu'il n'y a en réalité pas de *passage* ou de *glissement* de (1) à (2) : Rousseau estime que ces

²⁰ C'est un commentaire traditionnel, mais néanmoins juste, que de renvoyer ici au chapitre I, VIII (« DE L'ÉTAT CIVIL »), qui décrit littéralement comme une seconde naissance l'accès à l'état civil de l'« animal stupide et borné » devant ainsi « homme » (Pléiade, III, p. 364).

Guillaume Coqui

deux cas sont, dès le départ, très largement équivalents. Il faut donc, pour tâcher de comprendre ce chapitre, et de statuer sur les éventuelles limites de son argumentation, comprendre pourquoi Rousseau peut tenir pour équivalents « je prendrai certainement un risque mortel » et « je prends le risque qu'arrivent les conditions d'une mort certaine ». Tout se passe en réalité comme si la seule prise de risque qui intéressait Rousseau était concentrée dans l'instant du Contrat. C'est le Contrat même qui comporte, avec une contrepartie évidente, un risque, celui d'avoir à être placé dans les conditions d'être un défenseur de la patrie, et donc sollicité pour des actions qui mettront plus ou moins en danger de mort – et ne nous abusons pas sur le rôle casuistique de la « chance si minime soit-elle » d'en réchapper : le soldat fait don de sa vie à l'État, et ce qu'on demande au soldat, c'est le plus souvent non seulement de la risquer, mais de la risquer *sans maximiser ses chances de la sauver*, voire en comptant pour rien ces chances. Lorsque Bruno Bernardi écrit qu'il « semble [...] alors que la conservation de soi soit subordonnée à celle de la communauté », et que c'est cela qui « met à l'épreuve la structure même du pacte social », vu que le principe de souveraineté semble subvertir le principe de la conservation de la vie des contractants, il énonce un fait qui s'étend à toute guerre, et non seulement une description de la difficulté liée à la mort comme peine. La distinction subtile entre « disposer » et « exposer » n'est de toute façon pas assez puissante pour éliminer, que ce soit du point de vue du soldat ou en toute objectivité, le fait que l'intérêt de l'individu qui est soldat est déjà sacrifié par le fait même qu'il est soldat. Il n'est soldat, pour le dire ainsi, que dans la mesure où il a accepté, précisément, que sa conservation individuelle soit subordonnée à celle de la communauté. Si tout citoyen peut être soldat par le Contrat même, moyennant certaines conditions d'aptitude évidemment, c'est là un risque qui est pris dans l'instant du Contrat. Le Contrat ne me fait pas, si l'on ose dire, « risquer d'encourir un risque » ; il me fait risquer d'encourir une « perte » (alinéa 2, p. 376), et même la perte capitale.

Sans doute toutes les difficultés du chapitre ne sont-elles pas définitivement levées ; toutefois pouvons-nous espérer avoir

CORPUS, revue de philosophie

éclairci la nature du lien que fait ici Rousseau entre le sort du citoyen-soldat et celui du condamné. Le risque inhérent au pacte social n'est pas différé dans le futur : c'est à l'instant qu'il met sa vie en jeu. Et c'est dans cette mesure seulement que Rousseau estime pensable, avec les multiples réserves et précautions que nous avons soulignées, que l'État puisse condamner à mort un de ses membres, comme ennemi. La dernière remarque de Bruno Bernardi n'en demeure pas moins valable : si le soldat reste citoyen, le condamné à mort ne l'est plus en tant que tel. Mais il est possible d'y répondre qu'en cela, précisément, consiste le risque pris à l'instant du pacte : d'être pourchassé comme ennemi de la République, si je commets les actions qui y mènent.

On dira donc que, si Rousseau conserve une place pour la peine de mort, c'est parce qu'il n'admet pas « la conservation des contractants » comme une fin absolument inconditionnelle. C'est un fondement sur lequel peuvent empiéter et mordre d'autres nécessités. L'abolitionnisme devra, pour se formuler de manière plus rigoureuse, commencer par détacher la question de la mort comme peine de la question de la guerre ; c'est-à-dire, contre Hobbes, distinguer essentiellement, et non seulement verbalement, entre fait de justice et fait de guerre ; contre Rousseau, rapatrier la question de la peine de mort dans l'orbe de la considération des châtiments et donc de la justice, non de la guerre (fût-elle celle d'un État contre un individu) ; montrer enfin que *comme châtiment*, la peine de mort est une absurdité. Aussi ni Hobbes, ni Rousseau ne l'ont-ils défendue, ou admise, comme telle – par sensibilité, peut-on penser, à cette absurdité que Beccaria a su, plus tard, mettre en valeur.

Nous pouvons donc conclure, en espérant qu'on nous pardonnera ce trait de malice facile, en référence au titre de ce colloque : s'il est vrai qu'à l'échelle historique, le destin du meurtre étatique est celui de l'effacement progressif de l'évidence d'une peine, on peut en revanche faire l'éloge suivant aux philosophes que nous nous sommes efforcés de lire : à peine ont-ils vu dans cette mort-là une évidence, et il n'est pas évident qu'ils y aient vu une peine.

Guillaume COGUI
Université de Bourgogne

**DES DÉLITS ET DES PEINES.
BECCARIA ET VOLTAIRE
ENTRE POLITIQUES DE RÉFORME
ET THÉORIE MODERNE DE L'ÉTAT**

Le siècle des Lumières se situe au centre d'un processus de longue durée de transformation du système judiciaire et de la pensée juridique européenne, qui s'étendit de la fin du XVII^e siècle jusqu'au milieu du XIX^e. Pour ce qui concerne la France, Michel Foucault, dans son œuvre *Surveiller et punir*¹, indique comme bornes marquantes de ce processus les années 1670 (date de la promulgation de l'Ordonnance royale régissant la justice de l'Ancien Régime en France) et 1838 (date de l'ouverture de la première prison « moderne » en France, la prison de la Roquette à Paris). C'est du milieu de cette période que datent, en Italie, la publication de *Des délits et des peines* et, en France, la réflexion politique et l'engagement de Voltaire. Depuis le début des années 1760, c'est-à-dire à partir de la défense des Calas, le philosophe français engagea en effet une importante bataille philosophique et politique pour réformer la justice de l'État. Si l'ouvrage de Beccaria est sans aucun doute l'une des grandes œuvres qui marquent le projet de réformes rationnelles des Lumières, la rencontre de Voltaire avec le pamphlet du philosophe italien détermina un tournant dans la pensée du chef des *philosophes*, qui commença à réfléchir directement sur le fait que le système pénal et les lois qui le réglementaient constituaient l'un des piliers sur lesquels se fondait l'obscurantisme, le préjugé et la barbarie qui

¹ Cf. Michel Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.

CORPUS, revue de philosophie

frappaient la France de l'Ancien Régime : « La loi semble obliger le magistrat à se conduire envers l'accusé plutôt en ennemi qu'en juge »².

1. La bataille pour la réforme du système pénal au XVIII^e siècle

Ce fut à partir de la deuxième moitié du XVIII^e siècle que, dans la plupart des États européens, l'idée que le maintien de l'ordre public ne dépendait pas de la cruauté des punitions commença à faire son chemin dans les consciences. Cette prise de conscience entraînait un processus de réforme radical qui allait profondément modifier une bonne part de la législation pénale européenne entre le XVIII^e et le XIX^e siècle. L'abolition de la torture, lente mais continue, fut paradigmatique de cette nouvelle conception qui n'attribuait plus à l'autorité publique une fonction répressive et mortifiante comme l'établissaient la plupart des législations pénales en vigueur dans les pays européens à l'époque, caractérisées par l'arbitraire, la confusion et la cruauté, mais lui reconnaissait le devoir de garantir le bien commun (le bonheur public) à travers le monopole de la légalité. En Prusse, la torture fut abolie par Frédéric II le 3 juin 1740 avec un ordre du cabinet suivi, entre 1772 et le début de la Révolution française, par l'abolition de la torture dans l'Empire des Habsbourg, en Suède, en Pologne et dans la plupart des territoires italiens ; enfin, elle fut abolie en Russie en 1801. Parallèlement, le recours à la peine de mort diminua peu à peu. En Prusse, par exemple, et dans les territoires de l'Empire des Habsbourg, au cours du XVIII^e siècle, elle ne fut appliquée que de plus en plus rarement et uniquement pour les délits les plus graves jusqu'à son abolition pure et simple (sauf pour les cas de trahison) proclamée par l'empereur Joseph II en 1787. En 1786, Pietro Leopoldo, grand-duc de Toscane, introduisit

² Voltaire, *Commentaire sur le livre des délits et des peines, par un avocat de province* (1766), in Voltaire, *Œuvres complètes*, éd. par Louis Moland, Paris, Garnier Frères, 1877-1882, vol. XXV, en suite Id., *Mélanges*, Paris, Gallimard, 1965, p. 823.

Maria Laura Lanzillo

avec la *Leopoldina* une importante réforme du droit pénal incluant, en plus de l'interdiction de la torture dans le processus, l'abolition de la peine de mort (qui sera réintroduite en 1790 suite à une série de révoltes)³. En ce qui concerne la peine de mort, l'Angleterre, où le nombre de délits punis par la peine capitale augmenta progressivement, et la France, où, en 1789, plus de cents délits divers étaient encore punis par la peine de mort⁴, firent exception. Le code pénal français avait l'*Ordonnance criminelle*, promulguée en 1670 par Colbert, ministre, en effet, été réformé sur la base de Louis XIV, qui se fondait sur l'identification de péchés et de délits, principe de la forte union, en France, entre l'Église catholique et l'État. L'*Ordonnance* se présentait comme le bras séculier de la justice divine, car elle ne se limitait pas à la formulation des peines relatives aux seuls délits civils et pénaux commis contre l'État français ou l'un de ses sujets, mais s'occupait aussi des violations concernant la matière religieuse et des actes impies. Il est bon de souligner que l'alliance entre la théologie et le droit entérinée par l'*Ordonnance* est typique d'une grande partie du système judiciaire européen entre le XVII^e et le XVIII^e siècle. Des positions comme celle de Thomasius, qui avait soutenu la nécessité de distinguer la philosophie de la théologie, le droit de la morale, et le fait que les comportements contraires aux lois ecclésiastiques mais qui ne portaient pas préjudice à la société (comme la magie, la sorcellerie, etc.) étaient de peu d'importance pour l'État et n'avaient donc pas à être poursuivis, constituaient encore dans la première moitié du XVIII^e siècle quasiment une exception. Ce n'est que dans la deuxième moitié du XVIII^e siècle que la séparation entre délit et péché commença à être revendiquée, au même titre que la nécessité de l'égalité juridique des sujets (en accord avec ce qu'avaient soutenu les

³ Cf. *Riforma della legislazione criminale toscana*, 30 novembre 1786, in Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene. Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento*, sous la dir. de Franco Venturi, Torino, Einaudi, 1991⁹, p. 258-300.

⁴ Cf. Norman Hampson, *The Enlightenment*, Harmondsworth, Penguin Books, 1968.

CORPUS, revue de philosophie

auteurs du jusnaturalisme, de Hobbes à Pufendorf et Locke), par des auteurs tels que Beccaria, Voltaire, Helvétius, puis Bentham, pour devenir le cœur théorique de la lutte au nom de la souveraineté de la loi⁵.

Cela se produisit parce qu'un mouvement général d'opinion publique animé par les milieux des Lumières fit du débat sur la torture et sur la peine de mort un thème central dans l'Europe du XVIII^e siècle et mit en évidence l'urgence d'une réforme de l'organisation pénale et judiciaire pour les États européens. Ces motifs furent ensuite repris par la Révolution française et par le vent révolutionnaire qui traversa l'Europe tout au long du XIX^e siècle.

Au milieu du XVIII^e, Montesquieu commença à discuter sur le fond de la législation pénale et de la nécessité de la réformer. Si, dans les *Lettres persanes*, Montesquieu avait déjà condamné l'usage de la cruauté dans les peines⁶, ce fut dans les livres VI et XII de *l'Esprit des lois* que le magistrat français esquissa les grands principes d'une conception plus moderne et plus humaine de la législation pénale :

[Dans les États modérés] un bon législateur s'attachera moins à punir les crimes qu'à les prévenir ; il s'appliquera plus à donner des mœurs qu'à infliger des supplices. [...] Il serait aisé de prouver que, dans tous ou presque tous les États d'Europe, les peines ont diminué ou augmenté, à mesure qu'on s'est plus approché ou plus éloigné de la liberté⁷.

La nécessité d'une réforme de la législation pénale devint l'un des thèmes dominants de la discussion publique européenne avec la publication en 1764 du pamphlet de Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, qui eut immédiatement un grand retentissement et fut largement diffusé. C'est justement Voltaire qui fut l'un des principaux artisans du succès et de la diffusion de l'œuvre de

⁵ Cf. Hans-Jürgen Lüsebrink, art. *Justice et Prisons*, in *Dictionnaire européen des Lumières*, sous la dir. de Michel Delon, Paris, PUF, 1997, p. 633-636.

⁶ Cf. Montesquieu, *Lettres persanes*, éd. établie et prés. par Jean Starobinski, Paris, Gallimard, 2000, lettre LXXX.

⁷ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Paris, Gallimard, 1995, livre VI, chap. IX.

Maria Laura Lanzillo

Beccaria en France et en Europe. Il adressa à Beccaria son *Commentaire sur le livre des délits et des peines* (1766) ainsi que sa *Relation de la mort du chevalier de la Barre, par M. Cass*^{***} [Cassen], *Avocat au Conseil du Roi, à M. le Marquis de Beccaria* (1768). Le rôle joué par Voltaire dans le succès de Beccaria est confirmé par le fait que la plupart des éditions italiennes, anglaises, américaines, françaises et allemandes de l'ouvrage publiées avant la fin du XVIII^e siècle contenaient également le *Commentaire* de Voltaire⁸.

2. « Des délits et des peines »

Durant la deuxième moitié du XVIII^e siècle, l'Italie, encore divisée en petits États, connut une diffusion importante des idées des Lumières, en particulier dans certains centres comme Naples, Milan ou la Toscane. La diffusion de ces idées ne resta pas confinée aux discussions de salon et commença à influencer directement les politiques administratives de cette période, en les orientant vers une action réformatrice. C'est surtout à Milan, la ville où était né et travaillait Cesare Beccaria et qui était alors sous la domination de l'Empire austro-hongrois, que les années soixante du XVIII^e siècle furent caractérisées par une série de réformes dans le domaine agricole et des travaux publics, mais aussi dans le sens d'une réduction des privilèges de l'Église catholique. Seul le domaine de la justice pénale, plus durement marqué par l'usage de la torture, par des peines cruelles ainsi que, évidemment, par la peine de mort, par des procédures secrètes et par des monstruosité juridiques, ne fut pas touché par le vent de réforme. C'est dans ce contexte que fut publié sous forme anonyme, à l'imprimerie Coltellini de Livourne, en juillet 1764, *Des délits et des peines*, qui obtint un énorme succès justifiant, en l'espace d'un an, trois éditions du livre :

⁸ Cf. les données indiquées à ce sujet par Marcello T. Maestro, *Voltaire and Beccaria as reformers of criminal law*, New York, Octagon Books, 1972, p. 93. Mais voir aussi la vaste anthologie de documents témoignant du succès et du débat suscité par la publication du volume dans toute l'Europe et recueillis dans Cesare Beccaria, *op. cit.*, p. 113-660.

CORPUS, revue de philosophie

Quelques débris des lois d'un ancien peuple conquérant, que fit compiler un prince ayant régné il y a douze siècles à Constantinople, plus tard entremêlés de rites lombards, et enchevêtrés dans les volumes filandreux d'obscur interprètes privés, voilà ce qui forme cette tradition d'opinions qui dans une grande partie de l'Europe a encore le nom de lois ; [...]. Ces lois, sillonnés par les siècles les plus barbares, sont examinées dans ce livre sous le rapport du système criminel, et ce sont leurs désordres qu'on ose exposer à l'attention des administrateurs du bonheur public dans un style propre à éloigner le vulgaire non éclairé et impatient⁹.

C'est ainsi que Beccaria introduisait son essai en entrant *in medias res* et en dénonçant dès les premières lignes l'obscurité, la barbarie, les excès et les horreurs du système pénal en vigueur, quelles que fussent leurs différences, dans les États européens. Le raisonnement de Beccaria procède de manière organique et rationnelle, avec la rigueur de l'argumentation propre à la méthode des Lumières. Le principe qui inspire tout système juridique est la morale utilitariste selon laquelle le plus grand bonheur doit être partagé avec le plus grand nombre de personnes, d'où il découle une conception contractualiste de l'origine du droit¹⁰. Cela permet à Beccaria d'identifier dès les premières pages de son ouvrage les principes qui constitueront les fondements du droit pénal moderne, à savoir le principe de stricte légalité (seules les lois peuvent établir les peines sur les délits), le principe

⁹ Cesare Beccaria, *Des délits et des peines. Dei delitti e delle pene*, intr., trad. fr. et notes par Philippe Audegean, texte italien établi par Gianni Francioni, Lyon, ENS Éditions, 2009, p. 137.

¹⁰ En particulier dans les pages de Beccaria on perçoit l'écho du contractualisme de Rousseau, comme ne manquera pas de le souligner le frère dominicain Federico Facchinei, dans un opuscle publié en 1765 et intitulé *Note ed osservazioni sul libro intitolato Dei delitti e delle pene*, où Beccaria est défini « le Rousseau des italiens », car il avait affirmé les « due falsi e assurdi principii » que tous les hommes naissent libres et sont égaux par leur nature et les lois sont le résultat d'accords pris selon leur libre volonté (cf. le texte de Facchinei in Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 164-177, citation à la p. 173).

Maria Laura Lanzillo

d'indérogeabilité du procès (*nulla poena sine iudicio*) qui, chez Beccaria, dans la lignée de Montesquieu, est fondé sur la séparation des pouvoirs, et le principe de l'humanisation du droit pénal, expression du caractère préventif, et non afflictif, que la peine doit avoir. Une fois qu'il a énoncé ces trois principes fondamentaux, Beccaria peut développer son argumentation et en tirer, toujours selon une méthode logico-rationnelle, une série de conclusions qui, vu les prémisses, s'imposent comme nécessaires, comme la question de l'interprétation de la loi, la condamnation de la peine de mort, l'absurdité du recours à la torture dans la conduite du procès.

Beccaria arrive ainsi à démontrer que les peines doivent être établies par le législateur et pas par le juge, parce que c'est le législateur, en accord avec la théorie moderne de la souveraineté représentative, qui représente la société dans son entier, tandis que le rôle du juge est d'appliquer les peines. Et pour que le juge puisse accomplir sa tâche dans le respect des intérêts de la volonté générale, il faut disposer d'une législation qui soit la plus claire et la plus précise possible et qui soit exempte de zones d'ombre ou de risques d'arbitraire. Le nœud de l'argumentation de Beccaria est que le système de justice pénale doit graduer les peines sur les crimes, d'une manière que nous pourrions définir mathématique, sur la base de l'injustice qu'un délit cause à la société ou à l'un de ses membres. Le principe de l'égalité des membres de la société, égaux parce que, selon la logique du contractualisme, tous soumis à la même loi, impose que le délit soit toujours sanctionné par la même peine, sans aucun égard pour le *status* social de celui qui le commet¹¹. Ainsi, Beccaria contribuait à démonter le système de l'Ancien Régime fondé sur les tribunaux différents auxquels étaient soumis les membres du clergé et de la noblesse par rapport à tous les autres sujets ; ce système allait définitivement s'effondrer quelques années plus tard

¹¹ Cf. Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, op. cit., chap. XXI, *Peines des nobles*, p. 209 et suiv.

CORPUS, revue de philosophie

avec la publication en 1789 du pamphlet de l'abbé Sieyès *Qu'est-ce que le Tiers-État ?* et le déclenchement de la révolution en France et puis dans toute l'Europe.

Certes, les idées contenues dans les pages de *Des délits et des peines* n'étaient pas totalement originales. Comme nous l'avons observé plus haut, le processus de réforme des législations pénales avait commencé dans toute l'Europe avec la diffusion des idées des Lumières ; la critique et la condamnation de l'usage de la torture pour obtenir des confessions étaient répandues dans les milieux intellectuels et politiques réformistes ; le principe de fonder le droit, pour le pouvoir politique, de juger et de punir les délits sur le contrat social établi au nom de l'ordre et de la sécurité des citoyens et non sur la base d'une autorité provenant de Dieu¹² avait déjà été affirmé par tout le jusnaturalisme moderne. Toutefois, l'importance du pamphlet de Beccaria réside dans la capacité à ordonner et à structurer la discussion européenne sur la question et surtout à la radicaliser en la centrant sur la finalité politique et sociale de la peine.

Pour Beccaria, la peine ne doit ni tourmenter ni affliger car cela ne procure aucun avantage à la société¹³ ; le but de la peine doit être, au contraire, de prévenir un dommage causé à la société (et ces pages anticipent en effet ce qui sera le sujet du dommage de John Stuart Mill dans son essai de 1859 *On liberty*) : « Le seul but est donc d'empêcher le coupable de faire des nouveaux dommages à ses concitoyens et de détourner les autres d'en faire de semblables »¹⁴.

¹² Beccaria au chapitre II, *Droit de punir*, affirme que la justice n'est pas quelque chose de réel, comme une force physique ou un être existant, mais qu'elle est simplement une manière de concevoir les hommes et que cela a des conséquences directes sur leur bonheur. La justice dont s'occupe Beccaria n'a donc rien à voir avec « cette autre sorte de justice qui émane de Dieu, et qui a des rapports immédiats avec les peines et les récompenses de la vie future », *ibid.*, p. 15.

¹³ « Les cris d'un malheureux ramènent-ils les actions déjà consommées du temps qui ne revient plus ? », *ibid.*, p. 179.

¹⁴ *Ibid.*

Maria Laura Lanzillo

La peine a donc une double fin : empêcher le coupable de commettre d'autres dommages (ce que les codes identifient aujourd'hui comme le principe de la prévention spéciale) et dissuader les autres de commettre des délits semblables (prévention générale). De fait, Beccaria identifie comme caractères nécessaires de la peine sa rapidité et sa certitude ; il critique l'utilisation d'accusations anonymes et le déroulement secret des procès ; il s'interroge sur le recours à la détention préventive ; il examine le rôle des preuves.

C'est dans ce cadre que se situent les deux points qui feront le succès de l'œuvre mais qui seront aussi à l'origine du débat et des critiques : le refus de la torture et la nécessité d'abolir la peine de mort. Ce sont de nouveau les principes utilitaristes du rationalisme des Lumières qui conduisent Beccaria à juger la torture non seulement inhumaine, résultat du croisement obscurantiste entre justice et religion, qui la justifie au nom de la nécessité de purifier le coupable par la douleur, mais aussi inutile aux fins de la justice, car elle compromet la fiabilité des aveux :

L'issue de la torture est donc affaire de tempérament et de calcul, qui varient pour chaque homme en proportion de sa robustesse et de sa sensibilité ; de sorte qu'avec cette méthode un mathématicien résoudre mieux qu'un juge le problème suivant : étant donné la force des muscles et la sensibilité des fibres d'un innocent, trouver le degré de douleur qui le fera se confesser coupable d'un délit donné¹⁵.

La torture peut donc seulement mesurer ma capacité de résistance à la douleur et non établir si je dis ou non la vérité. Le pas qui conduit à dénoncer l'absurdité de la peine de mort est donc vite franchi.

Quel peut bien être le droit que s'attribuent les hommes de trueder leurs semblables ? Certainement pas celui dont résultent la souveraineté et les lois. Elles ne sont qu'une somme de toutes petites portions de la liberté privée de

¹⁵ *Ibid.*, p. 195.

CORPUS, revue de philosophie

chacun. Elles représentent la volonté générale, qui est l'agrégat des volontés particulières. Qui a jamais voulu laisser à l'arbitraire d'autres hommes le droit de le tuer ?¹⁶.

La condamnation de la peine de mort est fondée, elle aussi, sur les principes du contractualisme moderne : le droit et la force de la souveraineté dérivent de l'apport de parties des libertés individuelles de chacun, au nom de la sauvegarde de leur sécurité et de leur liberté. Si la volonté générale représente ma volonté particulière, comment puis-je rationnellement, c'est-à-dire à travers l'adhésion au contrat social, lui avoir délégué le droit de décider de me condamner à mort ? Mais si la peine de mort n'est pas un droit, qu'est-ce que c'est ? Encore une fois, l'argumentation de Beccaria se construit de façon rigoureuse et géométrique : il reprend l'argument utilisé par Hobbes dans le *Léviathan* pour légitimer l'usage de la peine de mort par l'État¹⁷, pour en dénoncer au contraire l'illégitimité. Hobbes soutenait qu'il était licite pour l'État de condamner à mort un citoyen quand celui-ci attentait à la vie même de l'État, car le devoir principal de l'État était de préserver sa propre vie sans laquelle, suivant le raisonnement de Hobbes, il est impossible de garantir la vie de chaque citoyen. Pour Hobbes, d'autre part, il est tout aussi licite de la part du citoyen condamné à mort de tenter par tous les moyens d'échapper à sa condamnation, puisque, de fait, son délit a rompu le pacte qui le liait à l'obéissance envers les lois de l'État, et le fait retomber dans l'état de nature. Pour Hobbes, par conséquent, la condamnation à la peine de mort reproduit entre le coupable et l'État une situation d'état de nature, l'état de guerre de tous contre tous où la vie n'est pas garantie¹⁸.

¹⁶ Ivi, p. 229.

¹⁷ Cf. Hobbes, *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, intr., trad. et notes de François Tricaud, Paris, Sirey, 1971, chap. XXVIII.

¹⁸ On retrouve la même argumentation chez Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat social*, Paris, Gallimard, 1975, livre II, chap. 5, p. 257 : « les procédures, le jugement, sont les preuves et la déclaration qu'il a rompu le traité

Maria Laura Lanzillo

Dans son analyse de la peine de mort, Beccaria reconnaît qu'elle représente « une guerre de la nation contre un citoyen, parce qu'elle juge nécessaire ou utile la destruction de son être »¹⁹. Si c'est sur cette légitimité que se fonde la peine de mort, il faut démontrer qu'elle n'est ni nécessaire ni utile. Deux motifs soutiennent la démonstration. Le premier : si l'on estime qu'un citoyen, jugé et condamné, a encore assez de force pour pouvoir mettre en crise, par son existence même, la sécurité et la liberté de la nation, alors cette nation doit se trouver dans une grave condition de faiblesse et d'anarchie. Mais si c'est le gouvernement des lois qui est en vigueur et si c'est le souverain légitime qui commande, comment peut-on démontrer que l'existence d'un seul individu porte atteinte à l'existence de l'État ? Le deuxième motif est que l'argumentation qui justifie la peine de mort, dans la mesure où elle représenterait un frein à ce que les citoyens commettent certains délits, n'a aucun fondement comme le prouve l'expérience historique. Ce n'est pas l'*intension* de la peine qui agit sur l'âme humaine, mais son *extension* : par conséquent, la condition de privation de la liberté individuelle représentée par la prison est plus utile pour parvenir aux fins pour lesquelles la peine a été prononcée²⁰. L'analyse se conclut par l'affirmation qu'il vaut mieux prévenir les délits que les punir, et que cela n'est possible qu'au moyen d'une législation claire et simple, défendue par toute la nation. En conclusion, Beccaria, affirmant avec force les principes de la raison des Lumières, indiquait la nécessité de leur diffusion, du savoir et de la science et par conséquent de l'éducation, comme instruments réellement utiles, en lieu et place de la torture et de la mort, pour garantir la sécurité de la société et sa justice.

De ce qu'on a vu jusqu'à présent on peut tirer un théorème général très utile, mais peu conforme à l'usage, ce législateur

social, et par conséquent qu'il n'est plus membre de l'État [...] et c'est alors que le droit de guerre est de tuer le vaincu ».

¹⁹ Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, cit., p. 229.

²⁰ Cf. *Ibid.*, p. 230-240.

CORPUS, revue de philosophie

le plus ordinaire des nations : pour qu'une peine ne soit pas une violence d'un seul ou de beaucoup contre un citoyen privé, elle doit être essentiellement publique, prompte, nécessaire, la moindre possible étant donnée les circonstances, proportionnée aux délits, édictée par les lois²¹.

3. Le projet de réforme de Voltaire et la rencontre avec Beccaria

En 1758, Voltaire devint propriétaire d'un domaine à Ferney, à la frontière franco-suisse, dont il fit l'acquisition, comme il l'écrivit à un correspondant français, « pour y faire un peu de bien »²². C'est précisément depuis Ferney, où seront accueillis les exilés et les persécutés suisses et où sera créée une petite communauté d'artisans libres et tolérants, qu'il lancera la bataille contre l'*infâme*²³. Ce qui mit le feu aux poudres et déclencha la bataille de Voltaire fut le cas Calas, dont le philosophe eut connaissance en 1762 alors que Jean Calas avait été exécuté. Il se jeta corps et âme dans le combat afin d'obtenir justice pour la femme et les enfants de Calas et la réhabilitation du nom du malheureux protestant accusé, par les juges de Toulouse, du

²¹ *Ibid.*, p. 297.

²² Voltaire, *Correspondances*, in Id., *Œuvres complètes*, Oxford, Voltaire Foundation, 1971, vol. 103, 18 novembre 1758, D 7946.

²³ Par le terme *infâme*, Voltaire désignait principalement l'alliance de fanatisme et de superstition, cause des guerres de religion, des pratiques qui sapent l'efficacité de l'ordre politique visant à garantir la paix ; d'autre part, l'*infâme* est l'Inquisition, la superstition institutionnalisée, qui consolide le pouvoir temporel du pontife non seulement dans l'État de l'Église mais aussi au sein des autres États européens (au moins ceux de confession catholique). Mais l'*infâme* est aussi l'ensemble de l'appareil judiciaire et législatif de l'*Ancien Régime*, sur lequel se fondait en France la persécution intolérante des protestants ; enfin, l'*infâme* s'identifiera de plus en plus, au fil du temps, à la religion catholique puis au christianisme en général, perçus comme des obstacles à la diffusion de la raison des Lumières. Comme premières références à ce sujet, cf. René Pomeau, *La Religion de Voltaire*, Paris, Nizet, 1994, et Id., « *Écraser l'Infâme* », Oxford, The Voltaire Foundation, 1994. Je me permets également de citer mon *Voltaire. La politica della tolleranza*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

Maria Laura Lanzillo

meurtre de son fils aîné, coupable, aux yeux de ses parents – selon les thèses soutenues par l'accusation – de vouloir se convertir au catholicisme. L'horreur que l'affaire et l'intolérance des juges toulousains suscitèrent chez Voltaire le conforta une fois de plus dans l'idée de la nécessité de la tolérance, comprise à la fois comme sentiment de fraternité à l'égard de son prochain, utile à la cohabitation en société, et comme instrument d'ordre public indispensable pour qu'il ne puisse plus y avoir, dans l'État, soumission à une loi qui ne fût pas la loi émanant du prince. C'est à cette affaire que l'on doit le *Traité sur la tolérance* qui allait faire de Voltaire, dans les années soixante du XVIII^e siècle le défenseur des individus injustement persécutés par la justice, un engagement qui allait se confirmer, dans les années suivantes, avec les cas Sirven et La Barre. Au *Traité* firent suite de nombreux écrits de propagande visant à affirmer la révolution de la raison et de la libre pensée, à éclairer les esprits assombris par des siècles d'obscurantisme religieux, philosophique et politique, domination qui avait rendu les hommes esclaves de l'Église et du pouvoir despotique. Le premier d'entre eux, le *Dictionnaire philosophique*, dont la première édition date de 1764, allait être condamné à plusieurs reprises par les censeurs civils et religieux de nombreux pays européens. Tout le *Dictionnaire* est l'illustration de son concept de raison grâce auquel il devenait aussi possible de mesurer le concept de justice. Voltaire assumait alors délibérément le rôle de conscience de l'Europe.

Et c'est dans ce cadre que se situe la rencontre de Voltaire avec les pages de Beccaria, dont il lut le traité en italien à la fin du mois d'octobre 1765. Comme l'a montré la reconstruction de Maestro²⁴, la réflexion sur l'œuvre de Beccaria n'occupa une place centrale dans l'œuvre de Voltaire, en faisant naître en lui la conviction profonde de la nécessité de la réforme du système pénal comme instrument fondamental de la lutte contre l'intolérance et le fanatisme, qu'après qu'il fut informé du sort du jeune chevalier La Barre, accusé de blasphème et d'irrespect à

²⁴ Cf. Marcello T. Maestro, *Voltaire and Beccaria as reformers of criminal law*, op. cit., p. 73 et suivantes.

CORPUS, revue de philosophie

l'égard du crucifix et condamné en 1765 à être brûlé avec un exemplaire du *Dictionnaire* de Voltaire, et qu'André Morellet, qui avait publié à la fin de 1765 la traduction de l'œuvre de Beccaria en français, lui eut rendu visite au début de l'année 1766 à Ferney. L'horreur qu'il ressentit à l'égard de la condamnation de La Barre et le fait d'apprendre que de grands hommes, qu'il tenait en très haute estime, comme Morellet et Diderot, connaissaient et considéraient avec admiration l'œuvre de Beccaria l'incitèrent à travailler sur le texte. C'est de ce nouveau front de la bataille contre l'*infâme* qu'émaneront les écrits politico-juridiques que Voltaire produira à partir de la moitié des années soixante du XVIII^e siècle, notamment le *Commentaire sur le livre des délits et des peines* (1766), l'article *Délits locaux (des)* ajouté à l'édition de 1767 du *Dictionnaire philosophique*, le XXI^e chapitre ajouté à l'édition de 1768 du *Précis du siècle de Louis XIV*, l'*Histoire du Parlement de Paris* (1769), les articles *Crimes ou délits de temps et de lieu*, *Criminaliste*, *Criminel* et *Question, Torture des Questions sur l'Encyclopédie* (1770-1772), jusqu'à son dernier ouvrage en prose *Prix de la justice et de l'humanité*, publié à la fin de l'année 1777, quelques mois avant sa mort. Voltaire dénonçait dans ses ouvrages le système judiciaire en vigueur comme inhumain et despotique et lui opposait une vision de l'État des lois fondé sur les principes d'égalité et de liberté. Nous nous consacrerons ici principalement, pour des motifs de place, à l'analyse du *Commentaire sur Beccaria*.

Le *Commentaire* de Voltaire visait à combattre l'irrationnel religieux dans la législation criminelle en vigueur, c'est-à-dire à extirper l'une des racines nourricières de l'« arbre vénéneux » de l'*infâme*, l'injustice judiciaire fondée sur la superstition²⁵. Comme l'avait prouvé la sentence qui avait condamné le chevalier de La Barre, tout cela avait été et était sans cesse possible en France à cause de l'absence de lois claires et de l'arbitraire des jugements. Nombre d'autres éléments du système pénal en vigueur finissaient

²⁵ Voltaire définit l'*infâme* un arbre vénéneux qui devait être coupé aux racines dans le *Dîner du comte de Boulainvilliers* (1767), in Id., *Œuvres complètes*, op. cit., 1990, vol. 63A, p. 550.

Maria Laura Lanzillo

ainsi sous accusation : l'usage de la torture, le recours aux *monitoires* (c'est-à-dire l'incitation à la délation contre ceux qui étaient suspectés d'un crime, presque toujours un crime à caractère religieux) pour instruire les procès, la disproportion entre les délits et les peines, la sentence de peine de mort prononcée à la majorité des voix (comme ce fut le cas pour le malheureux chevalier de La Barre, condamné par quinze voix contre dix²⁶).

Le texte est, en particulier, consacré à l'analyse des parties de la législation pénale qui s'occupent de questions religieuses et qui produisent le court-circuit entre délits et péchés : Voltaire prend en compte les hérésies, les délits de profanation, les actes de sorcellerie, la torture utilisée dans le but de susciter des conversions, le suicide, afin de démontrer que « jamais une secte n'a changé le gouvernement que quand le désespoir lui a fourni des armes »²⁷. Aussi bien dans le *Traité sur la tolérance* que dans le *Commentaire*, Voltaire reconnaît la tolérance comme stratégie politique nécessaire pour abattre l'obscurantisme et le despotisme, puisqu'elle ne subordonne la reconnaissance de la liberté de croyance religieuse qu'à la nécessité que cette liberté ne trouble pas l'ordre politique²⁸. La tolérance apparaît comme la seule solution pour rompre l'imbrication entre ordre juridique et fanatisme : « voulez-vous donc empêcher qu'une secte ne bouleverse un Etat, usez de tolérance ; imitez la sage conduite que tiennent aujourd'hui l'Allemagne, l'Angleterre, la Hollande »²⁹.

Voltaire se sert de la nouveauté introduite par Beccaria afin d'établir une conception de la loi basée sur une relation d'intérêt entre l'État et les sujets. Une relation qui, en avance sur la conception kantienne de l'État de droit, est fondée sur l'utilité réciproque qui lie l'État et les citoyens et qui est exempte de tout

²⁶ Comme l'indique Voltaire dans la *Relation de la mort du chevalier de la Barre*, in Id., *Œuvres complètes*, Moland éd., cit., vol. XXV, p. 501 et suivantes.

²⁷ Voltaire, *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, op. cit., p. 793.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

CORPUS, revue de philosophie

fondement métaphysique, parce que les croyances religieuses et les questions inhérentes aux vérités de la foi religieuse ne doivent pas influencer les décisions politiques dans le domaine législatif et criminel : « la religion est de Dieu à l'homme ; la loi civile est de vous à vos peuples »³⁰. Nous sommes donc en présence d'une idée de la justice où il n'y a plus de place pour la peine capitale (sauf dans des cas extrêmes³¹) et pour l'utilisation (c'est à dire l'abus) de la « question » (telle qu'était nommée la torture dans l'*Ordonnance criminelle* de Colbert³²). La tolérance devient pour l'État la seule arme possible contre l'avancée de l'*infâme* qui, à partir de la deuxième moitié des années soixante du XVIII^e siècle, apparaît aux yeux de Voltaire étroitement lié, sans confusion toutefois, au système judiciaire français. Pour rompre l'alliance qui nourrit l'*infâme*, il est nécessaire de donner une nouvelle définition des mots *crime* et *délit* car : « de quelque côté qu'on jette les yeux on trouve la contrariété, la dureté, l'incertitude, l'arbitraire. Nous cherchons dans ce siècle à tout perfectionner ; cherchons donc à perfectionner les lois dont nos vies et nos fortunes dépendent »³³.

Le but de la législation pénale n'est pas alors de réprimer l'hérésie, en tant que violation de la Vérité, mais de réprimer

³⁰ *Ibidem*.

³¹ À ce niveau, Voltaire ne partage pas pleinement les positions de Beccaria, car il en voit l'utilité si elle est réellement prescrite pour le bien de la société ; dans tous les cas, il préfère à la peine de mort la condamnation aux travaux forcés. Cf. Voltaire, *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, op. cit., chap. X, *De la peine de mort*, p. 803-804.

³² « J'ai honte d'avoir parlé sur ce sujet après ce qu'en dit l'auteur *Des délits et des peines*. Je dois me borner à souhaiter qu'on relise souvent l'ouvrage de cet amateur de l'humanité », *ivi*, p. 806, même si, à l'instar de Diderot, il admet l'usage de la torture dans des cas d'une gravité particulière, tels que le parricide ou le régicide (position qu'il réitérera dans *Prix de la justice et de l'humanité*, in *Id.*, *Œuvres complètes*, éd. par Moland, op. cit., vol. XXX, p. 553 et suiv., en se référant au cas de François Ravailiac, l'assassin d'Henri IV, longuement torturé durant le procès afin qu'il révélât les noms de ses complices).

³³ Voltaire, *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, op. cit., p. 825.

Maria Laura Lanzillo

l'hérésie si, et quand elle est dommageable à la société. Le délit ne peut pas être connoté dans le sens religieux ou moral, mais uniquement politique, car le délit est un acte qui outrage la société³⁴. « J'appelle lois politiques les lois faites selon le besoin présent, soit pour affermir la puissance, soit pour prévenir des malheurs »³⁵ : le but de la loi, et en particulier de la législation pénale, n'est pas, pour Voltaire, de défendre la religion ou de brûler ceux dont les opinions diffèrent – comme l'indiquait l'*Ordonnance* – mais, en accord avec les thèses de Beccaria, de sauvegarder la stabilité du pouvoir souverain à travers l'interdiction d'accomplir des délits³⁶.

4. L'État souverain et la société disciplinaire

Dans le *Commentaire*, comme dans tous les écrits de Voltaire, et pas seulement dans les textes purement politiques, on assiste à un double niveau d'argumentation. Le *Commentaire* est sans doute l'œuvre d'un intellectuel engagé et pragmatique qui utilise ses écrits pour une intervention immédiate sur la réalité qui l'entoure (dans ce cas, la France de Louis XV et des parlements qui administrent de manière despotique la justice, dans d'autres écrits la Prusse de Frédéric II ou la Genève des affrontements entre *représentants* et *natifs* et de la censure des œuvres de Rousseau). D'autre part, on trouve aussi dans le texte sur Beccaria, comme dans tous les écrits politiques, un recours aux concepts propres à la philosophie politique moderne, qui conduit le philosophe à s'inscrire, même s'il le fait de manière partielle, discontinue, voire, parfois contradictoire³⁷, dans un

³⁴ Cf. Peter Gay, *Voltaire's Politics. The Poet as Realist*, Princeton, Princeton University Press, 1959, en part. p. 287 et suivantes.

³⁵ Voltaire, *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, cit., p. 808.

³⁶ Cf. *ibid.*, chap. V, *Des profanations*, p. 794-796.

³⁷ Je fonde mon affirmation sur l'argumentation développée dans mon *Voltaire*, op. cit., auquel je me permets de faire encore une fois mention. Benoît Garnot, *C'est la faute à Voltaire... Une imposture intellectuelle ?*, Paris, Belin, 2009, en particulier p. 79 et suivantes, défend quant à lui un

CORPUS, revue de philosophie

univers de discours, celui de la modernité politique, dont le paradigme peut être considéré comme le « modèle hobbesien », fondé conceptuellement sur le lien souveraineté–représentation–contrat–État, modèle que nous avons également vu à l'œuvre dans le pamphlet de Beccaria.

Il découle alors de la production de Voltaire une représentation de la figure de la souveraineté dans un sens absolu moderne, à savoir non liée à un quelconque commandement supérieur, si ce n'est à l'obligation de protéger la vie de ses sujets. Cette conception, dont la matrice hobbesienne³⁸ est évidente, revient aussi quand, comme on l'a vu ci-dessus, Voltaire soutient que le souverain ne peut pas prescrire la peine de mort, sauf dans les cas où la vie même de l'État est compromise : « On appelle haute trahison un attentat contre la patrie ou contre le souverain qui la représente. [...] Dans les crimes ordinaires, la loi d'Angleterre est favorable à l'accusé; mais dans celui de haute trahison elle lui est contraire »³⁹.

avis contraire puisqu'il soutient que l'intérêt de Voltaire à l'égard de Beccaria ne fut qu'un intérêt de type pragmatique, lié à sa polémique sur l'imposture de la religion, et que, dans les œuvres de Voltaire, il n'est donc pas fait état de la situation réelle de la justice française mais qu'il en ressort une image inexacte, parfois même fausse. Donc, d'après Garnot, si la philosophie de Beccaria « fait reposer la légitimité du régime pénal sur le contrat », pour Voltaire « la légitimité des peines, comme la légitimité politique, ne vient pas d'en bas, mais du Prince et de la nécessité morale » (p. 79). Je propose au contraire une interprétation de la philosophie de Voltaire comme une philosophie qui est interne à la pensée moderne de la souveraineté et qui dévoile aussi les difficultés et les apories de cette pensée.

³⁸ Sur le rapport entre Voltaire et Hobbes, cf. comme premières références : Leland Thielemann, *Voltaire and Hobbism*, in « *Studies on Voltaire and the Eighteenth Century* », 1959, n° 10, p. 237-257 ; Ian M. Wilson, *The influence of Hobbes and Locke in the shaping of the concept of sovereignty in eighteenth century France*, in « *Studies on Voltaire and the Eighteenth Century* », 1973, n° 101, p. 265-277 ; Lester G. Crocker, *Voltaire and the political philosophers*, in « *Studies on Voltaire and the Eighteenth Century* », 1989, n° 219, p. 1-17.

³⁹ Voltaire, *Commentaire sur le livre des délits et des peines*, op. cit., p. 809-810.

Maria Laura Lanzillo

Voltaire reprend donc à la lettre la position hobbesienne pour justifier les cas où la peine de mort est légitime, à savoir les crimes qui mettent en danger l'existence même de l'État. Il est important de noter que Voltaire reprend la même position que celle qui avait, au contraire, servi à Beccaria pour dépasser, comme nous l'avons vu plus haut, la position hobbesienne et affirmer la nécessité de l'abolition de la peine de mort. Sommes-nous face à deux positions opposées ?

La conclusion apparemment divergente à laquelle parviennent les raisonnements sur la peine de mort conduits à quelques années de distance par Beccaria et Voltaire, à mon avis, peut certainement se lire dans les différentes positions qui animèrent la discussion sur la réforme du système judiciaire qui traversa la seconde moitié du XVIII^e siècle et qui entraîna en Europe dans les années suivantes une réforme radicale des institutions judiciaires et des prisons, mais aussi comme l'un des moments d'émergence de ce qui est l'aporie, et en même temps le double visage, inhérente à la constitution de la souveraineté moderne, qui allait bientôt, lors de l'explosion de 1789, donner les premières preuves de son existence. C'est-à-dire la révélation de ce lien inextricable dans l'institution de la souveraineté entre pouvoir juridiquement légitime et violence politique, entre *Herrschaft* et *Macht*, qui traverse toute l'histoire de la souveraineté entre le XIX^e et le XX^e siècle et qui a précisément un des moments séminaux dans la pensée de l'illuminisme, comme l'a reconnu Paolo Prodi quand, dans son *Una storia della giustizia*, il identifie le « double aspect » qui caractérise la bataille illuministe pour la réforme des codes pénaux⁴⁰. L'avènement de l'État souverain sur la scène européenne détermina en effet la rupture du rapport entre péché et délit et l'invention des libertés et des garanties pour la protection de l'individu (comme le prévoient les codes pénaux modernes, promulgués grâce, aussi, à la lutte menée, entre autres, par Beccaria et par Voltaire), qui allaient être

⁴⁰ Cf. Paolo Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, Il Mulino, 2000, en particulier p. 429 et suivantes.

CORPUS, revue de philosophie

assurées et élargies au fur et à mesure que la société de l'Ancien Régime ferait place à une société disciplinaire, gérée par le monopole de la force détenue par l'État et par sa capacité administrative des individus. Un nouveau modèle de société donc, qui, grâce à des processus de prévention et de réglementation – dont l'invention de la prison moderne mais aussi le système d'instruction publique ont été des moments paradigmatiques – a pu se permettre de tempérer sa force répressive, en la limitant à des moments exceptionnels. Un système souverain dans lequel, en définitive, ni la torture ni la peine de mort ne seront plus utiles pour gouverner les individus et la société, contrairement à ce qu'avait supposé le système de l'Ancien Régime.

**María Laura LANZILLO
(Università degli studi di Bologna)**

MABLY ET LA PEINE DE MORT

On a récemment fait de Mably un « apologiste » de la peine capitale¹. Cette thèse doit être fortement nuancée : il y a en effet au moins trois raisons solides de considérer avec beaucoup de précaution le sentiment de Mably sur cette question, et de penser que dans le passage en question de son ouvrage *De la législation : ou Principes des lois* (livre III, chapitre 4)², il ébranle au contraire l'évidence de la peine de mort.

Premièrement, il est frappant de constater qu'en justifiant le recours à la peine de mort, le porte-parole de Mably, le Philosophe, contredit de manière directe à la fois certains des principes qui ont guidé ses analyses précédentes relatives au droit pénal, et son propos général dans *De la législation*. Ainsi par exemple, s'il se montre d'un bout à l'autre de l'ouvrage convaincu que la législation doit conduire les hommes au bonheur en faisant fleurir leurs qualités sociales, et que le législateur doit, par « humanité », ne pas faire de la crainte l'unique ressort de l'obéissance aux lois, le Philosophe justifie la peine de mort au nom de la nécessité d'« effrayer nos vices », et prétend que c'est « par humanité » qu'il faut ôter la vie à celui qui s'est fait assassin³. De même, pour critiquer l'efficacité dissuasive de la peine de servitude perpétuelle, le Philosophe doit abandonner la thèse centrale qu'il a développée plus tôt, selon laquelle l'égalité

¹ Dario Ippolito, « Beccaria, la pena di morte e la tentazione dell'abolizionismo », in *L'Acropoli*, 6 (2007), p. 701-715, p. 707.

² Mably, *De la législation ou Principes des lois* (1776), in *Œuvres complètes de l'abbé de Mably*, t. 9, Lyon, Delamollière, 1792 (désormais cité *Lég.*).

³ *Ibid.*, III, 4, p. 278 et 286.

CORPUS, revue de philosophie

liberté est le « premier des biens » moraux de l'homme, et soutenir que « la vie passera toujours chez les hommes pour le plus grand des biens »⁴.

S'il n'est pas absurde d'en conclure que Mably cherche par là à montrer que les principes du Philosophe devraient le conduire à renoncer à la peine de mort, il convient de mentionner une seconde raison qui rend difficile l'appréciation de la position de Mably. En effet, l'exposé de la thèse de Beccaria révèle une tension axiologique et anthropologique récurrente dans le droit pénal, lorsque celui-ci est pensé dans le cadre d'une législation visant avant tout à établir la liberté des individus. L'efficacité dissuasive de la peine de servitude perpétuelle implique nécessairement de présupposer qu'il n'y a rien de pire, pour un homme, que d'être privé de sa liberté ; mais précisément, quoiqu'on puisse la juger efficace, et même nécessaire, comment considérer comme légitime une peine qui inflige à l'homme la pire des conditions ?

L'exposé et l'examen de ces deux raisons ne seront cependant pas proposés ici, et je me concentrerai sur un troisième motif incitant à nuancer la thèse d'un Mably partisan de la peine de mort. En effet, la construction argumentative générale dans laquelle s'insère la discussion spécifique du châtement suprême est loin de rendre aisée l'appréciation de la position de Mably.

Il convient pour commencer de souligner qu'en toute rigueur, ce n'est pas Mably mais son porte-parole, le Philosophe, qui, dans un dialogue serré contre un Milord anglais partisan de l'abolition de la peine capitale, récuse les thèses de Beccaria. De sorte que si c'est bien « sous forme dialogique » que Mably développe « une robuste polémique anti-beccarienne *en faveur de* la peine de mort »⁵, il faut aussi dire qu'il arme le point de vue abolitionniste des arguments non moins puissants de Beccaria. On objectera à juste titre que Mably est coutumier de ce type d'argumentation dialogique où l'énoncé des vues opposées à celles de l'auteur a pour objet principal de mieux mettre en valeur celles de son

⁴ Cf. respectivement, *ibid.*, I, 1, p. 17-8, et III, 4, p. 280.

⁵ Ippolito, art. cit., p. 707 (je souligne).

Christopher Hamel

porte-parole⁶, et qu'en l'occurrence, Mably ne fait ici qu'enregistrer passivement le *fait*, largement établi en 1776, que la peine de mort est un objet de discussion théorique⁷.

Pourtant, dès que l'on se penche sur la construction argumentative du passage, on perçoit vite que loin de favoriser l'identification d'une nette opposition entre deux points de vue contradictoires, les échanges du Philosophe et de Milord qui précèdent l'intervention du premier en faveur de la peine de mort brouillent au contraire les pistes.

Tout d'abord, il est utile de rappeler le contexte général dans lequel s'insère l'argumentation que propose le Philosophe en faveur de la peine de mort. Présentée au chapitre 4 du livre III de *De la législation*, la justification de la légitimité du châtement suprême apparaît d'abord comme une *réaction* à la thèse abolitionniste défendue par Milord⁸. Or cette réaction est surprenante, car elle succède à la première intervention de Milord, lequel, enthousiasmé par les premiers développements de son interlocuteur relatifs au droit pénal au début du chapitre⁹, croyait raisonner à partir des mêmes principes que son interlocuteur. Le résultat de cette construction argumentative est qu'en réagissant ainsi, le Philosophe semble s'opposer à ses propres principes. Il a en effet commencé, en accord avec l'esprit réformateur des Lumières, par fustiger les pratiques odieuses, inutilement et injustement sévères en matière pénale, et par défendre une politique systématique de prévention.

⁶ Cf. Paolo Comanducci, « La criminalistica di un illuminista moderato : Mably », in Giovanni Tarello dir., *Idee e atteggiamenti sulla repressione penale. Materiali per una storia della cultura giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1975, p. 453-69, p. 456.

⁷ Cf. le recueil de textes rassemblés par Franco Venturi : Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento, Torino, Einaudi, 1994 (1965), p. 164-660.

⁸ Mably, *Lég*, III, 4, p. 274-7 (pour la thèse abolitionniste de Milord), et p. 277-82 (pour la justification de la peine de mort par le Philosophe).

⁹ Cf. Mably, *Lég*, III, 4, p. 270-4, pour ces premiers développements du Philosophe.

CORPUS, revue de philosophie

Le point important ici c'est que Milord manifeste sa nette approbation à tous ces développements : il applaudit les « principes humains » que son interlocuteur vient d'établir, et poursuit sur une ligne argumentative similaire, se sentant naturellement porté à exposer les raisons qui rendent à ses yeux scandaleux dans son principe le recours à la peine capitale.

Quels sont donc ces « principes humains » que le Philosophe commence par endosser, et dans quelle mesure Milord inscrit sa défense de l'abolition dans la ligne de ces principes ?

« Les principes humains » du Philosophe

Les développements du Philosophe relatifs du droit pénal interviennent dans un chapitre où il pose la question de savoir quels sont les moyens les plus propres à attacher les citoyens aux lois. Après avoir suggéré que le moyen essentiel est de faire en sorte que les lois satisfassent leurs intérêts particuliers¹⁰, il précise que c'est l'idée d'impartialité qui fonde la justice et suscite l'amour des lois : « Que toutes vos lois soient donc impartiales, car il n'y a que celles-là de justes. Qu'elles nous rapprochent, autant qu'il est possible, de l'égalité »¹¹. En liant les notions d'impartialité et de justice à l'idée d'égalité, le Philosophe convoque une notion centrale dans son propos depuis le début de son livre. La garantie par les lois de « l'égalité dans la fortune et la condition »¹² apparaît en effet comme le moyen essentiel d'atteindre le bonheur auquel l'homme est appelé : si « le bonheur ou le malheur des hommes tient à une bonne ou à une mauvaise législation »¹³, et si « la nature destine les hommes à être égaux »¹⁴, c'est bien au législateur que revient le devoir d'assurer cette égalité. Mais loin de ne relever que d'un simple souci de justice neutre moralement, ce devoir de réaliser l'égalité renvoie directement aux biens moraux

¹⁰ Cf. *ibid.*, p. 267-70.

¹¹ *Ibid.*, p. 270.

¹² *Ibid.*, I, 2, p. 35.

¹³ *Ibid.*, I, 1, p. 2.

¹⁴ *Ibid.*, I, 2, p. 36.

Christopher Hamel

qu'elle permet d'obtenir : « L'égalité doit produire tous les biens parce qu'elle unit les hommes, leur élève l'âme et les prépare à des sentiments mutuels de bienveillance et d'amitié » ; corrélativement, l'inégalité « les dégrade, les humilie et sème entr'eux la division et la haine »¹⁵.

Or, c'est précisément cette articulation de l'égalité et de la dignité de l'homme qui est explicite dans le chapitre qui nous occupe. Immédiatement après avoir posé que seules les lois impartiales sont justes et « nous rapprochent, autant qu'il est possible, de l'égalité », le Philosophe explique qu'il en est ainsi « car les citoyens *dégradés* ne prendront qu'un intérêt médiocre à l'état, et les autres seront plus attachés à la conservation de leur prérogatives qu'au bien de la république »¹⁶. Il n'affirme donc pas seulement qu'il faut satisfaire l'intérêt individuel du citoyen pour espérer qu'il aime les lois, puisqu'il pose une différence de principe entre amour de son intérêt et amour du bien public. Il affirme aussi et surtout que l'inégalité devant la loi engendre la dégradation morale des citoyens dominés, et corrompt le sens de la justice des citoyens privilégiés.

Cette thématique est également au cœur de sa critique féroce de la sévérité des peines. Car celui qui défendra quelques pages plus loin le châtement suprême se montre d'abord partisan décidé du principe de la douceur des peines. Concentré sur les conditions qui rendent possible l'amour des lois chez les citoyens, le Philosophe énonce le principe général selon lequel « le sang des hommes est assez précieux pour devoir l'épargner »¹⁷. Ce principe le conduit à affronter le problème de l'inefficacité dissuasive des peines dans un contexte où les mœurs des citoyens se sont endurcies. Il souligne l'impasse d'une politique d'intensification de la sévérité, et invoque, avec Beccaria, la nécessité d'une vigilance

¹⁵ Mably, *Lég.*, I, 2, p. 38, et p. 39 sur les pauvres qui, en vendant leur services aux riches, verront leur âme « humiliée » ; cf. également *ibid.*, I, 1, p. 27.

¹⁶ Mably, *Lég.*, III, 4, p. 270.

¹⁷ *Ibid.*, p. 272.

CORPUS, revue de philosophie

accrue : « quand les punitions ordinaires semblent n'être plus capables d'empêcher les délits, je voudrais que les lois, au lieu de devenir plus *sévères*, se contentassent d'être plus *vigilantes* »¹⁸.

