

La Chambre criminelle a rejeté le pourvoi « attendu que l'art. 410 punit non seulement ceux qui ont tenu une maison de jeux de hasard mais encore tous administrateurs, préposés ou agents de ces établissements » (Cass. crim., 25 octobre 1930 : *Gaz. Pal.*, 4 novembre).

Quelle souple, quelle commode, quelle précieuse formule ! C'est elle qui jadis a permis d'atteindre les sous-verges, tous ceux qui, sous les ordres du tenancier, participent à la tenu du tripot (V., sur ce point : Garçon, *C. pén. annoté*, sous l'art. 410, n. 124 et s.). Et voici que maintenant on l'applique à celui qui plane au-dessus des tenanciers vulgaires, le tenancier général !

Il ne sera pas dit que, dans un pays d'égalité comme le nôtre, les gros passent là où sont pris les petits, et même les tout petits !

LOUIS HUGUENEY.

## L'IDEE DE LA PEINE

### AVANT-PROPOS

*Le sujet présenté ici a déjà été discuté par moi en rapport avec la théorie pragmatique de Saldana dans une dissertation qui a paru en Pologne, dans la bibliothèque de l'Université catholique de Lublin en 1924 : « La peine d'utilité et la peine de représailles ». Bien que le sujet soit le même, la forme de sa rédaction est en quelque sorte différente, comme aussi celle de plusieurs idées que j'y avais développées.*

*Il va de soi que le but de cette discussion ne consiste pas dans la solution du problème indiqué par le titre, qui bien qu'aussi ancien que le domaine du droit pénal même, reste toujours encore controversé et dont la solution caractérise les directions opposées des écoles pénales. Il s'agissait plutôt de souligner d'une manière exacte et distincte la nécessité de la délimitation de deux domaines : celui du droit pénal et celui de la politique sociale, de rappeler quelles sont leurs tâches spéciales et respectives et en quoi consiste la marque caractéristique et le signe essentiel de la peine criminelle*

*J'ose supposer que si la peine était absorbée totalement par des idées exclusivement sociales et privée par cela même d'élément répressif, dans ce cas là elle ne pourrait pas accomplir sa tâche dominante c'est-à-dire qu'elle ne serait pas apte à la défense sociale. Si cette phrase paraît paradoxale, néanmoins elle enferme une grande vérité, d'ailleurs comme plus d'une idée considérée comme paradoxe.*

GLASER.

D<sup>r</sup> Stefan GLASER

Professeur à l'Université de Wilno

L'IDEE DE LA PEINE

I

1. — L'idée de la peine a une importance essentielle pour le droit pénal (1). Elle caractérise ce domaine du droit, sans elle l'idée du délit comme d'un fait punissable n'existe pas (2). La peine est aussi l'objet de la science du droit pénal *sensu stricto* que nous appelons à cause de cela la pénologie (3).

2. — On a compris depuis longtemps la nécessité de la peine. Cette question, nous le pensons, ne provoqua jamais et ne provoque maintenant aucun doute. On ne peut pas s'imaginer la possibilité de soutenir l'ordre social et de l'Etat sans justice. C'est pourquoi nous rencontrons cette institution déjà dans les temps les plus éloignés chez tous les peuples, bien que dans une forme différente de celle d'aujourd'hui. Maintenant, on peut la considérer comme la condition *sine qua non* d'une vie collective organisée. Viendra-t-il un jour où le progrès de la culture et de la civilisation rendra cette justice superflue et donnera à la peine le caractère d'un souvenir historique ? L'avenir nous le montrera. Aujourd'hui ces espoirs ne sont que pure utopie (4).

3. — La compréhension de la nécessité de la peine, son accepta-

(1) Cf. Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts (1922) 2.

(2) Différemment Merkel, Lehrbuch des Strafrechts (1889) 9.

(3) Au contraire, la criminologie qui se sert des méthodes naturalistes est une science du délinquant.

(4) Cf. Kohler. Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte, enzyklopædie der rechtsw. v. Holzendorff, bd. I (1915) 6 : « Das recht baut sich also auf der Grundlage der Kultur ; aber es ist, wie jedes kulturelement, ein Januskopf ; indem es aus der vergangenen Kultur stammt, hilft es, einer künftigen Kultur den Boden zu bereiten ; hervorgegangen aus der Vernünftigkeit einer bestimmten Periode, dient es dem Fortschritt der Kultur und arbeitet damit an der Schöpfung einer neuen Kultur und zugleich an der Zerstörung seiner eigenen. Jedes Recht ist ein Oedipus, der seinen Vater tötet und mit seiner Mutter ein neues Geschlecht erzeugt ».

tion comme un phénomène de la vie pratique, — la peine en est un, — ne satisfait ni les philosophes, ni les esprits réalistes de juristes. Depuis les temps les plus reculés on a essayé de connaître et d'expliquer l'essence et le sens de la peine. Déjà dans l'antiquité les sophistes avec Protagoras (1) au premier plan s'occupèrent de ces recherches. Depuis ce temps-là les savants s'en sont occupés et les ont conduites à travers le moyen-âge (les scolastiques), puis l'école du droit de la nature, jusqu'à nos jours. Tandis que les uns, comme nous le verrons ensuite, essaient de justifier la peine par une idée de représailles contre le délit accompli, les autres expliquent son existence par des considérations utilitaires, mais toujours, plus ou moins expressément, elle paraît dans l'esprit des savants comme une réaction psychologique contre les effets du délit. Au XIX<sup>e</sup> siècle, se développent les idées et les recherches scientifiques concernant la peine, surtout au point de vue de son utilité. Ces tendances, qui réveillent en quelque sorte les idées rencontrées déjà dans l'antiquité, envisagent la peine exclusivement comme un moyen de sauvegarder la société contre la criminalité ; dans les temps modernes elles trouvent des représentants éminents dans l'école anthropologique et sociale. A l'opposé de la tendance ancienne classique ou idéale, on appelle ces tendances positives ou réalistes.

4. — La science anthropologique inaugurée par Lombroso (2) [fondateur de l'école anthropologique], appuyée sur le principe philosophique déterministe, qui faisait dépendre le genre et le degré de gravité de la peine du caractère du délinquant et de son danger pour la société, ne pouvait se maintenir à cause de son caractère unilatéral. Les successeurs, mais en même temps les réformateurs des idées de Lombroso, furent au premier plan Ferri (3) et Garofalo (4), qui passent pour les fondateurs de l'école sociologique. Ceux-ci eurent tout de même égard, à côté des causes biologiques du délit, aux circonstances sociales (l'atmosphère sociale) qui ont une influence sur la criminalité (transition de l'idée

(1) Cf. chez Platon : Protagoras, 324 (traduit par Müller, I, 451).

(2) L'uomo delinquente in rapporto alla antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie (1876).

(3) I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale (1881).

(4) Criminologia, studio sul delitto, sulle sue cause, sui mezzi di repressione (1881).

biologique du délit à l'idée sociologique). De ce point de départ, ils considéraient comme une arme plus efficace dans la lutte contre la criminalité, non pas la peine, mais les moyens et les mesures sociales de sûreté. Parce que le délit est le produit du milieu de son auteur, il faut en conséquence éloigner ces circonstances et éléments qui favorisent la criminalité : voilà les postulats fondamentaux de leur théorie (1). C'est sur le fond de ces idées de l'école sociologique que s'est basée l'« association internationale des criminalistes », fondée en 1899, bien qu'il y eut des membres qui ne favorisaient pas cette tendance.

5. — Les idées mentionnées de l'école sociologique furent continuées par l'éminent criminaliste allemand von Liszt (2) qui est considéré comme le représentant de la tendance criminalo-politique dans le droit pénal. Il voit dans la peine seulement un moyen préservatif pour la société contre la criminalité ; ce moyen doit être accommodé non pas à la gravité du délit mais au degré de danger du délinquant. Son but doit consister dans l'opposition aux tendances nuisibles à la société par la correction ou par l'intimidation ou enfin par la mise hors d'état de nuire du délinquant si les deux premiers buts ne peuvent être atteints. De cette manière Liszt classe les délinquants en trois groupes : ceux qui sont capables d'être corrigés, les délinquants de circonstance et les incorrigibles. Il a précisé son problème plus expressément dans son programme de l'Université de Marbourg en 1882 (3). La peine doit tenir compte non pas du passé mais de l'avenir. Il faut punir non pas *quia peccatum est* mais *non peccetur*. La peine doit servir à des buts sociaux, c'est-à-dire (conformément à la classification des délinquants) :

a) à la correction (de ceux qui en sont susceptibles),

(1) Garofalo, pour comprendre le délit comme un phénomène social, suit une autre route que Lombroso et Ferri. Pour lui, il s'agit de préciser en quoi consiste l'essence du délit, indépendamment de la législation positive. Il définit le délit comme une action nuisible qui viole en même temps les sentiments moraux d'une certaine société. D'après Garofalo les sentiments de morale violés par le délit dans un sens naturel sont les sentiments naturels de pitié et de probité. Contre cette opinion, cf. Lucchini, Coloanni, Vaccaro.

(2) Lehrbuch des deutschen Strafrechts (1921) ; Die deterministischen Gegner der Zweckstrafe (1893) ; Das Verbrechen als sozial-pathologische Erscheinung (1899) etc.

(3) Der Zweckgedanke in Strafrecht (1883).

b) à l'intimidation (des délinquants de circonstance),

c) à la mise hors d'état de nuire (des incorrigibles) (1) [2].

6. — a) La doctrine de l'utilité de la peine proclamée comme nous l'avons déjà mentionné depuis les temps les plus anciens fut enrichie par les nouvelles découvertes d'un savant espagnol Quin-

(1) Cf. Liszt Lehrbuch (1914) 80 sqq. : « Dem Augenblicksverbrecher gegenüber gengüt es, wenn die Hemmungsworstellung der staatlichen Gebote und Verbote dem Bewusstsein zu lebendiger Erinnerung gebracht wird (Abschreckung) » « Sobald durch die Tat des Verbrechers ein festgewurzelter verbrecherischer Hang bekundet wird (Zustandsverbrecher, état dangereux), bedarf es der Sicherung der Rechtsordnung durch Unschadlichmachung des Verbrechers. » « Wird durch die Tat ein noch nicht festgewurzelter, sondern noch in der Entwicklung begriffener Hand zum Verbrechen bekundet (angehender Zustandsverbrecher), so soll durch eine andauernde und eindringliche Strafe die Ansrottung der verbrecherischen Anlage versucht werden (bürgerliche, nicht notwendig sittliche Besserung). »

(2) Nous rencontrons pour la première fois une distinction des trois buts de la philosophie de Platon :

Οὐχ ἕνεκα του κακουργῆσαι διδοὺς τὴν δίκην, οὐ γὰρ τὸ γεγονός ἀγένητον ἔσται ποτέ του δ'εἰς τὸν αὐτὸς ἕνεκα χρόνον ἢ τὸ παραπάν μισῆσαι τὴν ἀδικίαν αὐτόν τε καὶ τοὺς ἰδόντας αὐτόν δικαιούμενον.

Leg. XI 934 A.