Mais il ne se contente pas d'appeler de ses vœux, après Montesquieu et Beccaria, une politique pénale plus préventive que répressive, afin de tout faire pour « n'être pas réduit à la fâcheuse extrémité d'écrire les lois en caractères de sang »¹⁹. Il ajoute, citant textuellement Beccaria, qu'un bon législateur doit faire en sorte que les lois soient « infiniment douces et humaines »²⁰ : « infliger des châtimens sévères », ce serait se montrer inutilement dur à l'égard de l'homme, et ce serait surtout ignorer son devoir de législateur, qui est au contraire de « faire fleurir » les « qualités sociales » de l'homme²¹.

Cette thèse constitue en outre le cœur du second argument que le Philosophe, dans le sillage de Montesquieu et de Beccaria, formule à l'encontre de la dureté des peines. Son premier argument se place du point de vue de la stricte efficacité, et souligne que la cruauté des peines est inutile parce qu'elle « étonne » les esprits

¹⁸ *Ibid.* Cf. Beccaria, *Des délits et des peines*, introduit, traduit et annoté par Ph. Audegean, Lyon, ENS Éditions, 2009, § 27, p. 225.

¹⁹ Mably, *Lég.*, III, 4, p. 271. Montesquieu lie directement la prévention au fait de « donner » des mœurs au peuple ; cf. *De l'esprit des lois* (VI, 9), in *Œuvres complètes*, t. 2, Paris, Gallimard, 1951, p. 318-9. Sur la prévention, cf. Beccaria, *op. cit.*, § 31, p. 255-7, et § 41, p. 283-7.

²⁰ Mably, *Lég.*, III, 4 p. 270 ; cf. Beccaria, *op. cit.*, § 28, p. 237 ; dans la traduction moins précise de Morellet, mais qui permet de souligner que Mably s'appuie sur Beccaria : « Si les passions ou la nécessité de la guerre ont enseigné aux hommes à répandre le sang humain » le but des lois est « d'inspirer la douceur et l'humanité » et non de « multiplier les exemples de cette barbarie », C. Beccaria, *Traité des délits et des peines*, trad. de l'italien, d'après la troisième édition revue, corrigée et augmentée par l'auteur, Philadelphie, 1766, § 16, p. 68.

²¹ Mably, *Lég.*, I, 1, p. 1, et III, 4 p. 270-1 (sur les « qualités sociales », cf. *ibid.*, I, 1, p. 24, 29 ; I, 2, p. 36, 44). La critique de la sévérité des peines a en réalité déjà été entamée plus tôt dans l'ouvrage, à la toute fin du dernier chapitre du livre I, où il est question de la lutte que doit mener le législateur contre les passions de l'avarice et de l'ambition (cf. *Lég.*, I, 4, p. 95).

Christopher Hamel

sans les « corriger »²². Le durcissement de la législation pénale se condamne en réalité d'emblée à une escalade infinie, et en définitive absurde²³. Cet argument s'appuie sur la règle de l'habitude brillamment résumée par Montesquieu : « l'expérience a fait remarquer que, dans les pays où les peines sont douces, l'esprit du citoyen en est frappé, comme il l'est ailleurs par les grandes »²⁴. On notera au passage qu'il est troublant de voir le Philosophe – qui, comme partisan de la peine de mort, réfutera la supériorité de la peine de servitude perpétuelle – puiser ici dans le répertoire des arguments mobilisés par Beccaria à l'appui de la thèse selon laquelle la peine d'esclavage est préférable à la peine capitale : si « l'exemple continu et actuel » de l'esclave à perpétuité est efficace sur le citoyen libre, le « spectacle d'un supplice », par contraste, « l'endurcit plus qu'il ne le corrige »²⁵.

Mais le recours à la cruauté a selon le Philosophe un deuxième défaut, qui fait apparaître de façon plus nette l'enjeu moral de la question des motifs de l'obéissance aux lois : des lois cruelles sont en elles-mêmes une source de corruption. Montesquieu avait ainsi montré que la « dureté du législateur » fût-elle efficace à arrêter les crimes, « il reste[rait] un vice dans l'État, que cette dureté a produit : les esprits sont corrompus, ils se sont accoutumés au despotisme »²⁶. L'escalade de la cruauté abrutit en effet les citoyens, en les accoutumant à n'agir que par la crainte de supplices excessifs et barbares²⁷. Or, la raison principale pour laquelle cette disproportion exorbitante entre les délits et les peines est corruptrice est précisément qu'elle a pour effet de terroriser les citoyens : elle « étouff[e] les sentiments d'humanité que la nature nous a donnés », et avilit leur âme. Car « en voulant effrayer les coupables » par une violence démesurée, insiste le

²² *Ibid.*, III, 4, p. 273.

²³ *Ibid.*, p. 272-3.

²⁴ Montesquieu, *op. cit.*, VI, 12, p. 320.

²⁵ Beccaria, *op. cit.*, § 28, p. 237.

²⁶ Montesquieu, *op. cit.*, VI, 12, p. 321.

²⁷ Mably, *Lég.*, III, 4, p. 273.

CORPUS, revue de philosophie

Philosophe, non seulement vous ne corrigerez pas les méchants, mais « vous abrutirez les gens de bien », et l'âme des citoyens « deviendra atroce » : seule « la crainte et la terreur »²⁸ les retiendront de mal faire, et ils finiront par accepter d'être soumis aux pires supplices. Bientôt, ajoute-t-il non sans quelque dramatisation, « l'état ne sera peuplé que de ces esclaves timides qui déshonorent l'Asie, qui ne sont que des imbéciles ou des scélérats, et le législateur ne sera plus qu'un bourreau occupé à inventer de nouvelles tortures »²⁹. Au contraire, le Philosophe propose – malheureusement sans développer ce point – d'exploiter ce que Montesquieu appelait le « supplice de la honte »³⁰ : qu'une bonne législation « travaille à nous rendre honteux de nos fautes, et que le châtement, si je puis parler ainsi, frappe l'âme plutôt que le corps »³¹. De nouveau, il convient de noter qu'en s'autorisant à « parler ainsi », le Philosophe emprunte en fait le langage de Beccaria³².

Il est également important de remarquer que cette critique de la sévérité des peines poursuit une argumentation déjà entamée plus haut dans l'ouvrage, où le Philosophe s'inquiétait, en des termes très similaires, du recours à la crainte comme motif exclusif de l'obéissance aux lois. Il a en effet déjà considéré

²⁸ *Ibid.*, p. 271 ; pour Montesquieu : « la sévérité des peines convient mieux au gouvernement despotique, dont le principe est la terreur, qu'à la monarchie et à la république, qui ont pour ressort l'honneur et la vertu » (*EL*, VI, 9, p. 318).

²⁹ Mably, *Lég*, III, 4, p. 273 ; de nouveau, Beccaria, *op. cit.*, § 27, p. 227 : évoquant les « âmes atroces d'esclaves obéissants [...] À mesure que les supplices deviennent plus cruels, les âmes [...] s'endurcissent, et la force toujours vive des passions fait que, après cent années de cruels supplices, la roue épouvante autant qu'autrefois la prison ».

³⁰ Montesquieu, *EL*, VI, 13, p. 323.

³¹ Mably, *Lég*, III, 4, p. 271 ; pour Montesquieu : « Suivons la nature, qui a donné aux hommes la honte comme leur fléau ; et que la plus grande partie de la peine soit l'infamie de la souffrir » (*EL*, VI, 12, p. 321).

³² Cf. Beccaria, *op. cit.*, § 12, p. 179, qui insiste sur le fait que la méthode pour infliger les peines doit faire une impression efficace sur l'âme des hommes, et être « la moins tourmentante » possible pour le corps.

Christopher Hamel

ce problème au chapitre 4 du livre II, consacré notamment à la question d'une législation visant à réprimer l'ambition. Son propos n'était pas, bien entendu, de nier la nécessité du recours à ce motif de l'obéissance. Il prétendait en revanche montrer que « le sentiment de la crainte n'est pas le seul que la nature nous ait donné pour nous rendre disciplinables », et que lorsqu'une société en fait la ressource exclusive de l'obéissance, c'est que ses lois sont vicieuses³³. Là où tant de législations iniques abusent des qualités sociales des hommes en favorisant leurs vices, et corrompent leur sens de l'obligation en les terrorisant par la crainte, il faut au contraire « apprendre » à la populace même – « ces citoyens qui sont toujours prêts à oublier qu'ils sont des hommes » – « à connaître leur dignité »³⁴. Ainsi se trouve confirmée la thèse selon laquelle, parmi les qualités sociales que l'homme possède naturellement, « le sentiment de sa dignité », indistinguable du « sentiment de l'égalité », doit être aux yeux du Philosophe l'un des soucis premiers du législateur³⁵.

Il est important de préciser qu'à cette étape de l'argumentation, le lecteur ignore que cinq pages plus loin, le Philosophe défendra la peine de mort. Ce point mérite d'être relevé, car une partie significative des développements du Philosophe que l'on vient de présenter semble correspondre non seulement à des positions que Beccaria partage avec Montesquieu, mais à des arguments que Beccaria formule dans son chapitre contre la peine de mort.

On objectera certes à raison qu'on ne saurait pour autant assimiler le réformisme pénal des Lumières et la volonté d'abolir

³³ Mably, *Lég*, II, 4, p. 179.

³⁴ *Ibid.*, p. 178-9, et III, 2, p. 233 sur « la dignité du peuple » dans le contexte d'une analyse de l'amour de la liberté comme cause de la révolution ; sur la dignité comme motif de l'établissement de la société politique, cf. *Des droits et des devoirs du citoyen*, in *Œuvres complètes de l'abbé de Mably*, *op. cit.*, t. 11, Lettre 1, p. 258 ; Lettre 2, p. 285.

³⁵ Mably *Lég*, I, 2, p. 45 ; cf. *ibid.*, I, 4, p. 81, pour un autre passage où la rhétorique de la dignité est centrale pour décrire les effets de l'inégalité entre les hommes.

CORPUS, revue de philosophie

la peine de mort. Mais c'est me semble-t-il précisément un effet original de la construction argumentative de Mably que de suggérer la nécessité d'une telle conséquence. En effet, outre que Mably, comme nous l'avons vu, met dans la bouche du Philosophe des arguments directement empruntés à Beccaria, quand Milord prend la parole pour critiquer la peine de mort, il prétend le faire au nom des principes à l'œuvre dans la critique de la sévérité des peines et dans l'éloge de la prévention que son interlocuteur vient de proposer. Milord ne se dit pas seulement « ravi d'entendre » le Philosophe développer sa position, mais l'approuve explicitement et « adopte avec avidité » les « principes humains »³⁶ au nom desquels son interlocuteur a conduit son argumentation. Encouragé à renchérir sur la même ligne argumentative, Milord prend donc le relais, et contribue nettement, comme nous allons le voir, à conforter l'impression de proximité entre les principes des deux interlocuteurs.

L'approbation de Milord : le « scandale » de la peine de mort

Tout d'abord, Milord énonce le corollaire d'une thèse centrale de l'ouvrage de Mably, posée dans les toutes premières lignes par son adversaire : déclarer que « c'est la faute des lois si les hommes sont méchants », c'est faire directement écho à l'affirmation du Philosophe citée plus haut, selon laquelle le bonheur dépend d'une bonne ou d'une mauvaise législation³⁷. Milord complète ensuite la vigoureuse dénonciation de la cruauté des peines formulée par le Philosophe en proposant une interprétation républicaine ou démocratique de la légitimité des codes criminels. Selon une logique à l'œuvre fréquemment dans la pensée de Mably, les maux des hommes (ici, la cruauté des peines) doivent être interprétés comme des effets de la confiscation, par le prince ou les grands, du pouvoir du peuple souverain de faire des lois³⁸. La douceur

³⁶ Mably, *Lég.*, III, 4, p. 273.

³⁷ *Ibid.*, p. 273, et I, 1, p. 2 (cf. note 13, supra).

³⁸ Cf. par exemple Mably, *Observations sur l'histoire de France*, in : *Œuvres complètes de l'abbé de Mably, op. cit.*, t. 1, I, 2, p. 152, et tout le chapitre 3

Christopher Hamel

des peines, symétriquement, apparaît alors comme l'effet naturel de l'origine légitime démocratique ou républicaine des lois³⁹. Milord déplore de manière corrélative la position de maîtres qu'occupent les souverains d'Europe, qui « ont été et sont encore législateurs de presque toutes les nations » : « maîtres élevés au-dessus des lois », ils « peuvent les violer impunément »⁴⁰. Or, comme l'enseigne l'argumentation républicaine classique, cette position de maître, le *princeps legibus solutus*, en plus d'avilir ceux qui y sont soumis, ne peut que corrompre la volonté et l'esprit de ceux qui l'occupent : la fierté légitime d'exercer la fonction suprême dans l'État pour le service des citoyens se mue en arrogance malsaine et capricieuse de se savoir le maître, arrogance qui encourage les princes à « mépriser » les sujets et à les tenir pour moins que des hommes en raison du pouvoir arbitraire sous lequel ils les tiennent. Le point significatif, ici, est qu'une thèse républicaine tout à fait consonante avec la position du Philosophe (et de Mably) n'est pas défendue par le porte-parole de Mably, mais par son adversaire⁴¹.

C'est après avoir énoncé cette thèse sur la légitimité de l'origine des peines que Milord vise plus particulièrement la peine de mort. Parce que Mably l'introduit sans transition, l'exposé de la thèse de Beccaria apparaît comme une conséquence des « principes humains » de douceur et de prévention si bien défendus par le Philosophe. De fait, le lecteur est placé par Mably dans une situation où les interlocuteurs ont conjointement développé un

(p. 153-68) ; cf. également *Des droits et des devoirs des citoyens*, op. cit., Lettre 2, p. 283, et *Entretiens de Phocion sur le rapport de la morale avec la politique*, in *Œuvres complètes de l'abbé de Mably*, op. cit., t. 10, p. 51, 74, 116.

³⁹ Mably, *Lég*, III, 4, p. 274 ; une telle intuition n'est pas absente du raisonnement de Beccaria, op. cit., Intro, p. 143 : les lois « devraient être des pactes entre hommes libres (*patti di uomini liberi*) » et n'ont cependant été « le plus souvent que l'instrument des passions d'un petit nombre ».

⁴⁰ Mably, *Lég*, III, 4, p. 274.

⁴¹ Les sympathies républicaines du Philosophe dans *Lég* sont omniprésentes ; sur le républicanisme de Mably, cf. Jean-Fabien Spitz, « Droit et vertu chez Mably », *Corpus*, 15-16, 1990, p. 61-95 ; Johnson Kent Wright, *A Classical Republican in Eighteenth-Century France. The Political Thought of Mably*, Stanford, Stanford University Press, 1997.

CORPUS, revue de philosophie

propos cohérent : le Philosophe a fait une critique générale du système pénal, critique étayée et maintenant relayée par Milord à travers sa dénonciation spécifique de la peine de mort. Le lecteur ne pourra qu'être troublé lorsque le Philosophe se mettra quelques pages plus loin à justifier cette dernière.

L'argumentation de Milord dénonçant l'illégitimité de la peine de mort est largement empruntée à Beccaria, et apparaît, pour l'essentiel, dans la continuité des thèses défendues préalablement par le Philosophe.

Milord affirme tout d'abord que la peine capitale relève d'une « barbarie »⁴² contraire à la nature de l'homme : « il y a longtemps que je suis scandalisé que les lois infligent la peine de mort contre des coupables ». Comme il le suggère immédiatement, cette idée repose sur la thèse anthropologique sous-jacente selon laquelle la nature a « gravé dans notre cœur » les « sentiments de tendresse, de sensibilité et de pitié » qui ont précisément pour fonction de nous « éloigner » de cette barbarie immorale et révoltante⁴³. Or, il est difficile de ne pas comprendre cet argument comme une application au domaine pénal d'une idée plus générale avancée par le Philosophe au début du chapitre II du livre 1. Soutenant que l'égalité est la destination morale des individus, le Philosophe mentionnait justement les « sentiments mutuels de bienveillance et d'amitié » auxquels l'égalité, produite par une bonne législation, prépare les hommes en les unissant⁴⁴. En mobilisant à son tour cette thèse sur la sociabilité naturelle de l'homme, Milord n'entend pas contester par principe la légitimité des châtements. Toute sanction est une « barrière » indispensable à la vie civile : elle nous tient à distance de nos propres passions en nous faisant voir le coût des plaisirs qu'elles nous promettent⁴⁵. En revanche, l'éventail des sanctions attachées à la violation des lois doit lui-

⁴² Morellet utilise ce terme, dans sa traduction de Beccaria, pour *fiero* (féroce), p. 68.

⁴³ Mably, *Lég.*, III, 4, p. 274.

⁴⁴ *Ibid.*, I, 2, p. 38.

⁴⁵ *Ibid.*, III, 4, p. 275.

Christopher Hamel

même être contenu « dans les bornes qui sont naturellement prescrites » à la puissance législative⁴⁶. Quoique Milord ne précise pas l'instance normative qui prescrit au code criminel sa limite, il semble clairement faire référence à la loi de nature, concept que le Philosophe a déjà convoqué plus tôt dans l'ouvrage dans un contexte similaire. Il opposait la variabilité historique des lois humaines imparfaites à l'éternité de la loi rationnelle de la nature, et liait l'impératif de « rétablir les lois de la nature » dans la législation au souci de « ranimer le germe presque anéanti de nos qualités sociales »⁴⁷. C'est semble-t-il une conception fort similaire que Milord endosse lorsqu'il rapproche le critère de la loi de nature (la législation est légitime si elle respecte la loi de nature) et la thèse téléologique et perfectionniste (la législation doit améliorer les hommes et les conduire au bonheur) :

je sais tout cela, aussi respecterai-je cette puissance [législative], tant qu'elle se tiendra dans les bornes qui lui sont naturellement prescrites, et que ses punitions ne seront que des avertissements pour nous rendre meilleurs et plus heureux⁴⁸.

Mais un code criminel prévoyant la peine de mort est non seulement incapable d'obtenir l'obéissance des citoyens, mais expose en outre l'État à des réactions hardies, conduites par le sentiment moral incontrôlable d'une « secrète indignation »⁴⁹. En opposant ainsi d'une part la conformité des lois civiles à la loi naturelle comme critère de l'obéissance à celles-ci, et d'autre part le sentiment d'indignation, Milord s'appuie ici sur une articulation présente chez Beccaria : « pour la plus grande partie des hommes », la peine de mort ne suscite pas « la terreur salutaire que la loi

⁴⁶ *Ibid.*, III, 4, p. 275.

⁴⁷ *Ibid.*, I, 1, p. 28-9 ; cf. *ibid.* I, 3, p. 73 : un bon gouvernement est un gouvernement qui ne s'écarte pas des « vues de la nature ».

⁴⁸ Mably, *Lég.*, III, 4, p. 275.

⁴⁹ *Ibid.* Peut-être un écho à Montesquieu : « Lorsque nous lisons, dans les histoires, les exemples de la justice atroce des sultans, nous sentons avec une espèce de douleur les maux de la nature humaine » (*EL*, VI, 9, p. 319).

CORPUS, revue de philosophie

prétend inspirer » car elle n'est qu'« un objet de compassion ou d'indignation (*sdegno*) »⁵⁰ ; si l'on veut savoir le sentiment commun des hommes sur la peine de mort, poursuit Beccaria, il suffit de « lire dans les actes d'indignation (*indegnazione*) et de mépris (*disprezzo*) qu'inspire à tout un chacun la vue du bourreau ». Ces actes viennent de ce que tout individu considère que sa vie « n'est en la puissance de personne »⁵¹.

Les situations qui provoquent le sentiment moral de l'indignation sont, pour le dire avec Beccaria, celles où « l'homme cesse d'être une personne et devien[t] une chose »⁵², c'est-à-dire un bien dont on peut jouir, user, et abuser. Mais de nouveau, il est frappant que la même logique de la dignité soit à l'œuvre sous la plume du Philosophe, lorsqu'il soutenait que l'inégalité « dégrade et humilie » l'âme des citoyens pauvres contraints de « vend[re] leurs services aux riches »⁵³. La proximité entre Beccaria et le porte-parole de Mably est telle, sur ce point, que ce n'est pas Milord mais le Philosophe lui-même qui, plus tôt dans l'ouvrage, dénonçait comme indigne de l'homme de punir de mort le vol : c'est « à la honte de notre raison que les riches ont infligé la peine de mort contre le vol, parce qu'ils pouvaient être volés »⁵⁴.

⁵⁰ Beccaria, *op. cit.*, § 28 p. 233 ; pour la même raison que plus haut, je cite la traduction de Morellet certainement utilisée par Mably ; Morellet ne distingue pas *sdegno* (§16, p. 63) et *indegnazione* (p. 69). Plus scrupuleusement, Ph. Audegean traduit respectivement dédain (p. 233) et indignation (p. 237).

⁵¹ Beccaria, *op. cit.*, § 28, p. 237-9, cité, pour les extraits pertinents, dans la traduction de Morellet, p. 69.

⁵² Beccaria, *op. cit.*, § 20, p. 209 ; sur la même thématique, cf. *ibid.*, § 3, p. 153, et § 28, p. 231,

⁵³ Mably, *Lég.*, I, 2, p. 38-9 ; le texte de Beccaria cité à la note précédente est lui aussi tiré d'un passage où il considère les effets de l'inégalité de richesses sur le statut juridique des personnes.

⁵⁴ Mably, *Lég.*, I, 2, p. 43 (l'expression « à la honte de notre raison » est utilisée en I, 1, p. 20, dans un contexte différent). Cette déclaration n'est toutefois pas en elle-même incompatible avec la position du Philosophe qui, à la fin de la discussion portant sur la peine de mort, cherche à rassurer Milord en précisant que seuls deux types de coupables méritent cette sentence (l'assassin et le traître de la patrie), *ibid.*, III, 4, p. 285.

Christopher Hamel

Le second argument de Milord à l'encontre de la peine de mort est contractualiste : il conteste l'existence du « titre » du législateur à tuer un coupable au nom de l'impossibilité de l'établir à partir d'un transfert légitime de droits. Sa réponse fait donc écho au second argument jusnaturaliste de Beccaria⁵⁵, qui reprenait lui-même une thèse bien connue de Locke⁵⁶ : on ne saurait aliéner un droit qu'on ne possède pas ; « la peine de mort, conclut Milord, ne peut se justifier par le pacte qui a formé la société »⁵⁷. L'examen de cet argument délicat n'est pas nécessaire ici. Il convient toutefois de mentionner qu'il est problématique pour au moins trois raisons. Tout d'abord, il consiste à poser comme fondement du droit pénal une thèse que Locke avait originellement utilisée sur le terrain constitutionnel pour invalider dans son principe même le gouvernement arbitraire. Or, et c'est la deuxième raison, le droit pénal a justement besoin de dissocier ce que Locke avait associé : en avançant que la vie ne fait pas partie du domaine des biens aliénables, le but de Locke était de montrer que l'individu ne peut renoncer à sa liberté au profit d'un autre, puisque s'asservir reviendrait à donner toute licence à son maître de faire ce qu'il veut de son esclave, et éventuellement le supprimer⁵⁸. Au contraire, pour condamner la peine capitale tout en légitimant la peine de servitude perpétuelle, Beccaria et Milord ont besoin, d'un point de vue contractualiste, de poser une distinction entre abandonner son droit à l'existence – ce qui est exclu – et renoncer à son droit à la liberté – ce qui est requis pour légitimer la peine de servitude. Mais cette distinction elle-même, et c'est la troisième raison, révèle le dilemme du droit pénal lorsqu'il est pensé dans un cadre où la loi a pour fonction, de manière générale, d'établir la liberté : pour légitimement asservir un criminel, il faut certes supposer l'abandon du droit à la liberté, mais comment expliquer

⁵⁵ Beccaria, *op. cit.*, § 28, p. 229.

⁵⁶ Cf. Locke, *Second traité du gouvernement civil*, Paris, PUF, 1994, § 23, p. 19-20 ; § 135, p. 97-8 ; voir aussi § 6, p. 6-7 ; § 168, p. 122-3.

⁵⁷ Mably, *Lég.*, p. 275.

⁵⁸ Cf. Locke, *op. cit.*, § 16-7, p. 14-5.

CORPUS, revue de philosophie

la peine de servitude perpétuelle en termes contractualistes dès lors que l'on suppose, selon les termes de Beccaria, que les lois sont des « pactes d'hommes libres », et qu'elles ne sont justes que si elles ne réduisent pas les hommes au statut de « bêtes de somme »⁵⁹ ?

Milord considère ensuite une objection à la thèse abolitionniste. Cette objection s'appuie sur l'argument du droit de guerre : le recours à la peine capitale est dans ce cadre légitime parce que le criminel se déclare « l'ennemi de la nation ou d'un de ses membres ». Dès lors, en inscrivant la peine capitale dans le code criminel, et en appliquant la loi, le législateur et le magistrat « font les fonctions d'un général d'armée »⁶⁰. La logique contractualiste, poursuit l'objection, supporte cette thèse plutôt qu'elle ne la conteste : ce « droit de guerre » que chacun possédait par nature, chacun l'a aliéné à l'État pour sa sûreté et ne peut prétendre le recouvrer sans miner les fondements mêmes de l'association. La force du raisonnement contractualiste serait donc de pouvoir simultanément expliquer le fait que les individus se sont défaits de leur droit de guerre pour entrer en société, et le fait que les États se retrouvent par suite les uns à l'égard des autres dans la même condition que les individus de l'état de nature. Aussi l'objection peut-elle s'achever par cette question rhétorique, qui se place significativement du point de vue des États, et non plus du point de vue des contractants : « pouvant tuer légitimement un ennemi étranger qui les attaque injustement, pourquoi n'useraient-ils pas du même droit contre un ennemi domestique qui les offense ? »⁶¹.

L'efficacité de cet argument dépend toutefois du présupposé, que conteste Milord, selon lequel le criminel et l'État d'une part, et deux États ennemis d'autre part, sont dans un rapport comparable. Milord conteste cette représentation assimilatrice, car l'analogie qu'elle rend possible manifeste d'elle-même l'écart entre les deux situations : si un État peut légitimement chercher

⁵⁹ Beccaria, *op. cit.*, Intro, p. 143, et § 20, p. 209.

⁶⁰ Mably, *Lég.* III, 4, p. 275.

⁶¹ *Ibid.*, p. 276.

Christopher Hamel

à supprimer un État ennemi pour survivre, le cas est bien différent quand il est face à un criminel domestique : le coupable « ne peut plus nuire » à la société une fois qu'elle l'a saisi, sa mort est donc superflue⁶².

Milord ajoute en outre un argument qui ne se contente pas de faire écho implicitement au raisonnement du Philosophe, mais y fait explicitement référence : c'est précisément au moment où le criminel, démuné, est à la merci de la société, que le législateur doit s'interdire de céder aux passions qui étouffent les qualités sociales de l'homme. Il doit donc se montrer vertueux, c'est-à-dire généreux et modéré dans l'application des peines : « je suis obligé, *ainsi que vous nous l'avez prouvé*, d'être alors généreux, et d'écouter les sentiments de l'humanité »⁶³. Être généreux, soutient Milord, c'est s'interdire de « viole[r] tous les droits des hommes en me livrant alors à mon ressentiment »⁶⁴. On trouve ici, appliquée au domaine du droit pénal, la thèse selon laquelle la vertu consiste à respecter les droits naturels de l'homme⁶⁵.

Ainsi, tant à l'échelle de la discussion circonscrite sur la philosophie des peines qu'à l'échelle plus générale de *De la législation*, la cohérence qui se dégage de la séquence argumentative que nous avons restituée jusqu'ici incite à penser que le Philosophe va endosser la thèse de Beccaria. D'où la gêne du lecteur à l'entendre déclarer : « je ne me rends pas à vos arguments [...] il faut se garder de proscrire toute peine capitale »⁶⁶. On pourrait certes rétorquer qu'en mettant en scène la résistance du Philosophe à

⁶² *Ibid.*, p. 277. cf. Beccaria, *op. cit.*, § 27, p. 231.

⁶³ Mably, *Lég.*, III, 4, p. 277 (je souligne) ; sur la présence « des sentiments de l'humanité » dans l'argumentation du Philosophe, cf. *ibid.*, p. 273.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 277.

⁶⁵ Appliquée à la justification de la résistance au gouvernement tyrannique, cette thèse est fréquemment affirmée dans la pensée républicaine anglaise du XVII^e siècle, et il ne serait guère difficile de montrer comment elle informe la pensée de Mably, notamment dans *Des droits et des devoirs du citoyen*.

⁶⁶ Mably, *Lég.*, III, 4, p. 277-8.

CORPUS, revue de philosophie

valider la thèse de l'abolition de la peine capitale, la stratégie de Mably est précisément de souligner la naïveté du raisonnement qui, de la nécessité de la réforme du droit pénal, infère l'illégitimité de la peine de mort. On peut en douter : car au-delà des rapprochements, en eux-mêmes significatifs, entre les premiers développements du Philosophe relatifs au droit pénal et les analyses de Beccaria, il se trouve qu'en défendant la peine de mort, le Philosophe contredit certains des principes de modération et de prévention qu'il vient de défendre et qui avaient encouragé Milord à s'élever contre le scandale de la peine capitale. Quoiqu'il en soit, et indépendamment même des contradictions que j'évoquais en introduction et qui mériteraient un examen approfondi, la seule construction argumentative de la séquence manifeste que chez Mably, la légitimité de la peine de mort est loin d'être évidente.

**Christopher HAMEL
Université libre de Bruxelles**

LA PEINE DE MORT DANS LA DOCTRINE UTILITARISTE DE JEREMY BENTHAM

Dans son *Traité de législation civile et pénale* publié en 1802, Bentham déclare :

Plus on examine la peine de mort, plus on est porté à adopter l'opinion de Beccaria. Ce sujet est si bien discuté dans son ouvrage, qu'on peut se dispenser de le traiter après lui. Ceux qui veulent voir d'un coup d'œil tout ce qu'on peut dire pour et contre, n'ont qu'à parcourir la table des qualités qu'on doit chercher dans les peines (Voyez chap. 6)¹.

Si à première vue, le père de l'utilitarisme semble partager les opinions de Beccaria sur la peine de mort, on peut s'apercevoir, en examinant de plus près les analyses de Bentham développées dans son ouvrage *Théorie des peines et des récompenses* publié en 1811, que notre auteur se sépare, sur plusieurs points, du philosophe milanais.

Certes l'abolition de la peine de mort – dans la majorité des crimes – est admise par les deux auteurs mais leur point de départ et leur cheminement sont très différents, voire radicalement opposés sur plusieurs aspects philosophiques et juridiques.

L'utilitarisme radical de Bentham, construit sur une approche empiriste et individualiste², propose une description psychologique

¹ Jeremy Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, 1802 (2^e édition en 1820), 3 volumes ; volume 1, Principes du code pénal, 3^e partie, IX Examen de quelques peines usitées ; Peines capitales p. 184 dans l'édition de 1829, éd. Louis Hauman et compagnie, Bruxelles, qui est celle que nous utilisons.

² Dans l'approche naturaliste de Bentham, les plaisirs physiques et psychologiques ont dans les deux cas une réalité matérielle.

CORPUS, revue de philosophie

et physiologique de l'individu (I) qui doit permettre à la fois de redéfinir les fondements de la peine (II) et d'examiner les éléments favorables et défavorables au maintien de la peine de mort (III).

I. L'utilitarisme psychologique et physiologique de J. Bentham

Michel Porret écrit que Beccaria, « comme Locke, estime que les lois naturelles antérieures au "pacte" politique fondent l'association politique. Légitimée par le "pacte social", la loi protège les individus des violences propres à l'état de nature »³. Dans la tradition du droit naturel, Beccaria base la légitimité du régime pénal sur le contrat social fondateur et il reconnaît la légitimité supérieure de trois autorités d'où « dérivent les principes moraux qui règlent la vie des hommes » : la révélation, la loi naturelle et les conventions sociales⁴.

Bentham n'a retenu aucune de ces trois autorités pour fonder sa doctrine utilitariste.

Pour les utilitaristes, la recherche du bonheur public ne peut pas être entravée par des principes supérieurs de justice ; comme l'affirmait déjà Helvétius, qui, avec Hume, a fortement influencé Bentham dans ses projets de réécriture des codes de lois, l'utilité publique « est le principe de toutes les vertus humaines et le fondement de toutes les législations. Elle doit inspirer le législateur, forcer les peuples à se soumettre à ses lois ; c'est enfin à ce principe qu'il faut sacrifier tous ses sentiments jusqu'au sentiment même de l'humanité »⁵.

Selon Bentham, le bonheur est l'objectif ultime de l'homme et par conséquent, seules la recherche du plaisir et la fuite de la douleur constituent les motifs de toutes les actions. L'originalité de Bentham ne consiste pas dans la création du principe d'utilité mais plutôt dans la volonté de déployer toute une réflexion

³ Michel Porret, *Beccaria. Le droit de punir*, Ed. Michalon, 2003, p. 44-45.

⁴ Beccaria, *Des délits et des peines*, Garnier-Flammarion, 1991, Avis au lecteur, p. 54-55.

⁵ Helvétius, *De l'esprit*, Paris, Fayard, 1988, p. 83-84.

scientifique, linguistique et ontologique applicable aux dispositifs institutionnels et juridiques.

L'utilité, (ou le principe du bonheur du plus grand nombre) composée d'unités de sensations calculables est, selon Bentham, le seul guide pour les gouvernements, dans la création des lois et des institutions. Bentham s'inscrit dans la lignée des théoriciens qui ont cherché à construire une véritable philosophie psychologique de l'action. Il s'agit donc, à la suite de Condillac et de Hume, d'étudier le fonctionnement de l'esprit humain pour mieux comprendre les mécanismes qui agissent au moment du passage à l'acte. Bentham adopte ici une approche empiriste, basée uniquement sur la capacité de raisonnement des individus, sans recourir à une quelconque théorie philosophique ou religieuse sur la nature de l'être humain⁶.

La réalisation du « plus grand bonheur pour le plus grand nombre » varie nécessairement en fonction des époques, des sensibilités et des mœurs. Aucune solution législative n'est absolue et ce que certains considèrent comme les meilleures lois possibles ne seront pas nécessairement applicables à d'autres temps et à d'autres lieux. Le principe d'utilité ne saurait donc proposer des normes immuables ; il est, par définition, un principe qui permet des variations, des évolutions et des amendements dans toutes les législations. Le sentiment de plaisir, centre névralgique de la théorie utilitariste de Bentham, ne cesse de varier historiquement et géographiquement. L'empirisme psychologique de Bentham aboutit donc à un relativisme absolu des valeurs juridiques et politiques.

Selon Beccaria, la liberté, la dignité de la personne et l'intérêt des parties participent, en tant que principes régulateurs à la recherche du bonheur et constituent les critères pour évaluer les moyens légitimes de réaliser ce but. Si l'utilitarisme tempéré de Beccaria ne lui permet pas d'imposer partout « le règne du calcul » sur le « règne des droits fondamentaux », l'utilitarisme « pur » de Bentham écarte sans remords ces précautions qui, selon lui,

⁶ L'utilitarisme est « à la merci des faits ».

CORPUS, revue de philosophie

entravent toute réflexion sur le fondement de la peine et provoquent une confusion fâcheuse entre une attitude rationnelle et une mauvaise métaphysique⁷.

II. Les fondements de la peine

Bentham développe une très sévère critique des théories du droit naturel et de leurs prolongements politiques.

Un autre vous dit qu'il y a une règle éternelle et immuable de droit ; que cette règle ordonne de telle et de telle façon : après cela, il vous débite ses sentiments particuliers, que vous êtes obligé de recevoir comme autant de branches de la règle éternelle de droit. Vous entendrez une multitude de professeurs, de juristes, de magistrats, de philosophes, qui feront retentir à vos oreilles la loi de la nature : ils se disputent tous, il est vrai, sur chaque point de leur système ; mais n'importe ; chacun d'eux procède avec la même intrépidité de confiance, et vous débite ses opinions comme autant de chapitres de la loi de la nature. La phrase est quelquefois modifiée : on dit le droit naturel, l'équité naturelle, les droits de l'homme, etc. »⁸.

Pour Bentham, le principe du droit naturel n'est en fait qu'un « principe de sympathie ou d'antipathie »⁹ que certains cherchent à présenter comme des lois infaillibles. La connaissance utilitariste nécessite un travail sur les données des sens et rejette toute forme

⁷ Herbert Lionel Adolphus Hart, *Essays on Bentham, Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1982, p. 40 et suiv.

⁸ Bentham, *Traité de législation civile et pénale*, éd 1829 op. cit., Principes de législation, chapitre III, section 1, « Principe arbitraire, ou Principe de Sympathie et d'Antipathie », p. 12.

⁹ *Ibid* : « Ce que vous appelez principe de sympathie et d'antipathie n'est point un principe de raisonnement ; c'est plutôt la négation, l'anéantissement de tout principe. Il en résulte une véritable anarchie d'idées, puisque chaque homme ayant le même droit qu'un autre de donner son sentiment pour règle des sentiments de tous, il n'y aurait plus de mesure commune, plus de tribunal universel auquel on pût en appeler », p. 12.

Gilles Trimaille

de déduction par la seule raison qui serait capable d'identifier des règles ou des lois inscrites éternellement dans la conscience des hommes. Selon Bentham, les gouvernements devraient éviter de spéculer sur une prétendue loi naturelle, antérieure aux lois positives et auraient tout intérêt à chercher la meilleure harmonisation entre les plaisirs et les peines.

Dans la même veine critique, Bentham s'en prend à l'idée du contrat social comme limite du droit de punir. Il affirme : « Par rapport à l'origine du droit de punir, il n'y a rien de particulier à en dire ; elle est la même que celle de tous les autres droits du gouvernement » et en se référant sans doute à Beccaria, il ajoute :

Des auteurs respectables ont soutenu que les peines ne pouvaient être légitimes qu'en vertu d'un consentement antérieur de la part des individus : comme si dans quelque acte solennel ils avaient déclaré vouloir se soumettre à telle peine pour tel délit, à condition que tout autre y serait soumis comme eux. On peut sans doute trouver quelque trace d'un tel pacte dans les formes de gouvernement où le peuple participe à la législation : mais même dans les démocraties, cette idée du consentement ne serait le plus souvent qu'une fiction aussi dangereuse que peu fondée. Ce qui justifie la peine, c'est son utilité majeure, ou, pour mieux dire, c'est sa nécessité. Les délinquants sont des ennemis publics : où est le besoin que des ennemis consentent à être désarmés et contenus ?¹⁰.

Dans l'application de sa logique utilitariste, Bentham est amené à distinguer le règne du calcul du règne des droits fondamentaux et des limites du droit de punir. Autrement dit, les limites du droit existent mais elles ne viennent ni du droit naturel, ni du contrat social ; elles sont uniquement fixées par le calcul des plaisirs et des peines.

Bentham construit une théorie abstraite de la peine, dégagée de tout horizon historique.

¹⁰ Bentham, *Théorie des peines et des récompenses*, éd L. Hauman et compagnie, 1829, Bruxelles, Livre 1^{er}, chapitre 1^{er}, Définitions et distinctions, p. 2 et 3.

CORPUS, revue de philosophie

La loi est une affaire d'arithmétique. La peine ne peut servir qu'à diminuer la souffrance et à augmenter le plaisir du plus grand nombre et pas uniquement celui de la personne lésée. Cela signifie que pour l'utilitarisme pénal de Bentham, la peine n'a pas pour objectif ou pour avantage de réparer le mal qui a été commis mais seulement d'empêcher qu'un autre mal identique ne se produise. La portée corrective de la peine est tournée vers le présent tandis que la portée dissuasive est tournée vers l'avenir.

Si apparemment, Bentham partage avec Beccaria l'idée du calcul du quantum des peines, Bentham n'évoque à aucun endroit l'idée de modérer le surplus de la peine. En faisant sans doute une allusion à Beccaria, Bentham n'hésite pas à critiquer « le langage des orateurs sentimentaux » qui rejetteraient une peine, sous le seul prétexte qu'elle serait « tyrannique et cruelle »¹¹. Ce qui compte pour Bentham, c'est la portée du surplus dissuasif de la peine. Le poids de la peine doit pouvoir infléchir la conduite. Le profit est « la force qui pousse l'homme au délit », c'est-à-dire « tout avantage réel ou apparent qui a servi de motif au délit » et la peine « est la force employée pour le détourner » : « Il faut que le mal de la peine surpasse le profit du délit »¹².

Dans la logique conséquentialiste conforme à l'esprit de l'utilitarisme, Bentham accorde plus d'importance à l'efficacité du droit pénal qu'à la justice. Il passe de l'hypothèse selon laquelle la peine doit surpasser le délit à la théorie selon laquelle la peine doit effectivement empêcher le délit ; si la peine n'évite pas le passage à l'acte, ce n'est pas que l'hypothèse corrective est fautive mais seulement que la peine n'est pas assez sévère.

Bentham est donc très proche d'une théorie de l'action qu'il cherche à déterminer ou infléchir sous le poids de la peine. Pour le juriste anglais, l'idée de rationalité de l'individu doit l'emporter sur celle de la liberté de décision ; loin de s'intéresser à la liberté morale de choisir entre le bien et le mal, Bentham souligne plutôt la capacité psychologique de l'individu à raisonner,

¹¹ *Ibidem*, p. 2 et 3.

¹² *Ibidem*, p. 7.

à estimer, peser et calculer le plaisir et la souffrance qui découleraient de ses actes. Les peines doivent donc agir sur les capacités calculatrices des hommes.

Dans la même logique, pour Bentham, la non application exceptionnelle de la peine ne se justifie pas par l'absence d'une volonté libre mais par l'inutilité de la peine dans certaines circonstances : ainsi, la peine n'aurait aucune chance d'être dissuasive – autrement dit efficace – à l'égard d'individus qui ne savent pas ce qu'ils font où qui sont dans l'incapacité d'évaluer les conséquences de leurs actes en terme de plaisir et de souffrance. D'un point de vue utilitariste, la peine est inutile si elle est incapable de produire un effet de dissuasion.

Chez Bentham comme chez Beccaria, les lois de l'Etat ont un aspect négatif. Pour Bentham, la loi est toujours un mal mais elle est moins un mal parce qu'elle affecte la liberté (comme c'est le cas pour Beccaria) que parce qu'elle réduit le bonheur. Bentham est plus intéressé par la recherche du bonheur et la sécurité que par la protection de la liberté¹³ qui, dans sa théorie, n'est pas nécessairement un bien à préserver.

III. La peine de mort chez J. Bentham

Bentham examine en détails le problème de la peine de mort dans son ouvrage « Théorie des peines et des récompenses »¹⁴.

Dans un premier temps, il attribue 5 avantages à la peine de mort :

- 1° la peine de mort permet « d'ôter le pouvoir de nuire »¹⁵ ;
- 2° la peine de mort est analogue au délit dans le cas du meurtre ;
- 3° dans le cas du meurtre, la peine de mort est populaire ;

¹³ Douglas G. Long, *Bentham on liberty : Jeremy Bentham's idea of liberty in relation to his utilitarianism*, Toronto, University of Toronto Press, 1977.

¹⁴ Bentham, *Théorie des peines et des récompenses*, op cit, chapitre XIV, Examen de la peine de mort, p. 64 à 72.

¹⁵ *Ibidem*, p. 65.

CORPUS, revue de philosophie

4° elle est exemplaire et « elle laisse une longue impression de terreur »¹⁶ ;

5° la peine de mort est la sanction la moins douloureuse ;

Quoique la peine apparente soit la plus grande qu'il y ait, la souffrance réelle est moindre que dans la plupart des peines afflictives. Celles-ci, outre leur intensité et leur durée, entraînent souvent des suites qui altèrent la constitution, et font du reste de la vie un tissu de douleurs. Dans la peine capitale, la souffrance est momentanée, le mal se réduit à une privation absolue¹⁷.

Dans le deuxième temps de son analyse, Bentham évoque cinq inconvénients majeurs liés à l'application de la peine de mort :

1° selon notre auteur « la peine de mort n'est pas convertible en profit »¹⁸ ; en effet, dans le cas du meurtre, la condamnation à mort ne permet aucune réparation, la partie lésée n'étant pas véritablement dédommée par la mise à mort du coupable ;

2° Non seulement la peine de mort ne répare rien mais en plus, « cette peine est une perte, une dépense dans ce qui fait la force et la richesse d'une nation, le nombre des hommes » ; selon Bentham, il serait plus profitable de faire travailler les hommes privés de liberté ; un « emprisonnement laborieux » pourrait les rendre utiles à l'État¹⁹.

3° La peine de mort est « très inégale, par conséquent incertaine dans son opération de prévention »²⁰ ; ici Bentham considère que la peine de mort ne produit pas les mêmes effets psychologiques selon les individus, certains étant moins sensibles à sa force dissuasive que d'autres ;

4° la peine de mort n'est pas rémissible ;

5° dans certains cas, la peine de mort deviendrait de plus en plus impopulaire.

¹⁶ *Ibidem*, p. 65.

¹⁷ *Ibidem*, p. 65.

¹⁸ *Ibidem*, p. 65.

¹⁹ *Ibidem*, p. 66.

²⁰ *Ibidem*, p. 66.

Au fil de l'énumération de ces avantages et inconvénients, Bentham va développer et examiner certains arguments en faveur des deux théories.

Dès le début, Bentham n'hésite pas à contester la véracité de l'avantage n°1 ; il est, selon lui, très exagéré d'affirmer que la peine de mort est le seul moyen d'empêcher un individu de nuire à la société ; basant son analyse sur la force dissuasive de la peine chez les criminels, il déclare :

Ils ne commettront le crime que dans le cas où il y a un profit à faire et une probabilité d'évasion. Le mal à redouter de la part des fous furieux n'est point limité par ces deux circonstances ; cependant, on n'a jamais cru nécessaire de les mettre à mort : on se borne à les enfermer, et ce moyen remplit parfaitement son objet²¹.

De la même manière que les fous, qui sont insensibles à toute forme de dissuasion, peuvent être neutralisés par un simple enfermement, tout type de criminel peut lui aussi être enfermé afin de protéger la société. Si l'objectif d'une peine est d'empêcher des individus malfaisants de nuire, l'emprisonnement semble une mesure efficace et suffisante pour obtenir ce résultat.

À l'appui de cette première critique, Bentham invoque l'inconvénient n°3 contre la peine de mort ; en recourant à la psychologie des peines et des plaisirs, Bentham affirme que le malfaiteur potentiel va opérer un calcul :

Un homme éprouve-t-il la tentation de commettre un crime punissable de mort, sa détermination est le résultat du calcul suivant : – il considère d'une part tout le bonheur dont il peut jouir en s'abstenant du crime ; de l'autre, tout l'avantage qu'il se promet en le commettant, y compris la chance de la peine qui peut en abrégier la jouissance²².

²¹ *Ibidem*, p. 69.

²² *Ibidem*, p. 66

CORPUS, revue de philosophie

En application de sa logique arithmétique, Bentham considère que si un individu se trouve dans un état de « malheur positif » – autrement dit dans une situation où les malheurs l'emportent sur les joies – « la force qui le retient est nulle, la tentation qui le pousse n'est combattue par rien. La chance d'une mort violente, qui lui ôtera tout le profit du délit, est une soustraction à faire ; mais quand elle est faite, la balance penche encore en faveur de ce délit »²³.

La peine de prison est une peine qui s'étale dans la durée alors que la peine de mort est instantanée. Comment évaluer la force dissuasive de deux peines aussi différentes ? Beccaria affirme que la durée de la peine produit plus d'effet que l'intensité de l'exécution capitale²⁴. Bentham s'oppose à cette analyse :

Quelque respectable que soit l'autorité de ce philosophe, je suis disposé à croire qu'il se trompe et je me fonde sur deux observations : 1° relativement à la mort en général, il paraît que les hommes la regarde comme le plus grand des maux et qu'on se soumet à tout pour y échapper ; 2° relativement à la mort pénale [...]. Il paraît donc qu'il y a dans l'esprit humain une idée confuse et exagérée de l'intensité des douleurs d'une mort violente, tellement que ce supplice quoique si prompt dans son effet, produit une impression plus vive sur la multitude que les peines les plus durables²⁵.

Pour Bentham, la peine capitale est la plus « exemplaire » de toute les peines lorsqu'elle s'applique à la généralité des hommes²⁶,

²³ *Ibidem*, p. 66.

²⁴ Beccaria, *Des délits et des peines*, op cit : chapitre XVI, p. 128 : « Ce n'est pas la sévérité de la peine qui produit le plus d'effet sur l'esprit des hommes mais sa durée [...]. 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 ».

²⁵ Bentham, *Théorie des peines et des récompenses*, op. cit., p. 65.

²⁶ *Ibidem* ; « Mais pour la généralité des hommes, pour la classe où l'on trouve les motifs d'attachement à la vie, l'honneur, les affections, les jouissances,

mais lorsqu'il s'agit de sanctionner les « grands scélérats », seule la peine des travaux forcés pourrait dissuader ces criminels d'habitude de passer à l'acte. Habités à risquer leur vie lors de leurs forfaits, les criminels endurcis ne sont pas effrayés par la mort rapide que leur inflige la peine de mort ; si la mort ne peut pas susciter la crainte des grands brigands, Bentham imagine qu'une « captivité laborieuse » serait plus efficace : « Plus leur existence ordinaire est indépendante, vagabonde, ennemie du travail et de la régularité, plus ils seront effrayés d'un état de soumission passive et d'une captivité laborieuse : ce genre de vie leur présente un combat continu contre leurs inclinations »²⁷.

Bentham évoque également le problème de la rémissibilité de la peine en lien avec le problème de l'erreur judiciaire²⁸. La justice est rendue par des hommes, êtres faillibles par nature ; les juges ne sont pas « au-dessus des faiblesses de l'humanité » et leur fonction « ne leur donne point de privilège contre l'erreur »²⁹. De plus, dans certaines circonstances politiques, la peine de mort pourrait être instrumentalisée par ceux qui chercheraient à supprimer leurs rivaux : « La peine capitale offre même, au persécuteur comme au juge, un avantage qui ne se trouverait dans aucune autre peine, je veux dire, plus de sécurité dans le crime, en étouffant par la mort toute réclamation future »³⁰. Bentham évoque également, à propos des inconvénients liés au caractère irrémissible de la peine de mort, la destruction des preuves

les espérances, je crois la peine capitale plus exemplaire que toute autre », p. 65.

²⁷ *Ibidem*, p. 70.

²⁸ *Ibidem*, p. 67 : « Il n'y a pas d'homme un peu versé dans la procédure criminelle qui ne pense avec terreur à combien peu de choses tient la vie d'un homme placé sous le poids d'une accusation capitale, et qui ne se rappelle des exemples où un individu n'a dû son salut qu'à quelque circonstance extraordinaire qui a mis son innocence au jour, lorsqu'elle était prête à succomber ».

²⁹ *Ibidem*, p. 68.

³⁰ *Ibidem*, p. 68.

CORPUS, revue de philosophie

testimoniales qui auraient pu être apportées par le condamné sur certaines affaires judiciaires³¹.

Dans l'énumération des avantages et des inconvénients liés à la peine capitale, nous avons pu voir que Bentham considère que la peine de mort est tantôt populaire (avantage n° 3), tantôt impopulaire (inconvénient n° 5). Si la peine de mort demeure populaire, c'est, selon Bentham, uniquement dans le cas des meurtres car alors, « l'approbation publique semble être fondée sur l'analogie »³².

À l'époque classique, la réponse pénale principale a été donnée par ce que Bentham a baptisé « le principe d'analogie ». Ce principe a été adopté, pour des raisons différentes voire opposées, par les utilitaristes et les rétributivistes (comme Kant par exemple). Dans son illustration la plus simple, le principe d'analogie conduit à adopter une peine qui doit être la copie la plus ressemblante au crime commis (clone du crime) : la peine doit chercher à reproduire le crime ou à obtenir une forme d'égalité entre le crime et la peine.

Bentham semble en accord avec cette méthode :

En quoi consiste le talion ? À faire souffrir au délinquant le même mal qu'il a fait à la partie lésée : pour l'injure corporelle, peine corporelle ; pour l'injure contre la propriété, peine pécuniaire ; pour l'injure contre la réputation, peine de nature à affecter la réputation du délinquant³³.

Pour Beccaria et Bentham, l'analogie frappe l'imagination et produit, dans l'esprit du peuple, une association simple et vive entre le délit et la peine qui peut constituer un système efficace dans l'optique dissuasive des deux auteurs. Le principe analogique semble particulièrement bien approprié à l'éducation des classes pauvres.

³¹ *Ibidem*, p 68, « Les archives du crime sont en partie dans la mémoire des malfaiteurs. Avec eux périssent tous les renseignements qu'eux seuls possèdent relativement à d'autres délits ou à leurs complices ».

³² *Ibidem*, p 69.

³³ *Ibidem*, p 69.

Gilles Trimaille

Le principe analogique a deux avantages : l'avantage de la simplicité qui peut se fixer « dans l'intelligence la plus bornée » et dans la mémoire du plus faible, et l'avantage d'une certaine forme de rationalité ; il permet d'éviter tout arbitraire du pouvoir politique ou des autorités judiciaires en se limitant à chercher et à appliquer un « équivalent » au mal causé, de façon quasi naturelle et directement relié à l'acte condamnable. L'image stéréotypée du talion (œil pour œil) apparaît comme simple et juste. « Le sang demande le sang » et la peine de mort est alors conçue comme un acte de représailles qui permettrait l'application d'une forme de justice naturelle.

Pour ceux qui sont favorables à l'abolition de la peine de mort, le principe analogique constitue un obstacle à contourner. Après avoir vanté les avantages de ce principe, comment Bentham va-t-il s'y prendre pour le neutraliser et l'écarter ?

Bentham, qui semblait donc séduit par le principe de l'analogie, va tout de même se distancier des rétributivistes :

L'analogie est bien une recommandation, ce n'est pas une justification. Une peine est-elle convenable d'ailleurs, l'analogie est un mérite de plus ; – est-elle défectueuse à d'autres égards, l'analogie seule ne suffit pas pour la rendre bonne. Outre cela, cette recommandation se réduit à rien, parce que, dans le cas de meurtre, on peut trouver d'autres peines qui auront un degré suffisant d'analogie pour frapper l'imagination³⁴.

Ici, Bentham va réintroduire l'argument de la dissuasion dans l'analyse de la popularité de la peine de mort ; selon lui, si la peine de mort est populaire, c'est simplement parce qu'elle est dissuasive et qu'elle permet de prévenir les crimes. La popularité de la peine serait donc basée uniquement sur sa force dissuasive ; mais nous avons vu précédemment que, selon Bentham, la force dissuasive de la peine de mort n'atteint pas les grands criminels ; il faut alors trouver une autre peine toute aussi dissuasive, voire davantage (puisque sa portée semble limitée pour certains

³⁴ *Ibidem*, p 69.

CORPUS, revue de philosophie

malfaiteurs), pour qu'elle puisse bénéficier de la même popularité : « L'approbation publique se proportionnera naturellement à son degré d'efficacité »³⁵.

Pour Bentham, la popularité de la peine de mort est également remise en cause lorsqu'elle est appliquée à des affaires où il n'y a pas eu de crime³⁶. Les manœuvres qui visent alors à éviter ou détourner l'application de la peine capitale sont très diverses : les parties lésées ne poursuivraient pas les coupables pour leur permettre d'échapper à l'échafaud, le public favoriserait leur évasion, les témoins chercheraient à soustraire leur témoignage, et enfin les juges feraient preuve de clémence à leur égard. Bentham évoque avec crainte « [l]'arbitraire dans les jugements et dans les pardons, palliatif nécessaire d'un système odieux, mais palliatif plein d'abus et de dangers » car toutes ces agissements ne permettent pas une application claire de la loi et peuvent, à la longue, constituer « autant d'encouragements pour les malfaiteurs³⁷ ».

Lorsque la peine de mort est appliquée à des délits où l'opinion publique (et donc les jurés) lui est contraire, toute une série de dispositions et d'attitudes se mettent en travers de l'application de la loi et finalement, « la peine la plus forte opère moins qu'une peine inférieure »³⁸.

Enfin, Bentham considère que dans la majorité des cas, la peine de prison doit être substituée à la peine de mort :

Après avoir pesé toutes ces considérations, il me paraît en résulter que la prodigalité de la peine de mort est une méprise

³⁵ *Ibidem*, p. 69.

³⁶ *Ibidem*, p. 69. « La peine de mort n'est pas populaire ; elle le devient moins de jour en jour, à mesure que les esprits s'éclairent et que les mœurs s'adoucissent ».

³⁷ *Ibidem*, p. 70. Cf. Maurice Cusson, *Pourquoi punir ?* Paris, Dalloz, 1987, p. 122-123 où il évoque « un processus homéostatique » selon lequel la fréquence des peines aurait tendance à diminuer lorsque leur sévérité augmente.

³⁸ Bentham, *Théorie des peines et des récompenses*, op. cit., p. 70.

Gilles Trimaille

des législateurs, et que cette méprise est une erreur de situation. Ceux qui font les lois appartiennent à ces premières classes de la société, où la mort est envisagée comme un grand mal, et une mort infâme comme le plus grand de tous les maux : mais ils montrent peu de réflexion en l'appliquant à une classe d'hommes, malheureux et dépravés, qui n'attachent pas le même prix à la vie, qui redoutent l'indigence et le travail plus que la mort, et que l'infamie habituelle de leur état rend insensible à l'infamie du supplice³⁹.

Seuls les cas de haute trahison ou de rébellion peuvent justifier le maintien de la peine de mort⁴⁰.