A. Gellius VI, 14 distingue selon les sources grecques, notamment d'après le commentaire de Taurus sur Gorgias de Platon, trois points de vue de la punition : « una est causa, quæ Græce vel 'κόλασις' vel 'νουθεσία' dicitur, cum poena adhibetur castigandi atque emendandi gratia, ut is qui fortuito delinquit, attentior fiat correctiorque; altera est quam hi qui vocabula ista curiosus diviserunt, 'τιμωρίαν' appellant : ea causa animadvertendi est, cum tuenda est, ne praetermissa animadversio contemptum eius pariat et honorem levet. — Tertia ratio vindicandi est, quæ 'παράδειγμα' a Græcis nominatur, cum punitio propter exemplum necessaria est; ut ceteri a similibus peccatis, quæ prohiberi publicitus interest, metu cognitæ pœnæ deterreantur. » La doctrine de Platon est développée par Sénèque, De Clement. I 22 I : « In vindicandis iniuriis hæc tria lex secuta est, quæ princeps quoque sequi debet : ut aut eum quem punit emendet, aut pœnæ ius cæteros meliores reddat, aut ut sublatis malis securiores cæteri vivant. » Au « siècle des lumières » un Mexicain qui a vécu en Espagne, Manuel de Lardizabal, a repris cette pensée (Discurso sobre las penas contraido a las leyes criminales de Espana para facilitar su reforma, 1782, cit. chez Saldana). Cf. dans cette matière aussi Bar, Geschichte des deutschen Strafrechts und der Strafrechtstheorien (1882) 211. Cf. aussi Grotius, De iure belli ac pacis (1625). Dans le chapitre VI (lib. II c. XX) il accepte « triplex utilitas pœnæ » : ostenditur ad utilitatem eius, qui delinquit (chap. VII) ; ad utilitatem eius in quem peccatum est (chap. VIII) ; ad utilitatem quorum libet (chap. IX).

tiliano Saldaña, un des anciens membres de l'école allemande de Liszt (1).

Il envisage le droit pénal comme un système de vérités utiles de la vie sociale, comme une doctrine exactement pratique; il déclare qu'elle est « non pas mathématique, mais politique » et il voit la justification de la peine seulement dans ses buts pratiques. Tandis que jusqu'ici on a déduit abstraitement les buts de la peine, idéalement construits par des réflexions théoriques, Saldaña essaye de fonder la science de la peine sur les expériences réelles de la vie. Pour lui, il est indifférent que la peine soit « un mal » ou « un bien ». Pour lui, il faut considérer, non pas les buts théoriques de la peine, les buts affirmés *a priori*, mais ses effets pratiques, les effets qu'elle a jusqu'à présent atteints. De cette manière il construit la science de la peine (vérifiée), la théorie pragmatique. En se dirigeant d'après la méthode empirique, il s'appuie sur les données de la statistique, les expériences des directeurs de prisons et les recherches psychologiques. Autrement dit, il veut que les constructions dogmatiques soient remplacées par une expérience et il demande : quelle est l'influence propre de la peine sur le condamné, sur les délinquants généralement, sur la société; quel est le résultat de la peine, non pas au point de vue des formes artificielles, construites par le législateur, mais en réalité, dans la vie des prisonniers, dans la vie des fonctionnaires de prisons, au milieu où on l'applique. Pour Saldaña, les buts qu'on désire obtenir par la peine à l'avenir ne sont pas suffisants pour la justifier; il faut chercher le fondement de la peine seulement dans les effets vérifiés, c'est-à-dire dans ceux que nous lui devons réellement jusqu'ici. Pour lui, ce qu'il faut employer ce n'est pas la méthode téléologique de la réflexion, méthode qui d'ailleurs a pénétré dans le droit pénal depuis longtemps, mais au premier plan les recherches qui regardent la réalité, les phénomènes effectifs, leurs causes et leurs effets.

b) Saldaña aperçoit les causes du délit, de même que l'école sociologique (2), dans des éléments de trois sortes : 1° dans les

(1) *Moderne Strafrechtsauffassungen in Spanien (Die pragmatische Strafrechtstheorie)* Heidelberg (1923).

(2) Ferri, *Sociologia criminale* (la nouvelle édition : I nuovi orizzonti etc...) en s'appuyant sur l'idée du déterminisme, considère le délit, comme un phénomène naturel, comme une conséquence nécessaire du milieu naturel et

motifs psychologiques, 2° dans les inclinations physiologiques et 3° dans les conditions et les circonstances du milieu, où l'auteur a grandi et où il vit. D'après Saldaña, la peine peut être un moyen efficace de réaction seulement s'il s'agit d'éléments du premier genre. En se basant sur la doctrine de Feuerbach (1) de la « contrainte psychologique », il voit dans la peine un motif opposé négatif, qui est capable de paralyser les motifs positifs qui poussent à l'exécution d'un délit (2). Au contraire, il met la peine au second plan et il recommande une réforme sociale très avancée lorsque la source principale du délit se trouve dans les dispositions physiologiques ou dans les circonstances sociales. Dans le premier cas, parce qu'il s'agit d'une invalidité de la volonté, seul le souci de la santé sociale pourrait prévenir du délit. Dans le second cas, où il s'agit des circonstances sociales favorables pour la criminalité, il faut s'opposer au délit avant tout par le changement, autrement dit, par l'éloignement de ces circonstances. Saldaña reprend ici l'idée de Merkel (3), l'idée que la peine doit s'opposer non seulement au dommage effectif causé par le délit mais aussi à tel dommage qui fut révélé par le délit ; il considère comme une tâche principale de la politique criminelle la réalisation de cette idée. D'après Saldaña, il faut que le droit pénal idéal de l'avenir se fonde sur une politique sociale rationnelle.

c) En appréciant les remèdes pénaux particuliers, Saldaña conscient de son principe, se dirige selon la méthode empirique ; il fait dépendre leur valeur des effets auxquels ils sont parvenus jusqu'ici. Il condamne la peine de mort ; d'après son avis le seul

---

social de l'individu et comme suite de ses inclinations héritées et individuelles. D'après lui le délit est un produit des particularités humaines, physiologiques et psychiques et de l'atmosphère physique et sociale dans laquelle un homme vit. Chez les délinquants nés les particularités individuelles sont prépondérantes tandis que chez les délinquants de circonstance l'influence des éléments sociaux est plus remarquable.

(1) *Antihobbes, oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und das Zwangsrecht der Bürger gegen den Oberherrn* (1798); *Revision der Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts* (1779) ; *Ueber die Strafe als Sicherungsmittel von künftigen Beleidigungen der Verbrecher* (1800) ; *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (1801) etc...

(2) Il s'agit ici seulement de l'efficacité de la peine par l'intimidation (la prévention générale).

(3) *Kriminalistische Abhandlungen* (1867) ; *Vergeltungsidee und Zweckgedanke im Strafrecht* (1892) etc...

effet de cette peine, l'élimination du délinquant incorrigible de la société, peut être atteint par une autre voie : par la peine perpétuelle privative ou restrictive de liberté, sans la possibilité de l'amnistie. Pareillement, il s'élève contre la peine déshonorante comme une peine sans aucune utilité. Elle est inefficace s'il s'agit du délinquant professionnel, elle exclut inutilement de la société celui qui s'égarant une fois, essaie de revenir sur une honnête voie. Il met au premier plan la peine privative de liberté en la considérant cependant comme un moyen pour atteindre des buts criminalo-politiques supérieurs : l'intimidation, la correction et la mise hors d'état de nuire. Ces buts seulement peuvent la justifier et non pas la privation de la liberté pour un laps de temps plus ou moins court. D'après Saldaña la peine privative de liberté est seulement un cadre qui doit être rempli par le travail pédagogique.

A côté des buts mentionnés, Saldaña admet encore un but : la neutralisation ou comme s'exprime Liszt la séquestration du délinquant (1). La peine doit accomplir cette tâche (c'est-à-dire la sélection artificielle) envers les individus inhabiles, incorrigibles (2).

Saldaña se pose la question : quel moyen pénal en est le plus capable ? Il répond que c'est la peine privative de liberté, notamment l'emprisonnement ou la réclusion (Zuchthaus). Il avance encore d'un pas et contrairement à l'opinion de Liszt et conformément au point de vue de Prins (3), il accepte le droit de la société

(1) L'idée de la « séquestration » fut appliquée envers des personnes déjà dans le droit lithuanien et polonais.

Or, dans le Statut Lithuanien (III), dans le chap. XI art. 13 nous lisons : « ... Tedy takowa Persona ma pierwey wzieta bydz do sekwestru tego Urzedu, przed ktorym sie to przytoczy, i ma bydz dana do rozprawy na chowanie... » Dans l'art. 21 du même chapitre de nouveau : « ... tedy takowi sludzy maja bydz do sekwestru Urzedowego wzeci i u nich o tym pilnie wywiadywanie ma bydz czynione... » Pareillement dans l'extrait du sommaire des privilèges du corps de métiers des tailleurs (du manuscrit 1789-1795, Nr. 15 dans la bibliothèque « Lopacinskiego » à Lublin) nous trouvons : « W Lublinie, r. 1660 dnia 24 czerwca. Tegoz rokuw poniedziaek przed swietem sw. Jana Chrzciela, t. j. dnia 24 czerwca, miedzy temiz stronami, azeby zyd Heyzyk wyz wyrazone 30 grzywien dekretem cechowi przysadzone, a to natychmiast zaplacil pod sekwestracja osop osoby nakazujacy dekret, Ktoremu poniewaz zadosyc nie uczynil, zostal sekwestrowany i do wiezienia wziety. »

(2) Saldaña se rend compte des difficultés de la ségrégation des personnes qui sont incorrigibles et de celles qui n'en sont pas.

(3) Criminalité et répression (1886) ; Science pénale et droit positif (1899) ; La défense sociale et les transformations du droit pénal (1910). Cf p.

de rendre inoffensifs même les individus anti-sociaux qui jusqu'ici n'ont pas encore violé la loi pénale, mais qui se sont seulement révélés dangereux (1). Cependant il ne considère pas la neutralisation comme un but essentiel de la peine privative de liberté. Au premier plan elle doit avoir une influence éducative et ainsi elle diminuera le nombre des délinquants incorrigibles. Il regarde comme une devise du droit pénal idéal de l'avenir « non pas l'élimination, mais la détermination ».

## II

7. — Voilà les problèmes fondamentaux du « pragmatisme » du droit pénal. Pour les comprendre, il faut insister un peu plus longuement sur la doctrine de Saldaña.

Un progrès incontestable de cette doctrine consiste dans sa méthode de recherches, et son grand mérite est d'envisager l'institution de la peine. Il rompt définitivement avec les stériles investigations métaphysiques et transporte les réflexions sur le terrain des faits. Pour lui, ce qui est à considérer, ce n'est pas la peine abstraite mais ce qu'elle peut être en réalité. La méthode des recherches qu'il recommande peut-être nommée inductive. Il prend en considération les fins effectives de la peine et en fait dériver les conclusions sur sa valeur. Il pose en principe : la peine doit servir à tels et tels buts ; si en vérité les résultats témoignent qu'elle y est apte, c'est-à-dire qu'elle atteint ces buts, alors elle est bonne, sinon, il faut la rejeter comme sans valeur. Donc les effets atteints décident de la valeur de la peine. Autrement dit : Saldaña cherche les preuves de la valeur de la peine dans ses conséquences pratiques. Voilà le point essentiel de sa doctrine qu'il appelle pragmatique.

Saldaña s'avance trop loin dans la considération des buts de la peine, lorsqu'il est prêt à sacrifier le principe : *punitur quia peccatum est* au principe *punitur ne peccetur*. C'est pourquoi il méconnaît, comme plusieurs autres, le sens de la base effective de la peine et de son être réel.

(1) Il est évident que dans ce cas on ne peut pas parler d'une peine mais seulement de mesures de sûreté. C'est pourquoi ce problème n'appartient pas du tout au domaine du droit pénal mais seulement à la politique sociale (v. N° 19). Voilà pourquoi le projet italien mentionné par Saldaña ne s'occupe pas de tels individus.

Quels sont ces buts dont la réalisation doit décider de la valeur de la peine criminelle ? Ici Saldaña ne présente rien de nouveau ; il répète seulement l'idée que nous rencontrons déjà dans l'antiquité chez Platon, puis chez Sénèque, l'idée cristallisée et développée plus tard encore — au XIX<sup>e</sup> siècle — par Liszt ; celui-ci base sur elle la classification des délinquants en trois groupes. Saldaña marchant sur ces mêmes traces énumère comme les buts supérieurs criminalo-politiques de la peine, l'intimidation, la correction et la sécurité, autrement dit la mise hors d'état de nuire. Pour lui le droit pénal c'est seulement la politique pénale limitée par la loi ou par la norme, et les fonctions de l'Etat en cette matière ont pour but seulement d'empêcher les crimes.

8. — Nous ne pouvons pas être d'accord avec cette opinion qui, comme nous l'avons déjà mentionné, n'est pas d'ailleurs récente ; on ne peut pas limiter le problème à ces buts. Au contraire, ils ne correspondent pas au but essentiel de la peine, au but auquel la peine criminelle dans son sens propre doit son origine et auquel elle sert réellement.

Le but essentiel et définitif de la peine consiste dans la sauvegarde de l'ordre juridique. Cette fin, la peine l'obtient par deux voies, par l'apaisement des besoins de vengeance qui se manifestent dans la personne lésée et la société entière, en même temps que par l'intimidation.

La raison de cette opinion est soutenue par la genèse historique de la peine en même temps que par les réflexions empiriques.

9. — La peine, comme il est notoire, doit son origine à deux éléments : à la vengeance au nom de la loi lésée et à la subordination de l'individu au pouvoir supérieur, ou d'une famille, ou d'un chef de clan ou d'une commune ou enfin de l'Etat (1). L'intérêt de ce pouvoir consiste dans la sauvegarde de l'ordre et de la tranquillité, à l'intérieur de l'organisme social qui lui est soumis pour réaliser des fins plus ou moins déterminées et conscientes. Parce que la liberté illimitée de la vengeance, la liberté qui n'a ses bornes que dans le degré d'indignation subjective provoqué par le délit et dans la force de la personne lésée, parce que cette liberté

(1) Cf. Bar, I c., 4.

conduit facilement à l'ébranlement de cet ordre (1), ce pouvoir essaye de la limiter. Il peut le faire seulement d'une telle manière que lui-même remplace la personne lésée dans l'exécution de la vengeance (2). Quelquefois, le pouvoir revendique immédiatement ses droits, c'est-à-dire il se venge au nom de l'injustice faite à lui-même.

Puis, au cours des temps, dans les organismes sociaux d'une culture supérieure, la vengeance, au commencement réalisée d'une façon primitive, se civilise et se conforme à la vie sociale (3). Elle passe les étapes du talion (4) et de la composition, elle s'objective de plus en plus, elle se délivre des influences de la personne lé-

(1) Parce que la mesure de la vengeance n'est pas l'offense éprouvée, et parce que sa propre souffrance en proportion de la souffrance d'autrui paraît remarquablement agrandie, ainsi sous la domination de l'idée de la vengeance un délit se montre souvent comme point de départ de plusieurs autres. Une souffrance, trop forte, faite au délinquant par la personne lésée qui exécute sa vengeance évoquerait facilement le désir de la vengeance chez ce dernier et la satisfaction de ce désir causerait de nouveau plus d'une fois un pareil effet. Il est clair que dans ce cas on ne pourrait parler du maintien d'aucun ordre juridique.

(2) Cf. Czacki, O litewskich i polskich, prawach (Des droits lithuaniens et polonais) Krakow (Cracovie) (1861) II 145 l dit : « w mniemaniach kazdego marodu o karach trzy dostrzegamy epoki : pierwsza, kiedy sam czlowiek byl sedzia i wykonywaczem swojej sprawy ; druga, kiedy urzad zastepowal uciazonego w porzadniejszym uzyciu semsty ; trzecia nakoniec, kiedy do krzywdy jednemu czlowiekowi czynionej, laczona zostala krzywda spoleczenstwa w wzruszeniu spokojnosci lub osmieleniu podobnych wystepkow... » Et ailleurs : « Danó prawidła namietnosci zemsty, sedzia miał sadzić o jej potrzebie, a władza najwyzsza przepisowała, aby zapobiec naduzyciom » (155).

(3) La considération de la peine comme vengeance sociale est aussi l'idée dominante du droit pénal polonais. Cf. Makarewicz, Polskie prawo karne (1919) 206 sq.

(4) Le talion n'est autre chose qu'une vengeance limitée ; *permitted tenim lex* (sc. XII tab.) *parem vindictam* (Festus, s. v. talio). Cf. Steinmetz, *Entwicklung der Strafe*, I 401 sqq. ; Löffler, *Die Schuldformen des Strafrechts*, 15 8. Tandis que la vengeance se base sur un fond naturel et ce qui l'explique est le désir de venger une offense accomplie, — le talion comme une institution juridique doit sa naissance non pas à l'impulsion naturelle, mais il est un produit de certaines réflexions juridiques et d'un effort de rechercher une relation juste entre l'action de représailles et le délit. Cf. Foerster, *Das mosaische Strafrecht in seiner geschichtlichen Entwicklung* (1900) 17.

sée (1), elle se rapproche de l'idée de justice et poursuit également un but utilitaire. Apparaissent aussi les organes qui accomplissent cette vengeance au nom de la société ou de l'Etat et qui décident de son admission (2). Malgré cela la peine ne perd pas le caractère de la vengeance, mais comme dit Makarewicz (3) « elle suit le fait automatiquement comme une réaction naturelle » (4).

(1) Dans le droit romain encore à l'époque de l'Empire, nous rencontrons des résolutions qui font dépendre de la volonté de la personne lésée la question de savoir si un *delictum privatum* doit être puni par une punition publique. Lex 92 Dig. de furtis 47, 2; lex 45 Dig. de iniuriis 47, 10. — Dans le droit franconien seulement au temps où la composition (Wergeld ou Vehr-geld) et la réparation pécuniaire (Busse) étaient encore en usage la personne lésée était obligée d'accepter une somme offerte par le délinquant et par cela même de s'abstenir de la vengeance; alors la vengeance avait ici une acception subsidiaire: elle était permise en cas de refus d'une récompense. Cf. Binding, Die Entstehung der öffentlichen Strafe im germ. deutschen Recht (1909). — Nous rencontrons une semblable résolution dans le droit mosaïque plus avancé. Avec le temps quand la fixation de la réparation pécuniaire (Busse) était indépendante de l'approbation de la personne lésée, la vengeance était souvent exclue par la réparation pécuniaire (Busse). Dans cette matière les usages qui avaient l'importance du droit coutumier décidaient. Cf. Förster, I, c. 33. En Pologne en 1496 Jan (Jean) Olbracht (V. L. I, p. 274) fixe une peine pécuniaire de 120 « grzywien » pour le meurtre d'un gentilhomme et en outre, l'emprisonnement dans une tour — et prononce: « Ta kara chochy się stróny zgodzily, ma być dopelniona ». Czacki, I, c., II 125. Ce n'est que la Constitution de 1768 qui détermine la peine de mort pour un meurtre (« tedy takowy nie iuz zaplaceniem y glowszczyzna temu, czym on był poddanym, lecz utrata własney głowy swoiey karany w Sadzie przyzwoitym by powinién » V, VII, 600). Makarewicz Polskie Prawo Karne 313, soutient que cette résolution maintenant encore n'exclut pas complètement l'institution de la satisfaction, mais qu'elle introduit seulement la peine de mort à côté du devoir de la satisfaction. Différemment Budzinski, Wyklad porównawczy prawa karnego (1868) 18. Cf. Czacki, I, c. II 126: « Wszelako dopiero w Koronie (1768) roku wszelki zabojca ujrzał w prawie karę śmierci ».

(2) Cf. Glaser, Kompetencja Sadow Przysięgłych (1923) 62.

(3) Juristische Abhandlungen (1907) 45. Cf. aussi Makarewicz, Zt. StRW. 26 946 et du même auteur: Ein führung in die Philosophie des Strafrechts (1906).

(4) L'idée de la peine comme répression n'est pas du tout une construction artificielle, une idée découverte à force de réflexion, une idée imposée par les savants, par les penseurs ou par les autres meneurs, mais elle est la réaction la plus naturelle pour l'offense reçue, une réaction qui est remarquable dans les réflexes les plus primitifs, chez les organismes animaux inférieurs. Tous les observateurs en sont d'accord et les tours des phrases des différentes langues employés jusqu'ici ont conservé l'idée de la répression comme peine:

10. — C'est de cette manière que la peine est née du besoin naturel de la vengeance c'est-à-dire de l'instinct de vengeance et destinée à la satisfaire, comme *lex cordi hominum inscripta* (1).

Déjà Cicéron (2) a dit de la vengeance qu'elle est un sentiment naturel. *Natura partes habet duas, tuitionem sui et ulciscendi ius*. La vengeance n'est pas une institution artificielle, acquise, créée sur la scène du monde extérieur, mais, au contraire, elle est une partie de la nature humaine, elle est un désir de l'instinct (3). Aucune force humaine, aucune législation, fut-elle la meilleure, ne pourra changer cela (4) [5].

en allemand jusqu'au moyen âge avancé on a employé le terme « rache » (vengeance) comme « Strafe » (peine) et maintenant encore on dit: « Das Verbrechen ist geracht », aussi en polonais: « zbrodnia została pomszczoną » (le crime est vengé). Cf. aussi Knapski Grzegorz, Thesauri polono-latino-græci Gregorii Cnapii e Societate Jësu. Tomus Tertius. Cracoviæ, Anno MDCXXXII: « Pomsta zlego nie minie » (892); « Najdzie pomsta winnego » (546) (Le méchant n'échappe pas à la vengeance, la vengeance poursuivra le coupable). Cf. aussi Zeglicki A. K.: Adagia polonica selectioribus tam patria quam latina eruditione insignium authorum sententiis illustrata ac in usum publicum exposita. Varsoviæ, 1735, I 128: « Pomsta zlego nie minie ». Cf. aussi Adalberg S., Księga przysłów, Warszawa (1894) 420, 421.