L'opposition de Bentham à la peine de mort n'est donc pas absolue ; les circonstances politiques exceptionnelles – déjà évoquées par Beccaria – peuvent justifier son maintien et si un État veut absolument conserver la peine de mort « in terrorem », « il faudrait que ce fût seulement pour des crimes qui portent l'horreur publique au plus haut degré, pour des meurtres accompagnés de circonstances atroces, et surtout pour la destruction de plusieurs vies : et dans ce cas, il ne faudrait pas craindre de donner à la peine capitale, l'appareil le plus tragique, autant qu'on le peut, sans avoir recours à des tourments compliqués »⁴¹.

Gilles TRIMAILLE
Université de Bourgogne

³⁹ *Ibidem*, p. 70.

⁴⁰ *Ibidem*. Bentham, « Dans certaines circonstances, c'est-à-dire lorsqu'il s'agirait d'un chef de parti dans la mort duquel on éteint le principe d'une faction ; ou lorsqu'on aurait à craindre, d'après une disposition très répandue dans le peuple, que l'emprisonnement ne fût pas un moyen sûr de garde, que les geôliers séduits ou complices ne favoriseraient l'évasion du prisonnier, ou que la prison ne fût forcée. Mais ce sont là des cas extraordinaires, des cas d'exception », p. 69-70.

⁴¹ *Ibidem*, p. 70.

**DROIT DE PUNIR
ET LÉGITIMATION DE LA PEINE DE MORT
DANS LA SCIENCE DE LA LÉGISLATION
DE GAETANO FILANGIERI**

Une vingtaine d'années après la publication du traité *Des délits et des peines* de Cesare Beccaria, le philosophe et réformateur napolitain Gaetano Filangieri (1753-1788)¹ donne un titre identique – *Des délits et des peines* – à la seconde partie du livre troisième (*Lois criminelles*, 1782-1783) de *La science de la législation*, ouvrage inachevé paru à Naples entre 1780 et 1791². Le célèbre pamphlet, publié pour la première fois anonyme à Livourne en 1764, est donc pour Filangieri une référence évidente. En fait, cette partie de *La science de la législation* aboutit en quelque sorte à une discussion et à un approfondissement des thèses de Beccaria. Filangieri en partage un certain nombre, notamment la condamnation de la torture et la conception de la peine comme une mesure de prévention contre les crimes. En revanche, il ne s'en sert pas de modèle pour définir son projet de réforme de la justice criminelle.

-
- 1 Cf. Franco Venturi, « Gaetano Filangieri », in Id., *Europe des Lumières. Recherches sur le 18^e siècle*, La Haye-Paris, Mouton-EPHE, 1971, p. 196-250 (éd. or. it. 1962 ; Venturi profita de la traduction française de cet essai sur Filangieri pour ajouter des notes afin d'apporter quelques précisions et rectifications).
 - 2 Gaetano Filangieri (1780-1791), *La scienza della legislazione*, edizione critica diretta da Vincenzo Ferrone, a cura di Paola Bianchini, Maria Teresa Silvestrini, Gerardo Tocchini, Francesco Toschi Vespasiani, Antonio Trampus, Venezia-Mariano del Friuli, Centro studi sull'Illuminismo europeo « G. Stiffoni » - Edizioni della Laguna, 2004², 7 vol. Les traductions des citations tirées de l'ouvrage de Filangieri seront indiquées dans le texte entre parenthèses (SdL) avec l'indication du tome, du chapitre et des pages originaux (références signalées dans l'édition critique).

CORPUS, revue de philosophie

Le chapitre 29, intitulé *De la peine de mort*, marque en effet des profondes divergences entre les deux philosophes :

Si quelques écrivains modernes [...] n'avaient pas persuadé à la plus grande partie de leurs lecteurs, que la peine de mort, dont toutes les nations ont fait usage, ne peut naître d'aucun droit véritable [...]; si ces écrivains n'avaient pas adopté un paralogisme qui devrait, en dernière analyse, nous inspirer des doutes sur la justice de toute autre espèce de peine, je me tairais sur cet objet, et j'épargnerais à mes lecteurs l'ennui d'une discussion métaphysique (*SdL*, III, 29, 19).

Ces lignes, qui entament le chapitre en question, constituent le socle des éléments que nous développerons afin de comprendre la position de Filangieri dans le débat sur la peine de mort au XVIII^e siècle. Ce passage met en exergue toute l'actualité de *la fin d'une évidence*, puisqu'il réaffirme la rupture de la tradition de légitimation de la peine capitale établie en 1764 par *Des délits et des peines*³. Par ailleurs, il nous met en présence de l'équation impossible entre « modernité » et choix d'opposition à la peine de mort. En effet, l'ancienne élaboration qui considérait comme indispensable l'expulsion du sujet perturbant l'ordre politique (selon la métaphore du membre malade à amputer) franchit les frontières de l'organicisme. La doctrine du contrat social, le processus de désacralisation du pouvoir caractérisant conventionnellement la « modernité politique » furent le berceau du discours abolitionniste. Mais comme en témoignent les positions, entre autres, de Rousseau, Kant et Filangieri lui-même, ce discours montrait à plusieurs reprises sa nature problématique, qui perdure jusqu'à nos jours en tant qu'irréductible contradiction au sein des ordonnancements juridiques les plus avancés⁴.

³ Sur cette solution de continuité marquée par Beccaria, cf. Norberto Bobbio, « Contro la pena di morte » et « Il dibattito attuale sulla pena di morte », in *Id.*, *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1997, p. 178-200 et p. 201-229.

⁴ Nous pensons aux États-Unis, mais aussi aux dates relativement récentes de l'abolition de la peine de mort en Italie (1948, mais l'abolition dans le

Alessandro Tuccillo

La polémique de Filangieri contre la proposition abolitionniste de Beccaria s'appuie sur des citations directes tirées du traité *Des délits et des peines*. Elle aboutit à une réfutation radicale centrée sur une conception différente du droit de punir, par rapport à laquelle la question de la peine de mort devient une conséquence logique d'une thèse que le philosophe napolitain juge tout à fait erronée et dangereuse pour la validité de l'idée de peine en général. Ce qu'il définit l'« ennui d'une discussion métaphysique » est ainsi présenté comme une nécessaire réponse à la diffusion et au succès du pamphlet de Beccaria et à sa capacité de persuader.

Concernant la circulation et le succès de ce pamphlet, rappelons qu'il avait touché largement la République des Lettres napolitaine. Dès les années 1760, Antonio Genovesi (1713-1769)⁵, le chef de file du mouvement réformateur éclairé de l'Italie méridionale⁶, conseillait le livre à ses disciples et à ses élèves de la chaire de *Commercio e Meccanica* (Commerce et Mécanique) à l'Université de Naples. Cependant, il exprimait de la méfiance pour le caractère utopique de la proposition, notamment dans un pays comme le Royaume de Naples où, d'après lui, le niveau de civilisation peu élevé, dû aux conflits entre l'État et l'Église, au maintien de forts pouvoirs féodaux et aux privilèges des gens de robe, ne permettait pas de procéder à des réformes aussi avancées. Dans le traité de la « philosophie du juste et de l'honnête », intitulé *Della diceosina* (1777), Genovesi montrait la remarquable influence des idées de Beccaria. Néanmoins son enthousiasme n'entamait en rien ses propres convictions plus traditionnelles à propos du fondement et du but de la peine qui étaient, respectivement, l'ordre naturel et la rétribution, c'est-à-dire la réparation de l'ordre violé par le

code militaire de guerre date de 1994), en France (1981) en Espagne (1995) ou en Grande-Bretagne (1998). Sur les rapports entre pensée abolitionniste et « modernité politique » cf. Pietro Costa (dir.), *Il diritto di uccidere. L'enigma della pena di morte*, Milano, Feltrinelli, 2010.

⁵ Cf. Eluggero Pii, *Antonio Genovesi. Dalla politica economica alla «politica civile»*, Firenze, Olschki, 1984.

⁶ Cf. Franco Venturi, « Il movimento riformatore degli illuministi meridionali », in *Rivista storica italiana*, LXXIV (1962), p. 5-26.

CORPUS, revue de philosophie

criminel. Finalement, Beccaria méritait « parmi les écrivains modernes beaucoup de félicitations », mais la peine de mort restait pour Genovesi une déclinaison légitime du droit de punir, bien qu'il admette que dans certains cas des peines alternatives pouvaient mieux servir à l'utilité publique⁷.

Ainsi, l'admiration pour Beccaria dans le Royaume de Naples ne fut pas isolée. Et la correspondance personnelle du marquis qui dépasse les milieux culturels de la capitale le prouve. De fait, quelques élèves de Genovesi rentrés au village natal, après un temps de formation universitaire à Naples, écrivaient à Beccaria. Le juriste représentait une véritable référence et une source de légitimation de leur réflexion intellectuelle, car il était l'exemple et le symbole de l'influence que l'on pouvait espérer pour tout possible projet de réforme de la *res publica* fondé sur la célébrité conquise dans la République des Lettres. La réflexion sur *Des délits et des peines* était indissociable d'autres thèmes généraux qui traitaient de la nécessité d'interventions réformatrices au lendemain de la terrible crise économique de la moitié des années 1760 ; une période caractérisée par la faiblesse conjoncturelle de l'État napolitain, dominé par la Régence du pouvoir souverain (1759-1767). Cette réflexion était alimentée par l'activité éditoriale de Giovanni Gravier, qui publia à Naples dans les années 1770-1771 les trois volumes des œuvres de Beccaria. D'ailleurs, en 1766, Gravier s'était également attaché à éditer *Delle virtù e de' premi* de Giacinto Dragonetti, manifeste à l'étranger du programme réformateur de l'école de Genovesi, devenu contre toute attente un véritable best-seller traduit en plusieurs langues (français, russe, allemand et suédois) et promu comme une continuation de *Des délits et*

⁷ Cf. Antonio Genovesi (1777, édition définitive posthume), *Della diceosina o sia della filosofia del giusto e dell'onesto*, introduzione e testo a cura di Niccolò Guasti, presentazione di Vincenzo Ferrone, Venezia-Mariano del Friuli, Centro studi sull'Illuminismo europeo « G. Stiffoni »-Edizioni della Laguna, 2008, liv. I, chap. 19-20, p. 168-258 (numéros de pages originaux indiqués dans cette édition), citation liv. I, chap. 19, paragr. 3, p. 170. Sur la lecture de Genovesi du texte de Beccaria, cf. Dario Ippolito, « Antonio Genovesi lettore di Beccaria », in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XXXVII (2007), p. 3-20.

Alessandro Tuccillo

des peines, dans une stratégie de marketing élaborée. Ce n'est donc pas par hasard si ce débat tout à fait politique, qui croisa les attaques conservatrices d'une partie significative des milieux proches du clergé et des gens de robe, se poursuivit jusqu'à la fin du siècle⁸.

La polémique anti-philosophique fut encline, surtout pendant la conjoncture révolutionnaire, à rejeter l'ensemble de la proposition des réformateurs, locaux et étrangers. Les défenseurs de la tradition cherchaient à réfuter l'esprit de nouveauté qu'ils voyaient enraciné dans les ouvrages de Beccaria ainsi que dans les ouvrages de Filangieri, de Francesco Mario Pagano (1748-1799)⁹, ou de Genovesi auparavant. Les conservateurs ne s'attardaient guère sur les différences conceptuelles entre les philosophes des Lumières napolitaines, puisqu'ils représentaient à leurs yeux un seul et même ennemi à vaincre. Le chapitre 29 de la *Science de la législation* qui a été notre point de départ, par delà des oppositions de l'époque, permet de sonder les liens entre le message de Beccaria et la formation d'une *communis opinio* réformatrice en matière de justice pénale au sein du « parti philosophique » napolitain, et simultanément de réfléchir sur un témoignage significatif d'inclusion et de transformation de l'ancien paradigme de la légitimation de la peine de mort dans les nouveaux cadres de la doctrine du contrat social des Lumières et du langage des droits de l'homme.

Pour revenir à l'analyse du contenu des textes, Filangieri, après avoir reconnu la diffusion des idées de Beccaria, ouvre la

⁸ Cf. Anna Maria Rao, « "Delle virtù e de' premi" : la fortuna di Beccaria nel Regno di Napoli », in *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, Milano-Roma-Bari, Cariplo-Laterza, 1990, p. 534-586 ; cf. aussi Girolamo Imbruglia, « Riformismo e illuminismo. Il *Dei delitti e delle pene* tra Napoli e l'Europa », in Vincenzo Ferrone, Gianni Francioni (dir.), *Cesare Beccaria. La pratica dei lumi*, Firenze, Olschki, 2000, p. 99-126.

⁹ Cf. Dario Ippolito, *Mario Pagano. Il pensiero giuspolitico di un illuminista*. Torino, Giappichelli, 2008. À propos de cette monographie, je me permets de renvoyer à mon article : « L'illuminismo napoletano e le frontiere delle riforme. Appunti sul pensiero giuspolitico di Francesco Mario Pagano », in *L'Acropoli*, XI (2010), 2, p. 74-85 (<http://www.lacropoli.it/articolo.php?nid=270>).

CORPUS, revue de philosophie

discussion avec une longue citation des célèbres lignes du chapitre XXVIII de *Des délits et des peines*, qui sont réduites au syllogisme suivant :

Personne ne peut donner ce qu'il n'a pas ; mais l'homme n'a pas le droit de se tuer : donc le souverain, qui n'est que le dépositaire des droits transmis par les individus au corps entier de la société, ne peut pas avoir le droit de punir de mort qui que ce soit (SdL, III, 29, 20-21).

La première objection soulevée par Filangieri au syllogisme de Beccaria concerne un aspect que l'on pourrait qualifier de formel ou de logique. Quand bien même le « sophisme qui a séduit tant d'écrivains politiques » serait valable, il aurait comme conséquence l'inadmissibilité de toutes espèces de peine. Autrement dit, si la peine capitale est injuste car personne n'a le droit de se tuer, les « peines infamantes » et les « peines qui privent de la liberté personnelle » sont également injustes, puisque « comme personne n'a droit de disposer de sa vie, personne n'a droit de disposer de son honneur et de sa liberté » (ivi, 21). Ensuite, Filangieri continue sa réfutation en discutant des propositions que l'on pouvait tirer des ouvrages de Pufendorf et de Rousseau.

Pufendorf avait reconnu au souverain le droit de vie et de mort sur ses sujets. À cet égard il avançait une similitude que Filangieri aurait pu utiliser contre Beccaria : le juriste allemand soutenait que dans la mesure où un « corps composé » pouvait avoir des qualités que les « corps simples » par lesquels il était formé n'avaient pas, de même un « corps moral » – c'est à dire l'État – pouvait avoir des droits dont les individus ne disposaient pas¹⁰. Pourtant Filangieri rejette l'utilisation de la similitude en logique, car il est convaincu que toutes les comparaisons pouvaient

¹⁰ Samuel Pufendorf, *Le droit de la nature et des gens, ou système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*. Traduit du latin de feu M. le Baron de Pufendorf, par Jean Barbeyrac. [...], Amsterdam, Henri Schelte, 1706, 2 tomes, vol. II, p. 339 (éd. or. lat., 1672).

Alessandro Tuccillo

être réfutées par d'autres contraires. Ainsi, si les adversaires du « sophisme » abolitionniste auraient pu avancer d'autres similitudes (l'harmonie dérivant de plusieurs sons différents, par exemple), en revanche, les abolitionnistes auraient pu affirmer que la volonté de cent millions de personnes ne peut pas rendre juste ce qui est injuste ou, encore, ils auraient pu faire allusion à l'impossibilité de former un carré au moyen de cent millions de cercles, puisqu'un cercle ne peut jamais être réduit à une quadrature (*SdL*, III, 29, 22-23).

Le philosophe napolitain juge plus fine et plus profonde, mais également faible, la solution formulée dans le *Contract social*. Rousseau précisait que l'attribution à l'État du droit à la vie était nécessaire pour défendre la vie des éventuelles attaques des autres individus : « c'est pour n'être pas la victime d'un assassin que l'on consent à mourir si on le devient »¹¹. Ce raisonnement de Rousseau était si connu à l'époque que Filangieri choisit de ne pas le rapporter. D'ailleurs il ne le considère pas utile afin de s'opposer au syllogisme de Beccaria, puisqu'il fallait remonter aux « vrais principes, dont le droit de punir découle nécessairement » pour refuser le « sophisme » contre la peine capitale (*SdL*, III, 29, 23).

Le problème que Filangieri veut résoudre est celui de fonder le droit de la société à condamner à mort l'homme qui a tué son semblable. Pour cela il remonte à la condition de l'homme hors de l'état civil, dans l'état d'indépendance naturelle. Il se demande si dans cet état il existe un cas dans lequel l'homme peut perdre son droit à la vie sans y renoncer. Ce cas existe, il s'agit du moment de l'agression et de la défense, lorsque la victime a le droit de tuer celui qui attente à sa vie. Une fois établie la possibilité de perdre le droit à la vie dans l'état de nature, Filangieri s'adresse à chercher l'étendue et la validité du droit acquis par la victime. La question cruciale est celle des conséquences pour l'agresseur qui réussit à accomplir son délit. Filangieri se demande si, une fois l'homicide perpétré, le droit que la malheureuse victime tuée

¹¹ Jean-Jacques Rousseau (1762), *Du contrat social*, liv. II, chap. 5, in Id., *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1964, tome III, p. 374.

CORPUS, revue de philosophie

possédait sur la vie de l'agresseur est « éteint par sa mort » ou bien s'il peut « être exercé par tous les autres hommes, vengeurs et dépositaires des lois naturelles ». Par les questions qui suivent, le philosophe napolitain dévoile ses convictions :

Doit-on supposer que l'agresseur qui avait perdu le droit à la vie avant d'achever son crime l'ait recouvré lorsque le délit a été consommé ? Doit-on croire que de la même cause (le délit) naissent, avant et après, deux effets si diamétralement opposés ? (ivi, 25)

Les raisons de ces questions rhétoriques se fondent sur l'existence du droit de punir dans l'état naturel. Pour affirmer le droit de punir comme droit pré-social, Filangieri avance deux arguments essentiellement. Tout d'abord, il explicite sa position en citant le paragraphe 7 du *Deuxième traité sur le gouvernement civil*. Locke, considéré par Filangieri le « plus grand penseur d'Europe » (ibid.), avait en effet soutenu que les lois naturelles auraient été vaines si personne, dans l'état de nature, n'avait pas eu le pouvoir de les faire exécuter et de punir ceux qui les violaient. Par conséquent Locke concluait en affirmant que « dans cet état d'égalité parfaite, où nul ne l'emporte naturellement sur les autres par le rang ou l'autorité, si les actes qui tendent à faire respecter cette loi sont permis à quiconque, ils le sont forcément à tous »¹². Ensuite, Filangieri se réfère à la passion vindicative, dépourvue d'intérêt particulier, que la nature inspire aux hommes comme sentiment moral lorsqu'on prend connaissance d'un délit. Si la nature avait nié aux hommes le droit de punir, indispensable pour faire respecter les droits, ces droits auraient été absurdes et les sentiments de compassion envers les victimes des délits auraient été inutiles (*SdL*, III, 29, 28). Bien au contraire, Filangieri réaffirme la cohérence de l'état de nature, mais il relève à cet égard une des imperfections qui déterminèrent le passage à l'état civil. Cette imperfection ne concernait pas l'absence du droit de

¹² John Locke (1690), *Deuxième traité du gouvernement*, ch. II, paragr. 7, in Id., *Deux traités du gouvernement*, traduction et présentation par Bernard Gilson, Paris, Vrin, 1997, p. 141.

Alessandro Tuccillo

punir, mais l'inefficacité des moyens, de la force nécessaire pour l'exercer, pour éviter que les délits restaient impunis. Dans l'état de nature l'inégalité physique parmi les hommes permettait à l'agresseur le plus fort de perpétrer ses crimes sans subir de peines jusqu'au moment où quelqu'un arrivait à s'opposer à sa force. Selon Filangieri l'état civil avait corrigé cette grave imperfection du droit de punir au sein de l'état de nature. La société n'avait donc pas créé un nouveau droit, mais elle avait « assuré l'exercice d'un droit ancien ». Notamment dans l'état civil

ce n'est plus un particulier qui s'arme contre un autre particulier pour le punir de son crime, mais c'est la société toute entière ; le dépositaire de la force publique exerce ce droit duquel tous les individus se sont départis et qu'ils ont transporté au corps de la société, c'est-à-dire au souverain, qui la représente (ivi, 31).

Le passage de la vengeance privée à l'homicide légal commis par le « corps de la société » dans la personne du souverain¹³ est revendiqué comme un moment de civilisation. Par rapport à la conception du droit de punir de Beccaria il s'agit d'une divergence fondamentale qui a des conséquences opposées en matière de légitimation de la peine de mort.

Pour Beccaria le droit de punir est un droit social, qui marque une profonde discontinuité entre l'état de nature et l'état civil¹⁴. Aux chapitres I et II de *Des délits et des peines* il établit deux moments logiques pour la définition de la société civile, postulée comme moyen nécessaire pour dépasser l'état de guerre

¹³ Il est tout à fait remarquable que ce passage théorique est analogue à la réforme imposée par la loi de Dracon (620-621 av. J.-C.) qui sanctionna la naissance de la peine de mort en Occident : cf. Eva Cantarella, « Dalla vendetta alla pena. Un equilibrio difficile », in Pietro Costa (dir.), *Il diritto di punire*, op. cit., p. 89-118.

¹⁴ Sur la conception « sociale » du droit de punir pour Beccaria opposée à la conception que l'on pourrait qualifier de « naturelle » de Filangieri, cf. Mario A. Cattaneo, « Alcuni problemi nella dottrina della pena di Gaetano Filangieri », in Lucio D'Alessandro (dir.), *Gaetano Filangieri e l'illuminismo europeo*, Napoli, Guida, 1991, p. 261-288.

CORPUS, revue de philosophie

de la condition naturelle. Le premier moment est celui où les hommes transfèrent au représentant de l'État, le souverain, une partie de la liberté naturelle pour en « jouir du reste avec sécurité et tranquillité », c'est à dire dans un état de paix. Le souverain devient donc le « légitime dépositaire et administrateur » de toutes « ces portions de liberté sacrifiées au bien commun » pour édifier la « souveraineté de la nation »¹⁵. Le second moment correspond à l'acquisition pour le souverain du droit de punir et d'infliger des peines afin de préserver ce transfert de « portions de libertés », plus précisément pour « défendre le dépôt de salut public contre les usurpations des particuliers »¹⁶.

Ainsi, dans le système de Beccaria le droit de punir est un droit qui s'instaure simultanément à la société civile. La nature tout à fait « sociale » du droit de punir forme l'essence du refus de la peine de mort, du syllogisme contesté par Filangieri. Les hommes furent poussés au passage à l'état civil par la seule nécessité de terminer la guerre de tous contre tous, donc ils ne transfèrent que le « plus petit sacrifice de la liberté de chacun » qui ne pouvait jamais concerner le « plus grand de tous les biens, la vie ». En tout cas, nous l'avons déjà remarqué, selon Beccaria dans l'état naturel l'homme n'avait ni le droit de se tuer ni le droit de punir d'autres personnes, en conséquence il ne pouvait pas céder au souverain des droits qu'il n'avait pas. Sur cette conception du contrat social le marquis milanais affirme l'illégitimité de la peine de mort, qu'il définit une « guerre de la nation contre un citoyen parce qu'elle juge nécessaire ou utile la destruction de son être »¹⁷. Et ce n'est qu'après avoir expulsé la peine capitale du plan du droit que sa proposition abolitionniste s'ordonne autour d'arguments utilitaristes, soit le contraste entre l'usage de la peine de mort et les critères d'efficacité pour prévenir les délits.

¹⁵ Cesare Beccaria (1764), *Des délits et des peines. Dei delitti e delle pene*, ch. I, introduction, traduction et notes de Philippe Audegean, texte italien établi par Gianni Francioni, Lyon, ENS éditions, 2009, p. 147.

¹⁶ *Ivi*, ch. II, p. 147.

¹⁷ *Ivi*, ch. XXVIII, p. 231.

Alessandro Tuccillo

Filangieri refuse le noyau théorique de l'abolitionnisme de Beccaria. Sa vision dynamique de l'état civil, conçu comme une continuation progressive et un perfectionnement de l'état naturel, principe fondateur de son projet réformateur, le mène à établir une ligne de continuité structurelle entre le droit de punir de l'état naturel et le droit de punir de l'état civil. Ainsi, Filangieri réitère l'idée que l'homme a le droit à la vie dans l'état de nature et dans l'état civil, mais il affirme aussi que si dans l'état naturel un homme a commis un crime digne de mort, chacun a le droit de le tuer. Or, il continue,

ce droit que, dans l'état d'indépendance naturelle chacun avait sur tous, et que tous avaient sur chacun, a été transmis à la société ; il a été déposé entre les mains du souverain. Le droit, donc, que le souverain a d'infliger la peine de mort, comme toute autre peine, ne dépend pas de la cession des droits que chacun avait sur soi-même, mais de la cession des droits que chacun avait sur les autres. [...] et c'est ainsi que, moi et les autres membres de la société, sans céder notre droit à la vie, nous sommes également exposés à la perdre, si nous venons à commettre ces excès contre lesquels l'autorité législative a menacé la peine de mort (SdL, III, 29, 32-34).

Cette position déplace dans les nouvelles catégories de la philosophie pénale des Lumières, dans le cadre progressif du langage des droits de l'homme¹⁸, l'ancienne *évidence* de la légitimité de la

¹⁸ La centralité de la doctrine des droits de l'homme dans la philosophie politique de Filangieri a été soulignée par Vincenzo Ferrone, *La società giusta ed equa. Republicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*. Roma-Bari, Laterza, 2003 (trad. fr. Id., *La politique des Lumières. Constitutionalisme, républicanisme, droits de l'homme, le cas Filangieri*. Paris, L'Harmattan, 2009). Toutefois, sur cette effective centralité, Ferrone a proposé une nouvelle interprétation des Lumières italiennes : Filangieri aurait été le chef de file d'un projet politique républicain et constitutionnel précédent et autonome par rapport à la rupture révolutionnaire française de la fin du siècle. L'interprétation a rencontré des approbations mais aussi d'importantes critiques dans l'historiographie italienne, cf. Carlo Capra, « Republicanesimo dei moderni e costituzionalismo illuministico: riflessioni sull'uso di nuove categorie

CORPUS, revue de philosophie

peine de mort. Si l'affirmation du droit du souverain à infliger la mort permet à Filangieri d'omettre les arguments utilitaristes dans sa réfutation du traité *Des délits et des peines*, la conception de la peine de Beccaria, préventive puisqu'intimidatrice, est un aspect central de la théorie de la législation criminelle que le philosophe napolitain expose dans *La science de la législation*. Nous la retrouvons aussi dans la liste des principes généraux de la législation criminelle du chapitre 25, où Filangieri avance une sorte de « sociologie de la peine »¹⁹ qui, à propos de la peine capitale, aboutit à la définition de la valeur relative de son efficacité suivant les idées morales d'un peuple. Il estime, par exemple, que la peine de mort est presque inutile chez les peuples qui croient à la métempsycose ou dans une nation « guerrière et féroce, où les hommes sont accoutumés à mépriser la vie » (*SdL*, III, 25, 3-4)²⁰.

Mais au-delà de ces considérations générales d'application, nous saisissons l'importance de la conception préventive de la peine²¹ dans le chapitre 30, intitulé *De la modération avec laquelle on doit faire usage de la peine de mort*. La distinction entre l'usage et l'abus de la peine de mort introduit les positions les plus avancées sur la réforme de la justice criminelle dans le contexte de pleine légitimation tracé dans le chapitre précédent. Tuer un homme qui a perdu le droit à la vie est un juste remède, mais il s'agit, précise Filangieri, d'un « remède violent, qui ne peut être utile que lorsqu'il est employé avec la plus grande modération,

storiografiche », in *Società e storia*, 100/101 (2003), p. 355-371 ; Vittorio Criscuolo, « « Vecchia » storiografia e nuovi revisionismi nella ricerca storica sull'Italia in rivoluzione », in Id., *Albori di democrazia nell'Italia in rivoluzione (1792-1802)*, Milano, Angeli, 2006, p. 25-178.

¹⁹ Cf. Marco Boscarelli, « Riflessioni sul pensiero penalistico di Gaetano Filangieri », in *Gaetano Filangieri e l'illuminismo europeo*, cit., p. 247-253.

²⁰ À cet égard cf. Genovesi, *Della diceosina*, cit., liv. I, chap. 19, paragr. XX, note a), p. 199 : « La mort n'est que la plus grande des peines où on aime la vie, et où vivre est facile ».

²¹ « Ni la vengeance, ni l'expiation du crime ne sont les objets des peines [...]. Les lois, lorsqu'elles punissent, ont devant les yeux, non le coupable, mais la société ; elles sont excitées par l'intérêt public, et non par une haine personnelle, et non une vengeance pour le passé » (*SdL*, III, 27, 14).

Alessandro Tuccillo

et dont le plus petit abus dégénère en poison mortel, qui peut conduire le corps politique de l'épuisement à la mort » (*SdL*, III, 30, 34-35). L'abus de la peine de mort est pour lui la cause de l'augmentation des délits les plus atroces, de l'impunité des délits ordinaires et de l'affaiblissement de la vigueur de la peine. Pour éviter ces conséquences il propose, d'un côté, de borner la peine capitale aux homicides et aux traîtres à la patrie, de l'autre côté, de rendre l'exécution « imposante aux yeux du peuple » et la « moins cruelle qu'il est possible pour le délinquant » (ivi, 40).

Refusée la position abolitionniste sans épargner les accusations les plus dures, Filangieri ne fait pas moins de la philosophie pénale de Beccaria une référence obligée. La *fin de l'évidence* de la peine de mort ne laissa pas indifférent le philosophe napolitain, mais les raisons alléguées lui semblèrent insoutenables. Néanmoins, les principes du traité *Des délits et des peines* étaient utilisés, dans un but tout différent, pour tracer un juste usage de la peine de mort. Du reste, concluait Filangieri aux dernières lignes du chapitre 30,

une exécution inutile est toujours injuste, parce que l'objet de la loi n'est pas de venger la société de l'offense subie par le coupable, mais de la préserver des nouveaux maux auxquels son impunité pourrait l'exposer : tel est l'usage que la raison, la justice et l'humanité nous permettent de la peine de mort (ivi, 41).

Alessandro TUCCILLO
Université de Provence – MMSH
Università degli Studi di Napoli « Federico II »

ENCYCLOPÉDISME ET PEINE DE MORT

LES CAS DE L'ENCYCLOPÉDIE D'YVERDON, DU RÉPERTOIRE DE JURISPRUDENCE DE GUYOT ET DE L'ENCYCLOPÉDIE MÉTHODIQUE

Les difficultés d'ordre conceptuel que la peine de mort suscite et les polémiques qu'elle a nourries au fil des siècles constituent un sujet classique de l'histoire des idées politiques. Pourtant, encore que riche en enseignements, le rapport qui rattache la justice éliminatrice à l'encyclopédisme, en l'occurrence celui de l'Europe des Lumières, demeure un sujet mal exploré et à peine balisé. Pour tracer le tableau le moins incomplet possible de la manière dont la question de la peine de mort est traitée dans l'aire francophone de la deuxième moitié du XVIII^e siècle, il faudrait prendre en considération un corpus d'ouvrages comprenant plusieurs grands projets éditoriaux, à commencer par le *Dictionnaire de droit et de pratique* de Ferrière et par l'*Encyclopédie* de d'Alembert et de Diderot, assortie de ses *Suppléments* édités par Jean-Baptiste-René Robinet entre 1776 et 1777.

Publié en 1734 et réédité plusieurs fois avec augmentations jusqu'en 1787, le *Dictionnaire de droit et de pratique* de Ferrière ne conteste pas la légitimité juridique du dernier supplice. Il pose et discute, dans l'article PEINE DE MORT, la question de savoir si les magistrats ont le droit de sanctionner par la mort des crimes contre lesquels la loi n'a pas prévu de châtement. Le cas de l'inceste y est paradigmatique, dans la mesure où, bien que la loi française d'Ancien Régime ne prescrive la peine de mort pour ce crime, « plusieurs arrêts ont condamné au dernier supplice ceux qui en ont été convaincus ». Au cours de son « explication » détaillée, Ferrière aligne les raisons pour et les raisons contre cette controversée prérogative

CORPUS, revue de philosophie

des magistrats souverains¹. Nombre de juristes ainsi que trois philosophes – Aristote, Cicéron, Bodin – sont convoqués en défense des deux thèses opposées. Après avoir montré la plausibilité de la thèse octroyant aux juges le pouvoir de donner la mort en absence d'une loi imposant la peine capitale au coupable du crime dont il s'agit, l'article du Ferrière énumère une longue suite d'arguments, en l'occurrence elle en fournit sept, pour prouver que, au contraire, « la peine de mort ne peut être prononcée que quand le crime dont quelqu'un est accusé mérite cette peine »².

L'Encyclopédie de Paris ne propose pas une réponse unilatérale à la question de savoir si la peine de mort est juste et utile dans un gouvernement bien organisé. Dans l'article CRIME (Jurisprudence), Boucher d'Argis rappelle les délits passibles de la peine de mort :

[...] les vols et larcins, les meurtres, homicides et parricides, l'homicide de soi-même, le crime des femmes qui cèlent leur grossesse et se font avorter, la supposition de part³, le crime de lèse-majesté divine et humaine, les empoisonnements, les crimes de concussion et de péculat, les crimes de débauche publique, adultère, rapt, et autres procédant de luxure ; le crime de faux, de fausse monnaie, les sortilèges, jurements et blasphèmes, l'hérésie, et plusieurs autres [...]⁴.

La partition polyphonique de l'Encyclopédie fait résonner les voix de Diderot et de d'Alembert. Le premier, établit une distinction entre la fin du châtement et celle de la peine : « La fin du châtement

¹ Claude-Joseph de Ferrière, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Paris, Brunet, 1769, art. PEINE DE MORT, t. II, p. 306-308.

² *Ibid.*, t. II, p. 306b.

³ Dans l'article SUPPOSITION (1765), en *grammaire et jurisprudence*, Boucher explique que « La *supposition de part*, ou d'enfant, est lorsqu'un homme ou une femme annoncent pour leur enfant quelqu'un qui ne l'est point. Ce crime est si grave qu'il est quelquefois puni de mort » (*Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers* [...], Paris, 1751-1772, t. XV, p. 687a, ci-après : *Enc.*, suivi du titre de l'article en capitales, de la tomaiison en chiffres romains, de la page en chiffres arabes ; la colonne est indiquée par « a » ou « b »).

⁴ *Enc.*, CRIME, IV (1754), 469a.

est toujours ou l'amendement du châtié, ou la satisfaction de l'offensé. Il n'en est pas de même de la *peine* [...]. Sa fin n'est pas toujours la réformation du coupable, puisqu'il y a un grand nombre de cas où l'espérance d'amendement vient à manquer, et où la peine peut être étendue jusqu'au dernier supplice »⁵. Le deuxième, nuance l'argument de Montesquieu sur l'inefficacité de punir par la mort le crime de désertion⁶. L'observation selon laquelle il vaudrait mieux infliger au déserteur « une peine infamante qui le laisserait vivre [...], un soldat par son état méprise ou est fait pour mépriser la mort, et au contraire pour craindre la honte », « paraît judicieuse », écrit d'Alembert, qui ajoute aussitôt : « mais ce serait à l'expérience à la confirmer »⁷. Dans le sillage de Montesquieu⁸, Jaucourt se déclare partisan d'une restriction drastique du champ d'application de la peine de mort, qu'il tient dans certains cas pour « le remède de la société malade » (*EL*, XII, 4 ; art. CRIME, LOI CRIMINELLE, PEINE)⁹. Enfin, une critique insidieuse adressée à la logique rétributive de la peine de mort se dégage des remarques anonymes sur le talion¹⁰. Quoique tombée en désuétude dans ses manifestations les plus grossières, cette loi fonde encore le droit d'Ancien Régime¹¹. Au lieu de mettre en évidence le progrès juridique que le talion représente par rapport au simple droit de vengeance qu'il remplace – le talion n'autorisant qu'une rétorsion strictement équivalente au dommage subi –, l'auteur de l'article non signé LOI DU TALION censure

⁵ *Enc.*, CHATIMENT, III (1753), 249b.

⁶ En 1755, Louis XV supprime la peine de mort pour le crime de désertion simple.

⁷ *Enc.*, DESERTEUR, IV (1754), 881a ; cf. *EL*, VI, 12.

⁸ Voir dans ce collectif l'article de Francine Markovits.

⁹ Je me permets de renvoyer à mon étude « La peine de mort dans l'*Encyclopédie* et ses *Suppléments* », in *Revue française d'histoire des idées politiques*, numéro spécial sur Montesquieu, sous la direction de Catherine Volpilhac-Augier, à paraître.

¹⁰ *Enc.*, PEINE DU TALION, XII (1765), 252a.

¹¹ Cf. Boucher d'Argis : « On observe [...] strictement cette loi dans certains crimes des plus graves ; par exemple, tout homme qui tue, selon nos lois, mérite la mort ; les incendiaires des églises, villes et bourgs sont condamnés au feu » (*Enc.*, TALION, XV, 866b).

CORPUS, revue de philosophie

cette ancienne loi, qui n'est compatible ni avec les principes du christianisme ni avec la loi naturelle. D'après la doctrine chrétienne, le sang ne demande pas le sang, mais le pardon¹², et la loi du talion, conçue comme un acte de représailles qui permettrait l'application d'une forme de justice naturelle, est rejetée au nom du droit naturel lui-même. Désolidarisant la peine du talion de la justice naturelle, cet encyclopédiste sème le doute sur la légitimité de la logique rétributive de la peine :

Les meilleurs jurisconsultes ont même regardé la loi du talion comme une loi barbare, contraire au droit naturel. Grotius [...] dit qu'elle ne doit avoir lieu ni entre particuliers, ni d'un peuple à un autre ; il tire sa décision de ces belles paroles d'Aristide : « Ne serait-il pas absurde de justifier et d'imiter ce que l'on condamne en autrui comme une mauvaise action ? »¹³.

Entre 1770 et 1780, trois autres travaux titanesques ont traité de la peine de mort : l'*Encyclopédie d'Yverdon*, dirigée et éditée par Fortunato Bartolomeo De Felice ; le *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, mis en ordre et publié à Paris par Joseph Nicolas Guyot ; enfin, les huit volumes du *Dictionnaire de Jurisprudence de l'Encyclopédie méthodique* de Panckoucke (1782-1789). Il s'agira ici d'examiner les réponses divergentes que ces ouvrages ont apportées à la double question de savoir si la peine de mort est juste et utile dans un gouvernement bien organisé et si le droit de punir peut s'étendre jusqu'à faire périr sur l'échafaud un homme coupable.

La peine de mort dans l'*Encyclopédie d'Yverdon*

Refonte de l'édition d'Alembert/Diderot, les quarante-deux volumes de discours de l'*Encyclopédie d'Yverdon* constituent une entreprise originale menée à bien par De Felice et l'équipe internationale de ses collaborateurs. Le cas de la peine de mort y est emblématique de la part de nouveauté dans le domaine de la

¹² Matthieu, V, 9.

¹³ *Enc.*, LOI DU TALION, IX (1765), 677a.

justice criminelle que comporte ce projet éditorial par rapport à la version parisienne. Deux articles sont représentatifs de la position générale qui se dégage de l'*Encyclopédie d'Yverdon* : l'article CARCAN de Paul-Joseph Vallet, « ancien lieutenant général de police à Grenoble »¹⁴ et l'article PEINE, de De Felice lui-même. L'entrée CARCAN se trouve dans le tome VII ; c'est le seul article dans lequel figure le nom de Beccaria. Il ne comporte que deux petits paragraphes, tandis que l'article PEINE est un discours construit par l'assemblage de plusieurs chapitres extraits de *Des délits et des peines*, mais sans que le nom de ce philosophe novateur ne soit mentionné. Dans les deux cas, non seulement la mort comme peine n'a plus rien d'une idée acquise, mais la mise en accusation du dernier supplice est systématiquement accompagnée de la proposition de peines substitutives. L'article CARCAN s'ouvre par la même définition que le juriste Toussaint propose dans l'article homonyme de l'*Encyclopédie de Paris* : « est un poteau planté en terre, avec un collier de fer attaché à hauteur d'homme, à quoi on attache par le cou des malfaiteurs qu'on ne juge pas dignes de mort [...]. La plupart de ceux qu'on attache au *carcan*, ont été auparavant fustigés par le bourreau, et marqués d'un fer chaud, et sont souvent ensuite ou bannis ou envoyés aux galères »¹⁵. Entièrement nouveau, le texte qui suit est une contestation radicale de la peine de mort. Sans en réclamer explicitement l'abolition, l'auteur suggère, conformément aux idées de Beccaria, qu'elle soit remplacée par des peines privatives de liberté, avec des travaux pouvant être utiles :

M. de Montesquieu, dans l'*Esprit des lois* ; le marquis de Beccaria, dans le *Traité des délits et des peines* ; Servant, avocat-général ; William Mérédith, et Phileon, avocat à Besançon, ont démontré dans leurs discours sur l'administration et sur la réformation de la justice criminelle, que la peine de mort

¹⁴ Sur cet auteur, voir Kathleen H. Doig, Clorinda Donato, « Notices sur les auteurs des quarante-huit volumes de "discours" de l'*Encyclopédie d'Yverdon* », *Recherches sur Diderot et sur l'Encyclopédie*, 11 (1991), p. 141.

¹⁵ *Encyclopédie d'Yverdon*, art. CARCAN, t. VII [1771], p. 499b. Cf. *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers* [...], Paris, 1751-1772, art. CARCAN, t. II, p. 674b.

CORPUS, revue de philosophie

a toujours été pour l'ordinaire injuste, inutile et nuisible au bien public, et que le carcan, ou quelque peine semblable, peuvent suppléer avantageusement aux supplices de la corde, de la roue et du feu. Tous les judicieux magistrats de police attestent également que l'excès de la rigueur de la loi, qui condamne à la potence un domestique qui a volé cinq sols, est cause qu'actuellement aucun maître n'ose se plaindre et dénoncer en justice les laquais infidèles ; en un mot l'atrocité, l'inhumanité et l'injustice de la loi autorisent et centuplent le nombre des criminels. Si les condamnations étaient proportionnelles au délit, et si le plus grand des supplices se bornait au carcan ou aux galères de mer ou de terre ; alors chacun se ferait un devoir de contribuer à rétablir l'ordre public, en dénonçant avec exactitude et en jugeant avec célérité tous les criminels (V. A. L.)¹⁶.

Ce texte restitue l'idéologie réformatrice d'un technicien de la justice, le cas échéant, un lieutenant de police, qui se revendique des grandes autorités philosophiques, Montesquieu et Beccaria les premiers, tout comme de l'expérience de « tous les judicieux magistrats de police ». Lorsque M. Vallet¹⁷ considère que la peine de mort est « injuste, inutile et nuisible au bien public [car elle peut dans certains cas entraîner l'impunité], et que le carcan, ou quelque peine semblable, peuvent *suppléer avantageusement* aux supplices de la corde, de la roue et du feu », il évoque la question qui est au cœur de ce volume collectif : la fin de l'évidence de la peine de mort au siècle des Lumières s'accompagne d'une réflexion sur les peines alternatives. Reste qu'en raison de sa concision, ce même texte ne fait qu'ébaucher un programme réformateur. De fait, l'auteur amorce un raisonnement qu'il ne se préoccupe pas de défendre par une argumentation tant soit peu développée.

Alors que cet encyclopédiste est tourné vers la polémique au détriment de la conceptualisation, De Felice, lui, dans le grand article PEINE, publie une reprise ciblée et didactique du *Traité des délits et des peines* de Beccaria. En tant qu'exposé synthétique des

¹⁶ *Encyclopédie d'Yverdon*, art. CARCAN, t. VII [1771], p. 499b.

¹⁷ Procureur général au parlement de Grenoble, il est l'auteur d'un *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, 1766.

nouveaux fondements sur lesquelles le droit pénal doit reposer, le petit livre de Beccaria se prête à un usage encyclopédique. Bien que d'origine napolitaine, De Felice a lu *Des délits et des peines* dans la version française de l'abbé philosophe André Morellet, pour la raison qu'il a édité à Yverdon ce texte en 1765. En outre, De Felice aurait voulu parmi ses collaborateurs Pietro Verri et Cesare Beccaria, qui décidèrent, néanmoins, de ne pas s'engager. Le directeur de l'encyclopédie suisse n'en puisera pas moins à pleines mains dans leurs écrits, sans citer la source. Il procède ainsi dans les *Suppléments à l'Encyclopédie* de Robinet, lorsqu'il rédige l'article ACCUSATION SECRÈTE (*Politique*) : il y reproduit le chapitre homonyme du *Traité des délits et des peines* de Beccaria. Tel est le cas également de l'article PEINE de l'*Encyclopédie d'Yverdon*, que De Felice organise à l'aide d'emprunts aussi bien substantiels que tacites à l'ouvrage de Beccaria. Publié en 1774 dans le tome XXXII (p. 620-629), l'article PEINE comporte neuf pages et dix-huit colonnes. Sa structure présente une courte définition, qui est un calque de celle que Jaucourt propose dans l'article homonyme de l'*Encyclopédie* ; suit une assez longue introduction fixant les repères moraux et politiques pour repenser le droit pénal au nom des Lumières. Cette introduction reprend les deux premiers chapitres du livre de Beccaria, « origine des peines » et « droit de punir » que Morellet a unifiés ; elle mobilise notamment des réflexions sur les caractères généraux que doivent avoir les lois pénales dans une législation éclairée. Enfin, cinq sous-entrées, dont les titres, marqués en italiques, font écho aux titres des chapitres du *Traité des délits et des peines*, forment le corps de l'article. Je les énumère dans l'ordre suivi par De Felice : I/ *Douceur des peines* (§ 15 éd. Morellet) ; II/ *Peine de mort* (§ 16 éd. Morellet) ; III/ *La punition doit être prompte, analogue au crime, et publique* (§ 19 éd. Morellet)¹⁸ ; IV/ *La punition doit être certaine et inévitable* [là encore le titre est repris de l'édition de Morellet¹⁹]. La cinquième et dernière sous-

¹⁸ Le titre choisi est presque identique à celui utilisé par André Morellet : « Que la peine doit être prompte, analogue au crime, et publique ».

¹⁹ Mais alors que ce traducteur rattache la question de la certitude pénale à celle de la douceur des peines (§ XX), De Felice, lui, la place à la suite de la

CORPUS, revue de philosophie

entrée de l'article porte le titre V/ *Proportion entre les peines et les crimes* (§ 23 chez Morellet « Idem »).

Ainsi, l'*Encyclopédie* d'Yverdon vante une primauté importante : être le premier ouvrage encyclopédique qui reprend et répand le chapitre sur la peine de mort de Beccaria²⁰. Reproduisant ce texte révolutionnaire, De Felice joue bien le rôle de directeur d'une encyclopédie des Lumières. Conscient que « les bons livres appartiennent non aux libraires, mais à l'humanité, qui demande d'être éclairée et formée à la vertu » et que les « libraires ne sont que les intermédiaires de cet ouvrage salutaire »²¹, il fait de son répertoire un véhicule de la nouvelle culture juridique. Ayant pris part au rayonnement du réformisme de l'auteur *Des délits et des peines* dans l'Europe protestante, il serait sans doute convenable d'accorder une place à De Felice dans le riche dossier que Franco Venturi a consacré à la circulation des idées de Beccaria dans l'Europe des Lumières²².

Encore faut-il ajouter qu'à la différence du chevalier de Jaucourt, à la fois divulgateur et interprète de la pensée de Montesquieu dans la grande *Encyclopédie*, De Felice, lui, préfère laisser la parole au champion de l'abolitionnisme, sans ajouter aucun commentaire. Cette politique éditoriale, axée sur l'idée de liberté essentielle du lecteur, est illustrée par De Felice avec ces

question de la promptitude des peines : l'ordre choisi par De Felice dans le montage qu'il s'autorise du matériel de Beccaria ne reflète pas complètement celui adopté par Morellet.

²⁰ De Felice publie de nouveau le chapitre de Beccaria contre la peine de mort dans le « dictionnaire universel raisonné de justice naturelle et civile » qu'il a extrait de l'*Encyclopédie d'Yverdon*, et intitulé : *Code de l'Humanité, ou la Législation universelle, naturelle, civile et politique*, t. X (1778), art. PEINE (*Peine de mort*), p. 450-454. Brissot de Warville l'éditera dans le premier volume de sa *Bibliothèque philosophique du Législateur, du Politique et du Jurisconsulte*, Berlin et Paris, s. n., 1782-1786, 10 vol., in-8.

²¹ Lettre de De Felice du 7 décembre 1770, citée par J.-P. Perret, *Les imprimeries d'Yverdon au XVII^e et au XVIII^e siècle*, Genève, Paris, Slatkine, 1981, p. 205.

²² C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene, con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento*, a cura di Franco Venturi, Torino, Einaudi, 1994 (nouvelle édition).

Luigi Delia

mots : « nous éviterons toutes les critiques directes et toutes les disputes, mais nous exposerons les faits et les raisonnements, laissant au lecteur le soin de choisir, la liberté d'examiner et le droit de juger ». Or, aucun autre article ne venant compliquer la récusation de l'idéologie du gibet prononcée par le directeur de l'*Encyclopédie* d'Yverdon à travers la reproduction des thèses de Beccaria, on peut assigner à ce répertoire le statut d'ouvrage abolitionniste en matière de peine de mort²³.

La peine de mort dans le *Répertoire de jurisprudence* de Guyot

Le Répertoire universel et raisonné de jurisprudence de Guyot, au contraire, affiche une position clairement antiabolitionniste. Dans ce vaste dictionnaire spécialisé, qui est très technique dans la mesure où il n'offre pas seulement une synthèse légale, mais détaille généralement les textes, la question de la peine de mort est traitée au cours de l'article PEINE. Parue dans le tome 45, qui date de 1781, l'article PEINE est de la main de Philippe-Antoine Merlin. Ce juriste conservateur, qui deviendra Garde des Sceaux sous le Directoire en 1793, reconduit en alternative l'articulation Montesquieu-Beccaria proposée par l'*Encyclopédie* d'Yverdon. Après avoir fait l'éloge de la façon « judiciaire » par laquelle Montesquieu a envisagé la question du droit de vie et de mort, Merlin passe au crible la doctrine de Beccaria sur la peine de mort, n'hésitant pas à relever ses faiblesses et ses défauts²⁴ : l'auteur du livret *Des délits et*

²³ Le succinct article ASSASSINAT (t. III, p. 755) constitue néanmoins une curieuse exception. De Felice y tient un propos digne d'un tenant de la rigueur des peines. « L'assassinat, dit-il, est un crime si atroce, qu'on a pu très bien, sans aucune ombre d'injustice, infliger les plus grandes peines à ceux qui s'en sont rendus coupables du moindre degré, ou qui en ont seulement formé le dessein [...] ».

²⁴ « Rien de plus judicieux sans doute que cette application [celle de Montesquieu] de la Peine de mort. Cependant un auteur dont l'ouvrage a été loué à outrance, même par des gens de mérite, a essayé d'établir que quelque crime qu'eut commis un citoyen, il n'était ni utile ni nécessaire de

CORPUS, revue de philosophie

des peines n'aurait fait qu'étayer une « suite de raisonnements vicieux dans les principes, et absurdes dans les conséquences ».

Pour commencer, c'est l'argument contractualiste qui est déjoué. Celui-ci consiste notamment à dire que la peine de mort n'est pas déductible du pacte social : si la société est le résultat d'un accord stipulé par des individus qui renoncent à vivre dans l'état de nature et qui se donnent des lois pour se protéger réciproquement, alors il est inconcevable que ces mêmes individus aient mis également le droit à la vie à la disposition de leurs semblables. Personne n'aurait ainsi conféré à l'État la faculté d'infliger la mort. La fragilité de cet argument tient à ce qu'il est réversible, au point que Merlin fait précisément reposer la légitimité de la peine de mort en cas de crime de sang sur le contrat social fondateur. C'est parce que la souveraineté représente la volonté générale, qui est l'assemblage de toutes les volontés particulières, qu'il serait incompatible avec la perfection du contrat social que des individus aient pu se réserver une portion de leur liberté : « s'il restait quelques droits aux particuliers, écrit le juriste, comme il n'y aurait aucun juge commun qui pût prononcer entre eux et le public, l'état de nature subsisterait, et l'association deviendrait nécessairement illusoire » (*Répertoire de Guyot*, art. PEINE, t. VL, p. 334-335). Droit régalien s'il y en a et corollaire du pacte social, le droit de punir par la mort ne saurait être nié sans porter préjudice à l'autorité de la monarchie et sans mettre en danger la conservation du pacte lui-même²⁵.

Requise par la politique, la peine capitale est également un impératif moral. C'est une « puissante loi naturelle » à obliger l'homme « de s'occuper sans cesse des moyens de conserver sa vie ». En dépit des assertions de Beccaria, qui nient la nécessité comme l'utilité de cette sanction pénale, Merlin rétorque que la vie étant le plus grand de tous les biens, « la crainte de la perdre

le condamner à mort. Il a prétendu que la peine de mort n'était appuyée sur aucun droit [...] » (*Répertoire de Guyot*, art. PEINE, t. VL, p. 333).

²⁵ À la différence de la doctrine de Fichte, étudiée dans ce même volume par Norbert Campagna, Merlin endosse la thèse selon laquelle la peine de mort est nécessaire pour préserver le lien de la citoyenneté.

doit donc être la plus grande de toutes les craintes, et par conséquent le plus grand obstacle qui puisse empêcher un scélérat de commettre un crime qui entraîne la peine de mort ». Loin d'être une absurdité juridique, l'homicide judiciaire « est donc utile, dit l'auteur, [il] est donc nécessaire pour le maintien de l'ordre » (*Répertoire de Guyot*, art. PEINE, t. VL, p. 335).

En outre, pour avoir convoqué au soutien de sa doctrine l'autorité de l'impératrice de Russie, Elisabeth Petrovna, fille de Pierre le Grand, sous le règne de laquelle aucun criminel n'aurait été puni de mort, Beccaria est accusé d'avoir manqué une bonne occasion de se taire. Merlin observe que « si une pitié excessive a déterminé cette princesse à faire subir de moindres Peines aux grands criminels, elle n'a du moins abrogé la Peine de mort par aucune loi : aussi sous [cette impératrice] on punit de mort sans difficulté tous les criminels dignes de cette peine » (*Ibid.*, p. 336). On le voit, les avis de Beccaria et de Merlin sur la politique pénale de l'impératrice de Russie sont inconciliables. Qui a tort et qui a raison ? Ce qui est certain est qu'Elisabeth Petrovna a bien promulgué deux décrets en 1753 et en 1754 interdisant les exécutions capitales. Pourtant, comme l'a rappelé jadis Franco Venturi, « en réalité la peine de mort avait été remplacée par des peines très cruelles entraînant souvent la mort du condamné »²⁶.

Le dernier argument que Merlin emploie pour mettre à mal la doctrine de Beccaria est peut-être le plus insidieux. Il consiste à démentir l'affirmation de ce dernier selon laquelle « l'expérience de tous les siècles prouve que la peine de mort n'a jamais empêché les scélérats déterminés de nuire à la société ». Loin de croire sur parole Beccaria, Merlin cherche à prouver la thèse inverse, selon laquelle l'efficacité dissuasive de la peine de mort est un fait acquis. Pour ce faire, il questionne : « où sont les monuments qui établissent cette expérience ? Ne serait-il pas au contraire démontré, si l'on avait une confession exacte de tous les scélérats, que la crainte du dernier supplice a seule empêché

²⁶ Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, in *La letteratura italiana. Storia e testi*, Franco Venturi dir., vol. VLVI : *Illiministi italiani*, t. III : *Riformatori lombardi, piemontesi e toscani*, Milano-Napoli, Ricciardi, 1958, p. 74.

CORPUS, revue de philosophie

qu'ils ne commissent une infinité de crimes ? » (*Ibid.*, p. 336). Alors que d'après Beccaria la peine de mort est comparativement inefficace par rapport à d'autres sanctions en termes de dissuasion de crimes, Merlin considère, au contraire, qu'aucune autre peine que la mort n'est capable d'installer une crainte plus grande dans l'esprit des hommes. On remarquera que ni Merlin ni Beccaria n'appuient leurs arguments sur des bases empiriques. Beccaria s'appelle à une vague « expérience de tout le monde » ; Merlin, lui, se retranche derrière une improbable période hypothétique de l'impossibilité : « si l'on avait une confession exacte de tous les scélérats ». À défaut de données empiriques et statistiques, c'est impossible de statuer sur la fonction intimidante et sur la réelle efficacité dissuasive de la peine capitale. Rien ne permet en effet d'établir de manière incontestable si elle détourne ou pas les potentiels « scélérats » des crimes auxquels ils seraient inclinés. Il faudra attendre le XX^e siècle pour que des recherches sociologiques soient menées à propos de l'effet comparé sur la dissuasion du crime d'une peine de prison à vie et d'une exécution capitale²⁷.