(1) Schiller (Die Kraniche des Ibykus) accentue le désir de la vengeance éprouvé par la société par les mots les plus beaux: « ... Und stürmend drängt sich zum Prytanen — Das Volk, es fordert seine Wut, — Zu rachen des Erschlagnen Manen, — zu sühnen mit des Morders Blut ».

(2) Top. c. 23.

(3) Cf. Löffler, I, c., 14: « Ihre (sc. der Rache) Quelle liegt tief im Gemütsleben des Menschen verborgen, aus dem sie mit der Urgewalt eines mächtigen Trieves hervorbricht ». Tout indique que l'action accomplie dans la vengeance n'est qu'un réflexe de l'instinct. Le seul but de la personne lésée est la satisfaction de l'indignation provoquée. D'abord elle s'exécute contre toute personne qui lui a causé un tort, même contre un enfant et un aliéné. Nous voyons également qu'on se venge sur les bêtes et les objets. Cf. Steinmetz, I, c. I 334 sqq.; Amira, Thierstrafen und Thierprozesse (1891) 43, 46. Cf. aussi M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts (1915) 422: « Wer der Meinung ist, der Begriff der Vergeltung bedürfe einer Definition, sollte ihn lieber nicht gebrauchen. Das Wesen der Vergeltung muss erlebt werden und ist von den meisten Menschen irgendwann mal erlebt worden. Denn wer von sich behaupten darf, der brennende Wunsch Vergeltung zu üben, sei niemals in ihm erwacht, dem blieb die tiefe Krankung erspart, die nach Vergeltung ruft, oder die Fähigkeit versagt, irgend etwas tief zu empfinden; so glücklich oder so unglücklich sind nur wenig Menschen ».

(4) Cf. Post, Bausteine I 140 sqq., 158; aussi Grundlagen 354 sqq. Dans la vengeance il aperçut une forme tellurico-organique de l'expression d'une loi universelle cosmique dont le but est la conservation de l'individu. Le principe

Le droit doit y avoir égard, parce qu'il est une institution pratique, parce que le droit pénal est « un système de vérités utiles de la vie sociale » (1). On a compris cette nécessité depuis longtemps.

Dans le droit hébraïque (2) nous rencontrons déjà ces paroles caractéristiques : « dam pour dam, œil pour œil, dent pour dent,

de la vengeance est la restitution de l'équilibre existant des forces par l'imixtion du lésé dans la sphère de l'agresseur. D'après Hartmann, *Phanomenologie des sittlichen Bewusstseins* 199 sqq., la vengeance est le rétablissement de l'état moral de l'équilibre violé par le délit, le rétablissement de l'harmonie éthique de la société qui fut troublée, elle (sc. la vengeance) est la négation de la négation et par conséquent, au moins idéalement, elle est le rétablissement du *statu quo ante éthique*, c'est-à-dire une pénitence pour l'excès. Cf. aussi Löffler l. c. 27.

(5) Nous avons la preuve de la profondeur à laquelle est enraciné aujourd'hui encore le désir de la vengeance en lisant le journal allemand « Neues Wiener Tagblatt » du 13 juillet 1894 (cit. par Löffler, l. c., 18), qui présente un événement qui eut lieu en Dalmatie et qui fut le sujet de débats devant la Cour de Cassation de Vienne le 7 juillet 1894.

Un propriétaire terrien B. depuis longtemps était en litige avec les frères G. Une fois, attaqué par eux, il tua l'un d'un coup de feu et s'enfuit. Mais le lendemain déjà il se remit entre les mains de la gendarmerie et pria seulement qu'on prit soin de son frère âgé de 14 ans, qui était le seul parent masculin et le représentant de la famille pour qu'il ne fût pas la victime de la vengeance. Ensuite, il se laissa tranquillement conduire à la prison de Cattaro. Le ministère public l'accusa de meurtre, mais la Cour d'assises de Cattaro l'acquitta, en alléguant le cas de légitime défense. Avant qu'il pût rentrer chez lui Pero G., le frère de la victime, indigné de son acquittement, se rendit à la maison de B. avec son second frère pour préparer une embuscade. Tout d'un coup survint le frère de l'acquitté, le jeune Stevo. L'enfant s'approcha de la maison en fredonnant, ne pressentant rien, quand les frères Pero et Juro se précipitèrent sur lui en poussant un cri : « Le diable t'a envoyé sur notre chemin ». Le garçon désarmé savait ce qui l'attendait. Ne disant rien, il se jeta à genoux pour subir la mort. Il fut poignardé et les vengeurs portèrent son corps mort dans les broussailles voisines. Pero G. ôta la jarretière de sa jambe gauche et en enveloppa le cou du garçon ; d'après un préjugé populaire qui était en vigueur là-bas, c'était le moyen le plus sûr pour détourner les traces des exécuteurs de la vengeance sanglante. Sa défense essaya, cela va sans dire en vain, de classer l'usage populaire sous l'idée de la contrainte irrésistible. (§ 2-g de la loi pénale autrichienne.)

(1) Le droit pénal le plus ancien n'est de son essence qu'une vengeance réglée par l'Etat ou rachetée. Cf. Löffler, l. c., 19 ; Wilda, *Strafrecht der Germanen*, 151, 167.

(2) 3 Mos. 24, 19, 20 ; 2 Mos. 21, 33-27. Aussi dans le droit mosaïque au commencement la vengeance n'était limitée par aucune condition objective. Ce n'est qu'avec le temps que les usages affermissent les conditions de l'ad-

etc... ». Dans la Grèce antique, on pouvait aller jusqu'à la lapidation, même d'une personne « libre », qui avait provoqué par son acte l'indignation de la société (1). Dans le droit romain, le mari eut longtemps le droit illimité de vengeance envers celui qui avait commis l'adultère avec sa femme. Ce droit ne fut limité que par la *lex Julia de adulteriis* qui a introduit en même temps une action pour ce délit, *un iudicium publicum*. Jusqu'à la loi des Douze Tables la vengeance était aussi en vigueur en cas de blessures. Même le droit des Douze Tables connaît aussi le principe du talion (2) [3].

Aujourd'hui dans la législation moderne, nous rencontrons aussi

mission de la vengeance. Maintenant la condition n'est pas du tout une violation personnelle mais un délit. Ce n'est pas la personne lésée à volonté mais le droit objectif qui décide quelles actions doivent être considérées comme délits. Notamment les infractions suivantes se sont formées comme conditions de la vengeance : 1° le meurtre ; 2° l'adultère ; 3° le vol ; 4° plus tard les délits contre le deuxième commandement ; 5° le viol et les délits contre le roi, c'est-à-dire : a) l'attentat contre la vie du roi ; b) la prononciation de la malédiction contre le roi et c) la sédition, c'est-à-dire chaque acte qui a pour but le renversement du roi. On considère la vengeance de cette manière limitée comme une action reconnue et même ordonnée par Dieu. Successivement avait lieu la limitation de la vengeance au point de vue de sa mesure et du mode de son exécution par le talion reconnu par la loi. Plus tard seulement on exclut la vengeance de telle manière que la loi exige une réparation pécuniaire dont le taux était réglé légalement. Cf. Foerster, l. c. 13 sqq., 13 5, aussi 41.

(1) Thalheim, *Rechtsaltertümer* 138 (Hermann's *Lehrbuch der griechischen Antiquitäten* 1895).

(2) « Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto ». Cf. Bruns, *Fontes iuris Romani antiqui*. Editio sexta cura Th. Mommsenii et Ottonis Gradenwitz (1893) 29.

(3) Le principe du talion n'est pas étranger au Statut Lithuanien (III). Nous lisons dans le chapitre XI, art. 27 : « A ktoby zas obczyaiem okrucienstwa... ktoremu Szlachcicowi albo Szlachciance, reke, noge, nos, ucho, gebe, ucial abo urznal, tak, zeby prawie precz ktory z tych czlonkow upald, aboby oko wycial, abo wybil, abo na oko oslepil, a w tymby z prawa winien zostal ; tedy masladujac w tym prawa Bozego, Ustawuiemy, Iz za kazdy takowy Ozlonek uciety abo urzniety, wybity, temu, kto w tym winien zostanie, ma tez takowy Czlonek uciety, y urzniony, abo wybity byc... » Et plus loin : « A iesliby obie rece, nogi y obadwa ucha ucial, abo obie oczy wycial abo wybil ; tedy tez przeciwna strona prawem przekonana takowez karania, y na tychze Czlonkach z nagroda summy pieniezney, iako wyzey opisano, ma z prawa od Urzedu odniesc. A jesliby palec abi kilka ich u reki abo nogi ucial, tedy y za to takiez rowne karanie winnemu czynione bedzie... »



beaucoup d'institutions qui montrent combien le droit doit tenir compte au besoin des représailles (1) (p. ex. la rétorsion dans la loi pénale allemande, §§ 199, 233 ; l'impunité de *excessus defensionis* dans la loi pénale russe, art. 45, 459, 473, etc.) (2) [3].

(1) Même les théologiens quand ils prennent la parole dans cette matière n'excluent pas du tout la peine répressive. Naguère le professeur de théologie Loofs, *Die Willensfreiheit beim Rechtsbrecher* (1923) a dit entre autres : « Quand même le délinquant serait justifié par les circonstances les plus nombreuses, néanmoins ce n'est pas sans sa faute que fut dévoyé et éteint son sentiment moral... C'est pourquoi la peine répressive a sa cause. Elle est justifiée parce que, en quelque sorte, elle proclame à la masse et à l'individu qu'il y a eu culpabilité ».

(2) L'exemple le plus caractéristique de la vitalité des représailles dans les législations modernes est peut-être l'article 208 de la loi pénale de la République du Chili de 1874 : « Si à cause d'un faux témoignage l'inculpé fut condamné à une peine plus forte que celle qui est prévue dans l'article précédent, cette peine doit être appliquée au faux témoin ; seulement si cette peine consiste dans la peine de mort, elle doit être remplacée par l'emprisonnement à perpétuité ». Nous rencontrons une semblable résolution dans le Statut Lithuanien (1<sup>er</sup> chap. 1 art. 2) : « nikt nie ma byc karany bez dowodow, ktore zupelne przekonanie o dopelnionym uczynku przynosza ; nieslusznie czyniacz falszywe obwinienie oskarzyciel tej samej karze ma podlegac, jaka musialby znosc przekonany o wine, gdyby mu ta dowiedziona zostala ». Cf. *Czacki* l. c. I 191-193. Cf. aussi le Statut Lithuanien III, chap. 1<sup>er</sup>, art. 2 : « A ktoby tez kolwiek kogo obmawiajac, w tych rzeczach okolo obrazenia Majestatu Naszego, abo zdrady Rzeczyposp : winil, ku sromocie a zelzywosci, a szloby temu obwinionemu o czesc, abo o gardlo, abo o ktorekolwiek karanie. Tedy ten, kto na kogo mowi y wie dzie, a nie dowiedzie, tym karaniem sam karan byc ma ». Cf. aussi du même Statut chap. 1<sup>er</sup>, art. 4 : « A pokazeli sie niewinnosc obwinionego. Tedy ten kto tabowego pomowil, sam tey winie podlega ». Aussi la Constitution polonaise de 1776 fixe la peine du talion contre le délateur en cas de délits appartenant à la Cour de la diète. Cf. *Kutrzeba*, *Dawne polskie prawo sadowe w zarysie* (1921) 103. Cf. aussi art. 418 de la loi pénale polonaise de 1818. — Une règle analogue se trouve déjà dans le droit mosaïque 5 Mos. 19, 18 i 19 : « Quand il appert que le témoin fut un faux témoin, qu'il prononça des mensonges contre son concitoyen, vous devez le punir par la même peine qu'il avait voulu causer à son concitoyen et de cette manière tu dois extirper le mal d'entre « toi ». Cf. *Færster* l. c. 19. Egalement dans le droit romain l'accusateur dont l'accusation était prouvée comme une diffamation (*calumnia*) tomba sous la même peine que devait subir l'inculpé en cas de condamnation. L. 2 c. de exhib. et transmitt. reis. D'après Brissonous l'accusateur devait prononcer devant la cour la formule suivante adressée à l'accusé : « Si te iniuste interpellavero, et victus exinde apparuero, eadem pena quam in te vindicare pulsavi, me constringo partibus tuis esse damnandum atque subiturum ». De formul. et solemn. popul. rom. verbis, lib. V pag. 523 ; 1583, in fol.

11. — Nous demandons : dans le cas où la peine ne satisfait pas le besoin ressenti de la vengeance, accomplirait seulement d'autres tâches, servirait à d'autres fins, en ce cas l'ordre public pourrait-il exister ? Nous soutenons que non.

Même les institutions et les mesures les plus raisonnables ayant pour but l'empêchement de la criminalité, la correction des délinquants, la sauvegarde de la société ne pourraient pas plus satisfaire l'individu que la société. Eloigner la peine comme une action vengeresse ou comme représailles sociales reviendrait à confier de nouveau son exécution entre les mains des individus ou des groupes sociaux lésés par le délit. Ainsi l'on retournerait aux circonstances d'où la peine est sortie, comme un produit de la culture et de la civilisation.

Or, la peine, si elle a sauvegardé l'ordre public et empêché sa violation, doit avant tout satisfaire le désir de vengeance et par cela même empêcher la réaction individuelle, l'exercice de la vengeance privée. L'idée de vengeance est donc une des routes par laquelle la peine se dirige vers sa fin.

12. — L'empêchement même de la vengeance privée n'est pas suffisant pour soutenir l'ordre public. Une autre considération paraît ici nécessaire : l'empêchement d'accomplir des délits nouveaux. Le délit est non seulement la violation (la perturbation) de l'ordre juridique, mais en même temps il produit un besoin de vengeance et par cela même il est la source et la cause de la réaction individuelle. Or, l'accomplissement d'un délit présente un double danger pour l'ordre juridique : il y cause un dommage effectif et en même temps il fait craindre un dommage provoqué par la réaction individuelle (la vengeance privée) de la personne lésée.

Or, la limitation du nombre des délits, autrement dit, l'empê-

Ainsi nous voyons comment l'idée des représailles même dans sa formation extérieure, s'est conservée à travers les siècles, dans les différentes époques et chez les différents peuples, — jusqu'aux temps les plus modernes —, et qu'elle est passée dans la législation du XIX<sup>e</sup> siècle sous sa forme primitive.

(3) Toutes ces règles et décisions juridiques que j'ai mentionnées ne sont pas une preuve que les législateurs des différentes époques et des différents peuples aient voulu sanctionner le droit de la vengeance ; au contraire, ils attestent seulement la tendance à la limitation de la vengeance dont la suppression complète s'est montrée impossible. Cf. *Thonissen*, *Le droit pénal de la république athénienne précédée d'une étude sur le droit criminel de la Grèce légendaire* (1875) 66.

chement de leur accomplissement, présente une plus grande importance pour l'ordre juridique ; la peine remplit cette tâche en produisant un effet d'intimidation.

L'idée de l'intimidation par la peine n'est pas nouvelle. Nous la rencontrons dans l'antiquité (1) la plus reculée, elle est remarquable dans le droit grec (la publicité de l'exécution de telles peines comme par exemple la noyade, la mort par le feu, le saut du haut d'une roche, etc...) (2), elle est connue par le droit romain (où même les délits moins graves étaient frappés de peines sévères, lorsqu'il s'agissait d'une préservation efficace de certains biens ; par exemple d'après la loi des Douze Tables l'auteur d'un vol commis dans les champs devient « sacer ») (3). Au moyen âge, cette idée occupe une grande place dans le droit pénal espagnol sous Alphonse XI et Pierre le Justicier (4) où d'après l'opinion des historiens (5), les peines étaient de véritables crimes, cette idée sert d'exemple à la Constitution criminelle de Charles V (1532), elle justifie les peines combinées et les peines qualifiées de mort ainsi que leur exécution publique encore au XVIII<sup>e</sup> siècle en Pologne (6) ;

(1) Cf. Cicero De off. I 25 (89). D'après lui, seul un petit nombre doit tomber sous la peine, mais la crainte devant celle-ci doit tous les retenir avant d'accomplir un délit. « Statuerunt enim majores nostri... ut metus videlicet ad omnes, poena ad paucos perveniret ». Cf. aussi De off. I 11 (33) : « Atque haud scio an satis sit, eum qui lacesserit, iniuriæ suæ poenitere, ut et ipse ne quid tale posthac (faciat), et ceteri sint ad iniuriam tardiores ». On rencontre souvent chez les juristes romains l'idée d'intimidation par la peine. Cf. Ulpian L. 6, § 1, D. de poenis 48, 19 : « ...ut exemplo deterriti minus delinquant », L. 16 § 10 (Saturnius) : « Nunquam evenit, ut aliquorum malefactorum supplicia exacerbentur, quoties nimium multis personis grassantibus exemplo opus est ».

(2) Thalheim l. c. 143.

(3) Bar l. c. 7.

(4) Cf. Saldaña l. c. 17.

(5) Marichalar et Marique, Historia de la legislación de España (1862) ; cf. Saldaña l. c. 17.

(6) Szymanowski, Prospekt prawa i procesu karnego (1792) explique que la peine de mort doit causer l'intimidation d'une manière plus efficace et c'est pourquoi elle doit être exécutée publiquement. Cf. Makarewicz, Polskie prawo karne 211, 221 qui souligne que seule l'idée de la prévention générale explique la pratique de l'exposition de la tête et des parties de la dépouille à la vue publique, les résolutions d'appeler l'attention avec préméditation sur la cérémonie de l'exécution par la promenade du condamné à travers la ville, etc.

enfin Feuerbach (1) fonde sur cette idée sa théorie de la contrainte psychologique.

La législation d'aujourd'hui tient elle aussi à l'idée de l'intimidation par la peine (2). Malgré cela on méconnaît souvent son importance. Notamment elle n'est pas appréciée par l'école sociologique dont nous avons parlé ci-dessus (3) puisque cette école est encline à supprimer dans la peine toute souffrance. Aussi Saldaña méconnaît-il son rôle quand il dit que la valeur corrective de la peine et son efficacité comme mesure d'élimination sont seules à considérer pour apprécier sa véritable valeur (4).

13. — Pourtant la peine, considérée comme un moyen d'intimidation, présente pour la société et pour ses intérêts une très grande importance (5).

La peine produit un effet d'intimidation en évoquant dans les esprits l'image de ces souffrances qui sont prévues pour les délits. Cette idée devient un motif paralysant les impulsions qui font naître l'intention du délit et qui y poussent. La frayeur s'éveille et en même temps l'aversion pour la souffrance exprimée par la peine ; car cette souffrance s'associe dans les esprits avec le fait pour lequel elle est prévue, ainsi souvent inconsciemment s'élève un éloignement pour le fait même (6). Or, de cette manière, la peine en produisant un effet d'intimidation, prévient l'accomplissement des délits. Là est son mérite remarquable (7).

(1) Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen, peinlichen Rechts (1800).

(2) Nous voyons que toujours en cas de danger pour l'Etat on applique la peine de mort, on installe les cours de sentence sommaire qui l'appliquent, on publie leurs sentences, etc...

(3) Cf. p. 11.

(4) l. c. 28.

(5) Cf. Schopenhauer, Die Welt als Wille und Vorstellung (1877) I 410 ssq. « Dass der Zweck des Strafe oder genauer des Strafgesetzes, Abschreckung von Verbrechen se sei, ist eine allgemeiner anerkannte, ja von selbst einleuchtende Wahrheit. »

(6) Cf. James Stephen, General view of the criminal law of England London (1863).

(7) Au point de vue de la théorie de Bentham, on pouvait nommer ce but de la peine : le but de la prévention générale. Mais faire ici une distinction entre la prévention générale et spéciale (Grolman) ne paraît pas juste. La peine en produisant l'effet d'intimidation empêche les délits nouveaux tant du côté de la personne qui l'avait subie pour le délit déjà accompli que du côté des autres personnes. Alors l'idée de la prévention générale ne peut

14. — Pour que la peine puisse servir efficacement à sa fin, qui consiste dans le maintien de la tranquillité et de l'ordre public, elle doit être capable d'empêcher la vengeance privée et être assez forte pour intimider ceux qui voudraient accomplir des délits. La peine doit cet effet et cette force à sa nature, c'est-à-dire au talion. Cette constatation exige que la peine contienne une souffrance et qu'une connexité et un rapport existent entre cette souffrance et le délit.

La souffrance est un moment essentiel de la peine ; elle se trouve dans la nature de la peine, elle en est la conséquence, elle forme l'essence de la peine. Sans souffrance, la peine n'existe pas dans son sens propre. Celui qui prive la peine de cette particularité, la raye par cela même de la vie juridique, parce qu'il lui reprend cette qualité grâce à laquelle elle peut satisfaire l'instinct de la vengeance (1). La répression, quelle qu'elle soit, généreuse ou blâmable, aveugle ou opportune, est l'âme de toutes les peines et du droit pénal de tous les temps (2).

---

pas être séparée dans ce cas de l'idée de la prévention spéciale. La première, comme plus étendue, renferme la seconde.

Filangieri et Feuerbach soutiennent une controverse pour savoir si la force d'intimidation doit appartenir à l'exécution seule de la peine ou bien déjà à sa menace. Nous considérons cette controverse comme stérile. La peine n'est pas une abstraction, elle ne peut pas être pour le droit seulement une idée théorique. La force d'intimidation se trouve dans la souffrance que la peine exprime. Cependant non pas dans la souffrance (in abstracto) mais dans la conscience qu'elle sera réalisée envers celui qui osera accomplir un fait défendu sous menace de la peine. La condition de cette conscience est de nouveau que le droit appliquera effectivement la souffrance de la peine à chaque délinquant.

Alors tandis que les buts de la correction et de la sûreté qu'on met aujourd'hui fautive à la tête des buts de la peine, sont capables de sauvegarder la société seulement contre les attentats du délinquant même ; le but qui consiste dans l'intimidation sauvegarde la société contre un nombre incertain et inconnu de violations du côté de tous ceux chez lesquels seulement, grâce à la peine, l'intention criminelle n'est pas du tout née ou qui l'ont rejetée.

(1) Cf. Allfed l. c. 4. « Die Strafe ist zunachst ein Uebel, wenigstens eine Einwirkung, die als ein Uebel empfunden werdun soll ».