Quoi qu'il en soit de ce dernier aspect, qui reste à l'état actuel problématique et sujet à discussions²⁸, la stratégie générale de Merlin est claire : en contrebalançant les raisons de Beccaria par

²⁷ La majorité des analyses menées portent sur le contexte social des États-Unis. Voir Thorsten Sellin, *The Death Penalty*, Philadelphia, American Law Institute, 1959 ; Hugo Adam Bedau, « Deterrence and Death Penalty : A Reconsideration », *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, 61, n° 4, 1970 ; Isaac Ehrlich, « The Deterrent Effect of Capital Punishment : A Question of Life and Death », *American Economic Review*, 65 (June 1975), p. 397-417 ; W. C. Bailey, R. D. Peterson, « Murder, Capital Punishment, and Deterrence : A Review of the Evidence and an Examination of Police Killings », *Journal of Social Studies* 50, n° 2 (1994). La question de l'efficacité dissuasive de la peine de mort est discutée dans l'ouvrage de Bertrand Guillaume, *Penser la peine*, Paris, PUF, 2003, p. 122-126.

²⁸ En 1996, les auteurs d'une célèbre synthèse des différentes études empiriques ayant affronté ce problème concluent qu'« il n'existe aucune preuve que la peine capitale soit plus efficace que l'incarcération pour dissuader du crime » (Victor E. Kappeler, Mark Blumberg, Gary W. Potter, *The Mythology of Crime and Criminal Justice*, Prospect Heights, Waveland, 1996, p. 325).

Luigi Delia

d'autres raisons clairement exposées, ce juriste veut montrer que la ligne argumentative du philosophe milanais est parfaitement réversible et nullement apodictique. Remplie de paralogismes, d'illusions, d'imprécisions et parfois de « paradoxes insoutenables », la philosophie de Beccaria serait non seulement mensongère mais dangereuse : en faisant l'apologie d'un laxisme pénal en faveur des criminels, elle minerait l'ordre établi. Le verdict qu'il rend est donc sans appel : « le marquis de Beccaria [...] se flatte d'avoir plaidé et gagné la cause de l'humanité. Mais on peut lui dire avec plus de vérité, qu'il a plaidé la cause de la scélératesse, et heureusement il l'a perdu » (*Ibid.*, p. 336).

La peine de mort dans l'*Encyclopédie méthodique*

L'*Encyclopédie d'Yverdon* et le *Répertoire* de Guyot défendent deux positions opposées en matière de droit de punir par la mort. L'encyclopédisme reflète en cela les polémiques autour de la justice pénale qui secouent l'espace public à l'aube de la révolution. Pour compléter notre tableau, reste à élucider le traitement que le dictionnaire de jurisprudence de l'*Encyclopédie Méthodique* réserve à la peine capitale. Dirigé par une « société de jurisconsultes », ce dictionnaire spécialisé se compose de huit volumes parus entre 1782 et 1789. Empruntant à plusieurs sources contemporaines (Montesquieu, l'*Encyclopédie*, Beccaria, le *Répertoire* de Guyot, Vermeil et Gavoty de Berthe), les rédacteurs offrent une synthèse des conceptions pénales les plus actuelles et mettent « en texte deux cultures juridiques qui se rencontrent et discutent »²⁹. La question de la légitimité et de l'utilité du châtement suprême est abordée à deux reprises. Une première fois dans le couple d'articles ASSASSIN (*Droit naturel et criminel*)/ASSASSINAT (*Jurisprudence criminelle*) et, une deuxième fois, dans la rubrique PEINE DE MORT. Dans les deux cas, bien que les raisons des pénalistes

²⁹ Françoise Briegel, « Asservir les jugements à la lettre, c'est en bannir la justice ». *La jurisprudence de l'Encyclopédie méthodique*, in *L'Encyclopédie méthodique. Des Lumières au positivisme*, Claude Blankaert et Michel Porret dir., Genève, Droz, 2006, p. 311-339.

CORPUS, revue de philosophie

conservateurs ne soient pas passées sous silence, une place privilégiée est ménagée à la position des réformateurs. Alors que l'article ASSASSIN reproduit la conception lockéenne selon laquelle le malfaiteur qui viole la sécurité de l'innocent se met au ban de la nature humaine et s'expose à être éliminé « comme une bête féroce »³⁰, l'article ASSASSINAT, lui, dit tout le contraire. Reproduisant l'article homonyme et anonyme des *Suppléments à l'Encyclopédie* (t. I [1776], p. 654a), il prône l'abolition de la peine de mort. Voici le dernier argument qui est avancé :

[...] en dérobant l'assassin à la peine de mort, nous ne prétendons pas le soustraire au supplice. Qu'on ne s'y trompe pas, la mort n'en est pas un ; et c'est précisément pour le livrer à la peine, à la douleur, à l'infamie, à un travail dur et utile à la société, que nous voudrions l'arracher à la mort. Un pendu, un roué ne sont bons à rien. Il serait pourtant à désirer que les souffrances et les tourments de ceux qui ont nui à la société, fussent bons à quelque chose. C'est la seule manière de dédommager cette société, dont ils ont troublé l'ordre, et trahi les intérêts. Or, voilà ce qu'on ne peut faire qu'en les laissant vivre. Leur supplice devenu utile, ne sera même que plus grand ; l'impression journalière qu'il fera sur les âmes, n'en acquerra que plus de force ; et les effets qui en résulteront ne seront que plus sûrs et plus durables (*Encyclopédie Méthodique [Jurisprudence]*, art. ASSASSINAT [*jurisprudence criminelle*], t. I [1782], p. 494-495).

Ce discours fait écho au réformisme pénal de Beccaria, qui considère qu'il vaut mieux condamner le coupable d'un crime grave à l'esclavage perpétuel plutôt que de le faire mourir. Il y a deux raisons à cela : d'une part, les travaux forcés à perpétuité offrent un spectacle continu, ce qui fait que l'effet de la peine sur le public est plus intimidant ; d'autre part, ces mêmes travaux procurent un bénéfice matériel à la société. On remarquera que l'encyclopédiste de la *Méthodique* non seulement place explicitement

³⁰ *Encyclopédie Méthodique [Jurisprudence]*, art. ASSASSIN, t. I, p. 492a. Cf. Locke, *Traité du gouvernement civil*, éd. et trad. fr. par Jean-Fabien Spitz, Paris, PUF, 1994, chap. II, § 11, p. 9-10.

ces réflexions sous le signe de Beccaria, mais il en radicalise la pensée : « tel est le langage que la douceur et l'humanité ont inspiré [...] au marquis de Beccaria, qui dans un écrit plein de feu et d'enthousiasme, a soutenu que l'homme n'avait dans aucun cas le pouvoir d'ôter la vie, même judiciairement, à son semblable » (*Ibid.*, p 494a).

Or, cette dernière affirmation est loin d'être évidente et appelle des remarques. D'une part, Beccaria semble admettre deux dérogations au principe abolitionniste : la première, « quand même privé de liberté, [le condamné] a encore de telles relations et une telle puissance qu'il intéresse la sûreté de la nation [...] son existence peut provoquer une dangereuse révolution dans la forme de gouvernement établie » ; la deuxième, quand « sa mort ne soit le seul véritable frein pour détourner les autres de commettre des délits »³¹. De fait, la question de l'« abolitionnisme relatif » de Beccaria pose problème et demeure l'objet d'un conflit d'interprétations³². D'autre part, l'auteur prête à Beccaria des propos humanitaires alors que c'est précisément sur cette question des peines alternatives au dernier supplice que le philosophe milanais semble antéposer le souci d'efficacité à tout principe humaniste. Cet aspect a été relevé par Diderot :

[...] j'observe qu'il [Beccaria] renonce, et avec raison, à son principe de douceur et d'humanité envers le criminel. « Dans les chaînes, sous les coups, dans les barreaux de fer, le désespoir ne termine pas ses maux, mais il les commence ». Ce tableau est plus effrayant que celui de la roue, et le supplice qu'il présente est en effet plus cruel que la plus

³¹ Beccaria, *Des délits et des peines*, § XXVII (*De la peine de mort*), trad. fr. Philippe Audegean, Lyon, ENS Éditions, 2009, p. 231. Rousseau tient un propos similaire, voir *Du contrat social* (1762), V, 2, in *Œuvres complètes*, vol. III, Paris, Gallimard, 1964, p. 376 : « [...] quand on fait mourir le coupable, c'est moins comme Citoyen que comme ennemi ». Sur cet aspect, voir dans ce volume l'article de Guillaume Coqui.

³² Philippe Audegean a retracé l'état de la question dans une note de son édition bilingue du livret de Beccaria : *Des délits et des peines*, op. cit., note 196, p. 366-367.

CORPUS, revue de philosophie

cruelle mort. Mais parce qu'» il donne des exemples fréquents et durables », son efficacité le rend préférable au dernier supplice, qui ne dure qu'un instant, et sur lequel les criminels déterminés prennent trop souvent leur parti [...]. Un dur et cruel esclavage est donc préférable à la peine de mort, uniquement parce que la peine en est plus efficace [...]»³³.

Quoi qu'il en soit de l'admissibilité de la peine de mort dans des cas exceptionnels et de la difficulté de concilier humanisme et utilitarisme dans l'approche de Beccaria, il importe de souligner que l'encyclopédiste de la *Méthodique* associe le nom du marquis milanais au refus radical de cette peine comme instrument ordinaire de politique criminelle. En outre, c'est en se revendiquant de Beccaria que ce même auteur s'insurge contre la dureté du système pénal de la France prérévolutionnaire et réclame une justice modérée : « Notre code pénal est certainement d'une rigueur excessive, et il est réservé à Louis XVI, qui dès les premières années de son règne, a ordonné l'abolition de la torture, et de la peine de mort contre les déserteurs, de réformer l'injustice et la barbarie de nos lois criminelles »³⁴.

La même exigence d'alléger les peines et de rationaliser le droit de punir est avancée au terme du substantiel article PEINE DE MORT. Paru en 1786, dans le tome sixième du *Dictionnaire de Jurisprudence de la Méthodique*, non signé, cet article constitue une dissertation en trois parties sur le sujet qui nous occupe. Dans un premier temps, la parole est donnée à Beccaria, dont le chapitre sur la peine de mort est, une fois de plus, reproduit *in extenso*. Suit un deuxième exposé, qui regroupe les raisons des partisans du dernier supplice. L'apologie de la justice d'élimination s'appuie sur les arguments allégués par Merlin dans le *Répertoire*

³³ Diderot, *Notes sur le Traité des délits et des peines*, in C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene, con una raccolta di lettere e documenti...* a cura di Franco Venturi, *op. cit.*, p. 403-404.

³⁴ *Encyclopédie Méthodique [Jurisprudence]*, art. ASSASSINAT, t. I, p. 495a.

Luigi Delia

de jurisprudence de Guyot, ainsi que sur les propos de Vermeil³⁵. La conception de l'auteur de l'*Essai sur les réformes à faire dans la législation criminelle* est résumée comme ceci :

[...] c'est la peine du talion, celle qui touche de plus près aux premiers principes de l'équité naturelle. Si, à la perte d'un citoyen, elle ajoute la mort d'un autre, cette mort doit paraître utile ; elle délivre la société d'un homme pervers qui ne doit plus lui appartenir, puisqu'il a rompu le lien des conventions sociales. Le supplice de cet assassin prévient d'ailleurs de nouveaux crimes, qu'il aurait pu commettre, et son châtement devient un exemple important pour la perversité (*Encyclopédie Méthodique [Jurisprudence]*, art. PEINE DE MORT, t. VI [1786], p. 552b).

Tout en alignant les raisons pour et les raisons contre la peine de mort, la démarche de l'auteur de l'article PEINE DE MORT ne débouche pas sur une suspension sceptique du jugement. Bien au contraire, sa stratégie argumentative cherche à accréditer l'idée que l'on n'a pu concéder à personne le droit de vie et de mort. Pour ce faire, l'auteur reprend les raisons abolitionnistes contenues dans l'ouvrage contemporain *De l'état naturel des peuples*³⁶. Toute la dernière section de l'article PEINE DE MORT est tirée du tome II, section 2, chapitres 1-6 de cet ouvrage de Jean-François Gavoty de Berthe, négociant à Toulon³⁷. Dépourvu de l'éloquence pressante qui caractérise la prose de Beccaria, le discours que l'encyclopédiste emprunte à Gavoty ne développe pas moins une

³⁵ François-Michel Vermeil (1730-1810), avocat, il est l'auteur des *Considérations sur les réformes à faire dans notre jurisprudence criminelle* (1781). Il est l'un des contributeurs de la *Méthodique*.

³⁶ ou *Essai sur les points les plus importants de la société civile, et de la société générale des nations*, Paris, 1786, chez la veuve Hérissant, 3 vol. in octavo.

³⁷ Cet essai ne figure pas parmi les *best seller* de la littérature des Lumières et ne semble pas avoir retenu l'attention de la littérature critique. Le catalogue de la BNF indique qu'il existe une attribution de cet ouvrage au baron d'Holbach.

CORPUS, revue de philosophie

riche argumentation. Il faudra se limiter ici à l'évocation de quelques passages parmi les plus marquants.

Il est fait observer, tout d'abord, qu'il existe une « ressemblance exacte » entre l'autorité paternelle et celle souveraine (*Encyclopédie Méthodique [Jurisprudence]*, art. PEINE DE MORT, t. VI [1786], p. 526a). Dans la mesure où le père ne détient pas le pouvoir de vie et de mort sur ses enfants, le roi non plus ne devrait disposer de ce droit sur les membres de la société qu'il régit. Cet argument, qui repose sur l'analogie, en précède un deuxième, qui dénonce l'inefficacité de la peine de mort à combattre le crime et à défendre la société. Après avoir suggéré que les peuples « encore voisins de l'état de nature, faisaient un grand cas de la vie des hommes, et ne se croyaient pas permis de verser, de propos délibéré, le sang humain », l'encyclopédiste questionne avec un accent polémique : « Qu'a-t-on gagné depuis avec les roues, les gibets, les tortures ? Les prisons ne désemplissent pas, et les exécutions sanglantes se renouvellent tous les jours. La condition des hommes réunis dans les sociétés politiques n'est pas devenue meilleure » (*Ibid.*, p. 527ab). Et l'auteur de mettre en avant le caractère criminogène de la justice éliminatrice qui habitue les hommes à la violence : « Il semble que plus on a versé le sang des coupables, plus on leur a appris que le sang humain pouvait être versé » (*Ibid.*, p. 527b). Par ailleurs, la peine de mort n'en est pas moins « diamétralement contraire à l'esprit du divin législateur, qui [souhaite] la conservation de ses créatures, et leur correction ». Cet argument théologique est intimement lié à une réflexion utilitaire : « Détruire le meurtrier, c'est offenser doublement la nature, c'est faire périr deux hommes à la fois ; et pour conserver les membres de la société, on en multiplie la perte » (*Ibid.*).

De façon générale, Gavoty considère que la peine de mort devrait être exclue du *ius puniendi*, contraire comme elle est « aux trois fins que l'on se propose dans la punition des coupables » : la « correction du coupable », « l'avantage de celui qui avait intérêt que le crime ne fut pas commis », « l'utilité de tous généralement » (*Ibid.*, p. 528ab). Quant à la question s'il existe des alternatives à la justice qui tue, il assure qu'« il est mille autres moyens de se garantir de toute récidive de la part d'un assassin, sans lui ôter

Luigi Delia

la vie [...] ». Par exemple, « en l'enfermant dans une prison », ou « en l'envoyant dans quelque lieu éloigné », « ou enfin en lui apprenant à devenir sage par l'expérience du mal qu'on lui fait souffrir » (*Ibid.*, p. 430a).

Or, il ne fait pas de doute que c'est derrière les positions de Gavoty qu'il convient d'entendre la voix du rédacteur de l'article PEINE DE MORT de la *Méthodique* : « on ne peut disconvenir, écrit-il, que [ces raisons] sont puisées dans la nature de la chose, dans le bon sens et dans la loi de nature » (*Ibid.*, p. 430b). En vue d'exercer une réelle incidence sur les dynamiques politiques contemporaines, l'encyclopédiste lance un appel pour que la voix de la philosophie parvienne jusqu'au trône :

Puissent les souverains, les législateurs et les magistrats, méditer des vérités aussi importantes pour le bonheur des peuples confiés à leur soins, et hâter une réforme des codes criminels, qui doivent être l'ouvrage d'un siècle aussi éclairé que le nôtre ! (*Ibid.*)

Cet appel ne restera pas entièrement inécouté. Certes, le *Code pénal* de 1791 autorise l'élimination physique comme peine, mais « sans qu'il puisse jamais être exercé aucune torture envers les condamnés » (I, 1, 2). Après quelques hésitations sur les modalités, l'Assemblée se prononce pour la décapitation : « Tout condamné à mort aura la tête tranchée » (I, 1, 3). L'entrée en scène de la guillotine³⁸ était ainsi préparée. Machine judiciaire qui fait mourir sans faire souffrir, la louisette constitue, malgré tout, un progrès juridique. Capable d'égaliser la situation ultime des condamnés, de restreindre au minimum de temps la durée de l'acte fatal et de contribuer au processus de sécularisation du régime pénal par une désacralisation de la mise à mort, elle procède du réformisme des Lumières³⁹.

³⁸ Sur la guillotine, voir Daniel Arasse, *La guillotine et l'imaginaire de la Terreur*, Paris, Flammarion, 1987 ; Antonio Castronuovo, *La vedova allegra. Storia della ghigliottina*, Roma, Nuovi equilibri, 2009 ; Pascal Bastien, *Une histoire de la peine de mort*, Paris, Seuil, 2011, p. 267-301.

³⁹ Voir dans ce collectif l'article de Jean Bart.

CORPUS, revue de philosophie

Les grands répertoires encyclopédiques de la deuxième moitié du XVIII^e siècle ne répondent pas de manière univoque à la double question que j'ai posée au début de cet exposé. Les encyclopédies dont il a été question, celles de De Felice, Guyot et Panckoucke, s'avèrent tout à la fois des lieux de débat, des vecteurs culturels et des œuvres de combat politique au service d'idéologies discordantes. Mais au-delà de ces divergences, reste que la culture juridique des Lumières, véhiculée par les encyclopédies, entérine la thèse que nous avons posée à la base de ce volume collectif : le siècle de Montesquieu et de Beccaria, de Giuseppe Pelli et de Gavoty de Berthe, marque un clivage dans l'histoire millénaire de la peine de mort et signe le début de la fin d'une évidence.

**Luigi DELIA
IEA-Collegium de Lyon
Université de Bourgogne**

SADE ET LA PEINE DE MORT

Il est dans les études sadiennes un lieu commun dont nul, ou presque, ne songe à questionner la pertinence : c'est celui de l'hostilité de l'écrivain à la peine capitale. Il règne à cet égard chez les commentateurs un tel unanimité, une telle abdication du sens critique, qu'il faut sans doute soupçonner là l'existence de quelque mythe fondateur, d'une de ces vérités trop commodes pour qu'on songe à les mettre en cause. Quel est l'enjeu de l'abolitionnisme supposé de Sade ? Tout simplement celui de le réintroduire dans le champ de la respectabilité en le ramenant à notre mesure de modernes, si soucieuse d'universalité, où la révolte a toujours raison pourvu qu'elle nous ressemble un peu et fleurisse sur les grands idéaux, qu'elle laisse les choses bien en place et se résorbe *in fine* dans le conformisme de masse. À Sade on passera donc toutes ces fougades pour peu qu'il ait, une fois au moins, bien pensé. Car on sait bien qu'il sera possible à partir de cette seule brèche dans sa cuirasse d'étrangeté de le rappeler, non pas à l'ordre, mais à l'ordinaire, au proche, au commun, qui rendent consommable. C'est parce qu'à la fascination de l'interdit s'est jointe pour nous le sentiment de son humanité, laquelle nous mesurons à la conformité de ses idées supposées aux nôtres, que Sade est devenu fréquentable ; c'est parce qu'à tous ceux qui évoquent ses actes criminels ou ses écrits infâmes pour se pincer le nez nous pouvons asséner bien haut qu'il fut « le premier écrivain français à s'insurger contre la peine de mort » (Maurice Lever¹) que nous pouvons jouir innocemment de sa lecture ; c'est

¹ Maurice Lever, *Donatien Alphonse François, marquis de Sade*, Paris, Fayard, 1990, p. 456. Voir aussi p. 503.

CORPUS, revue de philosophie

parce qu'il a été lavé de son scandale à l'eau lustrale du progressisme, que le divin marquis se trouve pour la première fois du bon côté de la pensée.

Si l'on peut donc aujourd'hui présenter le plus sérieusement du monde Sade comme un « infatigable humaniste »² ou, pire encore, comme un défenseur incompris de la vertu³, c'est parce que la critique a malheureusement pendant trop longtemps préféré reprendre en chœur la légende dorée forgée par Gilbert Lely sur la conduite de l'écrivain au cours de la Terreur, plutôt que de l'examiner sérieusement. Il est vrai que l'histoire était belle : on y découvrirait un Sade magnanime et héroïque, un Sade horrifié par les flots de sang d'une Révolution exécrée, mettant à profit sa position de président de la section des Piques pour sauver jusqu'à ses pires ennemis, les Montreuil, qu'il avait toujours jugés responsables de ses malheurs⁴. Sous la plume du poète la guillotine faisait

² Jacques Zimmer, *Sade et le cinéma*, Paris, La Musardine, 2010, p. 21. Si l'auteur multiplie les approximations vis-à-vis du marquis et de son œuvre, l'insistance avec laquelle il fait de celui-ci un adversaire « acharné » (p. 21, p. 70), « convaincu » (p. 62), de la peine de mort n'en est que plus révélatrice de la tendance de notre époque à fonder son rapport à Sade sur l'abolitionnisme qu'elle lui prête.

³ C'est le sens du récent ouvrage de Jean-Baptiste Jeangène Vilmer *Sade Moraliste*, Genève, Droz, 2005.

⁴ « 2 août 1793. Les séances de l'assemblée des Piques sont devenues si orageuses que le président Sade est "abîmé, rendu", et qu'il crache le sang. Aujourd'hui, après avoir été obligé de se couvrir deux fois, il passe le fauteuil au vice-président ; on voulait lui faire mettre aux voix "une horreur, une inhumanité" : "Je n'ai jamais voulu. Dieu merci, m'en voilà quitte !" Mandant le lendemain cette nouvelle à Gaufridy, M. de Sade lui apprend également qu'il a fait inscrire les Montreuil sur une liste épuratoire : "Si j'avais dit un mot, ils étaient malmenés. Je me suis tu : voilà comme je me venge." Il est hors de doute que Sade a dû mettre à profit son autorité de président pour intervenir, chaque fois qu'il le pouvait, en faveur de ses ressortissants, victimes de la délation. Et il n'est pas moins sûr qu'une telle attitude, illustrée par le fait précis que nous venons de mentionner, a suscité contre lui la haine de ses collègues, dont le rôle n'est guère douteux dans son arrestation du 8 décembre suivant. », Gilbert Lely, *Vie du Marquis de Sade*, Paris, Garnier, 1982, p. 480. Voir aussi une lettre de Sade citée p. 509 : « Ma détention nationale, la guillotine sous les

ainsi figure de révélateur d'une bonté d'âme jusqu'alors occultée, dissolvant la silhouette du grand seigneur méchant homme pour lui substituer celle du chantre d'une humanité plus haute. C'est le grand mérite d'un Jean-Jacques Pauvert d'avoir fait justice de cette version des choses, sans doute trop flatteuse pour être honnête, en montrant les présupposés fragiles et les aveuglements consentis, restituant au marquis sa part d'ombres et d'incertitudes⁵. Que Sade se soit positionné contre la peine de mort aussi fermement qu'on veut bien le dire, cela n'a rien d'évident. S'il est certain qu'il s'y est trouvé confronté plus qu'aucun autre en son temps, puisque non content d'avoir dû statuer sur le sort d'autrui, il frôla lui-même l'échafaud à deux reprises⁶, le fond de sa conduite comme de sa pensée nous échappe. Il tombe sous le sens qu'il ne pouvait que nier à la société le droit de lui ôter la vie, il est beaucoup moins sûr qu'il lui ait refusé ce même droit sur celle des autres ; car quand Sade pense, c'est pour lui-même bien plus

yeux, m'a fait cent fois plus de mal que ne m'en avaient fait toutes les bastilles imaginables. »

- ⁵ Jean-Jacques Pauvert, *Sade vivant*, Paris, Robert Laffont, 1986-1990, 3 vol., t. 3, p. 73. L'auteur rappelle que les seules pièces dont nous disposons dans ce dossier tiennent à deux lettres de Sade, dont les affirmations sont sujettes à caution dans la mesure où il n'est pas toujours un épistolier fiable, qu'il écrit de plus à son notaire Gaufridy, monarchiste convaincu, et que son propos comporte des inexactitudes. Il précise que c'est en outre l'intérêt de Sade de protéger sa belle-famille, aussi bien d'un point de vue financier, les Montreuil assumant la charge de l'entretien de sa femme et de ses enfants, que du point de vue de sa propre sécurité, puisqu'on remonterait rapidement d'eux à lui s'ils étaient suspectés. Enfin, et surtout, il conteste absolument que Sade ait pu occuper la position qu'il occupe alors sans jouer le jeu de la Terreur et contribuer à épurer sa section de nombreux suspects.
- ⁶ Une première fois dans le cadre de l'affaire de Marseille de 1772, mais une fuite rapide vers l'Italie l'avait alors mis à l'abri d'une justice royale qui l'avait tout de même fait exécuter en effigie ; une seconde sous la Terreur, où, destiné à prendre place dans l'ultime charrette des condamnés, celle du 27 juillet 1794, il n'échappa au couperet de la guillotine que par un concours de circonstances proprement miraculeux.

CORPUS, revue de philosophie

que pour autrui⁷. La vérité de son être, sa conviction sur la question, si elle a jamais existé, s'est ainsi dérobée avec le temps, dans l'oubli de ses faits et gestes, ne laissant pour vestige que l'ambiguïté des écrits. C'est eux, plus que la vie de l'écrivain, que nous nous proposons donc d'interroger, y cherchant moins la vérité définitive d'une pensée que la restitution de sa distance, de son mouvement. Car s'il est douteux que Sade ait jamais eu de position arrêtée sur la question de la peine capitale, il est clair au moins que celle-ci l'a passionné et qu'il s'est montré soucieux d'en sonder les profondeurs. C'est cette fascination que nous nous proposons d'explorer ici.

*

Contemporaine dans son élaboration de la polémique ouverte par la publication des *Délits et des peines* de Beccaria (1764), des débats à l'assemblée sur l'abolition de la peine de mort et du cataclysme révolutionnaire qui installe la guillotine sur le devant de la scène, l'œuvre sadienne voit le jour dans un contexte où la peine capitale concentre d'innombrables interrogations sur sa légitimité et son utilité. Nourrie par la lecture des philosophes (Voltaire, Rousseau, Beccaria, mais aussi le Dèmeunier de *L'Esprit des usages et des coutumes des différents peuples de la terre*, auteur d'un long chapitre sur les supplices), marquée par le souvenir des grandes exécutions du siècle (celle de Damiens en 1757, de La Barre en 1765), elle ne cesse de revenir sur une question qui la fascine et qu'elle aborde diversement, suivant les œuvres et les situations, passant d'un même élan du discours réformateur qui dénonce une pratique barbare à l'apologie libertine des supplices les plus atroces, à tel point qu'il semble impossible de dégager une position cohérente de l'écrivain à partir d'écrits aussi contradictoires.

De toute évidence, Sade a pris connaissance très tôt des idées de Beccaria⁸, dont le caractère novateur ne pouvait que

⁷ Pauvert, *Op. cit.*, p. 12.

⁸ *Des délits et des peines* est mentionné dans les catalogues de livres de la bibliothèque du château de La Coste de 1769 et 1778, et Sade semble avoir désiré le relire alors qu'il se trouvait à la Bastille, comme en témoigne

l'intéresser, et c'est à un stade très précoce de sa carrière d'écrivain que son œuvre porte la trace de cet intérêt. Dès le *Voyage d'Italie*, en effet, l'on trouve sous sa plume un propos abolitionniste, lors d'un éloge du prince de Florence, qu'il loue d'avoir aboli la peine capitale⁹. Il faut cependant attendre une dizaine d'années avant que le discours ne prenne de l'ampleur et se trouve pleinement développé dans *Aline et Valcour*¹⁰, lors de l'épisode utopique de Tamoé. Figure du monarque idéal, le vénérable Zamé détaille auprès de son visiteur français, Sainville, les sages lois qu'il a mises en place sur son île et se livre dans ce cadre à un véritable réquisitoire contre une peine qu'il juge illégitime, absurde et inutile. S'inscrivant en faux contre les idées de Rousseau, qui justifie la peine de mort dans son *Contrat social* en en faisant un implicite

une lettre de 1787. Par ailleurs, indépendamment de la question de la peine de mort, de nombreux passages de l'œuvre sadienne entrent en résonance avec certains développements du réformateur italien (satire des magistrats, raisonnement du criminel, etc.).

⁹ « Ce prince, aussi philosophe que doux et humain, connaissant le prix de la vie des hommes, a senti que le crime ne se détruisait pas avec le malheureux qui l'a commis, et que l'exemple d'une infamie, qui cependant le conserve à l'État, était plus fait pour ramener à la vertu celui que son penchant porte à s'en écarter, que le spectacle d'une mort inutile, qui ne produisant que le désespoir, ne fait souvent rechercher qu'avec plus de soin les moyens de l'impunité », Sade, *Voyage d'Italie*, éd. Maurice Lever, Paris, Fayard, 1995, p. 76.

¹⁰ Mentionnons, pour être complet, un texte de la même époque, *Le président mystifié*, où l'on trouve également une dénonciation de la peine de mort. Dans cette violente satire de la magistrature aixoise, laquelle, rappelons-le, avait fait condamner Sade, le noble d'Olincourt fustige la bêtise et la cruauté du détestable président Fontanis, promoteur enragé de la sévérité des peines. La présence d'un tel morceau dans ce plaidoyer *pro domo* nous semble cependant moins à interpréter comme l'expression d'une conviction profonde de l'écrivain qu'à inscrire dans le cadre d'une stratégie rhétorique jouant sur les effets de contraste. L'humanité des positions de D'Olincourt, l'*éthos* avantageux qui s'en dégage, servent en effet surtout à jeter le discrédit sur la figure du président, représentant caricatural d'une corporation présentée comme peuplée d'imbéciles fanatiques et obscurantistes.

CORPUS, revue de philosophie

du pacte fondateur de toute société, ou des juristes qui la fondent sur l'autorité transcendante de Dieu ou de la nature, le souverain éclairé s'emporte contre « la plus affreuse » de toutes les lois :

Sans examiner ici s'il est vrai que l'homme ait le droit de mort sur ses semblables, sans m'attacher à vous faire voir qu'il est impossible qu'il ait reçu ce droit ni de Dieu, ni de la nature, ni de la première assemblée où les lois s'érigèrent et dans laquelle l'homme consentit à sacrifier une portion de sa liberté pour conserver l'autre ; sans entrer, dis-je, dans tous ces détails déjà présentés par tant de bons esprits, de manière à convaincre de l'injustice et de l'atrocité de cette loi [...]»¹¹.

Si le raisonnement philosophique cède ici le pas face à l'emportement d'une rhétorique de l'indignation, les arguments légitimant la peine de mort se trouvant davantage niés que proprement réfutés, le sens du propos est en revanche on ne peut plus clair. La peine de mort est parfaitement illégitime parce qu'elle va à l'encontre et du droit et de l'humanité. Elle ne peut se fonder en droit, quelle que soit l'origine de celui-ci, parce qu'elle est aussi bien incompatible avec l'infinie bonté de Dieu, qui est ailleurs selon Zamé le seul dépositaire de la vie et de la liberté des hommes¹², qu'avec la douceur d'une nature pacifiée, semblant devoir bannir toute forme de violence¹³, ou le consentement de l'individu nécessaire à tout pacte social. Au-delà de ces considérations

¹¹ Sade, *Aline et Valcour* in *Œuvres*, éd. Michel Delon, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 3 Vol., 1990-1998, t. 1, p. 666-667. Toutes nos citations renverront à cette édition.

¹² « La liberté et la vie sont les deux seuls présents que l'homme ait reçus du Ciel, les deux seuls présents qui puissent balancer tous ses maux ; or, comme il ne les doit qu'à Dieu seul, Dieu seul a le droit de les lui ravir », *Ibid.*, p. 663.

¹³ « Tuez-les encore moins, parce que le sang ne répare rien, parce qu'au lieu d'un crime commis en voilà tout d'un coup deux, et qu'il est impossible que ce qui offense la nature puisse jamais lui servir de réparation », *Ibid.*, p. 678.

juridiques, c'est sa seule atrocité qui devrait la faire exclure sans autre forme de procès. Le législateur de Tamoé ne cesse ainsi de fustiger auprès de son interlocuteur européen la cruauté des châtements en vigueur dans le vieux monde : évoquant le voyage qu'il a fait en France autrefois, il se souvient que la « rigueur des peines [...] est une des choses qui [l]'a le plus révolté dans [les] gouvernements européens »¹⁴. Il ne garde pas toujours la même mesure, et n'hésite pas à comparer un peu plus loin les juges parisiens à des « bouchers de chair humaine »¹⁵, propos sur lequel Sade surenchérit lui-même en note, traitant les juristes français d'« hommes de sang, se disputant seulement sur la manière d'égorger leurs semblables »¹⁶.

La violence du propos, l'emballement rhétorique qui l'affecte, doivent cependant plutôt susciter la suspicion du lecteur averti que la croyance naïve suivant laquelle Sade exprimerait ici le fond de ses idées. Ils sont bien davantage la marque du travail de sa pensée, cette « façon de pensée » si particulière qui mine les énoncés de l'intérieur pour les infléchir dans des directions inattendues, que l'expression d'une authentique conviction de l'auteur. En Zamé coïncident en fait deux voix, celle de la surface, dépositaire d'une *doxa* abolitionniste, sur laquelle vient progressivement se greffer une seconde, écho pervers venu des profondeurs, qui va la tordre et la parasiter jusqu'à lui donner son intonation sadienne. L'assimilation par Zamé de la peine de mort à un véritable meurtre légal est une bonne illustration de ce détournement du discours beccarien, puisque l'idée originale provient des *Délits et des peines*¹⁷, mais se trouve réinterprétée par Sade, qui lui donne une portée bien différente de celle initialement prévue par le philosophe italien. Sous la plume

¹⁴ *Ibid.*, p. 662.

¹⁵ *Ibid.*, p. 642.

¹⁶ *Ibid.*, p. 663.

¹⁷ Beccaria, *Des délits et des peines*, éd. Philippe Audegean, Lyon, ENS Éditions, 2009, p. 239 : « L'assassinat, qui nous est prêché comme un terrible forfait, nous le voyons pourtant pratiqué sans répugnance et sans fureur ».

CORPUS, revue de philosophie

du marquis, l'essentiel du propos, son sens profond, n'est plus à chercher dans le discrédit qui doit frapper une peine trop cruelle, mais bien plutôt dans la possibilité offerte au discours de dévier vers une anthropologie pessimiste, où la peine de mort vient révéler le fond archaïque de l'homme soi-disant civilisé. L'europpéen qui condamne froidement son semblable à la mort sur l'échafaud s'y retrouve ramené aux lisières où l'humanité cède le pas à l'animalité féroce et pulsionnelle ; il ne se distingue plus du primitif, qu'il s'agisse du sauvage cannibale¹⁸ ou du barbare des temps anciens. Aux yeux du sage de Tamoé, les mœurs judiciaires des Français d'aujourd'hui ne sont pas sans rappeler ceux des Celtes d'autrefois, qui « justifiaient leur affreuse coutume d'immoler des victimes humaines, en disant que les dieux ne pouvaient être apaisés à moins qu'on ne rachetât la vie d'un homme par celle d'un autre »¹⁹. Selon lui, deux mille ans d'histoire n'ont su faire progresser la pensée qui sous-tend la loi : « n'est-ce pas le même raisonnement qui vous fait égorger chaque jour des victimes aux pieds des autels de Thémis ? et lorsque vous punissez de mort un meurtrier, n'est-ce pas positivement, comme ces barbares, racheter la vie d'un homme par celle d'un autre ? »²⁰ Dans la généalogie qui en est proposée, la peine de mort ne s'est maintenue à travers les âges que par le poids de l'habitude et le goût de l'homme pour la cruauté²¹ ; loin d'avoir amélioré celui-ci, la civilisation n'a fait que

¹⁸ Voir ce qu'écrivit Sade à propos de l'inventeur de la guillotine : « Plus féroce que des cannibales, un d'eux a osé offrir une machine infernale pour trancher des têtes et plus vite et plus cruellement », *Aline et Valcour*, p. 663.

¹⁹ *Ibid.*, p. 663.

²⁰ *Ibid.*, p. 663.

²¹ « [O]n n'immola plus que des criminels, toujours dans l'absurde supposition que rien n'était plus cher que le sang de l'homme aux autels de la divinité ; en achevant votre civilisation, le motif changea, mais vous conservâtes l'habitude : ce ne fut plus à des dieux altérés de sang humain que vous sacrifiâtes des victimes, mais à des lois que vous avez qualifiées de sages, parce que vous y trouviez un motif spécieux pour vous livrer à vos anciennes coutumes, et l'apparence d'une justice qui n'était autre dans le

développer sa fausseté et recouvrir son fond de cruauté d'un vernis légal.

Le problème de l'efficacité sociale de la peine de mort offre un autre exemple de parasitage du discours abolitionniste. Toujours dans la lignée de Beccaria, Zamé dénie en effet à la peine capitale toute légitimation *a posteriori* par une quelconque utilité publique, objet premier de la loi telle qu'il la conçoit. Au lieu de corriger ou de guérir, celle-ci se borne à retrancher de la communauté un individu qu'il aurait fallu s'attacher à rendre utile²², tandis que l'effet dissuasif du supplice, si souvent invoqué par ses défenseurs, se trouve contesté à plusieurs reprises²³. Le propos dérape alors quelque peu pour se faire le prétexte à l'introduction de thématiques chères à l'écrivain, comme celle du criminel qui n'enfreint la loi que par pur plaisir de la transgression²⁴, ou le support d'obsessions sadiennes. C'est le cas notamment lorsqu'un Zamé soucieux d'étayer ses affirmations en vient à proposer une parodie de calcul utilitariste, qui ne prouve évidemment rien sinon le goût de Sade pour le gigantisme chiffrial (les chiffres avancés sont parfaitement

fond que le désir de conserver des usages horribles auxquels vous ne pouviez renoncer », *Ibid.*, p. 663-664.

²² « [J]amais la loi, si elle est sage, ne doit infliger de peine que celle qui tend à la correction du coupable en le conservant à l'État. Elle est fautive dès qu'elle ne tend qu'à punir ; détestable, dès qu'elle n'a pour objet que de perdre le criminel sans l'instruire, d'effrayer l'homme sans le rendre meilleur, et de commettre une infamie égale à celle de l'infacteur, sans en retirer aucun fruit », *Ibid.*, p. 663.

²³ « Le malfaiteur dans l'âme duquel il ne sera pas empreint de ne point faire aux autres ce qu'il ne voudrait pas qui lui fût fait, sera rarement arrêté par la frayeur des lois. Pour briser dans son cœur ce premier frein naturel, il faut avoir fait des efforts infiniment plus grands que ceux qui font braver les lois », *Ibid.*, p. 664-665.

²⁴ « [A]ucune loi ne contiendra les gens dont vous parlez, il faut même bien se garder d'en faire contre eux. Plus vous leur offrez de digues, plus vous leur préparez de plaisir à les rompre ; c'est comme vous dites, l'infraction seule qui les amuse ; peut-être ne se plongeraient-ils pas dans cette espèce de mal, s'ils ne le croyaient défendu », *Ibid.*, p. 670-671. Le législateur s'éloigne donc ici de Beccaria, qui fondait la nocivité des supplices sur l'exemple de cruauté qu'ils donnent.

CORPUS, revue de philosophie

fantaisistes, ou, pour le moins, invérifiables) et l'inversion des valeurs (la loi se trouve réduite à un brigandage comme un autre)²⁵.

À la lecture de ces passages, il apparaît nettement que l'on ne peut fonder sur eux l'hypothèse d'un abolitionnisme sadien : d'une part parce que Zamé ne saurait être tenu pour un porte-parole du marquis, les rares convictions de celui-ci dont on puisse être sûr, son athéisme et son matérialisme, n'étant pas conciliables avec le déisme bon teint du législateur et sa vision paisible de la Nature ; d'une autre parce que le système philosophique de ce dernier est plus « expérimental » qu'autre chose. À bien examiner, le discours du législateur manque en effet singulièrement de cohérence, préférant à l'agencement ordonné des idées l'accumulation quelque peu hétéroclite des arguments les plus divers, sans se soucier de leur éventuelle incompatibilité, exactement comme ce peut être le cas dans la rhétorique criminelle des libertins, mais sur un mode inversé. Dans son souci de priver de légitimité la peine de mort, Zamé en vient par exemple à souscrire à un déterminisme fataliste qui le conduit à récuser la possibilité même

²⁵ « Calculons d'une part toutes les victimes innocentes sacrifiées par cette loi, et de l'autre toutes les victimes égorgées par la main du crime et de la scélératesse. Confrontons ensuite le nombre des malheureux vraiment coupables qui ont péri sur l'échafaud, à celui des citoyens véritablement contenus par l'exemple des criminels condamnés. Si je trouve beaucoup plus de victimes du scélérat, que d'innocents sacrifiés par le glaive de Thémis, et d'autre part, que pour cent ou deux cent mille criminels justement immolés, je trouve des millions d'hommes contenus, la loi sans doute sera tolérable ; mais si je découvre au contraire, comme cela n'est que trop démontré, beaucoup plus de victimes innocentes chez Thémis, que de meurtres chez les scélérats, et que des millions d'êtres même justement suppliciés, n'aient pu arrêter un seul crime, la loi sera, non seulement inutile, abusive, dangereuse, et gênante, ainsi qu'il vient d'être démontré, mais elle sera absurde et criante et ne pourra passer, tant qu'elle punira affectivement, que pour un genre de scélératesse qui n'aura de plus que l'autre pour être autorisé que l'usage, l'habitude et la force, toutes raisons qui ne sont ni naturelles, ni légitimes, ni meilleures que celles de Cartouche. », *Ibid.*, p. 666-667.

de punir, au motif que l'homme n'est pas libre de ses actions et ne fait que « céder à des inspirations plus fortes que lui »²⁶. Mais si, comme il le dit, « les criminels, nécessairement enchaînés par des lois supérieures de la nature, ont été coupables malgré eux »²⁷, il faut bien convenir alors que l'idée de justice, tout comme celle de morale, semble bien illusoire, et qu'*a contrario* le crime et le meurtre sont naturels. Dès lors, on ne voit plus très bien au nom de quoi on devrait, d'une part, interdire le libertinage criminel, qui semble ici se trouver discrètement légitimé ; d'une autre, s'horrorifier d'une peine de mort elle-même présentée un peu plus tôt comme une forme de meurtre, et que l'on peut donc juger naturelle²⁸... En cela, le discours « éclairé » du monarque se révèle finalement beaucoup moins transparent qu'on aurait pu le croire, illustrant l'ambition d'une écriture sadienne qui cherche à faire ici lire au lecteur à son insu ce qu'il ne lirait pas sans cela²⁹. Au-delà de l'ambiguïté des propos de Zamé, il y aurait par ailleurs une faute méthodologique à vouloir les interpréter indépendamment du reste de l'œuvre, car ceux-ci ne prennent leur sens qu'une fois insérés dans un vaste système d'énoncés contradictoires, où chaque discours se trouve renvoyé au discours contraire dans un incessant jeu de reflets. L'épisode de Tamoé ne se comprend ainsi pleinement que s'il est confronté aux deux autres utopies de l'œuvre, celle du royaume de Butua et de la troupe de Brigandos³⁰, qui entrent en résonance avec lui pour le nuancer considérablement.

²⁶ *Ibid.*, p. 666.

²⁷ *Ibid.*, p. 678.

²⁸ Naturalités parallèles du crime et du châtement que l'on retrouve chez d'Holbach lorsqu'il affirme que la société est aussi peu libre de ne pas punir le criminel que ce dernier l'était de ne pas commettre son délit.

²⁹ Jean-Christophe Abramovici, « Écrire et captiver. La lecture piégée d'*Aline et Valcour* », *Europe*, 1998, n°835-836, p. 34-42.

³⁰ Voir l'étude fondatrice de Jean-Marie Goulemot, « Lecture politique d'*Aline et Valcour* », in *Le marquis de Sade*, Colloque d'Aix-en-Provence, Paris, Armand Colin, 1968, p. 115-136.

CORPUS, revue de philosophie

Aux yeux du lecteur attentif le discours humaniste ne fait donc pas figure de vérité définitive de l'œuvre, mais simplement de posture discursive aussi trompeuse et illusoire qu'une autre³¹.

La meilleure preuve de ce qu'il ne faudrait pas accorder arbitrairement une importance exagérée au discours de Zamé, c'est que celui-ci va se trouver considérablement *déplacé* par la suite. Partant des mêmes principes que le législateur insulaire, l'auteur de la brochure *Français encore un effort si vous voulez êtres républicains*, reprend en effet les mêmes discours que celui-ci (illégitimité, inutilité³², absurdité³³ de la peine de mort) en développant les mêmes arguments (elle redouble le mal en reproduisant la faute qu'elle punit³⁴, elle ne prévient pas le crime, etc.), mais pour arriver à une conclusion parfaitement différente. Certes, celle-ci commence par une proclamation à laquelle pourrait fort bien souscrire le monarque : « [Il faut] anéantir pour jamais l'atrocité de la peine de mort, parce que la loi qui attente à la vie

³¹ De la même manière, l'éloge du prince de Florence dans le *Voyage d'Italie* se trouvait par avance miné par des propos contradictoires quelques pages auparavant, Sade évoquant le cas de deux maquerelles de la même ville qui, d'après lui, « eussent mérité d'être pendues » pour leurs fautes. Sade, *Voyage d'Italie*, Éd. cit., p. 71.

³² « La seconde raison pour laquelle on doit anéantir la peine de mort, c'est qu'elle n'a jamais réprimé le crime, puisqu'on la commet chaque jour aux pieds de l'échafaud », *La Philosophie dans le boudoir*, in *Œuvres*, t. 3, p. 125.

³³ « On doit supprimer cette peine, en un mot, parce qu'il n'y a point de plus mauvais calcul que celui de faire mourir un homme pour en avoir tué un autre, puisqu'il résulte évidemment de ce procédé, qu'au lieu d'un homme de moins, en voilà tout d'un coup deux, et qu'il n'y a que des bourreaux ou des imbéciles auxquels une telle arithmétique puisse être familière » ; « Le meurtre est-il un crime ou ne l'est-il pas ? S'il n'en est pas un, pourquoi faire des lois qui le punissent ? Et s'il en est un, par quelle barbare et stupide inconséquence le punirez-vous par un crime semblable ? », *Ibid.*, p. 125 et 151.

³⁴ On trouvait déjà ces idées dans le discours de Zamé, *Aline et Valcour*, p. 663 et 674.

Vincent Jolivet

d'un homme est impraticable, injuste, inadmissible » ; mais elle se voit suivie immédiatement d'une digression qui en modifie radicalement la portée, à savoir la légitimation du meurtre :

[C]e n'est pas, ainsi que je le dirai tout à l'heure, qu'il n'y ait une infinité de cas où, sans outrager la nature (et c'est ce que je démontrerai), les hommes n'aient reçu de cette mère commune l'entière liberté d'attenter à la vie les uns des autres, mais c'est qu'il est impossible que la loi puisse obtenir le même privilège, parce que la loi froide par elle-même ne saurait être accessible aux passions qui peuvent légitimer dans l'homme la cruelle action du meurtre ; l'homme reçoit de la nature les impressions qui peuvent lui faire pardonner cette action, et la loi au contraire toujours en opposition à la nature, et ne recevant rien d'elle, ne peut être autorisée à se permettre les mêmes écarts ; n'ayant pas les mêmes motifs, il est impossible qu'elle ait les mêmes droits, voilà de ces distinctions savantes et délicates qui échappent à beaucoup de gens, parce que fort peu de gens réfléchissent [...] ³⁵.

La logique d'inversion (le meurtre légal est le seul meurtre illégitime) et de détournement (le discours humaniste aboutit à la promotion de la violence) chère au discours sadien se donne ici pleinement à voir. Il n'est pas impossible d'ailleurs que l'argumentaire du pamphlétaire trouve son origine dans la reprise d'un passage de Beccaria, dans lequel celui-ci s'indignait que l'on puisse commettre par la peine de mort « un terrible forfait, [...] sans répugnance et sans fureur » ³⁶. Ce qui n'était chez le philosophe italien qu'un élément rhétorique devient chez Sade un argument philosophique à part entière, à la critique de la peine de mort succède l'apologie du meurtre. Un long développement visant à démontrer que le meurtre est naturel dans un univers placé sous le signe de la transformation permanente, et parfaitement souhaitable

³⁵ *La Philosophie dans le boudoir*, p. 124-125.

³⁶ Beccaria, *Des délits et des peines*, passage déjà cité, p. 239.

CORPUS, revue de philosophie

dans un État Républicain commence alors³⁷, avec pour corollaire l'idée qu'il ne doit faire l'objet d'aucune répression de la part des institutions, à laquelle vient se substituer la vengeance éventuelle des proches de la victime : « Le meurtre doit-il être réprimé par le meurtre ? Non, sans doute ; n'imposons jamais au meurtrier d'autre peine que celle qu'il peut encourir par la vengeance des amis ou de la famille de celui qu'il a tué »³⁸. Parti des mêmes prémices que Zamé, le pamphlet aboutit donc à un immoralisme prônant la régression vers l'état de nature qui en constitue l'exact contrepoint, illustrant sur ce point la dimension mouvante du texte sadien. À l'image de la nature qui varie sans cesse les formes, l'écrivain réagence en permanence les mots et les idées pour produire de nouveaux discours, sans visée injonctive. L'œuvre est dès lors à concevoir sur le modèle d'une vaste marqueterie langagière et philosophique, où les propos les plus contraires s'engendrent mutuellement avant de se juxtaposer les uns aux autres, sans pouvoir prétendre à une quelconque vérité supérieure.

L'œuvre de Sade ne se résume cependant pas à l'exercice d'une pensée libre et créatrice, soucieuse d'épuiser ses propres possibles. À l'activité d'une raison imaginative présidant au discours philosophique³⁹ succède une autre exploration des possibilités de l'imagination, celle d'un érotisme cruel et théâtral. Il existe ainsi parallèlement au discours « abolitionniste », dont nous avons essayé de montrer les limites et les ambiguïtés, une apologie du libertinage criminel qui valorise le meurtre et voue une véritable fascination aux supplices. À la dénonciation indignée que l'on trouvait dans la bouche de Zamé se substitue l'évocation complaisante des horreurs auxquelles se livrent les libertins, la description détaillée des sévices infligés. L'inspiration n'en est plus à chercher dans

³⁷ Développement conclu en ces termes : « En un mot, le meurtre est une horreur, mais une horreur souvent nécessaire, jamais criminelle, essentielle à tolérer dans un État Républicain ; j'ai fait voir que l'univers entier en avait donné l'exemple », *La Philosophie dans le Boudoir*, p. 151.

³⁸ *Ibid.*, p. 151.

³⁹ La raison ne nous semble en définitive chez Sade qu'un mode d'être de l'imagination.

les ouvrages des philosophes mais dans les comptes-rendus d'exécution du temps, l'écrivain ne reprenant la matière de ses devanciers que pour la radicaliser et en proposer une version plus effroyable encore. Cette surenchère dans l'horreur culmine sans doute dans l'évocation à la limite du soutenable du supplice d'Augustine à la fin des *Cent vingt journées de Sodome*⁴⁰, qui n'est pas sans rappeler la tristement célèbre exécution du malheureux Damiens. On y retrouve un même principe à l'œuvre, celui de l'accumulation de sévices successifs et de l'allongement de la souffrance dans le temps, ainsi que des épisodes voisins : même ouverture du corps aux endroits stratégiques (les nerfs dans le cas d'Augustine, les jointures dans le cas de Damiens), mais dans des buts différents (démultiplier la souffrance dans le premier, faciliter l'écartèlement dans le second), et même survie du corps après l'in vraisemblable litanie de sévices. Il faut d'ailleurs noter que ceux précisément qui furent infligés à Damiens (morceaux de

⁴⁰ « [L]e duc lui fait cinquante-huit blessures sur les fesses, dans chacune desquelles il coule de l'huile bouillante. Il lui enfonce un fer chaud dans le con et dans le cul, et la fout sur les blessures avec un condom de peau de chien de mer qui redéchirait les brûlures. Cela fait, on lui découvre les os et on les lui scie en différents endroits, puis l'on découvre ses nerfs en quatre endroits formant la croix, on attache à un tourniquet chaque bout de ces nerfs, et on tourne, ce qui lui allonge ces parties délicates et la fait souffrir des douleurs inouïes. On lui donne du relâche pour la mieux faire souffrir, puis on reprend l'opération, et, à cette fois, on lui égratigne les nerfs à mesure qu'on les allonge. Cela fait, on lui fait un trou au gosier, par lequel on ramène et fait passer sa langue ; on lui brûle à petit feu le tétou qui lui reste, puis on lui enfonce dans le con une main armée d'un scalpel, avec lequel on brise la cloison qui sépare l'anus du vagin ; on quitte le scalpel, on renforce la main, on va chercher dans ses entrailles et la force à chier par le con ; ensuite, par la même ouverture, on va lui fendre le sac de l'estomac. Puis l'on revient au visage : on lui coupe les oreilles, on lui brûle l'intérieur du nez, on lui éteint les yeux en laissant distiller de la cire d'Espagne brûlante dedans, on lui cerne le crâne, on la pend par les cheveux en lui attachant des pierres aux pieds, pour qu'elle tombe et que le crâne s'arrache. Quand elle tomba de cette chute, elle respirait encore [...] », *Les Cent vingt journées de Sodome*, in *Œuvres*, t. 1, p. 371.

CORPUS, revue de philosophie

chair arrachés à la tenaille, plomb fondu distillé dans les plaies et écartèlement final) se retrouvent dans les passions cruelles qui précèdent ou suivent cet extrait.

De toute évidence, l'« éclat des supplices » fascine profondément l'écrivain. Il en apprécie la forme théâtrale, avec son recours à une machinerie cruelle, ses acteurs inquiétants (la figure du bourreau) et son déroulement implacable, qu'il s'attache à reproduire dans son œuvre. Il y a chez lui une véritable obsession du dispositif scénique qui vient constituer la mort en spectacle, en tableau, où les corps dénudés s'ouvrent et se contorsionnent sous le regard du spectateur. D'innombrables victimes sont ainsi suppliciées à l'aide de machineries diverses pour satisfaire les goûts cruels d'un libertin, qu'il s'agisse d'une croix de Saint-André⁴¹ ou d'une machine imaginaire, comme celle décrite dans la *Nouvelle Justine* qui prévoit la décapitation de la victime : « Sur une planche de bois d'ébène se liait fortement l'objet que l'on avait envie de sacrifier ; près de lui était le mannequin d'un homme horrible, tenant un sabre énorme »⁴², un cordon sur lequel peut tirer le libertin permettant de déclencher le coup de la part du mannequin. Omniprésente sur la scène érotique, la machine vient donc varier un instant qui serait promis sinon à la répétition lassante, celui de la mise à mort, qu'elle perfectionne dans le sens d'un raffinement cruel⁴³. Ce qui fait sa valeur, c'est son originalité, sa part d'invention, comme le montre la quatrième partie des *Cent*

⁴¹ Comme dans le cas de cet homme, qui d'après la Duclos aime « rouer tout à fait une femme » avant de l'étouffer, ou de tel autre, qui préfère « [rompre] un jeune garçon, puis [l'attacher] sur la roue où il le laisse expirer », *Ibid.*, p. 353 et 368.

⁴² *Nouvelle Justine*, in *Œuvres*, t. 2, p. 1056.

⁴³ « [D]ifférents instruments de supplices étaient distribués çà et là, on y voyait entre autres une roue fort extraordinaire ; la victime, liée circulairement sur cette roue, enfermée dans une autre garnie de pointes d'acier, devait, en tournant contre ces pointe fixes, s'écorcher en détail, et dans tous les sens ; un ressort rapprochait la roue fixe, de l'individu lié sur la tournante, afin qu'à mesure que les pointes diminuaient la masse de chair, elles pussent toujours trouver à mordre en se resserrant », *Histoire de Juliette*, in *Œuvres*, t. 3, p. 476.

vingt journées de Sodome, mais également sa cruauté, car, contrairement à la guillotine, qui se voulait un progrès dans le sens d'une humanité accrue (indolore, rapide), la machine sadienne doit démultiplier la souffrance de la victime dans le temps et l'intensité. La roue dentée inventée par le bourreau Delcour présente ainsi l'avantage d'une durée extensible au gré du bon plaisir du libertin : « Ce supplice est d'autant plus horrible qu'il était fort long, et qu'une victime pouvait vivre dix heures dans les lentes et rigoureuses angoisses de ce tourment. Il ne s'agissait, pour presser ou ralentir le supplice, que de rapprocher plus ou moins la tournante »⁴⁴.

Si Sade maintient le supplice dans sa forme (théâtralité, étalement dans le temps, démultiplication de la souffrance), il lui fait cependant subir une double inflexion, dans le sens à la fois d'une privatisation et d'une érotisation. Privatisation dans la mesure où le supplice s'affranchit de sa fonction politique, perd sa dimension de spectacle publique⁴⁵, avec toutes ses ambiguïtés évoquées par Michel Foucault dans *Surveiller et punir*, pour se mettre au service d'intérêts particuliers et s'opérer sous le sceau du secret dans l'intimité des demeures libertines. Érotisation parce que sa fonction n'est plus ni la punition d'un coupable ni l'édification du spectateur, mais l'obtention d'une jouissance née du spectacle de la souffrance et de la mort d'autrui. Dans cet érotisme cruel, le suppel ne se distingue plus de l'acte sexuel,

⁴⁴ *Ibid.*, p. 476. Voir aussi la machine à décapiter de la *Nouvelle Justine*, p. 1056-1057 : « le sabre tailladait, et ne déchirait plus qu'avec lenteur les ligaments du cou ; ce qui remplissait bien également le but, mais de manière à ne faire souffrir qu'en détail la malheureuse victime dont le sang coulait dans le bassin rond, environnant l'échafaud ».