(2) Cf. M. E. Mayer l. c. 423. — Il est très caractéristique que même le projet de loi pénale italienne le plus nouveau et si progressiste ne se débarrasse pas de l'idée de la répression. Malgré que la plume du législateur y soit menée avant tout par l'idée humanitaire de l'utilité dans le domaine de la justice : pour détourner l'intention du délinquant sur une honnête route de

Puis la peine est *malum passionis, quod infligitur propter malum actionis* (1). Elle ne peut pas être séparée du délit parce que celui-ci est justement la cause de la peine, parce que le délit forme la base juridique de la peine (2). Donc la peine doit rester en quelque sorte dépendante du délit.

Par conséquent, il paraît nécessaire que le mal causé par la peine soit en quelque sorte proportionnel au mal produit par le délit, c'est-à-dire à l'importance du dommage effectif et du degré de culpabilité de son auteur (à la gravité du délit au point de vue objectif et subjectif).

15. — La valeur négative du délit pour les intérêts de la société ne s'exprime pas seulement par le dommage matériel, mais au moins également par le dommage moral produit par la manifestation de l'intention antisociale du délinquant.

La société se sent offensée, non seulement par le fait réel de l'auteur, mais également par sa volonté, c'est-à-dire par ce qu'il voulait faire, par le dommage qu'il voulait causer à l'ordre juridique. Le fait accompli intentionnellement et consciemment évoquera une autre impression et un degré différent d'indignation sociale que le fait qui cause à la vérité le même dommage matériel mais qui est accompli par la négligence ou par l'étourderie. Le désir de la réaction sociale dans ces deux cas sera différent.

C'est pourquoi les législations les plus anciennes et les moder-

---

la vie, — malgré que ce projet essaye de réaliser l'idée de van Hammel d'après laquelle ce ne sont pas les hommes qui doivent connaître la justice punisseuse mais cette justice qui doit connaître les hommes, — malgré cela l'idée de la répression n'a pas disparu complètement du système du projet. Voilà, comment nous expliquons les motifs, sa sanction (sanzione) qui remplace la peine (pena) doit être l'expression de la règle générale selon laquelle le corrélatif de chaque action est une réaction. Dans la règle affirmée et conséquemment nécessaire : dans la règle de la réaction qui découle de chaque action (in questo fatto costante e quindi necessario della reazione determinata da ogni azione) donc dans la loi immuable de la nature (legge naturale imprescindibile) consiste la justification rationnelle et légale (giustificazione razionale e giuridica) du pouvoir exécutif envers ces individus qui violent les fondements de l'existence sociale. Or, de cette manière le projet reconnaît que le droit pénal se base finalement sur le désir primitif de la vengeance, sur le besoin naturel de la répression qui n'est pas justifié moralement mais bien biologiquement.

(1) Grotius l. c. (v. p. 12).

(2) Cf. N° 17, p. 38.

nes, font dépendre la gravité de la peine du degré de la culpabilité et appliquent aussi la peine là où le dommage matériel n'était pas encore causé (les actes préparatoires, la tentative) [1].

Cela ne signifie pas que la peine soit la répression *sensu stricto*, qu'elle soit matériellement identique à l'offense, qu'elle rappelle le talion de la législation mosaïque, mais qu'elle doit avoir dûment égard au délit accompli par le délinquant, c'est-à-dire qu'elle le doit prendre en considération en l'envisageant dans tous ses éléments (2).

S'il n'en était pas ainsi, si la peine ne prenait pas en considération le délit qui est sa « *ratio essendi* », elle ne pourrait pas proportionner la souffrance à l'offense propre qui décide de nouveau du degré et de la force de l'indignation provoquée par le délit (3). Or, elle ne pouvait pas satisfaire le désir de la réaction sociale (4) [5].

(1) Déjà à Rome la *lex Numae* frappe d'une peine capitale celui qui avec intention et conscient de l'illégalité de son acte met à mort un homme libre : *qui hominem liberum dolo sciens morti duit*. Cf. *Bruno* l. c. 10. — Et aujourd'hui encore on détermine souvent par la peine le degré de la gravité du délit ; par exemple le droit pénal allemand de 1871, § 1 : « Le fait puni par la peine de mort, par la détention (Zuchthaus) ou par l'emprisonnement dans une forteresse au-dessus de cinq ans est un crime ».

(2) On ne peut pas dire non plus que les institutions de la suspension conditionnelle de la peine (sursis) et de la libération conditionnelle s'opposent au principe de la considération du délit accompli et qu'elles ont pour but seulement des fins plus éloignées (la correction du délinquant). Ce n'est pas cela. Les législations qui acceptent ces institutions ne leur accordent pas l'importance d'une règle de justice, mais il les considèrent plutôt seulement comme une exception qui doit être appliquée là où cela est justifié par les particularités du délit accompli ou de son auteur.

Par exemple dans le projet de la loi pénale suisse de 1918, la suspension conditionnelle de la peine peut avoir lieu seulement dans les cas d'exception, notamment si l'auteur est un mineur (art. 93 a. 2), ou si on est en présence des conditions suivantes : 1° La durée de la peine privative de liberté ne peut pas dépasser un an ; 2° Le condamné ne peut pas être puni pour un délit commis pendant les dix dernières années ; 3° Le passé du condamné et son caractère permettent de présumer que cette mesure l'empêchera d'accomplir des délits nouveaux ; 4° Le dommage fixé devant le tribunal doit être réglé selon sa possibilité (art. 39).

(3) Nous soulignons : l'intensité de besoin de répression dépendant exactement du degré de la violation causée par le délit. Alors la peine en considérant cette violation satisfait par cela même le besoin de la répression.

(4) Saldaña l'oublie. Il considère la peine seulement comme un moyen de correction, d'intimidation et de mise hors d'état de nuire et fait dépendre sa

16. — C'est grâce à ces particularités que la peine a la force d'intimidation et par cela même la capacité d'empêcher la violation de l'ordre juridique.

Il est clair que la peine doit être une souffrance pour obtenir l'effet d'intimidation. Cependant pourquoi doit-elle en même temps prendre dûment en considération le délit ?

Chaque délit reflète les différents éléments qui se sont unis pour son accomplissement : les éléments physiologiques, psychologiques et sociaux. Les premiers s'expriment par le degré d'intensité de la volonté criminelle, les seconds par le genre et la conséquence des impulsions pour la satisfaction desquelles l'auteur a accompli le délit.

La peine doit opposer à ces deux genres d'éléments des remèdes tels qu'ils puissent les neutraliser. Plus l'auteur a dévoilé par le délit l'intensité de la volonté criminelle, plus importante doit être la souffrance de la peine pour qu'elle puisse empêcher la manifestation de cette volonté à l'extérieur sous la forme d'un délit. Plus les besoins présentent d'intérêt pour l'auteur, besoins dont la satisfaction est exigée par l'impulsion qui cause l'intention criminelle, plus la peine doit produire de forts motifs dans l'esprit de l'auteur pour qu'elle puisse supprimer dûment cette impulsion. Autrement dit : plus grands sont les avantages qui se lient

valeur de son efficacité pour obtenir ces buts (l. c. p. 28). En conséquence, il ne réfléchit pas au caractère douloureux de la peine qui d'après cette idée doit être indifférent, de même qu'il ne tient pas compte de la connexité entre le délit et la peine, parce que ce rapport est sans importance en présence des buts qu'il a tracés pour la peine et en présence de sa valeur qui doit être fixée *ex port*. Saldaña désignerait comme valable déjà une peine qui pourrait, par exemple, corriger le délinquant quand même sa souffrance ne serait pas en proportion du mal causé par le délit. Pareillement Liszt qui ne fait pas dépendre la peine du délit, mais pour lequel le délit est seulement un symptôme de la disposition antisociale et la peine un moyen préservatif pour la société, un moyen qui doit être accommodé au degré du danger et non pas de la faute.

(5) L'institution américaine du lynch sanctionnée par la coutume prouve combien vivement la société ressent le désir de la répression et en quelle mesure en tient compte le droit. Si la sentence judiciaire ne correspond pas au sentiment légal des citoyens, si la peine prononcée ne considère pas dûment le dommage causé par le délinquant, à cette époque-là, la foule même sous l'œil du pouvoir, saisit le criminel, le juge, le condamne et l'exécute séance tenante. Cf. *A. Desjardins*, *Le droit des gens et la loi de Lynch aux Etats-Unis*, *Revue des Deux-Mondes* (1891) 105.

avec la représentation de la satisfaction de cette impulsion, plus grandes doivent être les souffrances de la peine pour que leur représentation puisse neutraliser les avantages mentionnés.

L'action de la peine doit être différente là où il s'agit de neutraliser l'intensité de la volonté criminelle de celui qui est prêt à commettre un meurtre, et là où il s'agit de l'individu qui pourrait peut-être faire une blessure légère. La peine doit évoquer la représentation d'une souffrance légère pour qu'elle puisse empêcher l'accomplissement d'un vol peu important qui promet des avantages imperceptibles, et d'une souffrance très grande dans le cas où il s'agit de la soustraction illégale de biens dont la valeur pourrait suffire au bien-être d'une famille même nombreuse (1).

17. — Nous acceptons en raison de la proportionnalité de la peine avec le délit, que le délit est non seulement la cause propre de la peine mais aussi sa base juridique.

L'ordre juridique de la société exige une sauvegarde bien développée. L'Etat lui accorde en considérant les faits qui troublent cet ordre à un degré supérieur comme des délits c'est-à-dire en défendant leur accomplissement sous la menace d'une peine.

Donc, qui commet un délit accomplit par le fait même la condition dont le droit fait dépendre la peine. Autrement dit, par l'accomplissement du délit, il cause la conséquence prévue par le droit : la peine.

La base juridique de la peine, c'est-à-dire du droit de punir découle de la nécessité du maintien de l'ordre juridique ; cette nécessité fait naître et justifie le droit de considérer comme délits tous les faits qui empêchent le maintien de cet ordre. Par conséquent, la base immédiate, c'est-à-dire le fondement juridique de la peine, c'est l'accomplissement du délit, c'est-à-dire de tel fait qui est défendu par le droit sous la menace d'une peine (2).

(1) Le législateur pour conserver ce rapport doit se diriger par la méthode empirique. Il doit prendre comme base le délit, mais non pas celui qui menace et dont il veut prévenir, mais celui qui est déjà commis. Par lui le législateur apprend à connaître ces éléments qui se sont unis pour son accomplissement. Cette connaissance lui donne la possibilité de fixer la peine qui pourra prendre ces éléments en considération ou frapper d'impuissance d'une manière plus efficace.

(2) Fautive serait la supposition que, par exemple, la base juridique de la peine consiste dans la nécessité de sauvegarder l'ordre juridique. Cette néces-

18. — La question de la peine était le sujet des réflexions et des méditations philosophiques déjà dans les temps les plus éloignés. Dans l'antiquité Protagoras (1), Platon (2), Aristote (3), Sénèque (4), et beaucoup d'autres y réfléchirent. Au moyen âge les scolastiques dirigèrent leurs efforts dans ce sens. Mais seulement dans les temps modernes apparaît la science systématique de la nature et du sens de la peine. C'est *Grotius* qui a commencé (5); il fit reposer le fondement de la peine sur deux bases : a) sur l'équité (*meritum*) et b) sur l'utilité (*utilitas*). Depuis ce temps-là, la science suivit deux directions. Les uns voient la justification de la peine dans la répression pour le mal accompli (au XVII<sup>e</sup> s. Selden)

sité, au contraire, est seulement *ratio* de la considération de quelques faits comme délits. En déterminant l'entité du délit l'Etat par cela même crée la base juridique de cette peine qui est prévue et qui sera appliquée pour son accomplissement. Alors en exécutant la peine, l'Etat en appelle non pas à la nécessité pour laquelle elle était fixée, mais au fait de l'accomplissement d'un acte considéré comme délit.

Dans la science, nous rencontrons différentes opinions concernant la base juridique de la peine. *Allfed* I. c. 13, la voit tout simplement dans la nécessité de la peine ; de cette manière il confond *ratio* de la peine avec sa base juridique. *Jarcke, Handbuch* (1827) I, *Stahl, Rechtsphilosophie* (III éd.) I 160 sqq. et *Bekker, Theorie des Strafrechts* (1859) I, voient la base juridique de la peine dans la commission conférée à l'Etat par Dieu. *Rousseau, Contrat social* (1762), *Beccaria, Dei delitti e delle pene* (éd. 1905), *Filangieri, La scienza della legislazione* (éd. 1788), *Fichte, Naturrecht* (1797), cherchent cette base dans une convention conclue entre l'individu et l'Etat ou dans une convention faite entre les individus, *Feuerbach, Revision der Grundbegriffe des peinlichen Rechts* (1799), considère comme cette base la sanction pénale à laquelle l'auteur se soumit volontairement, *Binding, Normen* (éd. 2) I 425, prend comme base le droit de l'Etat à se faire obéir qui à cause d'un délit se change en droit à la peine, *Hegel, Grundlinien der Rechtsphilosophie* (1821), accepte comme base la prétention que l'auteur revendique lui-même ou qu'il doit revendiquer.

(1) Cf. *Menzel, Protagoras als Kriminalist*, *Zt. f. StRW.* I (1910) 398 ; aussi *Plato's Protagoras*, 324 (les œuvres de Platon traduites par Müller).

(2) *Gorgias, Politikos, Republ.*, etc.

(3) *Eth. Nicom.* I. c. I c. I ; II 3 § 1 ; III c. 7 ; V 5 et 7, etc.

(4) *De ira* c. 19 7 ; *De clementia* L. 22 1, etc. — Sénèque traduit ces mots connus de Platon : « Nam ut Plato ait : nemo prudens punit quia peccatum est. sed ne peccetur. Revocari enim praeterita non possunt ; futura prohibentur » (*De ira* c. 19. 7). — Cf. aussi p. 2, 3.

(5) L. c. (v. p. 12 3).

[1], au XVIII<sup>e</sup> s. Leibnitz (2), Kant (3), au XIX<sup>e</sup> s. Hegel (4), Stahl (5) et autres, les autres recherchent sa justification dans son utilité (au XVII<sup>e</sup> s. Hobbes (6), au XVIII<sup>e</sup> s. Wolff (7), Globig et Huster (8), Filnagieri (9), au XIX<sup>e</sup> s. Bentham (10), Schulze (11), et autres).

De cette manière deux groupes de théories pénales opposés se sont développées dont l'une (qui base la peine sur le *meritum*) fut nommée par Zacharia (12) : groupe des théories absolues (**absolute Theorien**), l'autre (qui base la peine sur l'utilitas) : groupe des théories relatives (**relative Theorien**). Dans les temps modernes un troisième groupe des théories est né : celui des théories mixtes qui essayent de concilier les différentes théories pénales, notamment aussi les absolues et les relatives (par exemple Wirth (13), Herbart (14), Bar (15), Kostlin (16), Merkel (17), Liszt (18), Binding (19), chez nous Krzymuski (20) et d'autres).

Les théories absolues refusent à la peine un but quelconque (21) ou elles voient ce but exclusivement dans la répression du mal accompli (*punitur quia peccatum est*) ; en même temps elles envisagent l'idée de la répression ou bien comme une conséquence du

(1) De jure naturali et gentium iuxta disciplinam Ebraeorum (1640).

(2) Essais de Théodicée (1710).

(3) Kritik der praktischen Vernunft (1788) ; Metaphysik der Sitten (1798). Cf. aussi Krzymuski : Teorja karna Kanta (La théorie pénale de Kant) (1882).

(4) L. c. (v. p. 38 2).

(5) Philosophie der Rechts 4 éd. (1870).

(6) Elementa philos. de cive (1643) ; Léviathan (1651).

(7) Instit. jur. maturae et gentium (1754).

(8) Abhandlung von der Criminalgesetzgebung (1783).

(9) L. c. (v. 38 2).

(10) Traité de législation civile et pénale, 2 éd. (1820).

(11) Principien des bürgerlichen Rechts (1813).

(12) Altes Archiv des Criminalrechts (1801).

(13) System der spekulativen Ethik (1842).

(14) Allgemeine praktische Philosophie (1808).

(15) L. c. (v. p. 12 3).

(16) System des deutschen Strafrechts, 23 éd. (1921).

(17) L. c. (v. p. 9 2).

(18) Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 23 éd. (1921).

(19) Das Problem der Strafe, Zt. f. priv. u. öffentl. Recht der Gegenwart (Grünhut) IV.

(20) L. c. (v. p. 32 1).

(21) *Lasson* Rechtsphilosophie (1882).

sens pratique, de la nécessité morale (Kant [1]), ou bien elles lui donnent un sens religieux (Jarcke [2], Stahl [3], Bekker [4]), ou le sens de la nécessité logico-dialectique (Hegel [5]), ou enfin, celui de la nécessité esthétique (Geyer [6]).

Les théories relatives, au contraire, repoussent la relation entre la peine et le délit et découvrent le but de la peine soit exclusivement dans la correction (Roder [7], Krause [8], Kraepelin [9]), soit dans la sauvegarde (l'école anthropologique) ou encore dans la satisfaction (Welcker [10], Loening [11]), ou dans l'intimidation (Filangieri [12], Ihering [13], Feuerbach [14]), ou enfin ces théories veulent atteindre différents buts par la peine (l'école sociologique).

L'opinion modeste que nous soutenons dans cette matière n'est complètement d'accord ni avec les idées des théories absolues, ni avec les idées représentées par les théories relatives.

Elle n'épouse pas entièrement les idées des théories absolues parce qu'en acceptant l'utilité de la peine nous ne l'apercevons pas dans la répression pour le mal accompli. La répression est l'essence de la peine ; elle n'est pas (et ne peut pas être) le but mais elle est seulement un moyen pour atteindre le but de la peine : le maintien de l'ordre juridique (15).

(1) L. c. (v. p. 40 4).

(2) L. c. (v. p. 38 2).

(3) L. c. (v. p. 40 6).

(4) L. c. (v. p. 38 2).

(5) L. c. (v. p. 38 2).

(6) Geschichte und System der Rechtsphilosophie (1863).

(7) Die Rechtsbegründung der Besserungsstrafe (1846) ; Grundzüge des Naturrechts (1863).

(8) System der Rechtsphilosophie (1874).

(9) Die Abschaffung des Strafmasses (1880).

(10) Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe (1813).

(11) Die Begründung des Srafrechts (1889).

(12) L. c. (v. p. 38 2).

(13) Zweck im Recht, 3 éd. (1893).

(14) L. c. (v. p. 38 2).

(15) Les théories absolues commettent une faute fondamentale : elles confondent l'essence de la peine avec son but. Cependant, ces deux idées, comme différentes en principe, doivent être séparées absolument. L'essence et le but d'une institution ou d'une action, ce sont deux choses tout à fait différentes. L'essence s'y trouve, elle présente, son point essentiel, le but, au contraire, est placé hors de lui (cf. Laband, *Archiv für öffentl. Recht*, 1887, comme

Notre point de vue n'est pas d'accord avec les théories relatives parce qu'en acceptant l'utilité de la peine nous exigeons qu'elle soit proportionnée au délit accompli. Bien plus, nous soutenons que justement cette relation est la condition de l'utilité de la peine, c'est-à-dire de son efficacité.

Comment se présente la relation de notre opinion avec le point de vue des théories mixtes ?

Parmi ces théories on peut distinguer deux directions ; l'une prend comme point de départ que dans l'idée de la répression se trouve déjà la considération des buts utiles (*Abegg* [1], *Wirth* [2], *Berner* [3], *Krzymuski* [4]), l'autre voit dans la répression seulement la base de la peine et exige pour sa justification qu'elle soit utile [5], *Herbart* [6], *Rossi* [7], *Ortolan* [8], *Bar* [9]).

En soutenant que l'essence de la peine consiste dans la répression, et sa justification dans son utilité pour la société, et en reconnaissant que la peine qui est en relation convenable avec le délit, c'est-à-dire une peine dont la souffrance est proportionnée dûment à

---

une possibilité vers laquelle la réalisation de cette institution ou de cette action se dirige. L'essence ne peut jamais justifier quelque institution ou quelque action, elle peut seulement l'expliquer, faciliter sa connaissance. La justification doit être cherchée hors de cette institution ou de cette action et de son essence, — dans ce que nous appelons le but. — L'essence de la peine est la répression, elle constitue son contenu ; jamais elle ne peut être son but, elle ne peut pas la justifier. Ceux qui soutiennent que le but de la peine donc en même temps sa justification est la répression, disent ainsi que la peine même est le but en soi-même, qu'elle trouve sa justification en soi-même. **Le but de la peine comme l'institution juridique, est son utilité pour la société qui consiste dans le maintien de l'ordre social et de la tranquillité publique. Cette utilité, c'est-à-dire ce but de la peine, est sa justification. La peine est apte à atteindre ce but grâce à son essence.** Si la peine n'en avait pas les qualités requises, alors en ne perdant pas son essence, en ne cessant pas d'être une répression, elle ne serait pas justifiée, c'est-à-dire elle ne pourrait pas être une institution juridique.

(1) *Die verschiedenen Straftheorien* (1835).

(2) L. c. (v. p. 40 14).

(3) *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 15 éd. (1888).

(4) L. c. (v. p. 32 1).

(5) Cf. *Krzymuski*, l. c. I 43, qui appelle la première direction : « les théories d'utilité dans les limites de la justice absolue », la seconde : « les théories de la justice absolue dans les limites des considérations d'utilité ».

(6) L. c. (v. p. 40 15).

(7) *Traité de droit pénal* (1829).

(8) *Éléments de droit pénal*, 4 éd. (1875).

(9) L. c. (v. p. 12 3).

l'importance du dommage commis par le délit « la répression juste », que telle peine par cela même sert à son but plus essentiel : le maintien de l'ordre juridique, nous nous mettons à la frontière des deux directions mentionnées des théories coalisées (1).

Selon ces explications et ayant en vue la proportionnalité méthodique de la peine socialisée et de la souffrance inséparable du mal accompli par le délit, je définis l'opinion ici présentée comme *la théorie de la répression sociale par la souffrance proportionnée*.