⁴⁵ Il existe des exceptions à cela, la plus remarquable étant une anecdote mentionnée dans le portrait du président Curval au début des *Cent Vingt Journées de Sodome*, dans laquelle le magistrat instrumentalise sa charge pour se débarrasser d'un portrait innocent en le faisant exécuter sous un motif spécieux. Voir l'article de Michel Delon « Chantage et trahison : la récurrence d'un scénario sadique dans la littérature française du dix-huitième siècle », in *Le Siècle de Voltaire, hommage à René Pomeau*, Oxford, Voltaire Foundation, 1987, p. 365-379.

CORPUS, revue de philosophie

mais en devient l'une des composantes essentielles. Les libertins prennent plaisir à violer leurs victimes pendant leur agonie même, à l'image du ministre Saint-Fond dans l'*Histoire de Juliette* :

Le supplice de cette seconde consiste à avoir les yeux crevés, étendue ensuite sur une croix de Saint-André, pour y être rompue vive. Saint-Fond opère lui-même pendant que je le fouette ; la victime ainsi disloquée lui est réofferte ; il l'encule, et pendant qu'il instrumente l'anus, Delcour achève la victime par un coup de massue sur la tête, qui fait voler la cervelle au nez de Saint-Fond ; il en a le visage couvert⁴⁶.

Au-delà de ce qui en fait son attrait principal, la souffrance de la victime, le supplice alimente un riche imaginaire érotique qui vient nourrir les fantasmes des libertins. Une véritable aura de volupté cruelle nimbe ainsi les bourreaux chez Sade : Juliette et Saint-Fond prennent celui de Nantes pour partenaire, tandis que le supplice de l'enfer, à la fin des *Cent vingt journées de Sodome*, prévoit la participation d'une quinzaine d'entre eux portant des masques de démons. Inversement, les condamnés à mort se trouvent aussi investis d'une charge érotique spéciale aux yeux de débauchés fascinés par leur mort prochaine⁴⁷. Cet imaginaire du supplice porte parfois moins sur les acteurs de la cérémonie pénale, que sur le dispositif de celle-ci. Nombre de libertins tirent ainsi leur jouissance d'une reconstitution théâtrale de la mise en scène judiciaire, qu'il s'agisse de supplicier fictivement une victime⁴⁸

⁴⁶ *Histoire de Juliette*, p. 480.

⁴⁷ Tel libertin a pour passion de jouir de femmes sur le point d'être exécutées. S'introduisant dans leurs cellules sous un motif quelconque et prétextant qu'il peut leur être utile, il « n'en jouit pas, [mais] n'exige d'elle que de montrer leurs fesses et de chier ; il prétend que rien n'égale le goût de la merde d'une femme à qui on vient de faire une pareille révolution. [...] il réserve son foutre pour le dénouement, et le lâche en la voyant délicieusement expirer », *Les Cent vingt journées de Sodome*, p. 282-283.

⁴⁸ C'est le cas de ce libertin qui a pour fantasme de sodomiser une femme dont le cou est posé sur un billot « [Il] fait toutes les cérémonies pour couper la tête de la fille ; lorsque le coup va tomber, un cordon retire précipitamment les corps de la fille, le coup porte sur le billot, et le sabre y

ou bien de mettre en scène sa propre exécution pour jouir de sa dégradation⁴⁹. Ailleurs, c'est moins le goût pour l'avilissement ou l'humiliation qui entre en jeu que la volonté de savoir, comme pour le faux-monnayeur Roland qui veut vérifier son intuition suivant laquelle la mort par pendaison est « infiniment douce »⁵⁰. Décidé à expérimenter sur lui-même, il charge sa prisonnière Justine de couper la corde avant que le supplice ne lui devienne fatal. Le résultat est sans ambiguïté : « Rien de si vrai que ce qu'avait cru Roland ; ce ne furent que des symptômes de plaisir qui se manifestèrent sur le visage de ce libertin, et presque au même

enfonce de trois pouces. Si la corde ne retire pas la corde à temps, elle est morte. Il décharge en lâchant son coup », *Ibid.*, p. 336. Plus loin, il est dit du même homme qu'il ne fait pas toujours semblant de couper le cou de la fille et qu'il lui arrive de le couper « très effectivement en déchargeant », *Ibid.*, p. 353.

⁴⁹ « Il est impossible d'imaginer à quel point celui-là poussait cette manie [de se faire avilir et dégrader] ; il fallait lui donner un échantillon de tous les supplices. Je le pendais, mais la corde rompait à temps, et il tombait sur des matelas ; l'instant d'après, je l'étendais sur une croix de Saint-André et faisais semblant de lui briser les membres avec une barre de carton ; je le marquais sur l'épaule avec un fer presque chaud et qui laissait une légère empreinte ; je le fouettais sur le dos, précisément comme fait l'exécuteur des hautes œuvres, et il fallait entretenir tout cela d'invectives atroces, de reproches amers de différents crimes, desquels, pendant chacune de ces opérations, il demandait en chemise, un cierge en main, bien humblement pardon à Dieu et à la Justice. Enfin, la séance se terminait sur mon derrière, où le libertin venait perdre son foutre, quand sa tête était au dernier degré d'embrassement », *Ibid.*, p. 269. On trouve plus loin un scénario assez voisin : « Il se fait faire son procès par six filles ; chacune a son rôle. On le condamne à être pendu. On le pend effectivement, mais la corde casse : c'est l'instant de sa décharge », *Ibid.*, p. 320.

⁵⁰ « C'est sur mon propre individu que je désire d'en éprouver la sensation ; je veux savoir, par mon expérience même, s'il n'est pas très certain que cette compression détermine dans celui qui l'éprouve le nerf érecteur à l'éjaculation. Une fois persuadé que cette mort n'est qu'un jeu, je la braverai bien plus courageusement : car ce n'est pas la cessation de mon existence qui m'effraie [...] mais j'appréhende les tourments d'une mort cruelle ; ainsi que tous les gens voluptueux, je crains la douleur ; je ne voudrais pas souffrir en mourant », *Nouvelle Justine*, p. 1030-1031.

CORPUS, revue de philosophie

instant, des jets rapides de semence s'élancent à la voûte »⁵¹. On retrouve là le mécanisme de l'inversion cher à l'écrivain, à un double niveau : non seulement la jouissance vient se substituer à la douleur, mais la fonction dissuasive du supplice cède la place à l'incitation au crime, le libertin n'ayant rien d'autre à craindre qu'une mort délicieuse sur l'échafaud : « Si tous les gens condamnés à ce supplice savaient dans quelle ivresse il fait mourir, moins effrayés de cette punition de leurs crimes, ils les commettraient plus souvent et avec bien plus d'assurance »⁵². Du forfait barbare dénoncé par Zamé ne subsiste plus qu'une « charmante opération »⁵³.

*

Sade n'est ni pour ni contre la peine de mort : sa pensée refuse toute forme immuable à l'exception des deux idées forces qu'en sont l'athéisme et le matérialisme. Il sait que dans un monde immanent et contradictoire les discours n'ont de vérité que du moment et du lieu, que la philosophie consiste moins à bâtir des systèmes qu'à les entrechoquer pour en écouter les tintements, art de rendre à l'imagination son essor plutôt que quête illusoire de certitudes. On mesure donc le contresens de ceux qui croient lui être utile en lui prêtant leurs convictions ; nulle réhabilitation venue de notre temps n'est nécessaire à l'écrivain, nul ajout ne peut servir l'œuvre. La seule leçon sadienne est celle d'un scepticisme qui n'entrave pas la marche d'une pensée libre, loin de toute figure imposée de la bonne conscience. Intempestive, comme toute grande œuvre, celle de Sade n'en est pas moins profondément ancrée dans une époque, dont elle révèle espoirs, craintes et contradictions. Elle se fait ainsi à la fois l'écho du discours abolitionniste, dont elle reprend les arguments (la peine de mort

⁵¹ *Ibid.*, p. 1031-1032. Mêmes propos auprès de Justine, p. 1018 : « Ce tourment est plus doux que tu ne penses, Justine, dit Roland ; tu ne sentiras la mort que par d'inexprimables sensations de plaisir : la compression que cette corde opérera sur la masse de tes nerfs, va mettre en feu les organes de la volupté ; c'est un effet certain ».

⁵² *Ibid.*, p. 1018.

⁵³ *Ibid.*, p. 1018.

Vincent Jolivet

est une pratique injuste, cruelle et inefficace), fût-ce au prix de quelques détournements, et l'ultime dépositaire d'un cérémonial voué à disparaître, celui du supplice féodal dans sa forme la plus effroyable. Dans son goût pour les programmes réformateurs, qu'elle se plaît à proposer avec un esprit de sérieux et une sincérité variables, elle témoigne indirectement de la diffusion des idées de Beccaria dans la société de l'époque et de l'actualité d'un débat auquel l'écrivain se sentait alors obligé de ménager une place dans son œuvre, quoique sur un mode ironique. Dans son évocation d'un libertinage criminel, elle exprime sur un mode inversé la fascination horrifiée qu'exercent les supplices sur les hommes des Lumières. Car derrière l'optimisme d'une époque qui a voulu croire à la bonté naturelle de l'homme, se profile une certaine inquiétude face à ce fond de cruauté qui se dévoile dans l'« éclat des supplices ». La jouissance cruelle du libertin ne fait-elle pas figure de miroir grossissant d'un penchant secret enfoui dans le cœur de l'homme, celui-là même qui anime la foule lorsqu'elle se presse aux exécutions capitales ? De Voltaire à Jaucourt, en passant par Dêmeunier, les philosophes des Lumières qui s'étaient confrontés à la question troublante des supplices s'étaient interrogés sur l'existence de ce penchant : Sade leur répond en en faisant la clé de son anthropologie pessimiste.

Vincent JOLIVET
Université de Paris IV- Sorbonne

LA QUESTION DE LA PEINE DE MORT CHEZ JOHANN GOTTLIEB FICHTE

Introduction

Pour la discussion sur la peine de mort qui a eu lieu dans la seconde moitié du 18^e siècle, on a retenu surtout les noms de Beccaria et de Kant, le premier s'opposant à cette peine, le second la légitimant¹. Dans un passage célèbre, Kant affirme que si un peuple devait prendre la décision de se dissoudre et de s'éparpiller aux quatre coins de l'univers, il serait moralement obligé d'exécuter d'abord les condamnés à mort détenus dans ses prisons².

La défense kantienne de la peine de mort est en partie inspirée par un souci humaniste, souci qui s'exprime d'ailleurs déjà dans sa remise en question de la conception préventive de la peine. Mais notons d'emblée que ce souci ne se rapporte pas tant à l'aspect *mort* qu'à l'aspect *peine*. Considérer l'infliction de la mort comme une *peine*, c'est reconnaître que celui qui est mis à mort appartient encore au monde du droit et donc aussi au monde humain. Si le criminel ne doit pas être utilisé comme un pur

¹ Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1982, p. 457. Sur la philosophie pénale de Kant, voir notamment Mario A. Cattaneo, *Dignità umana e pena nella filosofia di Kant*, Milano, Giuffrè, 1981.

² Si l'on me permet d'ouvrir ici une petite parenthèse, je serais curieux de savoir ce que Kant aurait dit du sort à réserver aux détenus condamnés à perpétuité. Car de deux choses l'une. Soit on les laisse en prison, mais comme alors il n'y aura plus personne pour les nourrir, ils vont mourir de faim. Or ils ont été condamnés à une peine de prison et non pas à la peine de mort par faim. Soit on les libère, mais alors ils n'accompliront pas la peine qu'ils ont méritée, et si eux ne l'accomplissent pas, alors pourquoi devrait-elle s'abattre sur les condamnés à mort ?

CORPUS, revue de philosophie

moyen, c'est le reproche que Kant adresse à l'utilitarisme pénal, il ne doit pas non plus être traité comme un animal.

Le défi devant lequel nous place la philosophie pénale de Kant me semble être le suivant : soit vous acceptez que l'on mette à mort certains criminels, soit vous ne l'acceptez pas. Si vous l'acceptez, vous vous trouvez devant une nouvelle alternative : soit vous le considérez toujours comme un être rationnel, et alors sa mise à mort devra prendre la forme d'une peine, soit vous estimez qu'il n'est plus un être rationnel, et alors vous le mettez à mort en dehors de toutes les formes légales.

C'est devant ce défi que se trouve placé Johann Gottlieb Fichte, lorsqu'il commence, en 1795, son étude du droit naturel, qui aboutira, en 1796, à la publication de son livre *Grundlage des Naturrechts*. Au paragraphe 20 de ce livre, Fichte aborde de manière bien plus systématique que Kant la question de la sanction pénale en général et de la peine de mort en particulier. Il reviendra sur ses questions, mais de manière moins systématique, dans ses écrits postérieurs, notamment sa *Rechtslehre* – un cours qu'il a professé en 1812 –, sans apporter de changement notable à sa position de 1796³.

Dans ce texte de 1796, Fichte pose la question de savoir ce qu'un État doit faire avec les meurtriers incorrigibles. C'est là, dit Fichte, « de loin l'enquête la plus importante dans la théorie des sanctions pénales »⁴, et il espère qu'en traitant cette question, il réussira à mettre un terme à de nombreuses confusions. En menant son enquête sur cette question, Fichte va relever le défi

³ La philosophie pénale de Fichte me semble être un aspect assez négligé de sa pensée. J'en veux pour preuve que dans son ouvrage sur la philosophie pénale allemande du 18^e siècle, Cattaneo, pourtant spécialiste de l'époque, ne s'intéresse pas à Fichte. Voir Mario A. Cattaneo, *Illuminismo e legislazione penale. Saggi sulla filosofia del diritto penale nella Germania del Settecento*, Milano, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, 1993. On trouvera néanmoins un chapitre sur Fichte dans Fausto Costa, *Delitto e pena nella storia della filosofia*, Milano, Facchi Editore, 1924.

⁴ Johann Gottlieb Fichte, *Grundlage des Naturrechts* (dorénavant GN), Hamburg, Felix Meiner, 1979, p. 271. À noter que toutes les traductions de l'allemand sont de moi.

Norbert Campagna

kantien. Avant d'aborder son argumentation de manière détaillée, je voudrais brièvement la reconstruire sous forme de thèses :

(1) L'État n'a pas le droit juridique d'infliger la mort à un citoyen

(2) L'État n'a pas le devoir juridique de ne pas infliger la mort à un meurtrier incorrigible

(3) Les thèses 1 et 2 ne peuvent être conciliées que si nous supposons que le meurtrier perd la qualité de citoyen, mais sans que cela n'entraîne la perte de sa qualité d'être humain

(4) L'État n'a pas le droit moral d'infliger la mort à un être humain

(5) L'État doit tout faire pour éviter de devoir infliger la mort à un être humain

En résumé : l'État ne peut pas infliger la mort comme peine – et la peine est un acte juridique – et il est de son devoir de faire tout ce qui est en son pouvoir pour que l'infliction de la mort cesse d'être une nécessité politique.

1. Le contrat pénitentiel

Au début du paragraphe 20 de la *Grundlage* consacré à la législation pénale, Fichte oppose thèse et antithèse. Si la thèse affirme que quiconque viole le contrat social en quelque point que ce soit en est automatiquement exclu et perd par là toute protection juridique – car il n'y a pas de protection juridique hors du contrat social –, l'antithèse affirme qu'il est dans l'intérêt mutuel des individus et de l'État qu'une telle exclusion n'ait pas lieu : l'État conserve des personnes qui peuvent être utiles à la communauté et ces personnes restent sous la protection juridique de l'État.

La thèse affirme une position de principe que Fichte ne remet pas en question : celui qui viole le contrat social *mérite* l'exclusion. Sur ce point, Fichte adopte une position tout aussi catégorique que Kant. Mais tout comme Kant lorsqu'il évoque le cas de cette multitude de rebelles qui mériteraient la mort en raison de leurs forfaits, Fichte fait intervenir, dans l'antithèse, un aspect d'utilité : la non-exclusion est utile aux deux parties.

Ce que le principe abstrait de justice demande, à savoir l'exclusion de chaque criminel, la volonté humaine peut le modifier.

CORPUS, revue de philosophie

Ainsi, Fichte suppose que les membres d'une communauté politique concluent un contrat que Fichte appelle contrat pénitentiel (*Abbüßungsvertrag*) et dont le contenu est le suivant : « Tous promettent à tous, dans la mesure où cela est compatible avec la sécurité publique, de ne pas les exclure de l'État en raison de leurs forfaits, mais de leur permettre de subir la sanction de manière différente »⁵.

D'un point de vue absolu, la sanction appropriée pour une violation du contrat social serait l'exclusion. Celui qui a violé ce qui le protégeait ne mérite plus d'être protégé par ce qu'il a violé. Comme Fichte nie l'existence de droits juridiques naturels, c'est-à-dire de droits subjectifs que les individus possèderaient avant de faire partie d'une communauté politique, l'exclusion de la communauté politique revient à faire de l'exclus un sans-droit. Si les sanctions prévues par le contrat pénitentiel nous privent de notre liberté, mais non de notre sécurité, l'exclusion nous laisse un certain type de liberté, mais nous prive de toute sécurité – si ce n'est celle qui repose sur nos propres forces.

Notons toutefois que Fichte affirme explicitement que tout condamné à une sanction pénale cesse d'être citoyen et ne réintègre la citoyenneté que lorsqu'il a subi sa peine⁶. Il y a ici une obscurité, mais on peut la dissiper quelque peu en distinguant deux aspects de la citoyenneté, à savoir la liberté et la sécurité. Le contrat pénitentiel autorise la possibilité d'une violation de la liberté, mais il n'autorise pas la possibilité d'une violation de la sécurité. Je ne sais pas si Fichte aurait souscrit à cette interprétation, mais elle me semble pertinente pour donner sens à ses propos et pour distinguer la situation de celui qui subit sa peine sans être exclu et celui qui s'est vu infliger l'exclusion comme peine.

Les individus se mettent donc d'accord pour ne pas appliquer la sanction de l'exclusion à quiconque violera le contrat social. Mais renoncer à cette sanction extrême ne revient pas à ne pas sanctionner. Selon Fichte, il y aura toujours des êtres humains

⁵ *Ibid.*, p. 255.

⁶ *Ibid.*, p. 265.

Norbert Campagna

qui estimeront qu'il est dans leur intérêt de violer le contrat social, et la communauté se doit de faire en sorte que ces individus ne commettent pas les délits qu'ils projettent. Pour les empêcher de passer à l'acte, la communauté les menacera de sanctions autres que l'exclusion, en espérant que ces menaces suffiront. Là où le crime est néanmoins commis, Fichte estime que la sanction menacée doit être strictement appliquée, afin d'empêcher que certaines personnes se bercent dans l'illusion de pouvoir commettre un crime tout en échappant à la sanction. Dans ce contexte, Fichte insiste aussi sur la publicité de l'application de la sanction : tout le monde ne croira en l'efficacité du système pénal que s'il le voit à l'œuvre.

La sanction pénitentielle consiste avant tout dans une perte équivalente au gain obtenu et ne saurait donc être appliquée qu'aux crimes et délits pour lesquels ce genre de calcul s'applique. Cette sanction sera le plus souvent purement financière ou, pour ceux qui n'ont pas d'argent, prendra la forme de travaux forcés – le condamné devra travailler jusqu'à ce qu'il aura gagné la somme due comme peine.

L'État fichtéen a ainsi le droit d'appliquer deux types de sanction pénale, à savoir d'une part la sanction de l'exclusion complète de la communauté juridique – le droit à appliquer cette sanction découle, selon Fichte, de l'idée du droit –, d'autre part la sanction prévue dans le cadre du contrat pénitentiel. Dans la mesure où, comme l'affirme Fichte, il est lié par ce dernier contrat, il a le devoir d'infliger une sanction pénitentielle aussi longtemps que cela est compatible avec la sécurité publique. Lorsqu'il ne peut pas appliquer une telle sanction sans remettre en question la sécurité publique, le contrat pénitentiel lui laisse le droit d'appliquer l'exclusion.

Il y a un point sur lequel Fichte est catégorique : l'État n'a pas le droit d'appliquer la mort comme peine. Tant que quelqu'un n'a pas été exclu de la communauté politique, il bénéficie de la protection de sa vie, tant vis-à-vis de ses concitoyens que vis-à-vis de l'État. Par contre, tous ceux qui ne sont pas membres de la communauté politique ne bénéficient pas de cette protection. Est-ce à dire qu'on a le droit de les mettre à mort ?

CORPUS, revue de philosophie

2. Les exclus

S'il fallait exclure de la communauté politique tous ceux qui se rendent coupables de la moindre infraction, il y aurait probablement beaucoup plus d'exclus que d'inclus. On comprendra donc aisément que les membres d'une communauté politique cherchent à trouver une alternative à l'exclusion. Et ils le font en concluant le contrat pénitentiel. Mais l'application des peines prévues par le contrat pénitentiel se limite aux cas où la sécurité publique n'est pas en danger.

Comment devra-t-on alors traiter les criminels qui mettent en danger la sécurité publique ? Nous connaissons déjà la réponse : en les excluant de la communauté politique, c'est-à-dire en les privant de leur qualité de citoyens et par là également de la protection juridique dont ils bénéficiaient jusque là. Cette décision d'exclusion est une décision judiciaire et constitue en quelque sorte le dernier acte juridique de la communauté envers le citoyen, l'acte juridique par lequel la relation juridique est rompue. Si l'État fichtéen ne peut pas prononcer et exécuter de peine de mort *physique*, il peut néanmoins parfaitement prononcer et exécuter une peine de mort *civile*. Comme toutes les autres peines, cette peine n'est justifiée, en tant que peine, que parce qu'elle a une vertu dissuasive.

Ceux qui doivent ainsi être exclus de la communauté politique sont ceux dont la volonté est non seulement matériellement, mais aussi et surtout formellement mauvaise. Une volonté est dite matériellement mauvaise, lorsqu'elle veut commettre des actes criminels parce qu'elle en attend un avantage, alors qu'une volonté sera dite formellement mauvaise, lorsqu'elle veut le mal pour le mal, sans se soucier des avantages. Si une volonté matériellement mauvaise peut être ramenée dans le droit chemin – qui sera aussi le chemin du droit – en lui faisant comprendre que les inconvénients de la peine seront toujours plus grands que les avantages du délit, une volonté formellement mauvaise ne se laissera pas déterminer par des motifs utilitaires.

Quels sont les cas concrets pour lesquels l'exclusion est prévue ? Fichte en mentionne plusieurs : le vol par effraction, les atteintes à l'intégrité physique et à la vie, la rébellion et le crime de haute trahison. Ces crimes ne concernent pas seulement la

Norbert Campagna

victime immédiate concrète, mais l'État lui-même, indirectement ou directement. Il ne s'agit donc pas seulement de crimes contre un individu, mais de crimes contre la communauté politique en tant que telle, et Fichte estime que celui qui les commet ne saurait subir une sanction adéquate dans le cadre du contrat pénitentiel.

L'exclusion sera donc permise et même nécessaire dans deux cas : celui d'individus dont la volonté est formellement mauvaise et celui d'individus qui ont commis un des crimes que nous venons de mentionner.

Quel est le statut juridique de celui qui a été exclu ? Il n'en a aucun, car son exclusion marque la fin de toute relation juridique entre lui et la communauté politique. Or un individu n'a de statut juridique qu'à l'intérieur d'une communauté politique. De ce fait, on ne pourra plus parler de droits et de devoirs dans le cadre des relations purement factuelles qui pourraient désormais exister entre la communauté politique ou les individus qui la composent et celui qui aura été exclu. En disant de la communauté politique qu'elle n'a pas le droit juridique de tuer un tel individu, on veut tout simplement dire qu'elle n'a pas le devoir juridique de ne pas le tuer. Les notions juridiques ne s'appliquent tout simplement plus.

3. Le contrat de réintégration

Mais l'exclusion ne doit pas être perpétuelle. Fichte croit en effet en la possibilité pour chacun, même pour le criminel le plus endurci, de devenir au moins un individu qui dans ses actes se conforme au droit, c'est-à-dire qui à au moins atteint le stade de l'obéissance à la loi pour des raisons utilitaires. Il estime de ce fait que les membres de la communauté politique concluront un second contrat, dont la teneur est la suivante : « Tous promettent à tous de leur donner l'occasion de se rendre à nouveau aptes à la vie en société après qu'ils en aient été jugés inaptes à un certain moment, et, ceci est implicite au contrat, de les réintégrer après qu'ils se soient amendés »⁷.

⁷ *Ibid.*, p. 266.

CORPUS, revue de philosophie

Il ne s'agit pas d'attendre que des démons se soient transformés en anges, mais uniquement d'attendre qu'ils soient devenus des calculateurs rationnels qui se laissent influencer par les menaces de sanctions pénales. L'État n'a pas à juger des convictions et motifs intérieurs, mais seulement du comportement observable. Il n'est pas question d'un amendement *moral*, mais seulement d'un amendement *politique*, par lequel Fichte entend le « retour au souci de sa propre sécurité »⁸. Celui qui se soucie de sa propre sécurité ne commettra pas d'actes pouvant conduire à l'exclusion de la communauté politique qui lui garantit cette sécurité.

Si l'observation du comportement doit servir de base à la décision de réintégrer les individus exclus, il faut que ceux-ci restent observables pour l'État. D'où l'idée d'établir des institutions dans lesquelles les criminels exclus seraient bannis et où ils seraient obligés de travailler pour rembourser les frais et, le cas échéant, faire des économies pour le jour où ils réintégreront la communauté. Fichte prévoit d'ailleurs que la propriété que ces exclus possédaient avant leur exclusion sera mise sous tutelle et qu'elle leur sera rendue lorsqu'ils réintégreront la communauté.

Ces institutions devraient être établies dans des lieux isolés, le cas échéant sur des îles, et l'État ne devrait pas lésiner sur les moyens financiers pour établir de telles institutions, car l'État a le devoir de permettre à ses anciens citoyens de s'amender et de devenir à nouveau des citoyens qui obéissent à la loi. L'État doit offrir aux exclus les meilleures possibilités de se réhabiliter. Il s'agira également de fixer un délai. Celui qui se sera réhabilité au moment où ce délai viendra à expiration, pourra être réintégré dans son *status quo ante*, alors que celui qui ne se sera pas réhabilité, sera définitivement exclu.

Avant de nous intéresser au sort des exclus définitifs, mentionnons encore un problème soulevé par Fichte. L'État n'a pas le droit, selon Fichte, d'obliger un citoyen à mettre sa vie en danger. Obliger un citoyen à assurer la surveillance de meurtriers dans une institution, c'est les mettre dans une situation dangereuse,

⁸ *Ibid.*, p. 267.

Norbert Campagna

un meurtrier pouvant toujours récidiver. L'État semble alors devant un dilemme : soit il garantit au meurtrier le droit de se réhabiliter et le met dans une institution où il risque de mettre en péril la vie des gardiens, soit il garantit le droit de ses citoyens de ne pas être mis dans une situation périlleuse et prive le meurtrier du droit de se réhabiliter. Pour échapper à ce dilemme, Fichte en appelle à la constitution de sociétés privées qui se chargeront volontairement de surveiller les criminels dangereux.

4. Les incorrigibles

Admettons qu'un criminel ait passé un certain temps dans une institution de réhabilitation et que le jour soit venu où on doit décider de sa réintégration. S'il a corrigé son comportement, on pourra le réintégrer, s'il ne l'a pas corrigé, ou pas suffisamment, il sera définitivement exclu de la communauté politique. Et c'est à leur propos que Fichte aborde la question de la peine de mort.

Nous avons déjà fait allusion à sa réponse à la question : Tant qu'un individu est membre de la communauté politique, il ne saurait être question de peine de mort, et dès qu'un individu est définitivement exclu de la communauté politique, il ne saurait être question de peine de mort. Les expressions « condamner à mort un citoyen » et « condamner à mort quelqu'un exclu définitivement » doivent donc être considérées comme des aberrations juridiques.

Mais comme nous l'avons déjà fait remarquer, le fait d'affirmer que l'État n'a pas le droit de condamner à mort n'implique pas qu'il ait le devoir de ne pas faire mourir. Entre la communauté politique et l'exclu définitif, tous les liens juridiques ont été rompus. Le fait que son exclusion temporaire n'ait pas conduit à sa réhabilitation prouve qu'il est incapable d'entretenir des relations juridiques. Pour le droit, dit Fichte, il devient « une chose ou du bétail »⁹.

Avons-nous le droit de détruire une chose ou de tuer un animal ? Non, mais pas au sens où nous aurions le devoir de ne pas la détruire ou celui de ne pas le tuer, mais au sens où les

⁹ *Ibid.*, p. 272.

CORPUS, revue de philosophie

notions de droit et de devoir ne s'appliquent pas. En dehors de la relation juridique, il n'y a que des relations de pouvoir et aucune relation de droit. « Je peux tuer cet animal » ne signifie donc pas que j'ai le droit de le tuer, mais uniquement que j'en ai le pouvoir et que j'en suis capable.

La différence entre Kant et Fichte se résumerait-elle donc à ceci : alors que chez Kant la mise à mort du meurtrier ne tient pas compte de sa réhabilitation possible et est un acte juridique, chez Fichte, elle n'advient qu'après avoir laissé au meurtrier la possibilité de se réhabiliter, n'advient que s'il s'avère qu'il est incapable de se réhabiliter et n'est pas un acte juridique ? La différence est certes déjà importante, mais elle ne satisfera pas nécessairement un adversaire radical de la mise à mort des criminels, surtout lorsqu'il lira cette phrase de Fichte : « Que le délinquant soit strangulé en prison ou décapité ! »¹⁰.

Certes, Fichte est d'avis que ces mesures radicales ne doivent être prises que si l'État n'a absolument pas d'autre moyen de se prémunir contre le criminel, et il oppose dans ce contexte le droit et la nécessité. Ce qui se fait par nécessité, ajoute-t-il, n'est pas glorieux et il faut en avoir honte. De ce fait, la mise à mort ne doit pas avoir lieu en public et il vaut mieux que personne n'en sache quoi que ce soit. Il note également que cette mise à mort ne doit en aucun cas s'accompagner d'actes de torture. Mettre à mort aussi rapidement que possible et sans lui causer de souffrances plus grandes que celles nécessaires pour le tuer celui qui aura été jugé définitivement inapte à la vie en société et contre lequel on ne peut se prémunir que par sa mise à mort, tel est le dernier mot que le philosophe du droit peut prononcer.

Mais Fichte n'est pas que philosophe du droit, et dans sa *Grundlage*, il rappelle l'existence de la loi morale qui interdit catégoriquement de tuer un autre être humain. Cette loi morale ne vaut toutefois que pour les individus et non pas pour l'État. Néanmoins, Fichte rappelle avec insistance que la loi morale nous oblige à toujours considérer l'autre comme un instrument possible

¹⁰ *Ibid.*, p. 274.

Norbert Campagna

grâce auquel la raison réalise ses fins. Et d'ajouter : « Personne n'a le droit de cesser de croire que l'autre, aussi pervers soit-il, puisse encore être remis sur le droit chemin, sans en même temps abandonner la fin de la raison qu'il est nécessairement tenu de réaliser »¹¹.

Si le droit semble contraint de fixer un certain délai endéans duquel l'amendement du criminel doit avoir lieu pour que celui-ci puisse à nouveau réintégrer la communauté politique, la morale ne fixe pas de délai, et ce pour la très simple raison que personne ne peut être exclu de la communauté humaine, de la communauté des êtres rationnels qui, chez Fichte, doivent toujours être considérés comme pouvant contribuer à la réalisation des fins de la raison.

Il s'ensuit que la mise à mort d'un criminel est toujours un mal, quoique parfois nécessaire. Mais il ajoute que l'État a le devoir de rendre superflue la mise à mort d'un criminel. Dès lors, s'il devait être possible de garantir la sécurité publique sans mettre à mort un criminel non récupérable, l'État devrait s'abstenir de le mettre à mort, non pas pour des raisons juridiques, mais pour des raisons morales. Le droit n'interdit pas de mettre à mort, la politique autorise la mise à mort, et la morale insiste pour que nous fassions tout ce qui est en notre pouvoir pour éviter de recourir à la mise à mort.

Quelles sont les alternatives à la mise à mort ? Fichte rejette l'idée d'une incarcération à vie, arguant que cela coûtera cher à la communauté, qui n'acceptera pas de payer pour un incorrigible. Rappelons-nous que pour ceux qui sont exclus provisoirement en attendant que vienne l'instant où l'on décidera de leur « récupérabilité », Fichte avait estimé que par leur travail, ils pouvaient subvenir à une partie assez importante des coûts de leur détention. Pourquoi ne pas faire valoir le même argument pour les incorrigibles, d'autant plus que leur nombre ne sera probablement pas astronomique ?

Peut-être Fichte pense-t-il qu'ils ne voudront pas travailler, qu'ils se rebelleront constamment. Par ailleurs, rappelons-nous que Fichte avait, pour les exclus provisoires, affirmé qu'on ne pouvait

¹¹ *Ibid.*, p. 275.

CORPUS, revue de philosophie

obliger personne à mettre sa vie en danger en les surveillant. Cet argument vaut aussi pour les incorrigibles.

Que fera-t-on alors d'eux si on ne les exécute pas ? On les bannira, si nécessaire en les marquant au fer rouge, afin qu'on les reconnaisse s'ils réapparaissent. Seul problème : on ne pourra les bannir que sur un territoire qui n'appartient à personne. Les envoyer sur une autre parcelle du territoire national, c'est les déporter et non pas les bannir. Les expulser sur le territoire d'un autre pays sans demander son accord, ce n'est pas vraiment œuvrer dans le sens de la bonne entente entre les nations.

Dans ce contexte, on aurait éventuellement pu s'attendre à ce que Fichte évoque la possibilité de mesures de sécurité mutilantes à l'égard du criminel. Si vous coupez les mains du meurtrier incorrigible, il est peu probable qu'il récidive, de sorte que l'on pourrait défendre la thèse que si par une amputation des mains du criminel incorrigible on parvient à garantir la sécurité, il n'est pas nécessaire de l'exclure définitivement de la communauté politique. On pourrait éventuellement affirmer que mieux que la mise à mort, des peines mutilantes permettent de tenir compte de l'éventualité d'un retour sur le droit chemin. Ôter sa vie à quelqu'un, c'est lui ôter toute possibilité de montrer qu'il peut quand même vivre en communauté ; le priver de ses mains, c'est créer une condition pour lui permettre de vivre en communauté sans mettre en danger la vie et l'intégrité physique d'autrui¹².

5. Réflexions finales sur la peine de mort

Dans une note à la fin du paragraphe de la *Grundlage* qu'il consacre à la question de la peine, Fichte fait référence à ceux qui défendent une théorie absolue de la peine, leur reprochant – et Kant est ici très clairement visé, même s'il n'est pas nommé – de ne pas développer d'argument cohérent et de se contenter de dire de leurs adversaires qu'ils font preuve d'une trop grande sensibilité.

¹² Je ne cautionne bien évidemment pas les peines mutilantes.

Norbert Campagna

Dans ce contexte, Fichte insiste sur la nécessité de distinguer deux questions. La première concerne le sort que mérite le criminel incorrigible, alors que la seconde concerne l'instance qui est en droit de lui infliger ce sort mérité. Même si nous supposons que le criminel incorrigible, et notamment le meurtrier, mérite la mort, il ne s'ensuit pas encore que des hommes soient en droit de lui infliger cette peine, aussi méritée soit-elle par ailleurs. Écoutons Fichte : « Il s'agissait de répondre à cette tout autre question de savoir d'où un mortel, quel qu'il soit, pourrait tirer ce droit d'un gouvernement moral du monde, le droit de faire en sorte que le délinquant reçoive ce qu'il mérite ; et le noble *Beccaria* ne pensait qu'à cette question juridique [...] »¹³.

Fichte fait donc une concession à ses adversaires : il existe des hommes qui méritent la mort. Mais en même temps, il insiste sur la distinction entre la morale et le droit : ce n'est pas parce qu'un individu mérite, sous une perspective strictement morale, d'être mis à mort, que des hommes peuvent se faire les exécutants de cette sanction morale. Les mortels en général et les États en particulier ne sont pas là pour exécuter les sanctions divines et pour établir l'ordre moral, mais ils sont uniquement là pour garantir la sécurité de chacun, et s'ils doivent parfois mettre à mort un homme, ce ne peut être que dans la mesure où cela s'avère absolument nécessaire pour garantir la sécurité de chacun. Confier aux hommes le droit d'appliquer la justice absolue de Dieu, c'est faire le premier pas vers une théocratie.

Si l'individu exclu de la communauté ne peut pas se prévaloir d'un quelconque droit de ne pas être mis à mort, il peut néanmoins en appeler au devoir de la communauté politique de ne pas le mettre à mort, un devoir que cette communauté n'a pas vraiment envers lui, mais plutôt seulement à son égard. En simplifiant un peu, l'argument de Fichte peut être reconstruit de la manière suivante :

¹³ *Ibid.*, p. 277.

CORPUS, revue de philosophie

Prémisse 1 : Tous les êtres humains ont le devoir moral de contribuer à la réalisation de la loi morale

Prémisse 2 : Mettre à mort un être humain, c'est empêcher à quelqu'un d'accomplir son devoir moral et par là priver, si l'on peut dire, la loi morale d'une condition, aussi infime soit elle, de réalisation

Donc : Si les êtres humains veulent accomplir leur devoir moral, ils ne doivent priver personne de la possibilité de réaliser son devoir moral.

Si on veut, on peut dire que chaque individu a un droit moral absolu à réaliser ses devoirs moraux, et c'est ce droit moral absolu qui permet à Fichte de fonder sa thèse selon laquelle il faut préserver toute vie humaine. Si tant est que l'on veuille fonder l'opposition fichtéenne à la mise à mort d'un criminel incorrigible en appelant au langage des droits subjectifs, il faudra toujours se rappeler que ces droits s'inscrivent dans un ordre métaphysique. La valeur de l'individu humain n'est pas intrinsèque, mais reliée à quelque chose qui le dépasse¹⁴.

Conclusion

Fichte rejoint Hobbes sur un point : la peine de mort est juridiquement inconcevable. Et cela pour la très simple raison que l'État a pour but premier de préserver la sécurité de ses citoyens. Or mettre à mort quelqu'un, ce n'est pas préserver sa sécurité. Les deux auteurs se distinguent néanmoins sur un point, à savoir que si pour Hobbes une loi pénale prévoyant la mise à mort semble juridiquement concevable, elle ne l'est pas pour Fichte. Chez Fichte, l'État doit d'abord exclure de la communauté politique par un acte juridique celui qu'il pourra ensuite, si cela s'avère nécessaire, mettre à mort. Chez Hobbes, le fait de s'emparer de quelqu'un dans le but d'appliquer la menace de mise à mort prévue par la loi dissout automatiquement le lien social, et celui qui est condamné

¹⁴ Pour une formulation très claire de ce point, voir Johann Gottlieb Fichte, *Rechtslehre*, Hamburg, Meiner, 1980, p. 141.

Norbert Campagna

à mort recouvre le droit d'exercer à nouveau son droit naturel à *tout faire pour se maintenir en vie.*

Des deux auteurs, Fichte me semble être le plus conséquent. Si la peine de mort n'est pas juridiquement concevable, c'est-à-dire si la mise à mort ne peut jamais être conçue en termes d'une relation entre citoyen et souverain, il semble plus honnête ou moins hypocrite de la faire avoir lieu en cachette plutôt que de lui donner les allures d'un acte juridique en la formalisant. Mais l'honnêteté a son prix, à savoir la possibilité d'abus. Comment être sûr que pour l'individu tué secrètement en prison il n'y avait vraiment pas de solution alternative, de solution qui permettait de préserver à la fois sa vie et la sécurité ? Dire que l'État devrait tout mettre en œuvre pour trouver une solution alternative et lui rappeler que toute mise à mort d'un criminel incorrigible devrait être accompagnée d'un sentiment de honte est une chose. Mais il aurait aussi peut-être été utile d'instaurer un contrôle efficace.

Norbert CAMPAGNA
Université du Luxembourg

III. REGARDS CROISÉS

MONTAIGNE ET LA PEINE DE MORT : ENTRE LA COMPASSION ET LA PRUDENCE

I. Au sujet de la peine capitale, il me semble d'abord qu'on peut identifier chez l'ancien magistrat Montaigne¹ deux voix différentes : une voix impersonnelle qui exprime avec neutralité affective de thèses juridiques ou politiques reconnues, et une voix subjective et originale, mais apparemment sans aucune prétention d'influence politique, la voix de quelqu'un qui ne vise « qu'à découvrir [s]oy mesmes », qui n'écrit que pour se présenter « [s]oy-mesmes à [s]oy, pour argument et pour subject »².

On trouve une première allusion *objective* à la peine de mort dans un texte pas très connu que Montaigne a publié dix ans avant de la première édition des *Essais*. Il s'agit d'une lettre adressée à Paul de Foix (en septembre 1570) qui sert de préface à un recueil de vers français écrits par Etienne de La Boétie, son grand ami disparu. Le futur auteur des *Essais*, réfléchissant sur le rôle de la gloire comme prix de la vertu, distingue deux sortes de récompenses et de peines, les physiques et les morales, et met en avant la conception selon laquelle seules les morales – l'honneur et la honte – peuvent être considérées proprement humaines :

[...] Les deux resnes principales qui nous guident et tiennent en office, sont la Peine et la Recompense, qui ne nous touchent proprement, et comme hommes que par l'honneur et la honte, d'autant que celles icy donnent droitement à l'ame, et ne se goustent que par les sentimens interieurs et

¹ François Roussel, *Montaigne. Le magistrat sans juridiction*. Paris, Michalon, 2006.

² *Essais*, I, 26, 148 A ; II, 8, 385 A. Je cite les *Essais* d'après l'édition de Pierre Villey, Paris, PUF, 1998.

CORPUS, revue de philosophie

plus nostres : là où les bestes mesmes se voyent aucunement capables de toute autre recompense, et peine corporelle³.

C'est un passage qui peut nous faire penser à ces « anciennes lois françaises » qui, au dire de Montesquieu, établissaient que « dans les crimes, le noble perd l'honneur et réponse en cour, pendant que le vilain, qui n'a point d'honneur, est puni en son corps »⁴. En tout cas, un peu plus loin Montaigne ajoute une référence explicite à l'emploi de la peine capitale. Celle-ci répondrait à des considérations utilitaristes, politiques : elle ne s'appliquerait pas pour punir le malfaiteur ayant commis une faute, mais « pour l'exemple » : « [...] Les derniers chastiments sont employez par la Justice plus pour l'exemple, que pour l'interest de ceulz qui les souffrent »⁵.

Ce sont deux sujets différents dont l'on va suivre la postérité dans les *Essais*. Quant au premier, les récompenses et peines morales, il faut souligner que dans son livre l'auteur périgourdin semble prendre de la distance avec le concept de gloire (mais non sans difficulté)⁶. Cependant, à la fin du chapitre « De la gloire » (II, 16), après avoir déclaré que « les actions de la vertu, elles sont trop nobles d'elles mesmes pour rechercher autre loyer que de leur propre valeur », il se montre intéressé par l'utilisation politique de la récompense de la gloire : « [...] Si toute-fois cette fauce opinion sert au public à contenir les hommes en leur devoir [...], qu'elle accroisse hardiment et qu'on la nourrisse entre nous le plus

³ Montaigne, *Œuvres complètes*. Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1962, p. 1367.

⁴ Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, VI, 10. Cf. *Ibid.*, VI, 12 : « Suivons la nature, qui a donné aux hommes la honte comme leur fléau ; et que la plus grande partie de la peine soit l'infamie de la souffrir ». Une idée semblable sera assumée par Mably dans *De la législation ou principe des lois*, III, 4 : « Que le châtement [...] frappe l'âme plutôt que le corps » ; cf. Michel Foucault, *Surveiller et punir : Naissance de la Prison*. Paris, Gallimard, 1975, p. 38.

⁵ Montaigne (1962), p. 1367-1368.

⁶ Cf. *Essais*, I, 41, 255 ; II, 16, 619. Voir aussi, cependant, le chapitre « Des récompenses d'honneur » (II, 7).

qu'on pourra »⁷. C'est une approche qui peut évoquer, bien sûr, une page importante de Pomponazzi dans son célèbre *Tractatus de immortalitate animae* (1516). Pour cet aristotélicien radical, les hommes ne sont pas tous égaux. Il y a divers degrés d'hommes et chacun d'eux fonde sa moralité sur des motifs différents. La petite minorité des philosophes aime la vertu pour sa beauté et déteste le vice pour sa laideur. La deuxième sorte d'hommes est mue par d'autres considérations : la recherche des honneurs et des louanges, la peur du déshonneur et de l'ignominie⁸.

Pour Pomponazzi il existe un troisième degré d'hommes qui sont à peine sensibles à cette sorte de récompenses et de punitions honorifiques. Pour les contenir dans leur devoir, il est nécessaire de recourir aux avantages matériels et aux châtiments pécuniaires et physiques – jusqu'à parvenir aux mutilations et exécutions (« *seu mutilando membrum seu occidendo* ») –. Selon le philosophe de Mantoue, il y'a encore pire : des hommes féroces et pervers – à vrai dire, ce sont la majorité – qui ont besoin de la motivation la plus drastique : la perspective de récompenses et surtout de peines éternelles dans une autre vie⁹.

Mais il convient aussi de prêter attention à un passage des *Essais* où Montaigne s'occupe des châtiments moraux comme substitutifs des peines physiques. C'est dans un chapitre très bref du premier livre intitulé « De la punition de la couardise » (I, 16). L'argument central en est que depuis l'Antiquité la lâcheté a été plus souvent punie par l'infamie que par la peine capitale :

Mais, quant à la couardise, il est certain que la plus commune façon est de la chastier par honte et ignominie. Et tient-on que cette règle a été premièrement mise en usage par le législateur Charondas ; et qu'avant luy les loix de Grece punissoyent de mort ceux qui s'en estoient fuis d'une bataille, là où il ordonna seulement qu'ils fussent par trois

⁷ *Ibid.*, II, 16, 629 A.

⁸ Pomponazzi, *Tractatus de immortalitate animae*, 14, B. Mojsisch éd., Hamburg, Felix Meiner, 1990. p. 196.

⁹ *Ibid.*, p. 196-198.

CORPUS, revue de philosophie

jours assis emmy la place publique, vetus de robe de femme, esperant encores s'en pouvoir servir, leur ayant fait revenir le courage par cette honte¹⁰.

Il semblerait qu'ici, comme dans la lettre adressée à Paul de Foix, ce sont l'honneur et la honte qui constituent la récompense et la peine spécifiquement humaines, ce sont eux qui « nous touchent proprement, et comme hommes ». Or cette conception se mêle dans ce chapitre avec l'idée selon laquelle il est nécessaire de différencier entre les fautes dues à la faiblesse naturelle et celles qui dérivent de la malice :

A la vérité c'est raison qu'on face grande difference entre les fautes qui viennent de nostre foiblesse, et celles qui viennent de nostre malice. Car en celles icy nous nous sommes bandez à nostre escient contre les reigles de la raison, que nature a empreintes en nous ; et en celles là, il semble que nous puissions appeller à garant cette mesme nature, pour nous avoir laissé en telle imperfection et deffaillance¹¹.

Après tout, la punition de la lâcheté n'est peut-être pas le vrai sujet du chapitre. Montaigne y introduit depuis les premières lignes une analogie très suggestive avec « les punitions capitales aux heretiques et mescreans » qui probablement indique son vrai souci dans cette page¹². Peut-être avec ironie l'auteur des *Essais* associe l'« imperfection et deffaillance » imputable à la nature à la liberté de conscience, et découvre dans ce point-ci un des arguments

¹⁰ *Essais*, I, 16, 70 A.

¹¹ *Ibid.* En fait, l'auteur des *Essais* se montre persuadé que le comportement humain doit davantage à « nostre foiblesse » qu'à « nostre malice » (I, 50, 303 A).

¹² On pourrait aborder ici la question de l'art d'écrire de Montaigne. On se limitera à évoquer des mots de Patrick Henry : « [Dans les *Essais*] l'idée se trouve très souvent au milieu d'un tissage entrelacé de matière innocente qui sert à abriter la partie dangereuse. Nous avons par conséquent autour de l'idée hétérodoxe un bouclier protecteur et en tête de ce colis virtuellement dangereux [...] une étiquette innocente », « Les titres façades. La censure et l'écriture défensive chez Montaigne », in : *Bulletin de la Société des Amis de Montaigne*, V, série 24, 1977, p. 11-28 (p. 27).

Jordi Bayod

employés par « prou de gens » pour refuser l'application de la peine capitale aux « heretiques et mescreans » :

[...] De maniere que prou de gens ont pensé qu'on ne se pouvoit prendre à nous, que de ce que nous faisons contre nostre conscience ; et sur cette regle est en partie fondée l'opinion de ceux qui condamnent les punitions capitales aux heretiques et mescreans [...] ¹³.

Nous savons aujourd'hui, grâce à la récente découverte d'un document des censeurs romains qui ont revu en 1581 la première édition des *Essais*, que cette référence pouvait susciter de l'inquiétude parmi les gardiens de l'orthodoxie de l'Eglise. En effet, un des censeurs rapporte dans sa liste des affirmations douteuses des *Essais* : « Allega un fundamento dell'opinione di quei qui dannant punitione capitali ha [...] » ¹⁴. Je ne crois pas que la position de Montaigne ait été inspirée, comme le soutient Joseph Lecler dans son *Histoire de la tolérance*, par « les réflexions des théologiens catholiques sur la conscience erronée » (Lecler cite en particulier Saint Thomas) ¹⁵. Il est, à mon avis, plus vraisemblable que Montaigne se fonde sur des figures controversées de son époque comme Sébastien Castellion, le défenseur de Miguel Servet ¹⁶.

Après 1588, Montaigne ajoute dans ce bref chapitre une citation latine qui procède de l'*Apologeticus* de Tertullien et qui

¹³ *Essais*, I, 16, 70 A.

¹⁴ Peter Godman, *The Saint as Censor. Robert Bellarmine between Inquisition and Index*. Leiden, Brill, 2000, p. 339-342 ; Philippe Desan reproduit ce document dans "Dieu à notre commerce et société" : *Montaigne et la Théologie*, Genève, Droz, 2008, p. 197-200.

¹⁵ Joseph Lecler, *Histoire de la tolérance au siècle de la Réforme*. Paris, Albin Michel, 1994, p. 544-545, 551 (n. 100).

¹⁶ Cf. *Essais*, I, 35, où Montaigne exprime son admiration par Castellion. Cf. la note d'André Tournon à son édition des *Essais* (1998. Paris : Imprimerie nationale, 3 vol., I, p. 540), qui renvoie à Castellion, *De haereticis an sit persequendi*. L'auteur des *Essais* possédait, semble-t-il, deux livres écrits par Bernardino Ochino, ami de Castellion : voir G. de Botton et F. Pottière-Sperry, « À la recherche de la "librairie" de Montaigne », in *Bulletin du bibliophile*, 2, 1997, p. 254-298 (p. 289-290).

CORPUS, revue de philosophie

fait de nouveau référence à la substitution de la peine de mort par la peine morale de la honte : « *Suffundere malis hominis sanguinem quam effundere* » (Songez plutôt à faire monter le sang au visage d'un homme qu'à le répandre)¹⁷. La citation est introduite dans les lignes où le Périgourdin s'occupe de la punition de la lâcheté. Mais il est intéressant de constater que Montaigne a pris la phrase d'un ouvrage de Juste Lipse, *Liber de una religione* (1590), dont l'objet est, précisément, la question de la liberté religieuse. Lipse, le célèbre humaniste admiré par Montaigne, avait écrit ce texte pour réfuter Dirck Coornhert, qui, très attachée pour sa part à la pensée de Castellion, était tout à fait contraire à la politique de défense de l'unité religieuse de l'État par des moyens répressifs – le célèbre « *Ure, seca* » (Brûle, coupe) allégué par Lipse dans le livre IV, chapitre 3 de ses *Politica* (1589) –¹⁸.

Dans le passage du *Liber de una religione* qui nous concerne, l'humaniste flamand nombre quatre genres ou degrés de châtements réservés à « *turbatoribus istis* » de l'unité religieuse : « *Mulctam, Ignominiam, Exsilium, Mortem* »¹⁹. Lorsqu'il parvient au quatrième degré, la peine de mort, il nous rappelle sa position pas du tout favorable à en faire un emploi excessif et, dans ce contexte, il reproduit la phrase de Tertullien²⁰. Tout en reconnaissant la différence entre religion publique et religion privée, et tout en acceptant le droit au silence (« *tacere liceat* ») pour « *qui in Religione privatim peccant* » (ceux qui pêchent contre la religion en privé)

¹⁷ Tertullien, *Apologeticus adversus gentes*, 4, 9 (trad. française de Pierre Villey).

¹⁸ Lipsius, *Politica. Six Books of Politics or Political Instruction*. Assen, Royal van Gorcum, 2004, p. 392 : « *Clementiae non hic locus. Ure, seca, ut membrorum potius aliquod, quam totum corpus intereat* » (cf. Cicéron. *Philippicae*, VIII, 5, 15). Sur la polémique entre Lipse et Coornhert, voir Joseph Lecler, op. cit., p. 636-639 ; Jacqueline Lagrée, *Juste Lipse et la restauration du stoïcisme*, Paris, Vrin, 1994, p. 83-90 ; Gerrit Voogt, *Constraint on Trial. Dirck Volckertsz Coornhert and Religious Freedom*, Kirksville, Truman State Univ. Press, 2000, p. 197-229.

¹⁹ Lipsius, *Adversus dialogistam liber de una religione*. Lyon, Hug. a Porta, 1592, p. 50.

²⁰ *Ibid.*, p. 53-54.

Jordi Bayod

sans perturber l'ordre public²¹, Lipse est loin de partager l'importante idée exposée (et peut-être approuvée) par Montaigne selon laquelle « on ne se [peut] prendre à nous, que de ce que nous faisons contre nostre conscience »²².

II. La conception utilitariste de la peine de mort qu'on a remarqué dans la lettre à Paul de Foix de 1570 est évoquée pour un moment dans le chapitre des *Essais* « Nous ne goustons rien de pur » (II, 20), à travers une citation de l'historien romain Tacite : « *Omne magnum exemplum habet aliquid ex iniquo, quod contra singulos utilitate publica rependitur* » (Toute punition exemplaire comporte quelque iniquité envers les particuliers, qui est compensée par l'utilité publique)²³. On peut rappeler aussi un bref commentaire contenu dans « Couardise mere de la cruauté » (II, 27) : « Le tuer est bon pour éviter l'offense à venir, non pour venger celle qui est faite »²⁴. Mais surtout cette conception réapparaît avec clarté au début du chapitre du troisième livre « De l'art de conferer » (III, 8) : « C'est un usage de nostre justice, d'en condamner aucuns pour l'avertissement des autres. On ne corrige pas celuy qu'on pend, on corrige les autres par luy »²⁵.

Simone Perrier a toute la raison de dire que dans ce passage « le fait lui-même [de la peine de mort] n'est pas contesté », et que « on peut noter seulement que [sa] formulation [...] implique la

²¹ Lipsius (2004), IV, 4, p. 394.

²² Cf. Sébastien Castellion, *Conseil à la France désolée*. M. F. Valkhoff éd. Genève : Droz, 1967, p. 25 : « [...] Un homme craignant Dieu ayme mieux se laisser oster cruellement la vie que de laisser forcer sa conscience ».

²³ *Essais*, II, 20, 675 A ; Tacite, *Annales*, XIV, 44 (trad. française de P. Villey).

²⁴ *Essais*, II, 26, 694 A. Thierry Gontier se fonde sur ce passage pour soutenir que « Montaigne accepte donc la peine de mort pour son utilité préventive (réduite à l'élimination de l'homme dangereux, non à quelque exemple dissuasif) [...] », *De l'homme à l'animal : Montaigne et Descartes ou les paradoxes de la philosophie*. Paris, Vrin, 1998, p. 140.

²⁵ *Essais*, III, 8, 921 B. En fait, la version originelle de 1588, un peu différente, dit : « pour le seul exemple des autres » (cf. A. Tournon éd., 1998. *Essais*, III, p. 215).

CORPUS, revue de philosophie

prise de distance que l'on sait : il ne faut pas changer nos usages mais ils ne sont que cela »²⁶. On pourrait ajouter que Montaigne assume ici une doctrine de la peine de mort bien définie, la doctrine qui la justifie non pas comme punition d'une faute, mais par son utilité sociale et politique, par son effet dissuasif ou préventif.

Les mots que Montaigne ajoute dans ce passage après 1588 confirment cet attachement. Avec eux l'auteur des *Essais* renvoie à un motif classique, extrait de Platon :

De les condamner par ce qu'ils ont failly, ce seroit bestise, comme dict Platon. Car, ce qui est faict, ne se peut deffaire ; mais c'est affin qu'ils ne faillent plus de mesmes, ou qu'on fuye l'exemple de leur faute²⁷.