19. — La correction aussi bien que l'assurance du délinquant (à vrai dire l'assurance de la société contre le délinquant) et sa mise hors d'état de nuire, bien que d'ordinaire comptées au nombre des buts de la peine, ne constituent pas ses buts essentiels ; tout au plus peuvent-ils être aussi son but. Ces problèmes sont sans doute très importants, ils présentent pour les intérêts de la société une valeur bien remarquable. Néanmoins ils n'appartiennent pas au domaine du droit pénal mais ils doivent être plutôt considérés comme un problème de la politique sociale, du droit social (2).

---

(1) *Krzymuski*, l. c. I 55, soutient que la peine juste, conformément à l'axiome « *sum cuique tribuere* » doit aussi se montrer comme une peine nécessaire au point de vue d'utilité sociale. Il aperçoit cette utilité dans la moralisation et dans l'intimidation par la peine.

(2) L'école sociologique elle-même a reconnu d'ailleurs en quelque sorte les inconvénients de sa doctrine. Elle soutient notamment que la peine privative de liberté doit servir aux buts supérieurs criminalo-politique (correction, intimidation, sûreté), mais en même temps elle n'exclut pas qu'il y a des cas où elle n'en atteint aucun et alors elle la considère (avec *Saldaña*) comme inutile et même nuisible parce qu'une telle peine ne présente aucune valeur pour la société. On peut demander où se trouve la base de la théorie qui a égard à la possibilité que les suppositions sur lesquelles elle se fonde ne se réalisent pas du tout ? Ensuite le mot de ralliement de la mise hors d'état de nuire du délinquant dangereux durablement, bien que prononcé par le maître de cette école, *Liszt*, évoque même parmi ses élèves des doutes sérieux. Notamment, les problèmes suivants resteront comme bien difficiles à résoudre : la fixation du rapport entre la culpabilité du délinquant et le danger dont il menace la société, particulièrement quand le délinquant est aliéné, quand il est récidiviste, puis comment *discerner* les délinquants incorrigibles de ceux qui permettent d'espérer la correction. Où peut-on trouver un critérium infaillible pour qu'on puisse par cela même déclarer incorrigible le délinquant qui possède des inclinations dangereuses ? Ces difficultés sont indiquées par *Merkel*, *Saldaña* et tous, avec *Liszt* au premier plan, veulent les vaincre par une convenable organisation des prisons, des établissements de correction et de semblables établissements, mais ces questions appartiennent au domaine de la défense sociale, à l'administration de l'État.

L'intérêt le plus important de la société consiste dans la sauvegarde de ses intérêts contre une violation. C'est pourquoi elle a non seulement le droit mais aussi le devoir de se défendre par tous les moyens contre les individus qui menacent sa sécurité. Il faut tomber d'accord sur l'opinion de *Prins* (1) que ce droit doit être indépendant du fait même, c'est-à-dire de l'accomplissement d'un délit. Il ne s'agit pas ici d'une réaction pour le délit accompli, d'une répression, mais d'une défense sociale contre un mal qui menace, d'une prévention. C'est pourquoi on ne peut pas parler d'une contrainte pénale mais seulement d'une contrainte pédagogique et de sécurité. Dans ce but l'Etat doit développer et organiser d'une manière plus soignée le système des mesures de sûreté, des moyens préservatifs. Leur but propre ne doit être de corriger et d'écarter seulement ceux qui ont déjà commis une injustice envers la société par le délit (après l'exécution de la peine), mais aussi ceux dont les inclinations dangereuses laissent craindre cette injustice à l'avenir. L'application de ces mesures doit être indépendante de l'exécution de la peine (2). Il n'est pas permis de confondre la défense sociale avec la répression pénale. La mesure de

(1) *La défense sociale et les transformations du droit pénal* (1910).

— Cf. p. 17.

(2) Il faut définitivement rompre avec l'opinion de l'école sociologique qui identifie la peine avec la mesure de sûreté. Elles se distinguent en principe, également à l'égard de l'essence, de la cause et de la mesure. L'essence de la peine est la répression pour le mal commis : la peine exprime une souffrance, un désagrément. Pour l'essence de la mesure de sûreté l'idée de la répression doit être étrangère : la personne envers laquelle on applique cette mesure ne devait pas encore avoir causé un dommage ou une violation à la société et à ses intérêts ; dans la nature des mesures de sûreté ne se trouve donc pas une souffrance, un déplaisir, mais seulement une éducation, un traitement, une sauvegarde. La cause de la peine est le délit : l'accomplissement d'un fait reconnu comme délit ; donc cette cause se trouve au passé. L'application de la mesure de sûreté est complètement indépendante de l'accomplissement d'un délit : sa cause est l'état dangereux d'une certaine personne pour les intérêts sociaux, le danger qui menace la société du côté de cette personne. Or, la cause se trouve à l'avenir. C'est pourquoi la mesure de la peine est le délit, la mesure du moyen de sûreté est l'état d'une certaine personne. — Cf. *Stooss, Lehrbuch des oesterreichischen Strafrechts* (1913) : « Die sichernde Massnahme ist nicht strafe, aber sie wirkt in manchen Fallen wie eine Strafe auf den Behandelten ». « Sie ist das zweite machtige Schutzmittel des Staates gegen das Verbrechen und namentlich gegen den Verbrecher ». Tout de même les projets de lois pénales les plus nouveaux :

la première est le besoin social, la mesure de la seconde est la culpabilité du délinquant.

On n'en peut pas conclure que la peine ne puisse jamais considérer en quelque sorte aussi ces buts. Une peine qui s'exprime dans la contrainte à un travail dont les gains seraient destinés à dédommager les suites du délit (1), une telle peine produira sans doute un effet pédagogique. Une peine privative de la liberté et la peine de mort assureront la sécurité de la société contre le délinquant à l'avenir. Mais il n'est jamais permis de sacrifier l'essence de la peine ou de l'altérer pour atteindre ces buts ; on ne peut pas abuser de la peine pour les buts opposés à son idée, pour les buts qui se trouvent hors du domaine du droit pénal (2). Il n'est pas permis de priver la peine de la souffrance et d'ignorer la connexité qui existe entre la peine et le délit pour la consacrer au service de buts tels que la correction et la sécurité. Autrement la peine ne serait plus la peine (3) [4].

20. — Nous revenons à *Saldaña* et nous demandons : en quoi consistent les effets réels jusqu'à présent obtenus par la peine ou quels sont les résultats réels de son application ? Ces effets et ces

suisse (1918), allemand (1925), autrichien (1921) et tchéco-slovaque (1921) représentent le point de vue du dualisme de la peine et de la mesure de sûreté.

(1). Déjà le *Statut Lithuanien* (III) obligea le condamné à acquitter par son travail cette somme qu'il devait payer comme satisfaction. « A nie bedzieli miec czym nawiazki placie, tedy na wyrobek za to Zlodziey bedzie wydany Mszczyznie na rok po kopie groszy a Niewiescie po piecdziesiat groszy, wytracajac. A potym tegoz Zlodzieya iesliby sie trafilo komu poimac powtore z Licem, chociazby to lice y dwuch kop groszy nie stalo : tedy iuz rozgami u slupa bity byc ma, a za szkody y sowitosc nie bedzieli miec czym placic, na wyrob, jako wyzey opisano, wyoany byc ma » (chap. XIV, art. 7).

(2) Il n'est pas permis par exemple d'arranger à ce point la peine privative de liberté qu'elle cesse d'être une souffrance et qu'elle serve seulement au but de la correction, que le temps de sa durée soit dépendant du besoin de la sauvegarde de la société contre le délinquant, etc.

(3) Pareillement on peut mettre auprès de chaque édifice construit conformément au but voulu des ailes (annexes) même très utiles, pourvu que cet élargissement soit conforme à la destination fondamentale et qu'il corresponde à l'idée et à la règle éminente du fondateur. Dans le cas contraire cette aile (annexe) non seulement déformera l'édifice initial, mais, en même temps, déjouera sa destination.

(4) Cf. aussi *Makarewicz, Prawo karne ogolne* (1914) 17 : « La peine de son essence est une répression et rien d'autre. Tout autre qui se lie effectivement avec la peine ou qui doit se lier, est un supplément accessoire ».



résultats seulement justifient la peine et décident de sa valeur. Nous avons déjà donné auparavant une réponse à cette question.

L'effet le plus important de la peine consiste dans le maintien de l'ordre juridique. Cet effet détermine la valeur de la peine : telle peine possède une valeur plus élevée qui a les meilleures qualités requises pour obtenir cet effet.

### III

Nous concluons : a) La cause et la base juridique de la peine est le délit ; b) la peine est essentiellement basée sur la répression ; c) il en résulte qu'il appartient à la nature de la peine d'être proportionnée au délit, c'est-à-dire à la gravité du préjudice (matériel et moral) causé par celui-ci ; d) précisément parce que la peine, étant répressive, 1° dénote un mal 2° et se proportionne dûment au délit, elle est apte à procurer sa fin essentielle, notamment la sauvegarde de l'ordre juridique ; e) cette fin, la peine l'obtient par l'apaisement des besoins de vengeance qui se manifestent dans la personne lésée et la société entière, en même temps que par l'intimidation ; f) la raison d'être de la peine se trouve dans son utilité pour la société, dont elle sauvegarde et défend l'ordre juridique ; g) la valeur de la peine dépend de son efficacité, c'est-à-dire de son aptitude à procurer la fin déterminée plus haut sous d) ; h) la correction, la préservation, la mise hors d'état de nuire ne sont pas des fins essentielles de la peine. La peine peut les prendre en considération pour autant que son caractère propre n'en souffre pas (b et c).

## REVUE DU PATRONAGE ET DES INSTITUTIONS PREVENTIVES

---

SOCIÉTÉ DE PATRONAGE  
DES PRISONNIERS LIBÉRÉS PROTESTANTS

---

ASSEMBLÉE GÉNÉRALE ANNUELLE DU 7 MAI 1930

---

La Société de Patronage des Prisonniers libérés protestants a tenu son assemblée générale annuelle le mercredi 7 mai 1930, 47, rue de Clichy, sous la présidence de M. le vice-amiral Charlier, vice-président.

Ouvrant la séance, M. le vice-amiral Charlier regrette tout d'abord l'absence de M. Sibille, député, président du Patronage, empêché d'assister à la séance, et rappelle ensuite que l'activité de la société, créée en 1869, par le pasteur Robin, s'exerce sur quatre branches :

1° *Le Patronage des Prisonniers libérés protestants*, qui s'adresse, d'une façon plus large que ne le laisse supposer son titre, à tous les condamnés sans distinction confessionnelle, et les assiste aussi bien pendant leur peine qu'après leur libération ;

2° *La Maison hospitalière pour les ouvriers sans asile et sans travail*, qui prend tous ceux qui se présentent et leur fournit momentanément un abri et du travail, en attendant de leur procurer une situation en rapport avec leurs aptitudes.

Ils sont couchés, nourris, habillés et occupés à la confection de margotins ; cette petite industrie ayant été atteinte par la vulgarisation du chauffage central a été remplacée par le découpage et le ficelage d'étiquettes pour les besoins des Compagnies de chemins