Cette remarque est très probablement inspirée par un passage des *Lois* de Platon (XI, 934 a), mais peut-être faudrait-il se rappeler surtout d'un autre lieu du corpus platonicien, le dialogue *Protagoras*, où cette doctrine est présentée pour la première fois²⁸. C'est d'ailleurs une approche qui est reprise par Sénèque dans un passage célèbre de son *De ira* où il s'agit de démontrer que les punitions doivent être toujours libres de colère : « [...] Nam, ut Plato ait, nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur ; reuocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur » (En effet, comme dit Platon, le sage ne punit pas parce qu'on a péché, mais pour qu'on ne pêche pas ; on ne saurait rappeler le passé, l'on peut prévenir le futur)²⁹.

²⁶ Simone Perrier, « Le subjectif et l'irréfutable : la peine de mort dans les *Essais* », in : *Montaigne. Les derniers essais*. Cahiers Textuel 34/44, 2, 1986, p. 45-54 (p. 47-48).

²⁷ *Essais*, III, 8, 921 C.

²⁸ Platon, *Protagoras*, 324 a-b (reproduit dans Stobée, *Sententiae*, Sermo XLIV, « *De magistratu* »).

²⁹ Sénèque. *De ira*, I, 19, 7 ; cf. aussi *Ibid.*, II, 31, 8. Montaigne fait référence à ce thème sénèqueien dans *Essais*, III, 10, 1008 B : « La philosophie veut qu'au chastiement des offences receues, nous en distrayons la cholere [...] ».

Cette même conception de la peine de mort, qui la considère comme un instrument et non comme une finalité, et qui met l'accent sur ses aspects dissuasifs, pas inédite à l'époque de Montaigne³⁰, apparaît aussi dans les deux déclarations, parallèles et résonnantes, que l'auteur périgourdin fait contre « tout ce qui est au-delà de la mort simple » dans les exécutions³¹, la première dans le chapitre « De la cruauté » (II, 11), la seconde dans « Couardise mere de la cruauté » (II, 27). Mais on remarquera que dans les deux cas Montaigne présente d'abord son idée comme s'il s'agissait d'une pure inclination personnelle, sans aucune prétention objective. On s'introduit ici dans la seconde perspective relevée au début de notre intervention : la voix personnelle de Montaigne :

Les executions mesme de la justice, pour raisonnables qu'elles soyent, je ne les puis voir d'une veue ferme. [...] Quant à moy, en la justice mesme, tout ce qui est au delà de la mort simple, me semble pure cruauté, et notamment à nous qui devrions avoir respect d'en envoyer les ames en bon estat ; ce qui ne se peut, les ayant agitées et desesperées par tourmens insupportables. [...] Je conseillerois que ces exemples de rigueur, par le moyen desquels on veut tenir le peuple en office, s'exerçassent contre les corps des criminels [...]³².

Tout ce qui est au delà de la mort simple, me semble pure cruauté : nostre justice ne peut esperer que celuy que la crainte de mourir et d'estre decapité ou pendu ne gardera de faillir, en soit empesché par l'imagination d'un feu

³⁰ Cf. Castiglione, *Il cortegiano*, IV, 12 ; Lipsius, J. (2004), IV, 11, p. 464. Cf. aussi Grotius, *De iure belli ac pacis*, II, 20, 4 ; Hobbes, *De cive*, 3, 11 ; *Leviathan*, 15 ; La Mothe Le Vayer, *Des supplices* (Lettre XLII), *ad initium* ; Richelieu, *Testament politique*, II, 5 ; Pufendorf, *De iure naturae et gentium*, VIII, 3, 8.

³¹ La « mort simple » (*mors simplex*) est l'exécution capitale sans torture ; cf. Suétone, *Jules César*, 74 (un passage paraphrasé par Montaigne dans *Essais*, II, 11, 430 A).

³² *Essais*, II, 11, 430-431 A.

CORPUS, revue de philosophie

languissant, ou des tenailles, ou de la roue. Et je ne sçay cependant si nous [ne] les jettons [pas] au desespoir : car en quel estat peut estre l'ame d'un homme attendant vingt-quatre heures la mort, brisé sur une roue, ou, à la vieille façon, cloué à une croix ?³³

Ce sont des déclarations où Montaigne ne conteste pas la validité de la peine de mort, mais qui ont également provoqué le malaise des censeurs romains chargés d'examiner la première édition des *Essais*. Le *Journal de voyage* de Montaigne cite ce point, en effet, comme faisant partie de la liste de questions considérées problématiques par les censeurs du Sacro Palazzo de Rome : « [...] D'estimer cruauté ce qui est au-delà de mort simple »³⁴. Les documents de la Congrégation de l'Index confirment cette inquiétude : « Tutti i castigi oltre la morte istima pura crudeltà »³⁵.

Nous ne connaissons pas la réaction des censeurs face à l'argumentation spécifique que Montaigne adresse à « nous » les chrétiens. L'auteur des *Essais* montre son souci pour la rédemption des âmes agitées des condamnés à mort, bien que d'une façon un peu suspecte³⁶, et conseille n'appliquer les supplices qu'aux cadavres des exécutés. Il ne semble pas mettre en question la prémisse de la valeur exemplaire de la peine capitale :

[...] Je conseillerois que ces exemples de rigueur, par le moyen desquels on veut tenir le peuple en office, s'exerçassent contre les corps des criminels : car de les voir priver de sepulture, de les voir bouillir et mettre à quartiers, cela

³³ *Ibid.*, II, 27, 700-701 A.

³⁴ Montaigne (1983). *Journal de voyage*, Fausta Garavini éd., Paris, Gallimard, 1983, p. 222.

³⁵ Peter Godman, op. cit., p. 339-342.

³⁶ Georges Pholien, « Les *Essais* et la religion », in : *Bulletin de la Société des Amis de Montaigne* ; VII^e Série, 35-36, 1994, p. 123-131 (p. 127). Sur le contexte un peu inquiétant du second fragment, cf. David Quint, *Montaigne and the Quality of Mercy. Ethical and Political Themes in the Essais*. Princeton, Princeton Univ. Press, 1998, p. 74. (Sur le thème du désespoir du Christ, voir Jean Bodin, *Colloque entre sept scavans*, François Berriot éd., Genève, Droz, 1984, p. 364).

Jordi Bayod

toucheroit quasi autant le vulgaire que les peines qu'on fait souffrir aux vivans, quoy que par effect ce soit peu, ou rien [...] ³⁷.

Le *Journal de voyage* décrit l'exécution du bandit italien Catena, le 11 janvier 1581 à Rome (une exécution qui correspond, d'ailleurs, aux paramètres établis par le Périgourdin). Il est remarquable que le secrétaire de Montaigne constate froidement la fonction exemplaire attribuée à la peine capitale :

M. de Montaigne y remarqua ce qu'il a dit ailleurs, combien le peuple s'effraie des rigueurs qui s'exercent sur les corps morts [...]. Soudain qu'ils sont morts, un ou plusieurs jésuites ou autres se mettent sur quelque lieu haut et crient au peuple, qui deçà, qui delà, et le prêchent pour lui faire goûter cet exemple ³⁸.

Comme l'a remarqué Thierry Gontier, Montaigne « notera aussi sa préférence pour les exactions sur les corps morts plutôt que sur les corps vivants » dans le chapitre « Des cannibales » (I, 31) ³⁹. Dans un autre lieu des *Essais*, pas si connu, il critique, mais non sans une certaine ambiguïté, la dissection des corps vivants des criminels condamnés à mort, pratiquée parfois dans l'Antiquité :

Toutesfois la foiblesse de nostre condition nous pousse souvent à cette nécessité, de nous servir de mauvais moyens pour une bonne fin [...]. Ceux là avoient encore plus de tort, qui permettoient anciennement que les criminels, à quelque sorte de mort qu'ils fussent condamnez, fussent déchirez tous vifs par les medecins, pour y voir au naturel nos parties interieures et en establir plus de certitude en leur art : car, s'il se faut débaucher, on est plus excusable le

³⁷ *Essais*, II, 11, 431 A.

³⁸ *Journal de voyage*, p. 198 ; cf. *Essais*, II, 11, 432 A².

³⁹ *Essais*, I, 31, 209 A ; cf. *Ibid.*, II, 11, 430 A. Voir Thierry Gontier, op. cit., p. 138, n. 4.

CORPUS, revue de philosophie

faisant pour la santé de l'ame que pour celle du corps [...]»⁴⁰.

Montaigne en vient même à douter de l'utilité réelle des supplices. C'est un aspect ouvertement exprimé dans une page du chapitre « Que nostre desir s'accroit par la malaisance » (II, 15), où, après avoir rappelé l'opinion de Sénèque selon laquelle « les supplices aiguissent les vices plustost qu'ils ne les amortissent »⁴¹, le Périgourdin conclut (à la fin du chapitre dans sa version primitive) : « [...] Cecy sçay-je par experience que jamais police ne se trouva reformée par là. L'ordre et le reglement des meurs dépend de quelque autre moyen »⁴².

III. L'une des choses qui frappent le plus du chapitre « De la cruauté » est l'irruption de la voix personnelle de Montaigne dans ses dernières pages. L'auteur des *Essais* parle à la première personne et se décrit comme un homme compatissant : « [...] Je me compassionne fort tendrement des afflictions d'autrui [...]. Il n'est rien qui tente mes larmes que les larmes [...] »⁴³. Comme un homme qui a horreur de la cruauté, plus que de tout autre vice :

Je hay, entre autres vices, cruellement la cruauté, et par nature et par jugement, comme l'extreme de tous les vices.

⁴⁰ *Essais*, II, 23, 684 A ; la source de ce passage est sans doute Agrippa, *De incertitudine scientiarum*, 86 (« De anatomistica »), mais voir aussi Celse, *De arte medica*, I, « Préface ». Cf. Jean Céard, « Montaigne anatomiste », in *Cahiers de l'Association Internationale des Études Françaises*, 55, 2003, p. 302.

⁴¹ *Essais*, II, 15, 615 A ; cf. Sénèque. *De clementia*, I, 23, 1.

⁴² *Essais*, II, 15, 616 A. Cf. l'opinion de François La Motte-Messemé, qui se fait écho de l'approche de Montaigne sur les supplices : « Si c'est pour donner terreur et exemple à ceux qui assistent à l'exécution, l'on voit par ce qui en arrive tous les jours le peu de profit que l'on en tire [...] » (*Le Passe-Temps*. 2e éd., 1597, II, p. 34, cité dans L. Lalanne, *Brantôme, sa vie et ses écrits*. Paris : Renouard, 1896, p. 265. Cf. Alan M. Boase, *The Fortunes of Montaigne. A History of the Essays in France, 1580-1669*. New York, Octagon Books, 1970, p. 13-14).

⁴³ *Essais*, II, 11, 430 A et C.

Jordi Bayod

Mais c'est jusques à telle mollesse que je ne voy pas égorger
un poulet sans desplaisir, et ois impatientement gemir un
lievre sous les dens de mes chiens [...].⁴⁴

Ainsi, la voix personnelle de Montaigne se sépare expressément de l'école stoïcienne (« la première eschole philosophique et surintendante des autres »)⁴⁵ et en particulier de la position de Sénèque dans son *De clementia*, où la compassion (*misericordia*) est soigneusement distinguée de la clémence et rejetée comme « vitium pusilli animi » (le vice d'une âme faible)⁴⁶. Montaigne se sépare aussi de ses contemporains Juste Lipse et Pierre Charron, fidèles disciples sur ce point de Sénèque⁴⁷. En fait, il se sépare du consensus contre la pitié qui, comme le souligne Nietzsche dans l'« Avant-propos » de *Généalogie de la morale*, a presque toujours régné chez les philosophes⁴⁸.

Mais l'auteur des *Essais*, on le sait bien, entend ne pas mêler la sphère privée – celle où règnent légitimement la sensibilité et la pensée de l'individu – avec le domaine public, soumis à la loi

⁴⁴ *Essais*, II, 11, 429 A. Il n'est pas difficile de trouver, dans d'autres lieux des *Essais*, des passages où Montaigne insiste sur sa sensibilité compatissante : I, 1, 8 B ; III, 8, 922 B ; III, 13, 1100 B ; I, 21, 97 C. Cf. Alan Levine, *Sensual Philosophy. Toleration, Skepticism, and Montaigne's Politics of the Self*, Lanham, Lexington Books, 2001, p. 211-216.

⁴⁵ *Essais*, III, 4, 834 C.

⁴⁶ Voir Sénèque. *De clementia*, II, 4, 4 – 6, 4 ; cf. D. Quint, op. cit., p. 11-12. Sur la portée éthique de cette position de Montaigne, voir Philip Hallie, « The Ethics of Montaigne's 'De la cruauté' », in La Charité, Raymond éd. *O un Amy! Essays on Montaigne in Honor of Donald M. Frame*. Lexington, Ky. : French Forum, 1977, p. 156-71 ; cf. Zahi Zalloua, *Montaigne and the Ethics of Skepticism*, Charlottesville, Rookwood Press, 2005, p. 10-11. Il faut aussi signaler l'usage que Judith Shklar fait de Montaigne dans « Putting Cruelty First », in J. Shklar, *Ordinary Vices*. Cambridge, Mass, Harvard Univ. Press, 1984, p. 7-44 ; cf. Alan Levine, « Cruelty, Humanity, and the Liberalism of Fear : Judith Shklar's Montaigne », in : *Montaigne Studies* ; 20, 2008, p. 157-170.

⁴⁷ J. Lipse, *Traité de la constance*, I, 12 ; P. Charron. *De la sagesse*, I, 32 ; III, 30 (qui parle de « double miséricorde »).

⁴⁸ Nietzsche. *La généalogie de la morale*, « Avant-propos », 5.

CORPUS, revue de philosophie

civile et à la religion. Dans le chapitre « De la coutume [...] » (I, 23), le plus pertinent à ce propos, il nous assure, en allusion au conflit entre catholiques et protestants, que c'est une grande erreur de prétendre imposer la « privée fantasie » sur « les constitutions et observances publiques et immobiles » : « La raison privée n'a qu'une juridiction privée »⁴⁹. On pourrait donc penser que pour le Périgourdin sa sensibilité personnelle et sa conscience ne doivent jamais mettre en question la grande structure objective de « la justice », « notre justice ».

Et néanmoins dans le premier chapitre du tiers livre, « De l'utile et de l'honneste » (III, 1), même en admettant que « en toute police, il y a des offices nécessaires, non seulement abjects, mais encore vitieux », et que « les vices y trouvent leur rang et s'employent à la couture de nostre liaison »⁵⁰, Montaigne réclame son droit personnel à ne pas participer au jeu. Ici la conscience devient, si non action, au moins abstention : il préfère laisser ces fonctions utiles mais peu honnêtes « aux citoyens plus vigoureux et moins craintifs qui sacrifient leur honneur et leur conscience »⁵¹. Plus loin, il souligne que les exécuteurs de la haute justice (c'est-à-dire ceux qui « exécute[nt] les jugemens qui condamnent les criminels à mort ou à quelque peine afflictive », ou, plus simplement, les bourreaux)⁵² jouent un rôle aussi utile que malhonnête : « [On emploie] les hommes perdus, aux executions de la haute justice, charge autant utile comme elle est peu honeste »⁵³. L'argument

⁴⁹ *Essais*, I, 23, 121 C. Cf. *Ibid.*, 118 A : « [...] Il me semble [...] que le sage doit au dedans retirer son âme de la presse, et la tenir en liberté et puissance de juger librement des choses ; mais, quant au dehors, qu'il doit suivre entièrement les façons et formes reçues ».

⁵⁰ *Essais*, III, 1, 791 B.

⁵¹ *Ibid.* On lit plus loin : « Le bien public requiert qu'on trahisse et qu'on mente et qu'on massacre ; resignons cette commission à gens plus obéissants et plus souples » (III, 1, 791 B - C).

⁵² J'emprunte ces mots à l'article « Exécuteur de la haute justice » de *l'Encyclopédie*.

⁵³ *Essais*, III, 1, 799 B. Curce, un personnage du *Colloque entre sept sçavans* attribué à Jean Bodin, maintient aussi cette idée de l'utilité ou de la

utilitariste ne suffit pas pour obliger un homme (au moins un homme comme lui) à réaliser une action vile. C'est la conclusion du chapitre : On argumente mal l'honnêteté et la beauté d'une action par son utilité, et conclut on mal d'estimer que chacun y soit obligé et qu'elle soit honnête à chacun, (b) si elle est utile »⁵⁴.

Montaigne se limite-t-il donc à déléguer les obligations infâmes, mais nécessaires pour le maintien de la société, à d'autres citoyens moins raffinés ou moins sensibles que lui ? Je crois qu'il va plus loin. En fait, on l'a vu au sujet des supplices, Montaigne, après avoir introduit son opinion comme une simple idée personnelle, allègue des arguments objectifs et ose même donner des conseils de portée générale. Comme s'il ne voulait pas renoncer à essayer, au moins dans ce domaine, l'application de sa « privée fantasie » à la réalité sociale. Comme s'il songeait à faire le législateur à la façon de Montesquieu (on se souvient du bon mot de Voltaire : « Montesquieu c'est Michel Montaigne législateur »)⁵⁵.

On pourrait parler chez Montaigne d'un engagement public contre la souffrance humaine. Le Périgourdin rappelle même l'existence d'« un general devoir d'humanité » (qui à son avis s'étend jusqu'aux animaux et les plantes)⁵⁶. À la dénonciation de « tout ce qui est au-delà de la mort simple » dans les exécutions, on doit lui ajouter, bien sûr, la critique de la torture judiciaire

nécessité des bourreaux : « [...] Les carpeaux ne sont pas moins nécessaires dans les jardins ny les araignées dans les maisons pour ramasser les venins qu'un bourreau dans une République » (Bodin [1984], p. 180). Cervantes, pour sa part, met dans la bouche du *Guichotte* (dans le chapitre 22 de la première partie du livre, face à un groupe de condamnés aux galères) : « [...] Y no es bien que los hombres honrados sean verdugos de los otros hombres, no yéndoles nada en ello » (Et il n'est pas bien que des hommes d'honneur se fassent les bourreaux d'autres hommes, quand ils n'ont nul intérêt à cela).

⁵⁴ *Essais*, III, 1, 803 B-C.

⁵⁵ Voltaire. *L'A, B, C, ou dialogues entre A, B et C*, cité par Catherine Volpilhac-Augier, *Montesquieu, mémoire de la critique*. Paris, Presses de l'Université Paris-Sorbonne, 2003, p. 464.

⁵⁶ *Essais*, II, 11, 435 A.

CORPUS, revue de philosophie

dans le chapitre « De la conscience » (II, 5), écrite dans un ton qui ne semble avoir rien de subjectif :

Plusieurs nations [...] estiment horrible et cruel de tourmenter et desrompre un homme de la faute duquel vous estes encores en doute. [...] Estes-vous pas injustes, qui, pour ne le tuer sans occasion, luy faites pis que le tuer? Qu'il soit ainsi : voyez combien de fois il ayme mieux mourir sans raison que de passer par cete information plus penible que le supplice, et qui souvent, par son aspreté, devance le supplice, et l'execute⁵⁷.

Sans oublier que dans la dernière page du chapitre « De la physiognomie » (III, 12), on peut lire, à propos des « condamnations crimineles », des catégoriques déclarations personnelles (« je ne le puis faire », « j'ay plustost manqué à la justice ») qui semblent affecter le domaine public (bien qu'elles soient expliquées par la lâcheté de son auteur) :

Aussi ne hay-je personne ; et suis si lache à offencer que, pour le service de la raison mesme, je ne le puis faire. Et lors que l'occasion m'a convié aux condamnations crimineles, j'ay plustost manqué à la justice *Ut magis peccari nolim quam satis animi ad vindicanda peccata habeam* [Je voudrais qu'il n'y eût de fautes commises que je n'ai de courage pour les châtier]⁵⁸.

Montaigne montre aussi son engagement dans le chapitre « Des boyteux » (III, 11), où il examine le phénomène de la sorcellerie. Ici il s'oppose carrément à des auteurs qui stimulaient dans son temps la chasse aux sorcières, et en générale à tous ceux qui prétendaient imposer leur point de vue sur le sujet « par braverie et commandement » : « Les sorcieres de mon voisinage courent hazard de leur vie, sur l'advis de chaque nouvel autheur qui vient donner

⁵⁷ *Essais*, II, 5, 369 C. Voir l'analyse de Thierry Gontier, op. cit., p. 135-137.

⁵⁸ *Essais*, III, 12, 1063 B et C ; la phrase latine correspond à Tite-Live, XXIX, 21, 11 (trad. française de P. Villey).

Jordi Bayod

corps à leurs songes »⁵⁹. Montaigne, sans remettre en cause la peine capitale elle-même, souligne la disproportion entre ce qui ne sont que des conjectures très douteuses et la « conséquence effective » de la mort :

Pour une altercation verbale et scolastique, qu'ils ayent autant d'apparence que leurs contradicteurs ; mais en la conséquence effective qu'ils en tirent, ceux-cy ont bien de l'avantage. A tuer les gens, il faut une clarté lumineuse et nette [...] ⁶⁰.

L'auteur des *Essais* a examiné lui-même certaines femmes accusées de sorcellerie, et en a tiré la conclusion que, loin de mériter le châtement de la mort, elles avaient besoin de quelque sorte de thérapie mentale :

En fin et en conscience, je leur eusse plustost ordonné de l'ellebore, que de la cicue. *Captisque res magis mentibus, quam consceleratis similis visa* [Leur cas me semble plus voisin de la folie que du crime]. La justice a ses propres corrections pour telles maladies ⁶¹.

Il est vrai qu'un peu plus loin Montaigne réitère son « obéissance de la raison publique et en ses faits et en ses dicts »⁶². Il est vrai qu'il se replie dans sa prudence habituelle (« Je ne serois pas si hardy à parler s'il m'appartenoit d'en estre creu [...] »)⁶³, et qu'il déclare encore une fois son entière soumission aux lois et mœurs en vigueur : « Qui mettroit mes resveries en compte au prejudice de la plus chetive loy de son village, ou opinion, ou coustume, il se feroit grand tort, et encores autant à

⁵⁹ *Essais*, III, 11, 1031 B.

⁶⁰ *Ibid.* Cf. *Ibid.* 1032 B : « Apres tout, c'est mettre ses conjectures à bien haut pris que d'en faire cuire un homme tout vif ».

⁶¹ *Ibid.*, 1032 B et C ; la phrase latine procède de Tite-Live, VIII, 18 (trad. française de P. Villey).

⁶² *Ibid.*, 1033 B

⁶³ *Ibid.*

CORPUS, revue de philosophie

moy »⁶⁴. Néanmoins, il est difficile de ne pas penser que, derrière ces déclarations de prudence du Périgourdin, se cache une volonté claire d'intervenir dans la réalité sociale, en somme une vocation de législateur et de réformateur. Comme si la voix subjective de Montaigne ne renonçait pas à devenir un jour la voix de la loi.

**Jordi BAYOD
Université de Barcelone**

⁶⁴ *Ibid.*

LA PEINE DE MORT ET LA GRÂCE AU THÉÂTRE : SHAKESPEARE, LOPE DE VEGA ET CORNEILLE

L'apparition d'une tragédie à fin heureuse à l'époque moderne signe la fin d'une « évidence poétique », représentant une sorte d'alternative au paradigme classique où la catastrophe funeste semblait être la condition nécessaire du genre tragique. La façon dont le motif tragique du condamné à mort est traité dans nombre de pièces sérieuses, entre la fin du XVI^e siècle et le début du XVII^e, peut donner un aperçu de l'amplitude de cette révolution poétique. La présente analyse prend appui sur un échantillon de pièces espagnoles, anglaises et françaises du début du XVII^e siècle, présentant un personnage qui échappe à la peine capitale par l'intermédiaire de la grâce du souverain : *Peribáñez et le commandeur d'Ocaña* de Lope de Vega, *Mesure pour mesure* de William Shakespeare, *Horace* et *Cinna* de Pierre Corneille, entre autres. Il sera question d'élucider à partir de ces exemples si la fin de l'évidence « poétique » de la peine de mort suppose ou préfigure la fin d'une évidence « juridique », tout comme, par exemple, la part des présupposés politiques et religieux dans l'élaboration de cette nouvelle poétique qui met l'acte du pardon au centre du drame.

I. La fin d'une évidence poétique : la tragédie à fin heureuse

I. 1. Le tyran tragique et la peine de mort

La peine de mort est un motif récurrent de la tragédie depuis l'Antiquité. L'*Antigone* de Sophocle vouée à la mort par la tyrannie de Créon pour avoir enseveli son frère Polynice en dépit de la loi est peut-être le premier et le plus illustre exemple de cette tradition théâtrale. A Rome, la tragédie de Sénèque consacre l'émergence de la figure du tyran au théâtre, figure inique et

CORPUS, revue de philosophie

puissante amenée à exercer de terribles vengeances sur ses proches : Atrée qui tire vengeance de son frère Thyeste en faisant cuire ses neveux qu'il offre en festin au malheureux père, Néron qui brûle Rome et condamne à mourir sa première épouse Octavie. Lorsqu'à la Renaissance, le théâtre européen renouera avec le genre tragique suivant le modèle sénèqueien, on retrouvera à nouveau sur la scène toute une panoplie d'héroïnes condamnées à mort par un tyran. L'une des histoires tragiques qui connaîtra un plus large succès est celle de Marianne et Hérode, adaptée sur la scène par Lodovico Dolce (1565) et Gianbattista Martii (1594), puis par Calderón (1637), Tirso de Molina (1612-1615), Hardy (1625) et Tristan l'Hermitte (1636) entre autres. Cette mise en scène du tyran tragique collabore à l'exposition des problématiques liées à l'exercice du pouvoir et plus particulièrement, à l'autorité du souverain. Il représente le pôle négatif du débat devenu conventionnel entre le légitime désir de vengeance d'un souverain offensé et la clémence qu'il doit à ses sujets, débat thématique souvent dans les entretiens entre le tyran vengeur et un conseiller prudent qui plaide la cause du condamné à mort.

Il faut aussi considérer qu'à la fin du XVI^e siècle l'horreur triomphe sur la scène européenne faisant de la peine de mort, un véritable ressort de l'action. Les dramaturges n'hésitent pas à inclure dans leurs intrigues l'exposé d'affreuses exécutions, comme c'est le cas dans la *Nise Laureada* (1577) de l'espagnol Bermudez, où le chœur offre un récit très cru de l'exécution de deux conseillers du roi Don Pedro, surnommé très à propos Le Cruel. L'exécution la plus détaillée est peut-être celle que l'on retrouve dans l'*Alejandra* (1581-1585) d'Argensola où le condamné est amené à poser tour à tour sur le billot son bras droit, puis son bras gauche, puis sa tête afin qu'ils soient tranchés par le bourreau qui, après cet interminable dépeçage, arrache enfin le cœur de la victime encore palpitant¹. Ces tragédies d'inspiration

¹ Voir Jean-Louis Flechniakoska, « L'horreur morale et l'horreur matérielle dans quelques tragédies espagnoles du XVI^e siècle », in Jean Jacquot et Marcel Odon dir., *Les tragédies de Sénèque et le théâtre de la Renaissance*, Paris, CNRS, 1973, p. 61-72.

sénéquienne montrent des monarques indignes et despotiques qui condamnent à mort des innocents poussés par le désir de vengeance.

Symbolisant les idéaux de la résistance face à la tyrannie durant l'âge baroque, Sénèque perdra son prestige au début de l'âge classique et devra s'éclipser définitivement avec le triomphe de l'absolutisme. Dans ce processus, discrédit esthétique et censure politique sont solidaires : le ressort dramatique de l'horreur est rejeté, car contraire à la bienséance, alors que la figure du tyran disparaît progressivement de la tragédie au profit de rois chrétiens et magnanimes. Le premier modèle dramatique (celui du tyran) met l'accent sur les conséquences politiques des passions déchaînées, joignant à la thématique monarchique chère à la modernité le vieux thème de la vengeance sanglante, dont la finalité morale est atteinte par la voie cathartique de la cruauté. Le second (celui du souverain magnanime) interpelle les intérêts d'état sous l'angle de la grandeur, illustrant la thématique monarchique sous un visage flatteur, montrant des héros qui triomphent des passions par le sens du devoir mais aussi par la notion chrétienne de sacrifice qui vise l'exemplarité. Dans les deux cas et comme le veut la tradition, le dénouement de la tragédie ou catastrophe est toujours malheureux, que ce soit la peine de mort injustement administrée ou le sacrifice héroïque, l'issue est toujours fatale aux protagonistes du drame.

La *Poétique* d'Aristote insiste sur l'importance de la catastrophe finale. Texte de référence encore pour les théoriciens modernes, ceux-ci continuent de définir le genre tragique comme la mise en scène de la chute d'un personnage illustre, qui passe de la prospérité au malheur, et finit misérablement. L'idée d'une tragédie qui se terminerait bien semble donc, à première vue, contradictoire.

1. 2. Le paradigme théâtral de la pièce procès

Or cette évidence poétique qu'est la catastrophe est remise en question à la fin du XVI^e siècle. Apparaît alors un paradigme tragique dans lequel, lorsqu'il est question de la condamnation à mort du protagoniste, celle-ci intervient en tant que péripétie et non pas au niveau du dénouement. Le motif du condamné à

CORPUS, revue de philosophie

mort reste fondamental, tout comme dans le modèle sénéquien, mais dans ces pièces ce n'est plus la logique de la vengeance qui triomphe : le roi n'est pas un tyran sanguinaire mais juge prudent des affaires de ses sujets et son rôle n'est plus celui d'exécuter un innocent mais de sauver le héros du péril qu'il encourt. Le thème de la vengeance ne disparaît pas dans ces ouvrages : la vengeance y est encore une importante composante qui sert à mettre en évidence les contradictions qu'elle peut engendrer au sein du système politique. Elle n'est là que pour mieux faire ressortir les effets bénéfiques de la justice royale qui restaure l'harmonie entre les parties rivales, permettant une issue heureuse au conflit dramatique.

Comme premier exemple, considérons la pièce de Lope de Vega *Peribáñez et le commandeur d'Ocaña* (1609-1612) dont l'action se situe dans l'Espagne du XV^e siècle, sous le règne d'Henri III. Le paysan Peribáñez se rend coupable du meurtre d'un noble de sa région, le commandeur d'Ocaña. Cette transgression de la loi lui vaut la condamnation à mort du roi. Cependant le souverain prudent change d'avis après avoir entendu le plaidoyer de Peribáñez : le paysan n'a tué que pour défendre son honneur car le commandeur convoitait son épouse. Le roi décide alors de révoquer son arrêt et d'octroyer sa grâce à l'accusé :

Il est chose extraordinaire
Qu'un paysan aussi humble
Soit si soucieux de son honneur !
Vive Dieu, ceci n'est pas une raison
De le tuer ! Je lui fais grâce
De la vie [...].²

Un schéma dramatique analogue se retrouve dans d'autres pièces de la production lopesque (*Fuenteovejuna*, *El infanzon de*

² « REY : ¡Cosa estraña / que un labrador tan humilde / estime tanto su fama! / ¡Vive Dios que no es razón / matarle! Yo le hago gracia / de la vida. [...] » (Lope de Vega, *Peribáñez y el Comendador de Ocaña*, III, 3105-3110, Madrid, Espasa-Calpe, 1969, p. 136).

Nuria Lombardero

Illecas, Audiencias del rey Don Pedro) ainsi que dans le théâtre de Tirso de Molina y de Calderón (*El alcalde de Zalamea*).

Dans un tout autre contexte, le sujet de l'*Horace* (1641) de Corneille met en scène le procès du célèbre héros romain qui, après avoir triomphé des Curiaces, exécute sa propre sœur pour défendre l'honneur de Rome. Le roi reconnaît que la condamnation à mort d'Horace est la seule solution légale qui s'offre à lui : « Les moins sévères lois en ce point sont d'accord / Et si nous les suivons, il est digne de mort³ ». Pourtant, il renonce à appliquer une loi qui lui semble trop sévère et accorde finalement la grâce à celui qui s'est vaillamment battu pour son pays : « Vis donc Horace, vis guerrier trop magnanime / Ta vertu met ta gloire au dessus de ton crime⁴ ». Un procès semblable à celui d'Horace se retrouve dans *Le dictateur romain* d'André Mareschal (1646). Corneille met en scène le même motif de la grâce du souverain dans *Le Cid* (1637) ainsi que dans la pièce intitulée *Cinna ou la clémence d'Auguste* (1643), où l'empereur découvre un complot visant à l'assassiner, mais au lieu d'exécuter les conjurés, il leur octroie son pardon.

Enfin, dans *Mesure pour mesure* de Shakespeare (1604 ca.), le gentilhomme Claudio, en raison d'une loi contre la fornication récemment promulguée à Vienne, va être décapité pour avoir engrossé sa concubine Juliette. La sœur de Claudio intervient alors auprès du juge Angelo pour demander clémence. S'étant épris d'elle, Angelo propose à Isabelle un terrible marché : il graciera son frère si elle lui fait don de son corps. Isabelle feint d'accepter mais le juge ne révoque pas l'ordre d'exécution. Lorsque ce juge perfide est démasqué par le Duc Vincentio, celui-ci déclare :

Donc Angelo ton crime ainsi manifesté,
Le voudrais-tu nier, te dénie tout espoir,

³ Corneille, *Horace*, V, 3, 1737-38, in *Œuvres complètes*, I, Paris, Gallimard, Pléiade, 1980, p. 900.

⁴ *Ibid.*, V, 3, 1759-60.

CORPUS, revue de philosophie

Et nous te condamnons à ce même billot
Où Claudio se courba pour recevoir la mort⁵.

Or, le Duc sait que Claudio n'a pas encore été exécuté et son intention est moins de condamner le juge que de l'humilier publiquement. Au moment du dénouement, le souverain gracie en même temps Angelo et Claudio, auxquels il impose uniquement de se marier avec leurs concubines respectives. Un conflit judiciaire de cette espèce apparaît aussi dans le dénouement de *Le Marchand de Venise*, par exemple.

Toutes ces pièces, aux sujets très variés, explorent des situations d'ordre judiciaire où le dénouement inattendu conduit à s'interroger sur la nature et la légitimité de la justice. La résolution heureuse est obtenue par l'intervention d'un personnage qui a la fonction de juge et qui rétablit l'ordre dans la cité sans que le protagoniste ait à payer de sa vie.

I. 3. Le personnage et le conflit dramatique

Mais, qui sont ces condamnés à mort ? Dans la plupart des cas, le personnage accusé se range dans la typologie topique du « héros vengeur ». Offensé par la victime, il se fait justice lui-même. Dans ce genre de pièces qui s'achèvent par le procès et l'absolution de l'accusé, celui-ci défie souvent la loi au nom d'un impératif moral plus pressant : celui de l'honneur.

En effet, dans presque tous les drames sous-gît un conflit d'honneur qui oppose des personnages et qui suscite un acte de vengeance partiellement illégitime. Dans *Peribáñez*, la situation dramatique présente une situation paradoxale. Pour venger son honneur, un paysan ose lever la main contre un membre très puissant de la noblesse. Cet acte réparateur constitue, en même temps, un crime gravissime qui porte atteinte non seulement à la vie d'un homme mais surtout à la hiérarchie sociale, à l'ordre

⁵ « Then, Angelo, thy fault's thus manifested; / Which though thou wouldst deny, denies thee vantage. / We do condemn thee to the very block / Were Claudio stoop'd to death » (Shakespeare, *Mesure pour mesure*, V, 405-408, trad. de Michel Grivelet, Paris, Aubier, 1978, p. 258-259).

féodal traditionnel. Or, c'est pour défendre cet ordre social basé sur l'honneur que le paysan a agît : il est donc à la fois coupable d'un crime et innocent, car les raisons de son acte l'excusent.

Dans *Cinna*, les conjurés qui prétendent assassiner l'ancien tyran Octave, devenu par la suite l'empereur Auguste, se situent dans une logique de vengeance tout à fait compréhensible : Emilie persuade Cinna de mettre à mort celui qui avait auparavant assassiné son père. Le cas d'Horace n'est pas moins complexe et désespéré. Il se rend coupable d'un crime ignominieux, l'assassinat de sa propre sœur, alors que ses intentions étaient, elles, irrépréhensibles : il voulait punir dans la personne de Camille tous ceux qui oseraient déplorer la récente victoire de Rome sur Albe et contester son autorité sur le nouvel état né de l'union des deux cités. Horace est à la fois coupable et innocent : matériellement il est coupable d'un meurtre, moralement il n'a fait que rendre un nouveau service à sa patrie. Le père d'Horace exprime ainsi le paradoxe de sa situation : « Le seul amour de Rome a sa main animée / Il serait innocent, s'il l'avait moins aimée »⁶.

La façon dont Shakespeare traite ses « coupables » est légèrement différente. « Coupable » n'est d'ailleurs pas le mot qui convient tout à fait. En effet, dans *Mesure pour mesure* (comme dans *Le marchand de Venise*) il n'y a pas de crime à proprement parler. Si les faits que Shakespeare examine dans les deux pièces sont bien des affaires de justice, avec tribunal et verdict, un stratagème dramatique empêche les personnages antagonistes de commettre l'irréparable : le projet maléfique échoue et l'engrenage fatal avec ses paliers habituels (crime, vengeance, expiation) ne se met pas en marche.

Toutefois, si on examine l'intrigue de *Mesure pour mesure*, par exemple, on observe que le condamné à mort se trouve, comme c'était le cas des héros que nous avons cités précédemment, dans une situation ambiguë : il est à la fois coupable et innocent. Claudio a enfreint la loi en faisant un enfant à Juliette sans avoir

⁶ Corneille, *Horace*, V, 3, 1655-56, in *Œuvres complètes*, op. cit., p. 898.

CORPUS, revue de philosophie

célébré de cérémonie officielle de mariage alors que les deux amants avaient pourtant échangé des serments solennels. Matériellement, Claudio est coupable. Moralement, il peut être considéré innocent. Or, le rapport entre légalité et moralité est inversé pour le juge Angelo, ce qui complique les choses et enrichit la réflexion sur la justice à laquelle Shakespeare nous convie. Le Juge Angelo est matériellement innocent mais moralement coupable. Dans la pièce de Shakespeare il est d'ailleurs traité comme un coupable et dûment culpabilisé. Ce personnage est emporté par les pires sentiments : luxure pour ce qui est d'Isabelle, implacabilité en ce qui concerne Claudio, mais ses desseins sont mis en échec et, accusé et confondu publiquement, il sera en dernière instance absous.

Etranges histoires, enchevêtrées et fort différentes, mais où les auteurs semblent explorer la même problématique liée à l'exercice de la justice. La culpabilité relève-t-elle de l'action ou de l'intention ? Si l'intention est déjà criminelle, si les mauvaises pensées à elles seules sont déjà punissables, l'innocence est-elle possible ? Comment concilier justice et clémence ? Si la culpabilité est presque consubstantielle à la condition humaine, faut-il privilégier le dispositif pénal de la sévérité ou celui de l'indulgence ? Toutes ces pièces soulèvent bien de questions auxquelles sont offertes des réponses partielles qui ne sont jamais universellement satisfaisantes. D'autant plus que ces ouvrages puisent leur matière de réflexion dans des cas décidément « exceptionnels », des cas limites présentant des situations extrêmement ambiguës. Dans ces conditions, ces exceptions théâtrales faites à la peine de mort, ne viendraient-elles pas en réalité confirmer son évidence ?

II. L'évidence de la peine de mort et la fonction de la grâce au théâtre

Que la peine de mort est une évidence « poétique », nous l'avons déjà constaté : elle possède une fonction dramatique, pouvant constituer soit la catastrophe, soit une péripétie centrale qui fait encourir au héros un danger conforme aux exigences de la

tragédie. Il est temps de se demander si la peine de mort est aussi dans le paradigme théâtral qui nous occupe une évidence « idéologique ».

II. 1. La peine de mort : une évidence philosophique

En examinant cet échantillon de pièces qui mettent en scène la grâce d'un condamné à mort, nous constatons que la légitimité de la peine capitale n'est jamais contestée, ni par ceux qui accusent – ce qui est tout à fait logique –, ni même par ceux qui veulent défendre l'accusé et implorent qu'il soit gracié. Souvent, l'alternative proposée par ces derniers consiste à mourir à la place du condamné. Ainsi, par exemple, voilà ce que la femme d'Horace, Sabine, propose au roi dans la pièce de Corneille :

Ce n'est pas que je veuille avec cet artifice
Dérober un coupable à la justice,
Quoi qu'il ait fait pour vous traitez-le comme tel,
Et punissez en moi ce noble criminel⁷.

La peine de mort est une évidence pour ce personnage : pour la vie qu'Horace a ôtée à sa sœur, la justice exige qu'on lui rende une autre vie. Alors, pourquoi pas la sienne ?

En effet, les arguments visant à légitimer l'exercice de la peine de mort dans le théâtre sont nombreux et vont des conceptions liées à des croyances mystiques anciennes à celles, plus modernes, d'ordre politique et qui s'articulent autour des questions qui touchent la société, sa sécurité et son équilibre.

Quant à ces conceptions que l'on peut désigner comme mystiques, on remarque la présence dans le discours théâtral d'arguments qui rappellent que, dans les sociétés anciennes, la mise à mort ne visait pas seulement à punir les crimes mais qu'elle était nécessaire pour apaiser les âmes des morts. A ce propos, on se souviendra de la rencontre de Hamlet avec le spectre de son père assassiné qui lui demande réparation : celui-ci sera condamné à errer la nuit et à pâtir des terribles souffrances tant que sa

⁷ Corneille, *Horace* V, 3, 1599-1602, in *Œuvres complètes*, op. cit., p. 896.

CORPUS, revue de philosophie

mort ne sera pas vengée par le sang du coupable (*Hamlet*, I, 5). De même, dans *Horace*, Valère rappelle lors du procès la soif de vengeance des dieux pour un acte sacrilège :

Pensez-vous que les Dieux, vengeurs des innocents,
D'une main parricide acceptent de l'encens ?
Sur vous ce sacrilège attirerait sa peine
Ne le considérez qu'un objet de leur haine⁸.

De même, lorsque Emilie songe à « punir le tyran » qui a tué son père en ayant recours pour cette périlleuse entreprise à son amant Cinna, elle ne fait que reformuler cette idée : « Quoi qu'il en soit, qu'Auguste ou que Cinna périsse, / Aux Mânes paternels je dois ce sacrifice »⁹.

Il n'y a pas cependant que ces arguments mystiques. Les personnages des pièces qui nous intéressent rappellent dans leurs discours que la société humaine est amenée à user du châtement suprême pour se débarrasser d'individus jugés dangereux pour sa sécurité et son équilibre. Le principe juridique de la « rétribution » demeure un argument important en faveur de la peine de mort au théâtre. Certains crimes, compte tenu de leur gravité, doivent être réparés par la mort du coupable. Cette logique de la compensation s'inspire de l'ancienne Loi du Talion, comme on peut le déduire du discours que tient le Duc de *Mesure pour mesure* à propos de la culpabilité du juge Angelo :

Puisque doublement criminel, il a violé
La chasteté sacrée et rompu la promesse
Fait pour ce prix-là, de lui sauver la vie,
Dans sa clémence même la Loi nous vient crier
Des plus distinctement et par sa bouche même :
« Un Angelo pour Claudio, mort pour mort,

⁸ Corneille, *Horace*, V, 2, 1520-23, in *Œuvres complètes*, op. cit., p. 894.

⁹ Corneille, *Cinna*, I, 3, 133-34, in *Œuvres complètes*, op. cit., p. 917.

Nuria Lombardero

La hâte paie la hâte, la durée ce qui dure,
Tel pour tel et toujours MESURE POUR MESURE¹⁰.

Nombreuses sont les pièces qui fournissent des exemples dans lesquels la rétribution apparaît comme un principe fondamental, légitimant, tout au moins dans l'esprit de ceux qui prennent en main l'exercice de la justice, la peine de mort. On se contentera de donner encore un autre exemple tiré de l'œuvre de Shakespeare. Dans *Timon d'Athènes*, argumentant contre la demande de grâce introduite par Alcibiade en faveur d'un de ses hommes, condamné à mort pour avoir commis un meurtre, le Premier Sénateur fait remarquer au capitaine athénien : « Nous défendons la loi, il mourra ; n'insistez pas davantage. Sous peine d'encourir notre extrême déplaisir. Frère ou ami, c'est au péril de son sang qu'on verse le sang d'autrui »¹¹. L'objectif visé est de proportionner le plus exactement possible le châtement au crime.

La rétribution n'est pas le seul principe à justifier la peine de mort. La lutte contre la récidive est aussi un puissant argument car, dans le discours théâtral, la peine de mort est souvent considérée comme le moyen le plus efficace de mettre le criminel hors d'état de nuire. En effet, quand la justice décide de faire exécuter un coupable, elle vise, du même coup à rétribuer un crime mais aussi à s'offrir des garanties que le malfaiteur ne pourra plus répéter son forfait. Dans *Mesure pour Mesure*, c'est l'argument utilisé par Angelo lorsque Isabelle fait appel à la pitié du juge :

¹⁰ « Being criminal, in double violation / Of sacred chastity, and of promise-breach, / Thereon dependent for your brother's life, / The very mercy of the Law cries out / Most audible, even from his proper tongue, / an Angelo for Claudio, death for death: Haste still pays haste, and leisure, answers leisure; / Like doth quit like, and Measure for Measure » (Shakespeare, *Mesure pour mesure*, V, 397-404, op. cit., p. 258-259).

¹¹ « We are for law; he dies : urge it no more / On height of our displeasure. Friend or brother, / He forfeits his own blood that spills another » (*Timon d'Athènes*, III, 5, 87-89, in Shakespeare, *Tragédies*, Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, vol. II, p. 616-617).

CORPUS, revue de philosophie

Mais j'en montre le plus quand je me montre juste,
Car alors j'ai pitié de tous les inconnus
Qu'une faute impunie plus tard tourmenterait
Et fais le bien de qui, expiant le mal commis,
Ne vit pas pour recommencer¹².

C'est aussi l'argument dont se sert Valère dans son rôle de procureur pour exiger la mise à mort d'Horace lorsqu'il s'adresse au roi avec ces mots : « Arrêtez sa fureur et sauvez de ses mains, / Si vous voulez régner, le reste des Romains¹³ ».

Un dernier argument doit être mis en évidence. Instrument efficace pour éviter la récidive, la peine de mort peut aussi constituer un moyen de prévention contre de futurs crimes. Car ceux qui ont la charge de la justice doivent avoir le souci de faire pénétrer dans les consciences la certitude d'être puni quand on commet un délit. La certitude d'une punition affreuse devrait dissuader ceux qui envisageraient de commettre des actes passibles d'une telle peine. Ainsi au théâtre, les arguments en faveur de la mise à mort au nom de l'exemple ne manquent pas. Les dramaturges proclament, par la bouche de leurs personnages, l'efficacité de la peine de mort en termes d'intimidation. C'est le cas dans la pièce de Lope de Vega où le roi, ayant pris connaissance du crime commis par Peribáñez, « jure solennellement / De lui appliquer un châtement / Qui fera trembler le monde¹⁴ ». C'est le cas aussi dans *Cinna* lorsque l'empereur Auguste proclame : « Et que tout l'Univers, sachant ce qui m'anime, / S'étonne du supplice aussi bien que du crime »¹⁵.

Le principe de l'exemplarité de la peine de mort peut parfois entrer en contradiction apparente avec le droit de grâce du prince.

¹² « I show it most of all, when I show justice; / For then I pity those I do not know, Which a dismiss'd offence, would after gall / And do him right, that answering one foul wrong / Lives not to act another » (Shakespeare, *Mesure pour mesure*, II, 2, 101-105, op. cit., p. 140-141).

¹³ Corneille, *Horace*, V, 2, 1489-90, in *Œuvres complètes*, op. cit., p. 893.

¹⁴ « Voto y juramento hago / de hacer en él un castigo / que ponga al mundo temor » (Lope de Vega, *Peribáñez*, III, 3003-5, op. cit., p. 133).

¹⁵ *Cinna*, V, 3, 1661-62, in *Œuvres complètes*, op. cit., p. 965.

Nuria Lombardero

Ainsi, dans *Henry V*, lorsque le roi décide d'accorder sa grâce à l'un de ses sujets qui s'était rendu coupable d'un crime de lèse-majesté, Scroop lui fait la remarque suivante : « C'est être clément mais par trop confiant ; qu'il soit puni, Majesté, de peur que son exemple ne suscite, si on le tolère, des imitateurs »¹⁶. Cette mise en garde constitue moins un obstacle à l'exercice du droit de grâce, qu'un appel à la prudence du roi, qui doit faire en sorte qu'une miséricorde excessive ne nuise pas à la société.

II. 2. Signification et fonction dramatique de la grâce

Tous les éléments passés en revue jusqu'ici montrent que les fondements idéologiques de la peine de mort font apparaître au théâtre le châtement suprême comme un maillon important d'une chaîne idéologique et politique, où se mêlent en un tout indissoluble le mystique et les exigences quotidiennes de la vie en société. Or, si la peine de mort est une évidence, quelle fonction accorder à ce procédé exceptionnel qu'est la grâce ? Exigence dramatique pour un modèle de théâtre judiciaire à fin heureuse, la grâce contribue à la visée exemplaire du théâtre moderne mais n'a pas toujours la même signification : elle peut être, selon les cas, instrument d'une leçon morale, juridique ou politique.

Dans une pièce comme *Mesure pour mesure*, Shakespeare analyse les détails d'application d'une sentence. Le dernier acte est conçu – avec les plaidoyers, les péripéties de la procédure, les surprises et les émotions du verdict – comme une grande scène de jugement. Mais tout au long de la pièce l'exigence de justice est bien présente. La satisfaire est le premier devoir du gouvernement. Dès les premières scènes, Angelo, régent de Vienne en l'absence du Duc, tend à établir le bienfondé de sa doctrine de sévérité : il faut que les lois soient appliquées strictement. A l'opposé, Isabelle, la sœur du condamné Claudio, soutient la doctrine adverse, celle de la miséricorde. La justice doit être rendue mais

¹⁶ « That's mercy, but too much security; / Let him be punish'd, sovereign, lest exemple / Breed, / by his sufferance, more of such a kind » (Shakespeare, *Henry V*, II, 2, 44-46, Paris, GF Flammarion, 2000, p. 70-71).

CORPUS, revue de philosophie

ceci ne doit pas empêcher les juges d'être magnanimes. La miséricorde consiste ici, d'une part, à croire qu'épargner un coupable c'est lui donner la possibilité de se régénérer. D'autre part, elle consiste aussi à se persuader que celui qui exerce une autorité détient, de par sa fonction, quelque chose du pouvoir bénéfique de Dieu. Cette doctrine triomphe dans le dénouement de *Mesure pour mesure*. Même si le Duc dans son premier verdict condamne Angelo avec les mots sévères que nous connaissons (« Un Angelo pour un Claudio, mort pour mort, / [...] Tel pour tel et toujours MESURE POUR MESURE ») la grâce finale proclame la doctrine chrétienne de la miséricorde¹⁷ : « Pour le mal, Angelo, c'est le bien qu'on vous rend »¹⁸.

Dans cette pièce – dont le titre, tiré de l'Évangile, est déjà éloquent¹⁹ – c'est la miséricorde du souverain, d'inspiration divine, qui triomphe de la rigueur tyrannique du régent perfide. Pour tout ce qu'il a fait, Angelo ne mérite peut être pas le pardon. Mais celui-ci lui est offert gracieusement. La justice obéit à une logique (rétributive, préventive, etc.) que l'on peut analyser alors que la clémence, à l'image de l'amour divin, garde ici son mystère. Le point de vue shakespearien dans cette pièce est bien moins politique que moral : c'est moins la paix sociale que la paix intérieure qui l'intéresse. Plutôt que la grâce qui procède du juge, Shakespeare exalte le pardon qui, lui, vient de dieu.

Du point de vue de la justice humaine, la grâce du souverain peut avoir aussi une autre signification. Elle peut être la preuve que la justice royale peut s'étendre au-delà de la justice ordinaire

¹⁷ De même Auguste à Cinna : « Tu trahis mes bienfaits, je les veux redoubler / Je t'en avais comblé, je t'en veux accabler » (Corneille, *Cinna*, V, 3, 1707-8, in *Œuvres complètes*, op. cit., p. 967).

¹⁸ « Well Angelo, your evil quits you well » (Shakespeare, *Mesure pour mesure*, V, 1, 489, op. cit., p. 264-265).

¹⁹ « Soyez donc miséricordieux comme votre Père est miséricordieux. Ne jugez point et vous ne serez pas jugés ; ne condamnez pas et vous ne serez pas condamnés ; pardonnez et on vous pardonnera. Donnez et on vous donnera : on versera dans votre sein une bonne mesure, pressée et secouée, et qui débordera. Car la même mesure avec laquelle vous aurez mesuré servira de mesure pour vous » (Luc, VI, 36-38).

et outrepasser les lois communes. Dans les cas difficiles qui s'offrent aux souverains dans ces pièces, à la notion juridique de justice se superpose celle d'équité. Ainsi le roi Henry III dans *Peribañez*, ne se contentera pas d'examiner la faute manifeste du prévenu, mais il écoutera aussi son témoignage et tiendra compte de sa conduite exemplaire. Grâce à l'équité royale, la justice, généralement aveugle, regarde les circonstances particulières de celui que l'on juge. Le verdict du souverain vise alors moins à appliquer strictement la loi qu'à être équitable. L'équité est en effet conçue, non pas pour ignorer la loi, mais pour que les juges regardent la réalité concrète de la situation et puissent mettre en accord les exigences présentes dans le droit avec les exigences de leur conscience morale. Tel est le dessein du verdict royal dans le *Peribañez* de Lope de Vega où le paysan comparait devant le roi et la reine. En écoutant le prévenu, la reine est émue par les épreuves qu'il a dû endurer et par le courage avec lequel il a su préserver sa famille du danger. Elle est dans la logique chrétienne de la miséricorde. Henry III, « *Enrique justiciero* », se situe, lui, dans une logique judiciaire. Ici ce n'est pas la grâce qui est considérée comme l'attribut royal par excellence, mais la justice. Accorder la grâce à qui le mérite n'est pas faire une exception mais appliquer à bon escient le principe de l'équité, c'est-à-dire, faire ce qui est juste dans un cas particulier.

Le principe d'équité vise donc à rendre justice en tenant compte non seulement de la faute mais aussi de celui qui l'a commise. Elle fait intervenir au nom de la justice les plus nobles sentiments : la clémence, l'indulgence, la compassion. Or, aucun de ces sentiments ne semble intervenir dans le verdict du roi Tulle dans l'*Horace* de Corneille. Dans cette pièce, le souverain ne cherche dans l'absolution du jeune Héros que l'utilité politique : « Vis donc Horace, [...] / Vis pour servir l'Etat » (v. 1759-63). Aucun appel à la clémence ou à la conscience morale du juge n'est fait. Sa sentence est exclusivement le fruit de la *ratio*, d'une prudence toute politique, exempte de *pathos*. Le pragmatisme propre à la raison d'Etat considère que l'importance de l'avantage obtenu grâce aux exploits d'Horace, compense sa faute et rend la sentence favorable à l'accusé non seulement légitime mais nécessaire.

CORPUS, revue de philosophie

De pareils serviteurs sont les forces des Rois,
Et des pareils aussi sont au-dessus des lois.
Quelles se taisent donc [...] ²⁰.

Symbole de la force militaire de Rome, Horace doit vivre pour continuer d'assurer sa pérennité. Ce n'est pas la compassion du Roi qui sauve Horace, ce n'est pas l'amendement équitable d'une loi trop sévère : le roi avec son pouvoir absolu peut ne pas appliquer la loi, l'abroger ou la faire passer sous silence. Attribut d'un arbitre royal illimité, la grâce est ici expression de la praxis politique autoritaire du XVII^e siècle. La grâce peut être ainsi un acte non pas de miséricorde, mais de puissance.

Shakespeare en Angleterre, Lope de Vega en Espagne, Corneille en France et tant d'autres dramaturges de leur époque, ont médité sur les principes qui établissent le droit et la justice, sur leurs limites et leurs perversions. Or, nous avons constaté que le châtement suprême ne se présente pas au théâtre sous la forme d'un objet de controverse entre partisans et détracteurs de la peine de mort mais comme un acquis, un constituant de l'ordre naturel des choses. Tous les personnages – qu'ils soient témoins, accusés ou juges – semblent reconnaître à la communauté le droit et même le devoir d'envoyer à la mort ceux qui se rendent coupables d'un crime passible de cette peine. Le débat concerne non pas la loi qui condamne au dernier supplice mais le juge et son exercice qui l'oblige à équilibrer justice et clémence. De même, l'enjeu est moins celui de la communauté que le destin individuel d'un homme condamné à périr sur l'échafaud. L'œuvre dramatique invite moins à un débat sur la peine de mort qu'à une réflexion à propos des motivations qui accompagnent l'acte individuel et qui interviennent dans la notion juridico-religieuse de culpabilité. En aucun cas la grâce du souverain n'est une alternative à la peine de mort, mais l'exception qui confirme la règle. Uniquement dans des cas exceptionnels et pour ne pas mettre en discussion

²⁰ Corneille, *Horace*, V, 3, 1753-55, in *Œuvres Complètes*, op. cit., p. 900.

Nuria Lombardero

l'applicabilité de la norme, on peut avoir recours à des solutions exceptionnelles. La grâce est invariablement une exception, une sorte de *deus ex machina* qui rend possible le dénouement heureux.

La véritable « alternative » est donc d'ordre esthétique : l'absolution de celui que le modèle tragique conventionnel aurait condamné à mort renverse les présupposés dudit modèle. Une intrigue qui devrait naturellement tourner en catastrophe est couronnée, au contraire, par un dénouement heureux qui réconcilie les parties en conflit. C'est ainsi que se traduit l'optimisme d'un rationalisme chrétien qui ne voit plus la destinée humaine comme une tragédie sans issue mais qui fait confiance à la justice, et trouve dans la clémence une nouvelle forme de sublime.

**Nuria LOMBARDERO
Université de Bourgogne
Università degli Studi di Bologna**

**« QU'A D'INHUMAIN
LA DISSECTION D'UN MÉCHANT ? »
LA MÉDECINE FACE À LA PEINE DE MORT**

On pourrait aborder la question de la dissection avec une citation tirée d'un document qui a eu, dès sa parution, une grande diffusion parmi les philosophes et les médecins. Il s'agit des *Lettres pseudo hippocratiques*, un texte apocryphe rédigé entre le I^e siècle avant J.-C. et le I^e siècle après J.-C. environ, et que l'on considère soit comme une satire morale louant la supériorité du philosophe face à la vanité humaine, soit comme une source utile de préceptes médicaux sur la mélancolie.

- Qu'est-ce que tu écris là, Démocrite ?

- J'écris sur la folie [...] Qu'écrirais-je autre chose que sur sa nature, sur ses causes et sur les moyens de la soulager ? Les animaux que tu vois ici ouverts, je les ouvre, non pas que je haïsse les œuvres de la divinité, mais parce que je cherche la nature et le siège de la bile.

[...] Moi, j'en cherche la cause, et je tue et j'ouvre des animaux ; mais c'était dans l'homme qu'il fallait la chercher¹.

Ce sont Démocrite et Hippocrate qui parlent. Savant avec une connaissance encyclopédique le premier, père de la médecine ancienne le second, appelé par les Abdéritaines pour soigner la folie supposée du philosophe vivant à l'écart et riant de n'importe quoi. La volonté du philosophe de chercher la cause de la folie dans l'homme n'exprime pas seulement une provocation sarcastique contre la vanité humaine, mais soulève une question centrale

¹ Emile Littré (1861), « Lettres », in *Œuvres complètes d'Hippocrate*, Baillière, Paris, t. IX, p. 355 et 373.

CORPUS, revue de philosophie

dans la médecine : l'importance de l'expérience sur le corps humain et la nécessité, lorsque cela était interdit, de se rabattre sur des animaux.

D'ailleurs, en tant que science *conjecturale* et *expérimentale*, comme la définit le *Dictionnaire* de Furetière et comme le répète de la même façon le *Dictionnaire* de Trévoux² et l'*Encyclopédie* elle-même³, la médecine a pu progresser grâce à l'observation et à l'expérience, qui sera toujours une expérience sur le corps. La question centrale, qui nous permet d'introduire le thème de la peine de mort en relation à la médecine, se pose justement au sujet du corps : de quel type de corps parle-t-on en traitant d'expérience médicale ? S'il ne s'agit que d'un corps « abstrait », réduit par l'anatomie et par les médecins mécanistes à une machine parfaite et extrêmement composée, « un magasin de cordes, leviers, poulies et autres instruments de mécanique », et où « le but général de tous ces ressorts était de concourir au mouvement progressif du sang, le seul absolument nécessaire à la vie »⁴, sa connaissance reste possible à l'aide de la dissection des corps sans vie des cadavres qui venaient souvent directement de l'échafaud.

Mais si l'on s'interroge sur le phénomène de la vie, considérée comme consubstantielle à la matière et comme le résultat de l'interaction des parties du corps entre elles dans une unité irréductible à la somme de ses composants, le cadavre reste muet et il faudrait s'adresser au corps vivant pour chercher à en arracher le secret. C'est de cette perspective que dérive l'expérimentation sur des

² Voir *Dictionnaire universel, contenant généralement tous les mots français tant vieux que modernes, [...] par feu Messire Antoine Furetière*, La Haye, A. et R. Leers, 1690, t. I ; mais aussi *Dictionnaire universel français et latin, vulgairement appelé Dictionnaire de Trévoux...*, Paris, Compagnie des libraires associés, 1771, t. III, « EXPÉRIMENTAL : qui est fondé sur des expériences. La Médecine est une science conjecturale & expérimentale ».

³ *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, Paris, 1751-1772 (rpt Fromann), EXPÉRIMENTAL (Philosophie natur.) et EXPÉRIENCE (Médecine), VI, p. 298a (désormais Encyclopédie).

⁴ *Encyclopédie, OECONOMIE ANIMALE*, XI, p. 364ab.

Piero Schiavo

animaux et l'anatomie comparée, dont on vient de voir un exemple avec Démocrite et qui était déjà très diffusée aux temps de Galien. Et c'est en conformité avec cette même perspective que Diderot arrive à proposer dans des pages choquantes de l'*Encyclopédie* la vivisection des condamnés à mort.

Sans entrer dans le mérite d'une discussion juridique et éthique au sujet de l'expérimentation sur l'homme, ce que l'on propose, sans prétention d'exhaustivité, c'est une analyse des points de contact entre cette exigence de la médecine et la peine capitale, à travers le témoignage de certains médecins et philosophes des siècles XVII^e et XVIII^e, visant à montrer l'attitude de la science médicale face à « l'évidence » de la peine de mort. Tout en bénéficiant pour son progrès des possibilités d'expérience offertes par les cadavres des condamnés, la médecine s'est cependant maintenue en dehors du débat sur la condamnation capitale, en l'acceptant comme une donnée. À l'exception peut-être de la position extrême de Diderot, on s'est limité à défendre le droit d'utilisation des cadavres pour la recherche contre tout type de superstition contrariant le progrès de la science.

On analysera donc l'utilité de l'étude conduite sur les cadavres des condamnés à mort, des problèmes pratiques qu'elle comportait, et aussi ses limites en relation à une conception non mécaniste du corps humain telle qu'elle allait se diffuser au XVIII^e siècle. Finalement, on commentera la position de Diderot sur la dissection des condamnés, qui trouve son origine dans cette nouvelle perspective « vitaliste ».

Quand l'on parle du « corps » de la médecine, il faudrait tout d'abord faire une distinction entre le corps de la *médecine* et celui de la *science médicale*. Dans le premier cas, on ne peut pas faire abstraction de la sphère du vécu du patient, de son histoire, de sa manière de sentir, de vivre et de réagir à la maladie, de son âme. Le médecin se mesure à un patient concret et vivant dont il ne peut pas omettre tout ce que, normalement, la science laisse de côté. Mais en ce qui concerne la médecine en tant que science, on a affaire à un tout autre sujet, selon lequel le corps n'est que le résultat d'un processus d'objectivation et d'abstraction visant à

CORPUS, revue de philosophie

en faciliter l'analyse et la compréhension. Expliquer sa vie signifie essayer d'en expliquer le fonctionnement et les mécanismes, sans prétendre toutefois que la vie réelle s'épuise en eux. Il s'agit donc d'accepter un écart inévitable entre connaissance scientifique et compréhension du vivant⁵.

De son côté, Descartes reconnaît cette distinction entre la *médecine*, qui s'occupe du corps vivant réel et uni à l'âme, et la *science*, qui s'intéresse au corps « entièrement et véritablement distinct »⁶ de l'âme. Dans son traité posthume *De l'homme* (1662) il donne une définition du corps du point de vue de la science médicale, en posant les jalons de la médecine mécaniste : « Je suppose que le corps n'est autre chose qu'une statue ou *machine* de terre, que Dieu forme tout exprès, pour la rendre le plus semblable à nous qu'il est possible » de façon à pouvoir attribuer à cette machine toutes les fonctions qu'on reconnaît dans l'homme, pour « qu'ils imitent le plus parfaitement qu'il est possible ceux d'un vrai homme »⁷. Statue, machine : on a donc affaire à une abstraction, une « fiction épistémologique »⁸ utile à la science dans l'étude de l'homme, de la structure de son corps et des *mécanismes* déterminant son fonctionnement, mais qui ne nous dit rien sur la vie et sur l'homme vivant.

C'est le corps-machine, où un déterminisme rigide règle le mouvement des parties, où les lois de l'hydraulique expliquent la circulation de ses fluides, et où ce qui intéresse ce sont la forme et la position de ses composants, la structure de ses engrenages, étant donnée l'idée que dans le corps tous les phénomènes

⁵ Dominique Folscheid, Brigitte Feuillet-Le Mintier, Jean-François Mattei (1997), *Philosophie, éthique et droit de la médecine*, Paris, PUF, p. 126.

⁶ Descartes, « Méditations métaphysiques », in *Œuvres de Descartes* (1996), publiées par Charles Adam & Paul Tannery, Paris, Vrin, vol. IX, p. 62.

⁷ Descartes, *Traité de l'homme*, in *Œuvres*, cit., vol. XI, p. 120, nous soulignons.

⁸ Dominique Folscheid, Brigitte Feuillet-Le Mintier, Jean-François Mattei, *Philosophie, éthique et droit de la médecine*, op. cit., p. 126.

Piero Schiavo

physiologiques et pathologiques peuvent être expliqués à partir de la seule morphologie interne de l'organisme⁹.

C'est le corps « connu »¹⁰ de la science, un corps que la médecine a toujours pu étudier en se servant de la dissection des cadavres et dont l'anatomie a réussi, au cours des siècles, à tracer une description chaque fois plus fidèle et détaillée. « Les cadavres sont les seuls livres où on puisse bien étudier l'Anatomie », écrit d'Alembert dans l'article CADAVRE de l'*Encyclopédie*. Et Diderot rectifie :

*la conservation des hommes et les progrès de l'art de les guérir, sont des objets si importants, que dans une société bien policée les prêtres ne devraient recevoir les cadavres que des mains de l'anatomiste, et qu'il devrait y avoir une loi qui défendit l'inhumation d'un corps avant son ouverture*¹¹.

Leur provenance n'était pas importante face aux besoins de la science. Qu'il s'agisse d'un criminel qui venait d'être exécuté, ou d'un malade récemment mort dans un Hôpital, les cadavres offraient quand même un modèle parfait de corps machine et ils restaient le fondement de la recherche médicale¹².

⁹ Mirko D. Grmek, Raffaele A. Bernabeo, « La machine du corps », in *Histoire de la pensée médicale en Occident*, vol. II, Mirko D. Grmek dir., Paris, Seuil, 1997, p. 7. Descartes, *Traité de l'homme*, op. cit., p. 201 : « Je désire, dis-je, que vous considériez que ces fonctions suivent toutes naturellement, en cette machine, de la seule disposition de ses organes, ne plus ne moins que font les mouvements d'un horloge, ou autre automate, de celle de ses contrepoids et de ses roues ».

¹⁰ Je trouve cette définition dans D. Folscheid, B. Feuillet-Le Mintier, J.-F. Mattei, op. cit., p. 125.

¹¹ *Encyclopédie*, CADAVRE, II, p. 511a, nous soulignons. Et dans son commentaire, ajouté à ce que Toussaint et d'Alembert avaient déjà écrit, Diderot continue : « L'ouverture des cadavres ne serait pas moins avantageuse aux progrès de la Médecine ».

¹² D'après l'anatomie pathologique, les cadavres fournis par les Hôpitaux étaient plus utiles à l'étude des maladies et des mécanismes du corps lui-même, selon la conviction que les organes souffrent des altérations à la

CORPUS, revue de philosophie

Pour l'anatomie, tout d'abord. Dès la renaissance de cette discipline au XVI^e siècle, les médecins se sont toujours servis des cadavres des exécutés, sans trop se questionner sur la justesse de la condamnation à mort, tout en montrant par ailleurs, dans certains cas, un cynisme indifférent aux problèmes éthiques et humains que la peine capitale pose. « Notre sujet anatomique a été pendu » écrivait Baldasar Heseler, étudiant silésien qui suivait à Bologne le cours d'anatomie de Matteo Corti. Et André Vésale, qui interviendra dans ce même cours en janvier de 1540, rassurait les étudiants du risque de manque de cadavres à disséquer avec un commentaire très significatif : « demain nous aurons un nouveau sujet, je crois qu'on en pendra un autre »¹³.

Cependant, tous les cadavres des condamnés n'étaient appropriés à la table de l'anatomiste et à ses dissections démonstratives dans le *theatrum anatomicum*. Le corps d'un pendu, par exemple, ne pouvait pas être utilisé pour l'explication du système respiratoire à cause de la destruction du larynx produite par le nœud coulant. Les cadavres des décapités non plus n'étaient pas très utilisés, vu que non seulement ils arrivaient déjà mutilés sur la table de l'anatomiste, mais qu'ils présentaient de plus les veines et les artères flétries, ayant perdu trop de sang au moment de l'exécution. On préférait donc des individus « noyé en eau, plutôt qu'étranglé par un licol, ou [...] tué par plaie, ou morts de quelque maladie »¹⁴.

suite de la maladie, qu'on peut observer dans le cadavre. Des médecins comme Willis, Morgagni ou Malpighi préféraient des cadavres dont on pouvait connaître l'histoire clinique, pour avoir la possibilité de mettre en relation causale un symptôme avec une altération observable dans le corps mort. De cette façon, la maladie, « avec ses lésions, devenait en effet un instrument heuristique pour découvrir le fonctionnement normal du corps ». Voir G. B. Risse, « La synthèse entre l'anatomie et la clinique », in Mirko D. Grmek, *Histoire de la pensée médicale en Occident*, op. cit., p.177-197 ; et l'article MÉDECINE du *Dictionnaire européen des Lumières*, sous la direction de Michel Delon, Paris, PUF, 1997, p. 690.

¹³ Rafael Mandressi (2003), *Le regard de l'anatomiste*, Paris, Seuil, p. 169.

¹⁴ *Ibid.*, p. 170 et 175-176.

Piero Schiavo

Mais au-delà des démonstrations académiques, pour lesquelles l'on préférait un corps intact, la dissection des condamnés rendait un important service à d'autres disciplines, comme par exemple la médecine légale. Dans la 19^e lettre de ses *Recherches anatomiques sur le siège et les causes des maladies*, Morgagni analyse les cas de mort pour suffocation, en utilisant les corps des condamnés à la pendaison. Après des expériences sur le fonctionnement du système respiratoire, il avance des conjectures sur les *mécanismes* de la mort par strangulation et « il dégage les signes anatomiques d'étouffement qui, par extrapolation aux morts par noyade, asphyxie, etc., peuvent avoir valeur médico-légale, et rendre raison de certains symptômes dans les maladies de la gorge ou de la poitrine »¹⁵. D'ailleurs, écrit Diderot, les magistrats doivent avoir toujours recours à la dissection de ces cadavres pour pouvoir distinguer entre homicide et mort naturelle, pour reconnaître les causes d'une mort violente ou suspecte. C'est justement sur leur ouverture « qu'ils appuieront leur jugement, et qu'ils prononceront que la personne morte a été empoisonnée, ou qu'elle est morte naturellement ; qu'un enfant était mort avant que de naître, ou qu'il a été étouffé après sa naissance, &c. »¹⁶.

Le problème à résoudre c'était moins la violence exécutable de la peine capitale et du nombre élevé des condamnations qu'elle prescrivait continuellement, que la carence de cadavres à anatomiser : cette carence gênait le progrès de la médecine. La rapide décomposition des corps obligeait en effet les médecins à en utiliser plusieurs pour conduire à terme une dissection de façon complète et exhaustive. Et dans certains cas, on assistait à de véritables vols de cadavres parmi les médecins eux-mêmes. De plus, au cours du XVIII^e siècle, la demande des cadavres à disséquer augmente par la suite de quelques réformes introduites dans l'enseignement de la médecine prévoyant un examen pratique

¹⁵ Voir l'article ANATOMIE du *Dictionnaire européen des Lumières*, op. cit., p. 73-74.

¹⁶ *Encyclopédie*, ANATOMIE, I, p. 410b-411a.

CORPUS, revue de philosophie

d'anatomie dès la première année¹⁷. Cette disproportion entre la demande et l'offre de corps obligeait souvent à avoir recours à des voies illégales pour se les procurer, comme, par exemple, le déterrement des cadavres dans les cimetières, dont Diderot lui-même remarque les risques et les inconvénients¹⁸ mais que d'Alembert justifiait dans les pages de l'*Encyclopédie* au nom du développement de l'anatomie¹⁹. Malgré certaines dispositions prises par les institutions pour remédier au problème – l'Édit de Marly en 1707 enjoignait les Hôpitaux « de faire fournir des Cadavres aux Professeurs pour faire les Démonstrations d'Anatomie pour enseigner les Opérations de Chirurgie » (art. XXV) – d'autres obstacles dus à « préjugés, usages, coutumes, religions et lois mêmes »²⁰ s'opposaient à l'utilisation scientifique des cadavres, en ralentissant le progrès de l'anatomie. Et aussi d'Alembert s'en prenait à la « superstition » confuse pour le respect des cadavres humains, à l'égard de laquelle la France « n'est pas autant au-

¹⁷ Rafael Mandressi, *Le regard de l'anatomiste*, op. cit., p. 181.

¹⁸ Diderot, *Essais sur le règne de Claude et de Néron*, in Diderot, *Œuvres complètes* (1975-1996), 33 vol., éd. par Herbert Dieckmann, Jacques Proust, Jean Varloot, Paris, Hermann, t. XXV, p. 367 : « on corrompt les fossoyeurs ; on force les grilles ; on escalade les murs ; on s'expose aux animaux qui veillent dans ces enclos publics, et aux châtimens de la police, pour s'emparer de corps à demi pourris ».

¹⁹ *Encyclopédie*, CADAVRE, II, p. 511a : « M. de Marsollier raconte dans la vie de S. François de Sale, que ce saint encore fort jeune étant tombé dangereusement malade, voulait léguer son corps par testament aux écoles de Médecine, parce qu'il était scandalisé de l'impiété des étudiants qui déterraient les morts pour en faire la dissection. Il est pourtant nécessaire que les magistrats ferment jusqu'à un certain point les yeux sur cet abus, qui produit un bien considérable ».

²⁰ Diderot, *Essais sur le règne de Claude et de Néron*, op. cit., p. 367. Diderot parle aussi d'autres obstacles : « Nos gymnases publics de médecine et de chirurgie, quoique les moins utiles à l'instruction, ont seuls le droit de demander des cadavres au grand hôpital, qui ne leur en fournit pas le trentième du besoin. La plupart sont infectés de scorbut, d'ulcères, d'abcès et d'autres maladies contagieuses ».

dessus » de la Chine²¹. La dissection des cadavres devient, donc, presque un symbole de la lutte des Lumières contre l'obscurantisme s'opposant au développement de la connaissance scientifique utile à l'humanité. Mais cela au prix d'accepter tacitement deux compromis : l'un éthique, en bénéficiant de la pratique des condamnations capitales ; l'autre épistémologique, en admettant le paradoxe d'une recherche qui s'adresse à la mort pour comprendre la vie.

C'est précisément à partir de cette impossibilité de connaître la vie à travers la mort²² que se développe la critique de la médecine mécaniciste au cours du XVIII^e siècle, de sa conception *inanimée* du corps humain en tant que machine et de sa vision inévitablement partielle de l'homme. Le corps, écrit-on dans les articles de médecine de l'*Encyclopédie* qui, à partir du volume VIII, sera marquée par l'entrée de l'école montpelliéraine parmi ses collaborateurs, n'est pas « une machine brute, inorganique »²³ où tout peut être expliqué géométriquement :

²¹ *Encyclopédie*, CADAVRE, II, p. 510b. D'Alembert s'inspire de Fontenelle (« Éloge de M. Littré », in *Œuvres complètes*, Georges-Bernard Depping éd., Genève, Slatkine Reprints, 1968, vol. I, p. 357) : « Un certain sentiment, confus à la vérité, mais très-fort, et si général qu'il peut passer pour naturel, fait respecter les cadavres humains [...] La police restreint extrêmement la permission de disséquer des morts ; et ceux à qui elle l'accorde pour l'utilité commune, en sont beaucoup plus jaloux que cette utilité ne demanderait. Quand on n'est pas de leur nombre, on ne fait guère de grands progrès en anatomie qui ne soient en quelque sort illégitimes ».

²² Roselyne Rey, « L'âme, le corps et le vivant », in Mirko D. Grmek dir., *Histoire de la pensée médicale en Occident*, op. cit., vol. 2, p. 124.

²³ *Encyclopédie*, INFLAMMATION, VII, p. 713a. Voir aussi OECONOMIE ANIMAL, IX, 364b : « le corps humain devint entre leurs mains une machine extrêmement composée [...]. On crut que le mouvement s'y faisait, suivant les lois ordinaires qui ont lieu dans toutes les machines *inorganiques* ; on traita géométriquement le corps humain ; on calcula avec la dernière sévérité tous les degrés de force requis pour les différentes actions, les dépenses qui s'en faisaient, &c. mais tous ces calculs qui ne pouvaient que varier prodigieusement, n'éclaircissent point l'*oeconomie animale*. On

CORPUS, revue de philosophie

il est des phénomènes dans le corps humain dont on ne peut point rendre raison par les seuls principes mécaniques, hydrauliques ou hydrostatiques : [...] parce que le corps humain est une machine d'un genre bien différent, en tant qu'elle est susceptible de mouvements accidentels, dépendants de la volonté, et que le principe de ces mouvements, ainsi que la plupart de ceux que l'on observe dans l'économie animale, paraît n'avoir rien de commun avec celui des mouvements que l'on observe dans les machines inanimées²⁴.

L'analyse de certaines maladies comme la mélancolie ou la manie, dont le diagnostic intéressait à la fois l'âme et le corps, aussi que les études de Abraham Trembley sur l'hydre d'eau douce, montraient l'insuffisance d'un paradigme tel que le mécaniciste qui n'avait pas réussi à expliquer de façon satisfaisante la liaison entre les deux parties dont on prétendait diviser l'homme²⁵. Les expériences de Haller sur la sensibilité et l'irritabilité des organes suggéraient l'idée que la matière n'est pas passive, mais qu'elle est douée d'un principe « vital » qui la fait réagir à des impulsions et se mouvoir par elle-même. Les observations conduites par Robert Whytt et Bichat, une fois encore sur des cadavres des animaux et des hommes décapités, ou celles de Frederik Ruysch sur le phénomène de l'érection masculine dans les cadavres des individus décédés de mort violente, le confirmaient. Elles amenaient à théoriser une distinction entre une sensibilité consciente, présidant aux mouvements volontaires et qui dépendait du système nerveux central, et une sensibilité « organique » dépendant du système ganglionnaire et faisant partie de la substance même de l'état

ne fit pas même attention à la structure *organique* du corps humain qui est la source de ses principales propriétés ».

²⁴ *Encyclopédie*, MÉCHANICIEN, X, p. 221a, nous soulignons.

²⁵ Voir à ce propos les observations de Diderot dans son ajout à l'article ÂME de l'*Encyclopédie*. Sur Trembley, voir Aram Vartanian, « Trembley's polyp, La Mettrie, and eighteenth-century French materialism », *Journal of the History of Ideas* 11 (3), 1950, p. 259-286 et Jacques Roger, *Les sciences de la vie dans la pensée française au XVIII^{ème} siècle*, Paris, Albin Michel, 1993, p. 394-395.

animal²⁶. Les expériences sur les cadavres des guillotinéés, une fois encore, amèneront Bichat à théoriser un nouveau paradigme de la mort en tant que « processus multiple, qui s'étend dans le temps, morcelé »²⁷. Félix Vicq d'Azyr reconnaîtra pour sa part la difficulté d'étudier le fonctionnement des fibres nerveuses dans « un corps froid, inanimé, privé de la vie » n'offrant que « des vaisseaux relâchés et vides » et où « tout est insensible, tout est muet »²⁸.

Au de-là des discussions qui ont caractérisé le débat médical au XVIII^e siècle au regard d'une conception centralisée ou décentralisée de cette sensibilité dans tous les organes, et de sa nature spirituelle ou matérielle, ce qui importe c'est l'affirmation d'une idée nouvelle de corps en tant qu'« organisme » sensible plutôt que machine parfaite, dont le fonctionnement dépend de la « coordination fonctionnelle des parties »²⁹, de leur agencement et de leur tendance à s'organiser. Tout en reconnaissant les difficultés d'une division trop radicale entre l'âme et le corps, et la vie étant considérée consubstantielle au corps, la seule structure et position des organes dans la machine humaine ne pouvaient plus expliquer les phénomènes physiologiques selon une logique toute géométrique, parce qu'ils s'avèrent une conséquence de la sensibilité des organes eux-mêmes, comme le montrera Bordeu à propos de la sécrétion glandulaire. Le cadavre, alors, n'était plus suffisant à l'étude des phénomènes vitaux car « un corps mort diffère plus encore au-dedans d'un corps vivant, qu'il n'en diffère à l'extérieur »³⁰, et l'idée de la nécessité d'une expérience directe sur le vivant allait se répandre, malgré des problèmes méthodologiques dont les

²⁶ *Encyclopédie*, SENSIBILITÉ, XV, p. 40a. Voir Roselyne Rey, « L'âme, le corps et le vivant », *op. cit.*, p. 136-137 ; pour Ruysch, voir *Thesaurus anatomicus*, Amsterdam, apud Joannem Wolters, 1705-1715, 10, 95, pp. 41-42.

²⁷ Claudio Milanesi, « La mort-instant et la mort-processus dans la médecine de la seconde moitié du siècle », in *Dix-huitième siècle*, 23, 1991, p. 171-190.

²⁸ Rafael Mandressi, *Le regard de l'anatomiste*, *op. cit.*, p. 203.

²⁹ François Duschesneau, *La physiologie des Lumières : empirisme, modèles et théories*, Boston, London, M. Nijhoff, the Hague, 1982, p. 20.

³⁰ *Encyclopédie*, CADAVRE, II, p. 510a.

CORPUS, revue de philosophie

médecins eux-mêmes étaient bien conscients. En effet, l'expérimentateur qui veut observer la capacité d'irritation d'un organe vif, dira Fouquet dans l'article SENSIBILITÉ de l'*Encyclopédie*, modifie inévitablement le *status* naturel du corps en agissant sur lui avec son scalpel, et il en obtiendra toujours des données altérées³¹. De plus, bien que l'on accepte la vivisection des animaux comme une alternative possible à l'expérimentation sur l'homme³², il y a une différence non négligeable entre la sensibilité des uns et des autres³³.

Cependant, c'est sur le fond de ces considérations qu'il faut lire la digression de Diderot sur la vivisection des condamnés, insérée dans l'article ANATOMIE de l'*Encyclopédie*. Des observations choquantes qui, toutefois, n'ont pas eu d'écho à l'époque, si le Père Berthier lui-même ne les commente pas dans les pages du *Mémoires de Trévoux* où il s'en prend aux encyclopédistes pour l'évident plagiat de l'article ANATOMIE du *Dictionnaire de Médecine* de James, terminé de traduire par Diderot en 1747. Le jésuite ne se trompait pas : si James en effet citait presque à la lettre d'après la *Préface* du *De Medicina* de Celse (I^{er} siècle après J. C.), Diderot emprunte à James, bien qu'en le résumant, en supprimant des argumentations contraires à sa position et en ajoutant des commentaires personnels.

Il est question de l'utilité et de la légitimité dans la médecine ancienne de la dissection des cadavres, aussi que du cas extrême de la vivisection des hommes. D'un côté, les Dogmatiques défendaient la dissection comme le moyen le meilleur de connaître le corps humain et, par conséquent, d'en soigner les maladies. D'ailleurs,

³¹ Roselyne Rey, « L'âme, le corps et le vivant », *op. cit.*, p. 125-126. C'est la critique de Fouquet aux expériences de Haller. Voir *Encyclopédie*, SENSIBILITÉ, XV, p. 51a-b : « Lorsqu'on blessera le coeur à un chien après avoir ouvert la poitrine, l'irritation de ce viscère sera toujours moindre, par la plus grande douleur qu'aura d'abord excitée cette ouverture. [...] pourrait-on compter sur le résultat d'une expérience qui paraît susceptible de tant d'inconvénients ? ».

³² *Encyclopédie*, EXPERIENCE, VI, p. 298a : « expérience se dit aussi de l'épreuve que font les Médecins sur le corps humain ou sur celui de quelqu'animal ».

³³ *Encyclopédie*, SENSIBILITÉ, XV, p. 51b.

Piero Schiavo

écrit Diderot, « celui qui connaîtra le mieux une horloge sera l'ouvrier le plus capable de la raccommo^{der} », d'où l'on peut conclure que « le meilleur anatomiste sera certainement le meilleur médecin »³⁴. À ce propos, Diderot répète de façon presque identique les mots de James :

Il faut, disaient-ils, ouvrir des cadavres, parcourir les viscères, fouiller dans les entrailles, étudier l'animal jusque dans ses parties les plus insensibles ; et l'on ne peut trop louer le courage d'Hérophile & d'Erasistrate, qui recevaient les malfaiteurs & qui les disséquaient tout vifs³⁵.

Mais il ajoute tout de suite un commentaire personnel sur ce que devrait être l'aptitude la plus adéquate des autorités à cet égard, en louant « la sagesse des princes qui les leur abandonnaient, et qui sacrifiaient un petit nombre de méchants à la conservation d'une multitude d'innocents de tout état, de tout âge, et dans tous les siècles à venir »³⁶.

De l'autre côté, les Empiriques dénonçaient l'inutilité de la dissection au nom de la différence radicale entre le cadavre et le vivant, et la cruauté de la vivisection au nom d'une médecine qui « doit servir à la conservation du genre humain » plutôt qu'être « un instrument de sa destruction, et cela de la manière la plus

³⁴ *Encyclopédie*, ANATOMIE, I, p. 409b. Robert James (*Dictionnaire universel de médecine : de chirurgie, de chyme, de botanique, d'anatomie, de pharmacie, d'histoire naturelle, &c...*, Paris, 1746-1748, p. 1178) écrivait dans l'article ANATOMIE : « Ce n'est donc pas une cruauté, comme il paroît à quelques pusillanimes, d'immoler un petit nombre d'innocents dans tous les âges à venir ».

³⁵ *Encyclopédie*, ANATOMIE, I, p. 409b. Robert James écrivait : « Le Médecin est donc, disent-ils, dans la nécessité d'ouvrir les cadavres, de fouiller dans les entrailles et de parcourir les viscères des corps morts. On ne peut pas trop louer le courage d'Hérophile et d'Erasistrate, qui recevaient des Rois, les malfaiteurs qui leur étaient offerts, et qui les disséquaient tout vifs », *Dictionnaire universel de médecine, op. cit.*, p. 1178.

³⁶ *Encyclopédie*, ANATOMIE, I, p. 409b, nous soulignons.

CORPUS, revue de philosophie

cruelle »³⁷. Mais en présentant la position des Empiriques, Diderot supprime leurs considérations sur la violence et la cruauté de la vivisection, en citant stratégiquement les attaques à l'inutilité de la dissection des (seuls) cadavres. Il insiste *en anti-mécanicien* sur la différence entre corps vivant et corps mort, ainsi que sur l'incomparabilité de « la machine animale à une autre machine », sans cependant jamais prononcer le mot « cruauté » que Celse et James avaient utilisé souvent. Finalement, en puisant une fois encore dans James, il rapporte la position moyenne de Celse, qui ne permettait pas à l'anatomiste « d'égorger des hommes : il voulut qu'on attendît du tems et de la pratique les connaissances anatomiques que l'inspection du cadavre ne pourrait donner ; méthode lente, mais *plus humaine*, dit-on, que celle d'Hérophile et d'Erasistrate »³⁸.

Après avoir esquissé de façon plus ou moins explicite sa pensée, en restant toutefois caché derrière les mots empruntés à sa source, Diderot fait irruption en première personne dans le texte. Il inverse habilement le concept d'« humanité » utilisé par Celse pour défendre la dissection et condamner à la fois la vivisection, afin de défendre le droit à l'expérimentation sur l'homme et son utilité pour le genre humain.

Me serait-il permis d'exposer ce que je pense sur l'emploi qu'on fait ici du terme d'*humanité* ? Qu'est ce que l'*humanité* ? sinon une disposition habituelle de coeur à employer nos facultés à l'avantage du genre humain. Cela supposé, qu'a

³⁷ James, *Dictionnaire universel de médecine, op. cit.*, p. 1178. Pour Celse, voir *De la médecine*, texte établi, traduit et commenté par Guy Serbat, Paris, Les Belles Lettres, 1995, p. 14.

³⁸ *Encyclopédie*, ANATOMIE, I, p. 409b, nous soulignons. James écrivait : « Entre les opinions contraires, Celse prend un milieu, et conclut, qu'il est inutile et cruel de disséquer des hommes tout vifs ; mais qu'il est nécessaire d'ouvrir et d'anatomiser des cadavres. On y voit, dit-il, l'ordre et la situation des parties, mieux et plus commodément que dans les cas de blessures. Quant aux autres qualités des parties qui semblent exiger l'inspection dans un homme vivant, on s'en instruit par la pratique : méthode lente à la vérité, mais plus conforme à l'humanité que celle d'Herophile et d'Eristrate », *Dictionnaire universel de médecine, op. cit.*, p. 1179.

Piero Schiavo

d'inhumain la dissection d'un méchant ? Puisque vous donnez le nom d'*inhumain* au méchant qu'on dissèque, parce qu'il a tourné contre ses semblables des facultés qu'il devait employer à leur avantage, comment appellerez-vous l'Erasistrate, qui surmontant sa répugnance en faveur du genre humain, cherche dans les entrailles du criminel des lumières utiles ? Quelle différence mettez-vous entre délivrer de la pierre un honnête homme, et disséquer un méchant ? L'appareil est le même de part & d'autre. Mais ce n'est pas dans l'appareil des actions, c'est dans leur objet, c'est dans leurs suites, qu'il faut prendre les notions véritables des vices et des vertus. Je ne voudrais être ni chirurgien, ni anatomiste, mais c'est en moi pusillanimité ; et je souhaiterais que ce fût l'usage parmi nous d'abandonner à ceux de cette profession les criminels à disséquer, et qu'ils en eussent le courage. De quelque manière qu'on considère la mort d'un méchant, elle serait bien autant utile à la société au milieu d'un amphithéâtre que sur un échafaud ; et ce supplice serait tout au moins aussi redoutable qu'un autre³⁹.

Peut-on appeler *inhumaine* une pratique utile à toute l'humanité ? Peut-on appeler *inhumain* à la fois celui qui, comme le criminel, viole l'esprit de la communauté ou le corps de l'individu pour ses propres avantages, et celui qui, comme le médecin, surmonte sa pusillanimité pour rendre service à la société ?

Diderot ne s'interroge pas sur la légitimité de la peine capitale ; tout en acceptant tacitement le droit de condamner le criminel à mort, il propose une fausse alternative à l'exécution au nom de l'utilité commune, en la présentant comme une solution où tous peuvent trouver leur compte au-delà de toute « superstition »⁴⁰. L'anatomiste, tout d'abord, parce qu'il n'essaierait sur le patient « que des opérations utiles » ; la société entière, pour les avantages qu'elle tirerait d'une médecine plus informée et efficace. Le

³⁹ *Encyclopédie*, ANATOMIE, I, p. 409b-410a.

⁴⁰ *Ibid.* : « Dira-t-on qu'alors on était moins *superstitieux* et plus *humain* qu'aujourd'hui ? Ce fut pour la première fois, depuis Celse, qu'on tenta l'opération de la taille, qui a sauvé dans la suite la vie à tant d'hommes ».

CORPUS, revue de philosophie

condamné lui-même, finalement, parce qu'on le récompenserait avec l'annulation de la peine s'il réchappe à l'opération que l'on pratiquerait sur lui. C'est-à-dire, au lieu d'une mort certaine, on lui propose l'espérance d'une salvation probable et la possibilité d'un noble rachat grâce au sacrifice pour l'humanité. D'ailleurs, commente Diderot,

il n'y en a guère qui ne préférassent une opération douloureuse à une mort certaine ; et qui, plutôt que d'être exécutés, ne se soumissent, soit à l'injection des liqueurs dans le sang, soit à la transfusion de ce fluide, et ne se laissassent ou amputer la cuisse dans l'articulation, ou extirper la rate, ou enlever quelque portion du cerveau, ou lier les artères mammaires et épigastriques, ou scier une portion de deux ou trois côtes, ou couper un intestin dont on insinuerait la partie supérieure dans l'inférieure, ou ouvrir l'oesophage, ou lier les vaisseaux spermatiques, sans y comprendre le nerf, ou essayer quelque autre opération sur quelque viscère⁴¹.

Une description inquiétante des cruautés auxquelles sera soumis le condamné, qui ressemble à un véritable catalogue de tortures au nom de la science, bien que Diderot tienne à préciser qu'il s'agit d'opérations « dont les suites ne seraient pas évidemment funestes », comme le démontre l'épisode cité tout de suite d'après les *Chroniques de Louis XI*⁴².

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*: « Au mois de Janvier quatre cens soixante & quatorze, il advint, disent les chroniques de Louis XI. page 249. édit. de 1620, que un franc archier de Meudon près Paris, était prisonnier ès prisons de Chatelet pour occasion de plusieurs larcins qu'il avait faits en divers lieux, et mesmement en l'église dudit Meudon ; et pour lesdits cas et comme sacrilège, fut condamné à être pendu et étranglé au gibet de Paris nommé *Montfaulcon*, dont il appela en la court de Parlement, où il fut mené pour discuter de son appel ; par laquelle court et par son arrêt fut ledit franc archier déclaré avoir mal appelé et bien jugé par le prevost de Paris, par devers lequel fut renvoyé pour exécuter sa sentence ; et ce même jour fut remontré au roi par les médecins et chirurgiens de ladite ville, que plusieurs et diverses personnes étaient fort travaillees et molestees de la

Piero Schiavo

Mais une autre interrogation s'impose : que reste-t-il d'*humain* au méchant acceptant de se soumettre à une dissection ?

L'expérimentation sur l'homme réduit en effet l'individu à objet de la science, à une chose passive, à un matériau d'observation et d'expériences, sans tenir compte de son humanité. D'ailleurs, elle a toujours été appliquée à des hommes « dont l'objectivation a eu lieu sans que la médecine y soit pour rien »⁴³. On utilisait des criminels, des étrangers ou des individus en marge de la communauté quand il s'agissait de disséquer des cadavres⁴⁴, et l'on pense à des sujets considérés, pourrait-on dire, comme situés *en marge de l'humanité* quand il s'agit de proposer la vivisection et l'expérimentation sur le vivant. On peut rappeler l'exemple des esclaves dans l'Antiquité, ou des condamnés à mort, dont encore au XIX^e siècle Pasteur lui-même sollicitait l'utilisation à l'Empereur du Brésil Pedro II, ou des prisonniers Noirs américains du siècle dernier, des retardés mentaux, etc. Une sorte de cobayes par nature, dont on suppose l'humanité déjà sacrifiée de quelque façon et qui ne peuvent que trouver une possibilité de se racheter dans leur sacrifice pour l'humanité. « On *expérimente* les remèdes sur des personnes de peu d'importance », disait déjà le Furetière dans l'article EXPERIMENTER⁴⁵.

pierre, colique passion, et maladie du costé, dont pareillement avait été fort molesté ledit franc archier ; et aussi des dictes maladies était lors fort malade Monsieur du Boccaige, et qu'il serait fort requis de voir les lieux où les dictes maladies sont concrées dedans les corps humains, laquelle chose ne pouvait mieux être sceuë que inciser le corps d'un homme vivant, ce qui pouvait bien être fait en la personne d'icelui franc archier, que aussi-bien estoit prest de souffrir mort ; laquelle ouverture et incision fut faite au corps du dit franc archier, et dedans icelui pris et regardé les lieux des dictes maladies : et après qu'ils eurent été vûs, fut recousu, et ses entrailles remises dedans : et fut par l'ordonnance du roi fait très-bien penser, et tellement que dedans quinze jours après, il fut bien guéri, et eut rémission de ses cas sans dépens, et si lui fut donné avecques ce argent ».

⁴³ D. Folscheid, B. Feuillet-LeMintier, J.-F. Mattei, *Philosophie, éthique et droit de la médecine*, op. cit., p. 186 et 188.

⁴⁴ Rafael Mandressi, *Le regard de l'anatomiste*, cit., p. 176.

⁴⁵ Antoine Furetière, *Dictionnaire universel*, t. I, cit., et aussi dans le *Dictionnaire universel* de Trévoux, cit., t. 3, EXPERIMENTER.

CORPUS, revue de philosophie

Il reste donc beaucoup de perplexités face à une proposition suggérant le sacrifice de la dignité humaine au nom de l'humanité, une proposition qui ne représente pas non plus une véritable peine alternative. Elle ne veut pas évidemment amener le criminel à se repentir ou, moins encore, elle n'aspire pas à une rééducation vouée à son effective réinsertion sociale. Elle prétend l'amender en le dégradant, en en avilissant la dignité humaine même, tout en le traitant comme cobaye.

**Piero SCHIAVO
Universitat de Barcelona**

**« 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

« – On est forcé de pécher aussi ?
– On n'est pas absolument forcé.
On n'peut pas s'en empêcher. Et Il le sait.
Mais on peut souffrir. Et Il sait cela aussi »
William Faulkner

Le propos de cet article est d'examiner, par le biais d'un échange entre Spinoza et son correspondant le plus assidu, Henri Oldenburg, une objection de bon sens que l'on adresse au nécessitarisme en général, et à Spinoza en particulier, lorsqu'on aborde la question pénale : *de quel droit peut-on accuser – et punir – celui qui pêche alors que, par hypothèse, il s'est trouvé déterminé dans sa conduite par le jeu de causes nécessaires ?*¹ La qualité des réponses fournies par Spinoza, qui ne néglige aucun des aspects (théologique, moral, pénal) du problème soulevé par son correspondant, atteste de la pertinence d'un tel débat, dans et hors des cadres du spinozisme. Hans Kelsen, qui incline lui-même au déterminisme, insiste d'ailleurs dans la *Théorie pure du*

¹ *Lettre LXXVII d'Oldenburg à Spinoza*, 14 jan. 1676. La correspondance comme les autres œuvres de Spinoza seront citées dans la traduction Appuhn parue aux éditions Garnier Flammarion, Paris, 1965-1966. « Si, dans toutes nos actions, dans celles qui sont morales comme dans celles que commande la nature, nous sommes, nous autres hommes, dans le pouvoir de Dieu comme l'argile dans la main du potier, 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 ? » (p. 345, nous soulignons).

CORPUS, revue de philosophie

droit sur « l'antithèse entre la nécessité qui règne dans la nature et la liberté qui existe à l'intérieur de la société, et qui est essentielle pour les relations normatives des hommes »².

La question de la compatibilité entre nécessitarisme et système pénal se pose si on considère l'apparent détachement avec lequel Spinoza évoque le châtement suprême :

Qui [...] ne peut gouverner ses désirs, ni les contenir par la crainte des lois, bien qu'il doive être excusé en raison de sa faiblesse, [...] périt nécessairement³.

Qu'un homme vienne à en tuer un autre, il est tout excusé ; mais il est dangereux, et comme tel il doit mourir. N'est-ce pas prêter le flanc aux objections traditionnelles, qui voient dans la promotion du nécessitarisme la forme conjuguée d'un mépris pour la personne humaine ravalée au rang de bête⁴, et d'un fatalisme pratique doublés d'une insensibilité foncière à l'égard du sort du criminel ?

Commençons par faire observer que Spinoza, pas plus que son prédécesseur Hobbes, ne s'intéresse directement et en tant que telle à la peine de mort. Il ne s'y déclare pas opposé, mais on chercherait en vain une justification solide de cette pratique dans son œuvre. Tout au plus rencontrera-t-on dans *l'Éthique* un curieux exemple, qui paraît plutôt relever de l'association d'idées :

Le malade absorbe ce qu'il a en aversion par peur de la mort ; le valide tire satisfaction de la nourriture et jouit ainsi de la vie mieux que s'il avait peur de la mort et désirât l'écartier directement. De même un juge qui, non par Haine ou Colère, etc., mais par seul Amour du salut public, condamne un coupable à mort, est conduit par la seule Raison⁵.

² Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, §23, Seconde édition, Paris, Dalloz, 1962, p. 99.

³ *Lettre LXXVIII à Oldenburg*, 16 jan. 1676, p. 347.

⁴ Cf. *Lettre XXI à Blyenbergh*, 28 jan. 1665 p. 204.

⁵ *Éthique* IV, 63, cor. scolie.

Kevin Ladd

Malgré la portée limitée de l'exemple, il nous faut admettre qu'un juge puisse prononcer une sentence de mort « par Amour du Salut public » et inspiré « par la seule Raison » : mais l'Amour n'exclut-il pas de viser un mal ? Il faudra donc conclure que, de deux maux, on choisira le moindre et que, pour Spinoza comme pour Hobbes, le problème aura déjà été tranché dans la *République*, lorsque Socrate conclut que « ce n'est jamais au mal que tend la punition imposée par la loi »⁶.

Nous montrerons, avec l'appui de Kelsen, que les reproches adressés au déterminisme et à sa variante radicale, le nécessitarisme, sont infondés, quoique Spinoza ne se soit pas véritablement donné les moyens d'y répondre, pour n'avoir pas consacré assez d'attention aux rapports du naturel et de l'institué en matière de droit. Nous montrerons que ce système n'hypothèque en rien l'idée de responsabilité humaine, et ne nous conduit pas à traiter les hommes « comme des chiens », selon le mot de Hegel, mais qu'en revanche il nous permet de faire l'économie de toute justification métaphysique de la peine infligée au criminel. Ainsi, *a contrario*, la plus métaphysique des affirmations est bien celle, conforme au sens commun, qui fait de l'homme un sujet libre et donc responsable du sort qui lui échoit, trahissant l'idée selon laquelle, au fond, le monde est juste, que les hommes de bonne volonté sont récompensés de leurs efforts, tandis que les méchants sont confondus et punis.

De quel droit...?

Autant Spinoza a beau jeu de montrer que de ses positions critiques sur les idées de possible, de perfection et de mérite, ou sur les « idées générales »⁷, découle une éthique de l'apaisement, de la distance sereine à l'égard des turpitudes humaines⁸, autant les nécessités de la justice pénale n'autorisent pas de « laisser

⁶ Platon, *République* IX, 855a.

⁷ *Lettre XIX à Blyenbergh*, 3 jan. 1665, p. 184 (« Dieu ne connaît pas les choses abstraitement ») ; *Ethique* IV, Préface.

⁸ *Lettre XXX à Oldenburg*, 1665, p. 232.

CORPUS, revue de philosophie

chacun vivre selon sa complexion et [consentir] que ceux qui le veulent, meurent pour ce qu'ils croient être leur bien »⁹. Toute pratique pénale implique une idée préalable du bien, du moins du juste, en tout cas du légal – bref, de ce que le positivisme appelle une « norme ». Son problème n'est ni celui, métaphysique, de l'excuse, ni celui, moral, du *consentement*, mais celui, procédural, de l'accusation et du châtement. En l'occurrence, la « nécessité » qu'invoque Spinoza dans sa réponse ne saurait être prise au sens de nécessité naturelle (celle qui fait de la déraison « le supplice de l'insensé »¹⁰), mais bien des « nécessités » ou *besoins* de la répression. Comme l'écrit Kelsen, la peine « n'est pas causée par le non-respect du droit de la même manière que la dilatation du métal par la source de chaleur »¹¹. Or, qu'est-ce qui fonde l'accusation et la sanction, sinon l'idée que le délinquant *pouvait s'abstenir* de l'acte incriminé ? Oldendurg demande ainsi :

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 ? N'est-ce pas Dieu seul que nous pouvons accuser : Ton destin inflexible, ton pouvoir irrésistible nous a entraînés à agir de cette façon et nous ne pouvions faire autrement. Pourquoi donc, et de quel droit nous accables-tu des peines les plus sévères ? [...] Les hommes sont entièrement excusables parce qu'ils sont au pouvoir de Dieu.

À quoi Spinoza répond :

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

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Traité théologico-politique*, chap. IV, p. 95.

¹¹ Kelsen, « Qu'est-ce que la Théorie pure du droit ? » (1953), trad. fr. in *Droit et Société*, 22 (1992), p. 553.

Kevin Ladd

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.

Une rapide comparaison des deux textes révèle l'importance d'un couple notionnel qui condense toutes les difficultés de la position spinoziste : *excuser* et *accuser*. Ces termes sont complémentaires, mais ne se situent pas tout à fait sur le même plan : le premier est principalement *moral* (il n'est pas synonyme de *disculper*), tandis que le second possède en outre le sens *juridique* qu'on lui connaît. Accuser, c'est *mettre en cause* ; excuser, c'est *mettre hors de cause* : entre les deux, c'est l'hypothèse de la *responsabilité* qui vient trancher, et justifier le recours à la sanction. Le paradoxe de la réponse de Spinoza tient au fait que disparaît le terme d'accusation, comme si l'auteur s'en trouvait embarrassé, alors qu'il insiste lui-même sur le problème posé en aval par le châtement, là où *in fine* la question d'Oldenburg l'invitait plutôt à revenir sur le plan théologique. Ainsi, il semble ne pas se préoccuper de la *mise en cause* et passer sans médiation (autre que celle de la dangerosité) de l'acte délictueux au châtement.

La comparaison des deux passages témoigne toutefois d'un consensus sur les questions qui se posent au nécessitarisme, qui interroge en effet : 1. *la justice de Dieu* (Dieu permet-il ou cause-t-il le péché, et donc la peine que reçoit le pécheur ?) ; 2. *la définition de la liberté* (le nécessitarisme peut-il produire un concept opératoire de la *responsabilité* compatible avec les exigences du droit pénal ?) ; 3. *l'idée de personne*, à laquelle seraient attachés des droits, notamment celui d'être traité comme tel plutôt que comme un chien, enragé ou non.

Dieu fabrique-t-il des criminels ?

Tout d'abord, il faut bien entendre la portée de la plainte qu'adresse l'homme malade ou faible à son créateur, comme le vase d'opprobre au potier¹² – ou, ici, du criminel à celui qui a dû

¹² Lettre LXXV, p. 339 ; *Traité politique*, chap. II, §22.

CORPUS, revue de philosophie

guider sa main et le met ensuite en accusation face à la société : « Pourquoi donc, et de quel droit nous accables-tu des peines les plus sévères ? ». N'y a-t-il pas injustice à ce que celui qui a été fait « pour l'opprobre » ait à subir non seulement la nécessité immanente de Dieu qui condamne le fou ou le malade au malheur, mais bien la justice des hommes qui ajoute au malheur immanent au crime celui d'une mise en accusation et d'une sanction ? Sans doute personne ne « mérite » de vivre telle vie plutôt que telle autre (on peut admettre avec Spinoza que la question est sans objet), mais « mérite-t-on » qu'elle se termine plus ou moins tôt – mérite-t-on sa mort quand c'est la société elle-même qui, pour se défendre, la précipite ? Citant les Proverbes, Spinoza écrit que « l'entendement donne directement la durée des jours, indirectement les richesses et l'honneur »¹³. Doit-on penser que l'empire des passions donne « directement » la mort, et « indirectement » la pauvreté et l'opprobre devant la société ? Spinoza chercherait-il à justifier la peine que subit le criminel, la Cité devenant alors l'agent d'une hypothétique justice divine, lui qui est pourtant si critique à l'égard de l'idée de théodicée, comme des pratiques de la justice humaine, toujours plus dure aux faibles et trop indulgente aux puissants ?¹⁴.

Remarquons d'abord que le droit pénal n'a sans doute que faire de la métaphysique, et que seule lui suffit la mise en évidence d'un mouvement de la volonté qui fait d'un homme un criminel et justifie sa mort ou sa réclusion. On rencontrera d'ailleurs chez un autre tenant du nécessitarisme classique, Hobbes, un texte parfaitement explicite sur la question :

Au cinquième argument tiré de la raison, qui est que si l'on ôte la liberté, on ôte la nature et la raison formelle du péché, je répons en niant la conséquence : la nature du péché consiste en ceci, que l'action commise procède de notre volonté et va à l'encontre de la loi. En jugeant si ce qui enfreint la loi est péché ou non, un juge ne considère pas de cause plus élevée de l'action que la volonté de son

¹³ *Traité théologico-politique*, chap. IV, p. 95.

¹⁴ Cf. *Traité politique*, chap. VII, §27.

Kevin Ladd

auteur. [...] Ainsi une action peut-elle être volontaire et constituer un péché, et, néanmoins, être nécessaire ; et, parce qu'il est loisible à Dieu d'affliger les hommes en vertu d'un droit tiré de son omnipotence, quand même il n'y aurait nul péché, et parce que, cependant, l'exemple du châtement, auprès des pécheurs volontaires, est la cause qui produit la justice et rend le péché moins fréquent, que Dieu punisse de tel pécheurs, comme je l'ai déjà dit, n'est point injuste¹⁵.

Dans le contexte spécifique de la pensée de Hobbes, la peine qui frappe le criminel déterminé à enfreindre la loi se trouve justifiée par la toute-puissance de Dieu d'une part, et par l'exemplarité de l'autre – une exemplarité d'autant plus efficace, ajoutera-t-on, que les motifs sensibles devront agir de façon nécessaire dans la mécanique des passions humaines. Le problème est bien celui de la *justice de la peine* et en amont, celui de la *justice de l'état même du criminel*. Or, la peine subie par le criminel est justifiée en tant qu'élément parmi d'autres qui forment la vie d'un individu : pas plus que d'être boiteux ou malheureux au jeu, un homme ne peut se plaindre de son sort s'il commet l'irréparable et doit subir le châtement suprême, puisqu'il n'existe qu'une nuance de perspective entre *ce que nous accomplissons* et *ce qui nous arrive*. On trouve donc ici la liste quasi exhaustive des thèses dont Kant ou Hegel feront reproche à leurs prédécesseurs : traiter l'homme en pur être sensible (« [Cette théorie] fonde la peine à la manière d'un maître qui agite un bâton devant son chien et l'homme n'y est pas traité selon sa dignité et sa liberté, mais comme un chien », écrit Hegel¹⁶) ; instrumentaliser la peine en vue d'une hypothétique exemplarité¹⁷ ; nier la volonté humaine en tant qu'origine première et absolue de l'action ; enfin, poser le problème de la justice de façon extrinsèque au droit lui-même¹⁸.

¹⁵ Hobbes, *Questions concernant la nécessité, la liberté et le hasard*, n°XVII, Paris, Vrin, 1999, p. 234-235.

¹⁶ Hegel, *Principes de la philosophie du droit*, §99, add.

¹⁷ Kant, *Métaphysique des mœurs*, II, Doctrine du droit, §49.

¹⁸ Kant, *Critique de la raison pratique*, I, §8.

CORPUS, revue de philosophie

Hobbes cherchera bien à justifier la peine par rapport à la *liberté de l'action* : compte tenu de la définition pour le moins personnelle qu'il donne de la liberté (par la seule absence de contrainte physique), le système pénal est sauf puisqu'il faut et suffit que *l'action incriminée soit déclarée libre et non contrainte* pour que le criminel reçoive sa peine (« le juge ne considère pas de cause plus élevée de l'action que la volonté de son auteur »). Spinoza, en refusant cette définition réductrice et artificielle de la liberté pour lui donner une portée substantielle, ne se facilite pas la tâche : rien en effet de ce qui témoigne en nous d'une faiblesse ne saurait être l'effet d'une « liberté, du moins pour qui ne confond pas liberté et contingence »¹⁹. Ainsi, ce n'est pas un concept même affaibli de la liberté qui permet de sauver le système pénal, ni de distinguer les hommes faits des enfants, des fous et des ivrognes, car on ne peut rendre commensurables la liberté, qui est une perfection, et le crime, qui en tant qu'il comprend l'idée d'un mal, n'est qu'une privation et donc rien d'autre qu'une façon de parler tout humaine²⁰. Enfin, on remarquera que Spinoza, à la différence de Hobbes, ne tire pas argument de la toute-puissance divine pour justifier le sort qui échoit au criminel. L'image du potier et de son ouvrage a donc moins pour fonction de marquer notre dépendance à l'égard de Dieu, que de mettre en évidence l'anthropomorphisme dans lequel baigne notre idée spontanée de la justice, préjugé que Kelsen lui-même renvoie à un mode de pensée « primitif »²¹.

De quelle liberté créditer le criminel ?

Une fausse objection doit être écartée d'emblée : celle qui ferait de la justice pénale une mécanique aveugle dès lors qu'on adopterait la doctrine de la nécessité. Comme l'explique Spinoza, « On ne naît pas citoyen mais on le devient »²², ce qui signifie aussi

¹⁹ *Traité politique II*, §7.

²⁰ *Lettre XXIII à Blyenbergh*, p. 219.

²¹ *Théorie pure du droit*, §19.

²² *Traité politique V*, §2.

Kevin Ladd

qu'on ne naît pas bon ou mauvais citoyen, honnête ou criminel, et qu'il n'est jamais exclu que le délinquant devienne un jour bon citoyen. Il faut donc renverser la proposition : c'est bien parce que la peine est conçue comme une *causalité qui s'exerce sur la sensibilité, l'imagination et peut-être l'entendement du délinquant*, qu'elle est un moyen rationnel au service d'une fin qu'il revient à la fois au législateur et au juge de fixer. Pour qui ne confond pas nécessité et fatalité, le libre arbitre n'ajoute aucune valeur morale au châtement, et on n'insistera jamais assez sur le fait que le système de la nécessité est la meilleure arme contre les doctrinaires du mauvais cœur, qui pensent que le Mal est une grandeur (sur-)naturelle qu'il s'agirait d'extirper par le châtement. Enfin, Kant, parce qu'il refusait tout principe d'individualisation de la peine au motif d'amélioration morale du délinquant²³, ne se condamnait-il pas à penser une peine nécessairement *mécanique dans son application* ?

Il n'est jamais inutile de mettre en perspective le choix des exemples pris par Spinoza dès lors qu'il aborde de près ou de loin la question du libre arbitre : il semble toujours éprouver un malin plaisir à aller chercher les exemples les plus improbables – les pierres, les rats, les ivrognes, les nourrissons, les fous, les chevaux... et ici-même l'homme atteint par la rage. Quelle est alors la portée réelle de l'exemple ? N'aurait-il été choisi que pour permettre à l'auteur de délivrer cette sentence provocatrice : « on a le droit de l'étrangler ».

Mais d'abord, peut-on dire qui est le criminel, dans le système de Spinoza ? Le criminel, si on excepte bien sûr tous ceux qui sont persécutés par des lois scélérates, et qui peuvent être des âmes fortes comme des exaltés²⁴, c'est celui qui, passif devant son environnement, se trouve vaincu par les causes extérieures, en particulier socio-économiques :

²³ Cf. Kant, *Doctrine du Droit*, §49.

²⁴ Cf. *Traité théologico-politique*, chap. XX, p. 333 ; *Lettre LXXVI à Burgh*, p. 342.

CORPUS, revue de philosophie

Nul n'ignore à quels crimes le dégoût de leur condition présente et le désir de changement, la colère sans retenue, le mépris de la pauvreté poussent les hommes²⁵.

Le délinquant ne se distingue alors que superficiellement du citoyen obéissant, lui aussi vaincu par ses passions, mais rendu moins téméraire par la crainte des lois. En revanche, tous deux s'opposent au sage ou généralement à l'homme animé d'une grande « fermeté d'âme », qui à proprement parler *n'obéissent pas*²⁶, c'est-à-dire ne se soumettent pas aux lois mais les respectent en tant qu'elles sont utiles, sinon toujours justes. La plupart des hommes, en effet, « sont à peu près incapables de percevoir la vraie fin des lois », si bien que le rôle du législateur consiste tout bonnement à « contenir le vulgaire dans la mesure où il est possible de le faire, comme on contient un cheval à l'aide d'un frein »²⁷. Le droit pénal n'est que le dispositif qui prévoit par avance l'échec de la loi, ou plutôt l'échec des hommes à comprendre la loi pour ce qu'elle est et ce qu'elle vise : le bien commun. Le thème spinoziste des hommes « vivant sous le régime des passions » vise donc à la fois leur caractère *irrationnel sur le plan cognitif* (ils ne voient pas la nécessité exprimée par la loi, lorsqu'elle favorise la sociabilité et l'entente entre les citoyens, ni les effets indésirables, individuels comme collectifs, de sa transgression) et *déraisonnable sur le plan psychologique*, puisque dans la plupart des cas celui qui se rend coupable d'un crime agit contre son intérêt et sa propre sécurité à plus ou moins long terme.

La discussion du « cas Adam » par Spinoza²⁸ illustre parfaitement ce double rapport possible de l'homme à la loi, rapport qui ne peut qu'être de deux ordres : soit la loi exprime une vérité sous la forme d'une *nécessité hypothétique* ; soit elle énonce une *menace*. « Dieu a révélé à Adam le mal qui serait pour lui la

²⁵ *Traité théologico-politique*, chap. XVII, p. 280.

²⁶ *Traité théologico-politique*, chap. IV, p. 87 et V, p. 107.

²⁷ *Traité théologico-politique*, chap. IV, pp. 86-87.

²⁸ Cf. *Lettre XIX à Blyenbergh*, p. 183-184 ; *Traité théologico-politique*, chap. IV, p. 91 ; *Traité politique*, chap. II, §6.

conséquence nécessaire de cette manducation, mais non la nécessité de la conséquence de ce mal »²⁹, afin « d'augmenter sa connaissance et par là même sa perfection »³⁰. La difficulté tient au fait que le bon gouvernement des hommes suppose le va-et-vient permanent entre le formalisme juridique, qui s'exprime sous les espèces de la nécessité hypothétique (« Si quelqu'un a commis un crime, il doit être puni »), et la menace empirique de la sanction, qui ne peut que promettre un incertain « si tu fais ceci, alors il risque de t'arriver cela », puisque le crime reste parfois impuni. « La possibilité pour le droit de régler positivement la conduite humaine est techniquement limitée »³¹, écrit Kelsen, et « en fait, il arrive souvent qu'un délit est commis sans que la sanction instituée par l'ordre juridique se réalise »³². Il ne faut pas confondre le « principe de causalité dans une loi naturelle concrète »³³, sur lequel on s'appuie pour formuler la menace « qu'un mal sera infligé », et le « principe d'imputation », qui fonde la norme énonçant « qu'un mal doit être infligé » en cas de transgression³⁴. La nécessité naturelle, et son correspond pratique, la menace, seraient les sensibles propres de l'entendement et de la prudence. Le « principe d'imputation » fonde au contraire les propositions morales (« Si quelqu'un t'a fait du bien, tu dois lui prouver ta reconnaissance ») comme juridiques.

La discussion des rapports entre nécessité naturelle et ordre juridique est un problème ancien chez Kelsen, qui tient autant à sa critique de l'idée jusnaturaliste qu'à son intérêt marqué pour la sociologie et les questions d'ontologie du corps social³⁵. Or, la comparaison entre Spinoza et Kelsen révèle ce qu'on pourrait

²⁹ *Traité théologico-politique*, IV, p. 91.

³⁰ *Lettre XIX à Blyenbergh*, p. 185.

³¹ *Théorie pure du droit*, §6, p. 51.

³² *Théorie pure du droit*, §18, p. 87.

³³ *Théorie pure du droit*, §22, p. 98.

³⁴ *Théorie pure du droit*, §6, p. 52.

³⁵ Cf. Kelsen, « La Notion d'État et la psychologie sociale » (1922), trad. fr. in *Hermès*, 1988-2, p. 134-165.

CORPUS, revue de philosophie

appeler un « positivisme hésitant » de la part du premier, sans doute lié à son refus inconditionnel d'accepter la fiction du Dieu « législateur », sans chercher pour autant à reconstruire une notion alternative de la norme positive. Certes, il distingue les deux acceptions de la loi, en loi naturelle et « commandement humain », ou « règle de vie que l'homme s'impose à lui-même ou impose à d'autres pour une fin quelconque »³⁶. Mais Spinoza, tout à son inlassable dénonciation des illusions téléologiques, se contente de poser que la loi de nature enveloppe la loi juridique, comme la Cité enveloppe chacun de ses décrets. Le fait que le philosophe esquive la partie de la question portant sur l'accusation et ce qui la fonde est le signe, selon nous, des limites de sa réflexion sur les rapports pouvant exister entre droit de nature et droit positif.

Kelsen, quant à lui, met un point d'honneur à résoudre le problème posé par la contradiction apparente du déterminisme et de la normativité. Sur le plan pur du droit, c'est *l'acte* et non la *personne* que la loi vient sanctionner³⁷ : ceci a son importance car Kelsen en tire l'idée que les normes peuvent être considérées comme *causes de nos actes* (ou de notre volonté, entendue comme cause prochaine de nos actes). *Normativité et causalité ne s'excluent donc pas*, et il faut critiquer la fiction kantienne du « comme si »³⁸ et l'opposition corrélatrice entre obligation et détermination. L'homme est le seul être susceptible d'être affecté et déterminé dans sa volonté et sa conduite par l'idée d'une norme et des conséquences éventuelles de sa transgression, et c'est pour cela qu'on lui impute une responsabilité juridique et morale³⁹. « On n'impute pas à l'homme parce qu'il est libre, mais l'homme est libre parce qu'on lui impute »⁴⁰. Autrement dit, l'homme n'est pas libre *face à la loi*, mais *dans le droit* et plus encore *par le droit*⁴¹ : « Que l'homme

³⁶ *Traité théologico-politique*, IV, p. 86 (nous soulignons).

³⁷ *Théorie pure du droit*, §33, p. 170.

³⁸ *Théorie pure du droit*, §23, p. 102-103, et la longue note 24, p. 106-108.

³⁹ *Ibid.*, p. 104.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 106.

⁴¹ *Théorie pure du droit*, §33, p. 171-172.

Kevin Ladd

soumis à un ordre moral ou à un ordre juridique soit « libre », cela signifie qu'il est le point final d'une imputation, qui n'est possible que sur la base et en vertu de cet ordre normatif⁴². De la même façon, l'homme convaincu d'un crime n'est pas puni *parce qu'il est coupable*, mais on l'accuse à bon droit parce qu'à telle action se trouve attachée une sanction déterminée⁴³.

Kelsen nous permet aussi de mesurer les imprécisions commises par Spinoza, ou du moins les limites de son exemple provocateur : il ne distingue pas entre les deux actes de contrainte, qui s'appliquent respectivement à des actions ou abstentions déterminées, et au cas de « ceux qui sont tenus pour nuisibles » parce qu'ils sont « atteints d'une maladie contagieuse », ou encore « en raison de leur race, de leurs opinions politiques, ou de leurs convictions religieuses », cas qui n'impliquent aucune notion de responsabilité⁴⁴. C'est un problème davantage propre au positivisme de Kelsen (qui exclut toute théorie de la vertu) qu'au spinozisme, que d'avoir à décider jusqu'à quel point le malade contagieux et le dissident (même contagieux) peuvent relever de la même catégorie.

Le droit de la personne

La dernière objection revient à affirmer que le concept de personne s'évanouit dans le nécessaire, ce manque entraînant l'impossibilité d'opposer des droits (naturels) subjectifs à la souveraineté absolue de l'État. C'est à ce motif qu'Arendt croit bon de pouvoir contester à Spinoza son rang de champion de la liberté d'expression⁴⁵ : puisque la « liberté de la nature humaine »⁴⁶ est une donnée de fait et un principe ontologique, et non une norme, celle-ci ne saurait fonder la dignité de la personne ni de la communauté politique, ni servir de limite et de garantie à l'application

⁴² *Théorie pure du droit*, §23, p. 101.

⁴³ *Théorie pure du droit*, §27, p. 120.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 117.

⁴⁵ Hannah Arendt, « Vérité et Politique », in *La Crise de la culture*, Paris, Gallimard, 1972, p. 298.

⁴⁶ *Traité politique IV*, §5.

CORPUS, revue de philosophie

du droit pénal. Le droit propre de la Cité enveloppe en effet le droit de nature de chaque citoyen⁴⁷.

Certes, s'il n'est pas question d'une défense de la Raison d'État chez Spinoza (ce serait bien mal interpréter la formule selon laquelle « il n'y a pas de loi plus haute que sa propre sécurité »), reconnaissons qu'on ne trouve chez lui aucune tentative de transposition des principes, par exemple, de la *Magna carta* – l'*Habeas Corpus Act* ne sera publié qu'en 1679, deux ans après la mort du philosophe. Spinoza se soucie bien des formes juridiques, du statut des juges et des questions de procédure (avec, en particulier, une condamnation de la torture)⁴⁸, mais il est évident qu'il comprend d'abord le droit pénal comme l'une des causes, certainement pas la plus puissante, capable d'agir sur les comportements humains (parce que les hommes agissent davantage par la vertu des affections présentes que des menaces hypothétiques⁴⁹). Le droit, comme le dit Kelsen, est d'abord une « technique sociale spécifique »⁵⁰, l'instrument artificiel de la sociabilité.

On conclut que l'unique fondement de la peine est bien le droit (de punir) de la Cité, fondé sur sa puissance et son « utile propre », et non sur la faute même du criminel en tant qu'elle « mériterait » sanction. Ce n'est pas donc pas la liberté (mal employée) du criminel qui est cause de sa punition, mais au contraire la liberté de la Cité, autrement dit sa puissance, de le punir parce qu'il s'est montré désobéissant, c'est-à-dire nuisible. La Cité a donc droit de vie et de mort sur les citoyens dans la mesure où ceux-ci n'ont de fait pas la puissance de vivre de façon indépendante.

Ce qui fonde l'unité de la personne est alors d'ordre essentiellement cognitif, chez Spinoza, comme il sied à une philosophie qui fait l'économie de l'idée de volonté, et Kelsen montre qu'il comprend la liberté en un sens que ne renierait pas le premier : l'homme est un être libre *dans la mesure* où il est capable

⁴⁷ *Ethique IV*, 37, scolie 2.

⁴⁸ Cf. *Traité politique*, chap. VI, §§26 et suivants ; VIII, §§37 et suivants.

⁴⁹ *Ethique IV*, 9, corollaire.

⁵⁰ Kelsen, « Qu'est-ce que la Théorie pure du droit », article cité, p. 561.

Kevin Ladd

d'intellection, de se déterminer par rapport à des contenus de connaissance, et pas seulement de réagir à des *images*. L'animal, le nourrisson ou l'idiot ne sont pas susceptibles de liberté, parce qu'ils ne peuvent se déterminer par le truchement d'un contenu normatif qu'ils ne comprennent pas ; mais il est parfaitement trompeur de confondre *l'image* du bâton qu'on agite, et la *proclamation d'une norme* qui interdit, quand même elle inclurait la menace du bâton. Il y a ainsi à la fois continuité et rupture entre le chien qui craint le bâton (autrement dit qui se détermine de façon extrinsèque par l'effet conjugué de sa mémoire et de la menace de son maître), et l'homme capable de se déterminer en lui-même par la seule considération de la loi.

Ainsi, dans l'esprit du spinozisme, on pourra dire que c'est, malgré la capacité supposée d'un homme à comprendre ce qu'il a le droit ou non de faire, son échec à traduire les implications causales contenues dans la loi en une conduite conforme, qui fait qu'on peut lui imputer ce crime. Or, compte tenu du fait qu'un tel échec est nécessairement lié, pour Spinoza, à une vie placée sous le règne des passions et donc de « l'ordre commun de la Nature », on peut dire que le criminel est puni *parce qu'il n'a pas été le premier et unique terme de l'imputation*, parce qu'il a été déterminé de façon extrinsèque et non par la raison. *De ce point de vue, sa folie est bien sa propre peine, et le châtement la source indirecte de celle-ci.*

Il n'est pas besoin de présupposer une unité de la personne fondée sur une conscience morale ou l'exercice d'une volonté libre pour penser l'effectivité de l'ordre normatif. Au contraire, l'efficacité de celui-ci consiste en sa capacité à « déterminer la volonté des hommes à adopter une conduite conforme à ces normes »⁵¹. L'unité du sujet de droit est bien un problème de conscience, mais au sens cognitif du terme⁵² ; il faut et il suffit qu'un individu soit capable de comprendre le sens d'une norme pour qu'on puisse lui imputer la transgression de cette norme – mais pas l'en « *accuser* », au

⁵¹ *Théorie pure du droit*, §23, p. 102.

⁵² *Ibid.*, p. 105.

CORPUS, revue de philosophie

sens moral et métaphysique que peut revêtir ce terme. S'il est besoin d'une présupposition, celle-ci ne porte donc pas sur la « fiction superflue » du libre-arbitre⁵³, mais sur un concept pratique du justiciable : « Les ordres juridiques modernes présupposent un type d'homme moyen et un type moyen de circonstances extérieures dans lesquelles les hommes agissent, en vertu des causes qui les déterminent »⁵⁴.

La question que posait Oldenburg attendait une réponse convenue : le criminel *méritant sa peine*, entraîne non seulement un droit mais un *devoir* de le punir, correspondant éventuellement au droit subjectif de la victime d'obtenir réparation. C'est aussi le droit subjectif du criminel, lié à un mauvais usage de sa liberté, qui serait le déclencheur de la sanction et le miroir du droit objectif de punir émanant de l'ordre juridique lui-même. Kelsen montre que la réciprocité entre droit objectif et droit subjectif est une illusion⁵⁵, puisqu'en définitive tout droit se trouve fondé dans le système de contrainte de l'ordre juridique, c'est-à-dire de l'Etat. « En dernière analyse la détermination juridique émane précisément de ce droit objectif, et non du sujet de droit qui lui est soumis », écrit Kelsen⁵⁶. Il donne ainsi des gages au courant marxiste, en rattachant explicitement « l'idéologie de la subjectivité juridique » à la défense bourgeoise de la propriété privée⁵⁷.

Certes, Kelsen maintient jusqu'au bout la positivité de la norme (le fondement de l'autorité n'étant pas la puissance de la Cité, mais une « norme fictive »⁵⁸), et en cela se détache nettement de l'ontologie politique spinoziste, qui fait de la Cité l'unité d'un droit objectif et d'une puissance d'agir. Kelsen rappelle ainsi que « si [la Théorie pure du droit] conçoit le droit comme un

⁵³ *Ibid.*, p. 103.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 105.

⁵⁵ *Théorie pure du droit*, §§29, 33 ; *Théorie générale des normes*, chap. 33, Paris, Puf, 1996, p. 179.

⁵⁶ *Théorie pure du droit*, §33, p. 172.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 172-173.

⁵⁸ *Théorie générale des normes*, chap. 59, p. 342.

organisme, elle n'entend pas par là que le droit serait quelque entité supra-individuelle, supra-empirique et métaphysique – représentation derrière laquelle se dissimulent le plus souvent des postulats éthico-politiques »⁵⁹. Toutefois, lorsque Spinoza avance que seule la puissance de la Cité fait droit, il devance certainement la critique qu'adressera Kelsen à ceux qui font de la liberté métaphysique de l'homme le fondement et l'occasion du droit pénal.

Des châtiments sans justification

Kelsen nous permet donc de répondre de façon renouvelée aux objections auxquelles Spinoza avait eu à répondre en son temps : l'accusation d'entraîner l'immoralisme⁶⁰ ; l'idée que « tout comprendre, c'est tout pardonner »⁶¹. La réponse favorite de Spinoza à ceux qui l'accusaient de tels paradoxes, consistait à les accuser en retour de confondre Dieu avec un Juge. Reprenons cette image, et nous pourrions ajouter que ce n'est pas le travail du juge qui exige l'idée de liberté, mais au contraire l'idée du Dieu-juge qui sert souvent à justifier le travail du juge et la justice des hommes.

La critique de la justification des peines chez Kelsen prend alors deux voies : souligner d'abord que la téléologie des peines n'affecte pas leur nature. « La peine de mort et les peines de privation de liberté restent les mêmes, que l'on vise en les établissant la prévention ou quelque autre fin »⁶². Enfin, rappeler la rupture entre le juridique et le moral, que l'on a tendance à oublier dès lors qu'on entre sur le terrain pénal : « Dans la doctrine traditionnelle domine l'idée que les notions de délit et de sanction impliqueraient un élément de valeur d'ordre moral, que le délit devrait nécessairement avoir quelque chose d'immoral, et la peine quelque chose d'infamant »⁶³. Or, il ne faut donc pas confondre « le fait d'être blâmable pour une chose et le fait d'en être

⁵⁹ Kelsen, *Théorie pure du droit*, §33, p. 190.

⁶⁰ *Théorie pure du droit*, §23, p. 103.

⁶¹ *Ibid.*, p. 105.

⁶² *Théorie pure du droit*, §27, p. 118.

⁶³ *Ibid.*, p. 120.

CORPUS, revue de philosophie

responsable, la question de savoir qui est l'auteur d'une action et celle de savoir qui doit en supporter les coûts »⁶⁴, c'est-à-dire les plans du *Sollen* et du *Sein*, ni introduire de la métaphysique en contrebande dans les questions pénales. La singularité de la position philosophique de Kelsen, entre kantisme et spinozisme, tient au fait que sa tentative de conciliation ne porte pas sur les rapports entre droit et morale (comment, par exemple, donner un sens au terme d'« obligation » qui puisse convenir aux deux champs ?⁶⁵), mais sur les rapports entre norme et nécessité naturelle.

Céder à la tentation de *justifier* la pratique pénale est ainsi le péché originel de toute philosophie du droit. Il faut admettre une forme de fatalité dans la nécessité, pour l'Etat, de sanctionner des hommes du fait d'une faiblesse dont ils ne sont pas métaphysiquement responsables. « *Le positivisme marche main dans la main avec le relativisme* », écrit Kelsen⁶⁶, mais on n'en conclura pas pour autant que celui-ci se désintéresse de la peine de mort. Au contraire, c'est après avoir libéré le châtement de toute considération métaphysique, que l'on pourra réfléchir sereinement, sur le terrain de la causalité, à la question de son *efficacité*, et redonner leur force – par exemple – aux arguments de Beccaria contre la peine capitale.

Kevin LADD
Université de Bourgogne

⁶⁴ Jean-Fabien Spitz, *Abolir le hasard. Responsabilité individuelle et justice sociale*, Paris, Vrin, 2008, p. 352.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 125.

⁶⁶ Kelsen, « Qu'est-ce que la Théorie pure du droit », article cité, p. 560.

FRANÇOIS GUIZOT : DE LA PEINE DE MORT EN MATIÈRE POLITIQUE

François Guizot (1787-1874), historien et homme de pouvoir à l'activité plurielle et d'une exceptionnelle durée¹, publie en 1822 un essai sur la peine de mort au ton pamphlétaire, qui arrête une position sur un sujet grave et quant à laquelle il ne variera plus : les deux éditions successives de l'essai sont identiques et son contenu validé intégralement trente-six ans plus tard dans une œuvre de la maturité². Ce court écrit, le seul à traiter spécifiquement de la peine capitale, constitue donc la matière essentielle de notre étude. La publication de cet essai intervient à un moment clé de la seconde restauration : les ultras viennent de revenir aux affaires en décembre 1821 après l'échec de l'ouverture à gauche conduite par le ministère Decazes de janvier 1819 à février 1820. Guizot, entré en politique sous la première restauration, est l'esprit le plus éclairé de l'école doctrinaire qui a présidé au gouvernement Decazes ; il en a dicté les principes, à savoir le respect de la Charte octroyée par le roi³ et le soutien, dans la droite ligne de

¹ Cf. la biographie de Laurent Theis, *François Guizot*, Paris, Fayard, 2008. Débutée sous la première restauration, sa carrière politique prend fin avec la révolution de février 1848 : il est démis par le roi et s'exile. Il abandonne toute charge politique après 1852.

² « Je compte parmi les meilleurs souvenirs de ma vie d'avoir réclamé à ce sujet [la peine de mort], la vraie justice et la bonne politique, dans un temps où elles étaient compromises par les passions des partis et les périls du pouvoir » (*Mémoires pour servir à l'histoire de mon temps*, tome premier, Paris, M. Lévy frères, 1858, p. 308).

³ Guizot défend dès ses premiers essais (*Du gouvernement représentatif de l'état actuel de la France*, Paris, édition Maradan, 1816) la monarchie constitutionnelle suivant le modèle anglais contre les Ultras qui veulent un retour à l'ancien régime.

CORPUS, revue de philosophie

Montesquieu, du principe de séparation des pouvoirs qui est selon lui « indispensable à la conservation et à la liberté »⁴.

De la peine de mort en matière politique est à placer dans une série d'opuscules publiés entre 1820 et 1822 alors que Guizot est dans l'opposition de gauche ; opposition dont il défend l'existence et le rôle dans des textes qui s'adressent directement au pouvoir et dénoncent l'esprit contre-révolutionnaire du gouvernement Villèle⁵. Le contexte politique est violent et incertain : la droite ultra s'inquiète de la montée en puissance des Républicains et multiplie les condamnations à mort. En 1820, le duc de Berry, héritier du trône, est assassiné⁶ ; son assassin est exécuté. En 1822, un complot républicain est découvert à La Rochelle : quatre sergents sont exécutés *pour des motifs politiques*. C'est cette catégorie particulière de délit, le complot politique, dont se préoccupe exclusivement l'essai sur la peine de mort, comme l'annonce son titre, ne faisant allusion aux autres types de crimes (dits *privés*⁷) que pour montrer par contraste la nature particulière du crime politique et le traitement spécifique qui doit lui être appliqué.

Cette restriction de l'objet est une première limite au discours de Guizot sur la peine capitale. La seconde limite tient à la forme de la critique, annoncée aux premières lignes :

Ce n'est point une question philosophique que je veux traiter, je ne sollicite pas non plus de changement dans la législation. Nous ne sommes pas dans ces temps à la fois actifs et calmes où l'on peut discuter des principes et réformer des lois : mais tous les temps ont besoin de prudence ; en tous temps et quels que soient ses périls, le gouvernement peut

⁴ *De la démocratie en France*, Paris, Victor Masson, 1849, p. 32. On note le double souci pour l'ordre et la liberté.

⁵ Les doctrinaires veulent conserver le legs libéral de 1789. Cf. Emmanuel de Waresquiel, Benoît Yvert, *Histoire de la restauration, 1814-1830*, Paris, Perrin, 2002.

⁶ C'est la cause de l'éclatement du groupe des doctrinaires.

⁷ L'expression de crime privé désigne chez Guizot tout crime commis sans rapport avec la volonté de nuire au gouvernement. Celle de crime politique recouvre l'idée du complot, de la conjuration.

Delphine Labopin

commettre des fautes inutiles et causer à la société des maux superflus. C'est sous ce point de vue que je veux considérer l'emploi de la peine de mort en matière politique. Je veux savoir si le gouvernement, qui en dispose jusqu'à un certain point puisqu'il poursuit et peut faire grâce, agit *sagement* quand il en use, si son *intérêt* le lui conseille, si la *nécessité* l'y contraint⁸.

Le but de Guizot est politique : il n'est ni humaniste, ni philosophique⁹. L'analyse du temps présent constitue le fonds argumentatif de l'auteur qui parle du double point de vue de l'historien et de l'acteur politique. Notre étude consistera d'une part à rendre compte de sa critique de la peine capitale en montrant qu'elle est subsumée sous la seule question qui intéresse véritablement Guizot, celle du pouvoir : il s'agit pour lui de déterminer quel type de gouvernement convient à l'ordre nouveau de la restauration. D'autre part, il nous faudra expliquer les limites et points aveugles importants dans un essai publié près de soixante ans après *Des délits et des peines* de Beccaria.

I. La mesure d'une époque : le problème de la peine de mort appliquée aux crimes politiques

Guizot n'est pas abolitionniste ; cependant il est convaincu que la peine de mort est une mauvaise arme politique et qu'il faut progressivement abandonner son usage : « la peine de mort

⁸ *De la peine de mort en matière politique*, ch. 1, Paris, Fayard, 1984, p. 95. Nous soulignons.

⁹ La réflexion théorique déliée de la pratique n'intéresse pas Guizot : l'essence du politique est selon lui soit dans les pamphlets soit dans les ouvrages d'histoire. Il existe bien un manuscrit de philosophie politique écrit par Guizot en 1822 et redécouvert par Pierre Rosanvallon qui l'a publié à la suite de *Histoire de la civilisation en Europe : depuis la chute de l'Empire romain jusqu'à la Révolution française* (1828), Paris, Hachette, 1985, sous le titre « Philosophie politique : de la souveraineté » : il est cependant inachevé car fut abandonné selon Guizot lui-même pour cause de tâches plus urgentes à mener.

CORPUS, revue de philosophie

est, *en politique*, inefficace, inutile, dangereuse même »¹⁰. Sa rhétorique à l'adresse du pouvoir est prudente c'est-à-dire conservatrice (il snobe le problème juridique : il faut changer les pratiques et non les lois), et pragmatique (il faut montrer au pouvoir non seulement que la peine est inutile mais nuit à sa puissance et qu'il fait une erreur en croyant pouvoir se maintenir par ce moyen.) Il semble emprunter la voie de Beccaria en se plaçant du point de vue des préoccupations du pouvoir mais son argumentation est bien plus fortement inspirée du *Prince* que *Des délits et des peines*¹¹ : le discours pragmatique n'est en effet jamais encadré d'un discours sur le droit et sa critique de la peine ne s'accompagne d'aucune proposition sur la réforme de la justice. C'est sous l'égide d'une double préoccupation pour la stratégie du pouvoir (la peine de mort est-elle *utile* et *nécessaire* ?) et pour la vertu du politique (est-elle *raisonnable* ?) que Guizot conduit sa critique de la peine.

1. L'inefficacité matérielle de la peine de mort

Puisque la nécessité de la peine dépend de son efficacité, Guizot examine dans quelle mesure la peine, *lorsqu'elle sanctionne des crimes politiques*, est efficace sur le plan matériel (supprime-t-elle le péril en supprimant le coupable ?) et sur le plan moral (a-t-elle force d'exemple et de dissuasion ?) Aux deux questions, Guizot répond par la négative, thèse qu'il soutient par une analyse de la nouvelle structure de la société et des rapports qu'elle induit avec le pouvoir. Que la stabilité du pouvoir dépende de la suppression physique d'ennemis supposés est une idée désuète : cela était valable au temps où des *individus* étaient menaçants¹². Or sous la restauration, aucun chef de parti n'est plus dangereux par lui-

¹⁰ *De la peine de mort en matière politique*, préface, op. cit., p. 88.

¹¹ « Mais si je démontre que la mort n'est ni utile ni nécessaire, j'aurais gagné la cause de l'humanité » (Beccaria, *Des délits et des peines*, ch. XXVIII, trad. fr. Philippe Audegean, Lyon, ENS Éditions, 2009, p. 229). Guizot ne se préoccupe de rien qui s'approche de la cause de l'humanité ; sa cause est celle de l'ordre social.

¹² Guizot prend l'exemple de Coligny pour le cas duquel supprimer un homme revenait à supprimer un parti.

Delphine Labopin

même car la puissance appartient non plus à quelques individus, mais à la société tout entière ; cette puissance est celle des opinions et des intérêts sociaux qu'on ne peut faire disparaître par la suppression d'un seul homme. Les partis ne peuvent plus se débarrasser de ceux qui les gênent comme en temps de révolution sociale, car leur force ne provient plus du sang qu'ils font couler mais du ralliement des opinions. Ce caractère organique de la société nouvelle a une seconde incidence : on ne peut pas traiter la nouvelle classe bourgeoise comme la révolution a traité la classe supérieure. Tout d'abord, note l'élitiste Guizot, il est salutaire pour la société de croire qu'il y a des conditions sociales où le désordre n'entre jamais : appliquer la peine de mort aux élites, c'est réitérer une part de la révolution¹³. Mais plus généralement et en raison même de l'imbrication des couches de la société, la peine de mort n'est pas plus utile contre les complots issus des classes inférieures car il y a sous la restauration continuité dans l'ordre social : les hommes ne vivent plus les uns hors des autres (ce qui apparaît dans le fait même que le complot n'est plus un privilège de l'aristocratie). L'isolement est aboli ; on ne peut donc plus traiter localement un problème comme on traitait les jacqueries¹⁴ ; on ne peut plus « fusiller par centaines » car, si les lois ne sont pas plus humaines, néanmoins « la vie humaine a plus de force pour se faire respecter [...]. Maintenant il y a moins de grands seigneurs, mais il y a beaucoup plus d'hommes et ils se tiennent tous »¹⁵. Guizot fait un usage politique du constat de l'égalisation des

¹³ Guizot analyse la révolution comme une lutte au sein d'une même classe et non du peuple contre les élites ; par ailleurs la peine de mort est inutile contre les Grands, déjà abaissés par la révolution.

¹⁴ Guizot souligne le fait que la répression très violente des révoltes sociales par des exécutions de masses sous l'ancien régime pouvait se passer à l'issue de la société et même du roi : la peine de mort n'était en effet pas seulement un châtement mais un « moyen ordinaire de la police ». La répression d'une partie de la population n'inquiétait donc pas l'État car ceux qu'on supprimait étaient des « misérables » dont le sort était inconnu hors de leur canton. Les actions policières n'avaient aucune conséquence pour la nation.

¹⁵ *De la peine de mort en matière politique*, ch. 2, op. cit., p. 110.

CORPUS, revue de philosophie

conditions : l'entrelacement des existences et la communauté des conditions ont créé une fortification des intérêts. Tout trouble apparemment local mettrait l'Etat en péril ; en d'autres termes, condamner à mort ses ennemis politiques, c'est risquer l'anarchie.

Ainsi la peine de mort est d'abord désignée comme *anachronique*. Guizot ne montre pas qu'elle est mauvaise par principe mais que le nouveau contexte social a fait d'elle une mauvaise arme politique¹⁶ : inutile contre les individus car aucun n'est menaçant en lui-même, inutile contre les masses car elles sont trop fortes. Il montre aussi qu'elle est *dangereuse* car au lieu de garantir l'ordre, elle le menace. Punir de mort les conjurations est une erreur stratégique du pouvoir : il donne à voir non pas sa puissance mais sa fragilité et une peur de bête traquée. Dans une perspective très moderne sur l'autorité, Guizot souhaite que l'État se démunisse d'une partie de sa violence, sa puissance étant définie par son aptitude à s'en passer. En termes d'efficacité matérielle, le bannissement ou la déportation sont des substituts parfaits, et en termes d'efficacité matérielle et symbolique, c'est en déjouant les complots plutôt qu'en les punissant que le pouvoir fait la vraie démonstration de sa puissance¹⁷. La peine de mort en matière politique est un résidu du passé conservé par pure habitude, par préjugé ; comme le soupire Guizot, « le monde est plein de croyances sans motifs »¹⁸.

2. Inefficacité morale de la peine de mort

Guizot ne conteste pas *en principe* la vertu comminatoire et préventive de la peine de mort : contrairement au supplice qui en raison de l'adoucissement des mœurs révolte la morale, la peine de mort reste selon lui efficace car approuvée par la morale publique

¹⁶ L'idée que l'ordre social précède l'ordre politique est au principe de la théorie du gouvernement de Guizot.

¹⁷ S'il ne formule aucune théorie de l'éducation dans le cadre de la réflexion sur les peines, Guizot suggère que le rôle du législateur est de prévenir le crime.

¹⁸ *De la peine de mort en matière politique*, ch. 2, op. cit., p. 109.

de l'époque. Le sentiment public en effet est révolté seulement si la peine de mort paraît injuste, c'est-à-dire si, démesurée, elle transforme l'aversion pour le crime en pitié pour le criminel. Guizot se sert du sentiment public comme baromètre pour évaluer la pertinence des condamnations à mort : il en fait un étalon de la justice, marchepied aussi bien de la justification de la peine de mort appliquée aux crimes privés que du réquisitoire contre cette même peine appliquée aux crimes politiques. L'aversion pour le crime *privé*, nous dit-il, est naturelle et universelle (le prévenu, le pouvoir et le public s'accordent sur l'immoralité du crime) : la peine paraît juste donc est efficace moralement, nul besoin de la supprimer¹⁹. L'argument, qui consiste en un saut du fait au droit, est stupéfiant de légèreté et marque un recul important par rapport aux écrits des Lumières d'une part sur la critique de la vertu d'exemple de la peine et d'autre part en méprisant la question du droit²⁰ : il affirme contre Beccaria qu'il y a un *droit de nature* pour la société à entrer en guerre contre un de ses membres, droit manifesté par la communion des sentiments moraux. La rapidité avec laquelle le sujet est balayé montre bien en fait que seule la question de la *cohésion sociale* intéresse Guizot et qu'il ne considère simplement pas que l'existence de la peine de mort dans le droit soit un danger pour celle-ci. La peine de mort n'est un problème qu'au regard de ses possibles conséquences funestes pour l'ordre qui n'interviennent que lorsqu'elle s'applique aux crimes politiques car leur immoralité ne va pas de soi et doit être justifiée, ce qui engendre des dissonances dans l'opinion publique. En effet ce

¹⁹ Guizot préconise tout de même sa rareté pour mieux frapper les imaginations. Il y a un excès général dans l'application des peines légales selon lui.

²⁰ Beccaria ouvre son chapitre sur la peine capitale par cette question : « Quel peut bien être le droit que s'attribuent les hommes de trueder leurs semblables ? Certainement pas celui dont résultent la souveraineté et les lois [...]. La peine de mort n'est donc pas un droit [...] mais une guerre de la nation contre un citoyen, parce qu'elle juge nécessaire ou utile la destruction de son être » (*Des délits et des peines*, ch. XXVIII, éd. cit., p. 229).

CORPUS, revue de philosophie

n'est ni la morale ni la *justice naturelle*²¹ mais la loi seule qui condamne en matière politique ; or la loi est changeante²². L'efficacité morale de la peine est dans ce cas éminemment contestable, d'autant que la loi est incapable de trancher quant à la moralité de l'agent car elle ne distingue pas entre les motifs de l'action – or Guizot, lecteur de Kant, place la moralité dans la pureté des motifs. La peur qu'inspire alors la peine de mort aux comploteurs n'est pas « celle qui commande la force » mais « celle qu'inspire l'iniquité »²³ : ce type de crainte ne peut être un moyen de gouvernement :

Ne tenant aucun compte des motifs et des dispositions qui ont poussé les hommes aux actes qu'elle punit, elle frappe du même coup le pervers et le rêveur, l'ambitieux déréglé et le fanatique dévoué ; elle irrite encore plus qu'elle n'effraie ; elle émeut de pitié les spectateurs indifférents, et apparaît aux intéressés comme un acte de guerre qui revêt faussement les formes d'un arrêt de justice. L'intimidation qu'elle inspire d'abord s'affaiblit de jour en jour, tandis que la haine et la soif de vengeance qu'elle sème dans les cœurs s'enveniment et se répandent. Et un jour arrive où le pouvoir qui s'est cru sauvé se voit assailli par des ennemis bien plus nombreux et plus acharnés que n'étaient ceux dont il s'est défait²⁴.

Le problème du crime politique est que sa qualification, au contraire des crimes privés pour lesquels la loi est *moralement* déterminante, varie selon les temps et les mérites du pouvoir : elle est purement positive. Aussi l'opinion publique, de manière fondée, ne croit-elle pas la paix mieux garantie après une exécution pour crime politique car il n'est pas assuré que le criminel, s'il

²¹ Guizot suit Montesquieu dans l'idée qu'il existe une justice antérieure et supérieure à la justice légale et pense qu'elle continue d'exister et de s'exprimer dans le « sentiment public » capable de reconnaître l'immoralité d'un acte conformément aux lois éternelles de la justice, de la raison, de la vérité et de la morale.

²² Par exemple en 1793, il devient criminel d'envoyer de l'argent aux immigrés : c'est la loi qui fait le crime politique.

²³ *De la peine de mort en matière politique*, ch. 3, op. cit., p. 130.

²⁴ *Mémoires pour servir à l'histoire de mon temps*, op. cit., p. 309.

était ennemi du gouvernement, fût un ennemi de l'ordre social. L'essai est circonscrit aux crimes politiques car c'est le seul lieu où la condamnation à mort peut provoquer une dissociation du sentiment public et de l'action du pouvoir ce qui, Guizot suivant ici Montesquieu, est la définition même d'un gouvernement despotique²⁵. Dans le cas du crime privé, la société entière condamne ; tandis que c'est le pouvoir seul qui mène à l'échafaud les ennemis du gouvernement. On voit à l'occasion de cette argumentation sommaire se dessiner les deux dogmes qui soutiennent la théorie du pouvoir de Guizot : le lien organique entre le pouvoir et la société, et l'idée que la société est le siège de la vérité. Deux ordres de questions sont au principe de cette théorie : l'un pragmatique dans la ligne du *Prince* concernant la stabilité du pouvoir, le second plus idéaliste, tourné vers l'édification d'un pouvoir vertueux. Qu'est-ce qu'une *bonne* politique selon Guizot ?

II. La théorie du pouvoir et l'ordre nouveau

Guizot annonce dès la préface qu'il ne s'agit pas de faire changer d'avis le pouvoir, pourtant son essai prétend l'amener à abandonner la pratique de la peine et de manière plus générale à réduire l'excès de rigueur dans l'application des lois. Cette prudence de Guizot a deux raisons : il est convaincu de la lenteur extrême des changements dans le pouvoir trop attaché à ses prérogatives, notamment celle de donner la mort, donc lui réclamer l'abrogation ne servirait qu'à le braquer²⁶ ; ensuite il ne juge pas nécessaire d'introduire un changement dans la loi : l'abandon d'une

²⁵ Montesquieu, *De l'esprit des lois* (1748), VI, 9, Paris, GF-Flammarion, 1979, t. I, p. 209.

²⁶ « Je sollicite du pouvoir, non qu'il nous donne toutes les bonnes lois qui se pourraient faire, mais seulement que, dans les limites de ses attributions, il use des lois actuelles dans notre intérêt et le sien (...) Les Statuts de Grande-Bretagne sont pleins de dispositions pénales tombées en désuétude. Quand on réclame leur révocation formelle, les amis du pouvoir se récrient ; mais ils se récrieraient aussi si on les appliquait, et ils consentent à ce que, par des voies indirectes, on élude leur empire », *De la peine de mort en matière politique*, ch. 8, op. cit., p. 176.

CORPUS, revue de philosophie

pratique est suffisante. La bonne politique n'est pas celle qui réformera, mais celle qui saura se mettre au pas de la société seule consciente de ses intérêts réels, c'est-à-dire garantir l'ordre et changer l'*esprit* des lois. La peine de mort *en matière politique* est incompatible avec le caractère de la restauration qui doit être un gage de paix et de liberté, conditions nécessaires pour que se forment les idées libérales conformes aux temps : dans une société où les grands conflits sont éteints, l'État dirige de moins en moins, donc punit de moins en moins, et peut ainsi gouverner. La restauration doit trouver sa force ailleurs que dans les moyens de la terreur.

1. La « dialectique du social et du politique »²⁷

Si Guizot ne propose pas de philosophie politique, il développe une vision forte de l'espace public soutenue par la nécessité de garantir l'ordre et d'établir les conditions de la liberté. Ces besoins peuvent être comblés si tous les acteurs politiques ont une vision claire du nouvel ordre social et politique comme « un seul espace dédoublé tel que, suivant une direction, le politique s'investit dans le social et, suivant l'autre, le social s'investit dans le politique »²⁸. En tuant ses ennemis personnels, le pouvoir se tient dans une position fautive vis-à-vis de la société : il croit, à l'instar du parti ultra, qu'il peut y intervenir pour la brider et se pense extérieur à elle, dans une position de commandement. Guizot critique ici toute forme de politique instrumentale : dans une époque qui se caractérise à la fois par une grande liberté portée par la classe bourgeoise émergente et une intrication du politique et du social, l'idée que seule compte la capacité d'obtenir la sujétion des individus et des groupes est arriérée. Le pouvoir agit en fait de manière frileuse et paranoïaque et donne l'image d'un

²⁷ Expression utilisée par Claude Lefort dans son article « Guizot, théoricien du pouvoir », in Marina Valensise dir., *François Guizot et la culture politique de son temps*, actes du colloque de la fondation Val-Richer, Paris, Seuil, 1991, p. 101.

²⁸ *Ibid.*, p. 98.

Delphine Labopin

gouvernement occupé à pourchasser ses ennemis plutôt qu'à protéger les intérêts sociaux : il démasque le caractère personnel de ses préoccupations – le sang n'est jamais versé pour l'intérêt général – et provoque la rupture entre une société en mouvement et la sphère gouvernementale où règnent l'impuissance et l'immobilisme. La peine de mort *en matière politique* se rattache à « une politique fautive, funeste, condamnée à le devenir chaque jour davantage, à s'enfoncer chaque jour dans l'emploi des plus tristes comme des plus inutiles moyens »²⁹. L'ordre nouveau où pouvoir et société sont transparents l'un à l'autre n'admet plus les passions privées du gouvernement : la société doit pouvoir se contempler dans le pouvoir qui la représente. Un pouvoir efficace serait donc un pouvoir qui connaîtrait sa dépendance vis-à-vis de la société.

Cela doit se matérialiser institutionnellement par la mise en place d'un gouvernement représentatif qui réaliserait la *dialectique du social et du politique* en supprimant la division entre le pouvoir et la force sociale dominante qu'est la bourgeoisie. La défense de la représentativité ne signifie pas pour autant chez Guizot le renoncement à un pouvoir fort ; au contraire ce dernier est la condition nécessaire à l'établissement de la paix et de la liberté. La dépendance du pouvoir à l'égard de la société n'entraîne donc pas sa faiblesse mais exige de lui une force supérieure :

Si le pouvoir n'a plus de mystères pour la société, c'est que la société n'en a plus pour le pouvoir ; si l'autorité rencontre partout des esprits qui prétendent à la juger, c'est qu'elle a par-tout quelque chose à exiger ou à faire ; si on lui demande en toute occasion de légitimer sa conduite, c'est qu'elle peut disposer de toutes les forces et a droit sur tous les citoyens ; si le public se mêle beaucoup plus du gouvernement, le gouvernement agit aussi sur un bien autre public, et le pouvoir s'est agrandi comme la liberté³⁰.

La définition même d'un pouvoir fort est un pouvoir connecté à la demande sociale, capable de gouverner suivant les intérêts

²⁹ *De la peine de mort en matière politique*, préface, op. cit., p. 90.

³⁰ *Ibid*, ch. 5, p. 145.

CORPUS, revue de philosophie

généraux : « Maintenant il faut que la politique soit *vraie*, c'est-à-dire nationale, et cela restreint l'action capricieuse ou les conceptions arbitraires des individus »³¹. Un tel gouvernement renoncera nécessairement à l'usage de la peine de mort contre les délits politiques car il en apercevra non seulement la vanité et la dangerosité, mais aussi l'*injustice* : sa lucidité consistera à voir que la société réclame ce qui est nécessaire pour elle et pour le pays. La légalité ne lui suffit pas : elle veut la justice et demandera si la peine de mort était juste et nécessaire. S'opère ainsi insensiblement une conversion du langage de Guizot qui consiste non plus à définir la force par la ruse et la bonne politique par la bonne stratégie, mais la force par la justice et la vérité, et la bonne politique par la vertu. L'argumentaire sur l'inutilité de la peine et l'intérêt du pouvoir vient se doubler non pas de visées humanistes comme au siècle des Lumières, mais d'une recherche de la pureté et de la raison en politique qui vient en contrefort du discours sur l'ordre.

2. La justice pure et la vérité morale

Le lexique de la pureté n'est pas une particularité de Guizot mais constitue plutôt un trait commun à la première période de la restauration dont la question principale est : que faire de 1789 ? Le spectacle du sang a été associé à la Révolution et doit être effacé ; il faut relier ce vocabulaire de la pureté à l'activité éditiorale de l'époque qui engage une véritable entreprise d'épuration³². La plaidoirie pour la rarefaction maximale de la peine de mort et ce concernant aussi les crimes privés participe de cette recherche de la pureté qui manifeste la hantise de la dissolution sociale propre à l'époque. Il est singulier de noter que le discours sur la

³¹ *Ibid.*

³² On peut renvoyer ici à l'analyse d'Alain Corbin, « Le sang de Paris. Réflexions sur la généalogie de l'image dans la capitale », in *Le temps, le désir et l'horreur. Essais sur le XIX^e siècle*, Paris, Aubier, 1991, p. 215-226. Corbin montre qu'un des principaux enjeux de la restauration est d'apaiser la cruauté : on relègue les abattoirs hors des centres, les combats d'animaux sont interdits, etc. Il faut éloigner la violence.

Delphine Labopin

pureté consiste en un retour aux thèmes de la révolution qui versait le sang au nom de cette même pureté. Mais la recherche de la pureté en matière de morale et de justice est portée dans la France de la restauration non par un pouvoir révolutionnaire mais par la société elle-même, qui est présentée dans la mystique de Guizot comme le siège de l'ordre, de la vérité et de la justice. Il dote, on l'a vu, le sentiment public d'une capacité de vérité morale dont il se sert comme étalon pour évaluer l'efficacité morale de la peine de mort et pose l'existence d'un sentiment spontané de la justice naturelle qui devrait servir de critère à la justice pénale. La justice pure serait donc conforme à ce *sentiment public* et elle tiendrait compte des motifs de l'action car le sentiment naturel de justice est offensé si les lois n'incluent pas les intentions dans leur jugement. La société est décrite par Guizot presque comme une *personne* dotée de sentiments moraux qui a une autonomie et un ordre propre dans la dépendance desquels le pouvoir est maintenant placé : « Autant il importe de comprendre que le pouvoir entretient un rapport intime, étroit, avec la société, autant la société est déjà en rapport avec elle-même »³³. Le pouvoir sage est celui qui ne la compromettra pas par ses passions mais garantira son existence et son développement. Chercher à dominer la société c'est se perdre lui-même, d'autant que l'opinion publique a acquis une force qui peut à terme plier le pouvoir³⁴ : « La nouvelle exigence du public [...] est forte et irrévocable, elle tient à tous les progrès, à tous les besoins moraux de la civilisation et de l'esprit humain »³⁵.

Le nouveau lot du pouvoir est le devoir de résoudre la contradiction entre deux éléments de sa nature : la volonté de durer et le fait de représenter les intérêts sociaux. Dans la perspective machiavélienne, la ruse du pouvoir doit consister au

³³ Claude Lefort, *op.cit.*, p. 101.

³⁴ Ce dogme participe d'une tentative de Guizot pour légitimer le rôle de l'opposition qui se place naturellement du côté de la société, donc de la vérité. C'est la différence cruciale pour Guizot entre 1792 et 1820 : le parti au pouvoir doit tenir compte de l'opposition.

³⁵ *De la peine de mort en matière politique*, ch. 5, *op. cit.*, p. 148.

CORPUS, revue de philosophie

moins à *paraître* agir en vue des intérêts de la société s'il ne veut pas s'affaiblir : c'est le sens du long extrait du *Prince* sur la popularité du pouvoir cité en conclusion. Mais cette citation, si elle valide une forme d'admiration pour le stratège, est l'occasion d'une critique de Guizot qui loue ironiquement l'optimisme de Machiavel lorsqu'il pense asseoir la force du pouvoir sur sa seule ruse ; dans la nouvelle société libérale, la ruse ne suffit pas ; le pouvoir doit puiser sa force, condition de son propre salut et de celui de la société, dans la satisfaction réelle des intérêts généraux.

La force du pouvoir contre les complots ne réside point dans les supplices, elle est dans la satisfaction des intérêts généraux, dans *le système de gouvernement qui leur convient* [...]. Les supplices détruisent les hommes, ils ne changent ni les intérêts ni les sentiments des peuples [...] un gouvernement protégé par le sentiment public doit tenir peu de compte des conspirations, car les complots eux-mêmes deviendront aussi impuissants contre le pouvoir que la peine de mort est impuissante contre les complots³⁶.

La double perspective juridique et humaniste des Lumières est ainsi abandonnée au profit d'un discours d'ordre soutenu par une vision historique claire des changements sociaux, mais hésitant entre un réalisme politique qui dicte la forme pragmatique de l'essai où Guizot réclame un changement dans les pratiques gouvernementales plutôt qu'une réforme du droit, et un certain idéalisme dans la description des fins lorsqu'il affirme la volonté d'édifier une politique juste qui réaliserait un lien solide entre l'ordre et la liberté et remplacerait les volontés particulières par le droit.

Les ambivalences de Guizot, ou plutôt devrait-on dire sa démarche extravagante qui consiste à réunir *Le Prince* et *La République*, peuvent être lues comme la tentative de concilier le savant et le politique en adossant la pratique politique à une

³⁶ *Ibid.*, ch. 9, p. 204-205.

Delphine Labopin

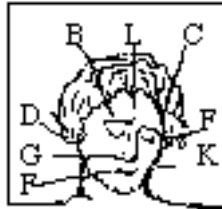
connaissance objective des structures sociales. Son essai sur la peine de mort nous permet ainsi de saisir aussi bien les hésitations d'une époque en jachère que la complexité d'un esprit qui, trop souvent présenté unilatéralement comme la figure de l'autoritarisme réactionnaire, mêle étroitement conservatisme et libéralisme, pragmatisme et idéalisme. Ces tensions président à l'opuscule *De la peine de mort en matière politique* qui, marquant un pas en arrière significatif par rapport aux écrits abolitionnistes des Lumières, affirme en même temps l'avènement de la société libérale moderne.

**Delphine LABOPIN
Université Paris Ouest Nanterre La Défense
Doctorante au Laboratoire SOPHIAPOL**

Corpus, revue de philosophie, a été créée en 1985 pour accompagner la publication des ouvrages de la collection du **Corpus des Œuvres de Philosophie en langue française**, sous la direction de Michel Serres, éditée chez Fayard de 1984 à 2005 puis publiée à Dijon, par Corpus – EUD.

La revue contient des documents, des traductions, des articles historiques et critiques. Son lien avec la collection ne limite pas ses choix éditoriaux.

La revue est éditée par l'**Association pour la revue Corpus** (Présidente : Francine Markovits. Bureau : André Pessel et Christiane Frémont). Depuis 1997, la revue est rattachée à l'équipe d'accueil EA 373-IREPH, et publiée avec le concours de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense.



Direction éditoriale de la revue : Francine Markovits et Thierry Hoquet

Comité scientifique : Miguel Benitez (U. de Séville), Olivier Bloch (U. Paris I), Philippe Desan (U. of Chicago), Maria das Graças de Souza (U. de Sao Paulo), Michele Le Doeuff (CNRS), Renate Schlesier (U. de Berlin), Mariafranca Spallanzani (U. de Bologne), Diego Tatian (U. nationale de Cordoba), Rita Widmaier (U. de Hanovre)

Comité éditorial : Jean-Robert Armogathe (EPHE), Jean-François Balaudé (U. Paris Ouest), Bernadette Bensaude-Vincent (U. de Paris I), Michèle Cohen-Halimi (U. Paris Ouest), Stéphane Douailler (U. Paris VIII), Laurent Fedi (IUFM Strasbourg), Christiane Frémont (CNRS), Philippe Hamou (U. de Lille 3), Thierry Hoquet (U. Paris Ouest), Francine Markovits (U. Paris Ouest), Barbara de Négroni (Classes préparatoires, Versailles), François Pépin (l'EA 373 de Paris Ouest), André Pessel (IGEN honoraire), Jean Seidengart (U. Paris Ouest), Michel Serres (Académie française), Patrice Vermeren (U. Paris VIII et Centre franco-argentin, U. de Buenos-Aires)

<http://www.revuecorpus.com>

revue.corpus@noos.fr

ISSN 0296-8916

POUR COMMANDER
Sommaires et index sur le site.
<http://www.revuecorpus.com>

Abonnements, commande de numéros séparés, courrier au siège et à l'ordre de

Association pour la revue *Corpus*,
99 avenue Ledru-Rollin, 75011 Paris,
Répondeur et télécopie : 33 (0)1 43 55 40 71.
Courriel : revue.corpus@noos.fr

Abonnement : 34 € ;
Après **remise consentie aux libraires, distributeurs, étudiants (photocopie de la carte) : 22 €.**

Vente au numéro :
Du numéro 1 au numéro 14/15 : 8 €
Du numéro 16/17 au dernier numéro : 16 €
Frais d'envoi en plus.

A paraître : 2012 :
N° 62 : *La peine de mort* (mis en œuvre par L. Délia, CNRS)
N° 63 : *La connaissance de soi* (mis en œuvre par C. Frémont, CNRS)

A paraître : 2013... en préparation :
N° 64 : *Le droit naturel* (mis en œuvre par Florence Gauthier, Université Diderot-Paris 7)
N° 65 : *La philosophie française en Amérique latine* (mis en œuvre par P. Vermeren, U. Paris 8)

Toute commande de plus de 10 numéros bénéficiera d'une réduction de 50 %.

Règlement des commandes et abonnements à l'ordre de *Corpus*, revue de philosophie par chèque ou virement sur le CCP (La Banque Postale) :

<i>Etablissement</i>	<i>guichet</i>	<i>Numéro de compte</i>	<i>clé</i>
20041	01012	675680V033	28

CODE IBAN : FR 89 20041 01012 3675680V033 28
CODE BIC : PSSFRPPSCE

Numéros commandés :
NOM.....
Prénom.....
Fonction.....
Adresse
e-mail.....
Téléphone.....

Revue de Synthèse

TRIMESTRIEL - N° 4/2011 - 24 €



VARIA

ARTICLES

François Jacquesson
Les ombres portées et la Renaissance
Un trait culturel peut-il revivre ?
François Loget
De l'algèbre comme art à l'algèbre pour l'enseignement
Les manuels de Pierre de La Ramée, Bernard Salignac et Lazare Schöner
Jean-Pierre Cléro
Paris, pari et théorie des jeux

FEUILLETON

Éric Brian
Présentation : Nouveaux confits des facultés
Afrânio Garcia Jr.
Mobilité universitaire et circulation internationale des idées
Le cas du Brésil contemporain

CHRONIQUE DE LA RECHERCHE

Joël Chandelier
Secondes Journées de synthèse. Nouvelles réflexions historiographiques
(Université de Versailles/Saint-Quentin, 1^{er}-2 juillet 2010)

REVUE CRITIQUE

André Tosel
Sur un double retour à Louis Althusser

COMPTE RENDUS

Histoire économique, sociale et culturelle

TABLES ANNUELLES

Direction et rédaction
Fondation « Pour la Science »
Centre international de synthèse
45, rue d'Ulm,
F-75005 Paris
Tél. : +33(0)1 44 32 26 55
Fax : +33(0)1 44 32 26 56
revuedesyntese@ens.fr

Publication et diffusion
Springer-Verlag France
NPAI - Service abonnements
26, rue Kléber
F-93100 Montreuil cedex
Tél. : +33 (0)1 43 62 66 66
Fax : +33 (0)1 43 62 84 29
springer.abo@npai.fr

www.revue-de-synthese.eu
www.springer.com/11873/

Available
online
springerlink.com

 Springer

FONDATION POUR LA
SCIENCE

**PUBLIEE AVEC LE CONCOURS
DE L'UNIVERSITE PARIS OUEST NANTERRE LA DEFENSE**

**Mis en page
et achevé d'imprimer en février 2012
à l'Atelier Intégré de Reprographie
de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense
Dépôt légal : 1^{er} trimestre 2012**

N° ISSN : 0296-8916