

Alvaro Pires

Criminologue, École de criminologie, Université d'Ottawa

(1998)

“Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne”

Un document produit en version numérique par Jean-Marie Tremblay, bénévole,
professeur de sociologie au Cégep de Chicoutimi

Courriel: jean-marie_tremblay@uqac.ca

Site web pédagogique : <http://www.uqac.ca/jmt-sociologue/>

Dans le cadre de la collection: "Les classiques des sciences sociales"

Site web: <http://classiques.uqac.ca/>

Une collection développée en collaboration avec la Bibliothèque
Paul-Émile-Boulet de l'Université du Québec à Chicoutimi

Site web: <http://bibliotheque.uqac.ca/>

Cette édition électronique a été réalisée par Jean-Marie Tremblay, bénévole, professeur de sociologie au Cégep de Chicoutimi à partir de :

Alvaro Pires
Criminologue, École de criminologie, Université d'Ottawa.

"Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne".

Un article publié dans l'ouvrage de Christian Debuyst, Françoise Digneffe, Jean-Michel Labadie et Alvaro P. Pires, **Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Tome II : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie**, Chapitre 3, pp. 83-143. Les Presses de l'Université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa, De Boeck Université, 1998, 518 pp. Collection : Perspectives criminologiques.

Avec l'autorisation formelle de M. Alvaro Pires, professeur de criminologie, Université d'Ottawa, le 2 août 2006.



Courriel : alpires@uottawa.ca

Polices de caractères utilisée :

Pour le texte: Times, 12 points.

Pour les citations : Times 10 points.

Pour les notes de bas de page : Times, 10 points.

Édition électronique réalisée avec le traitement de textes Microsoft Word 2004 pour Macintosh.

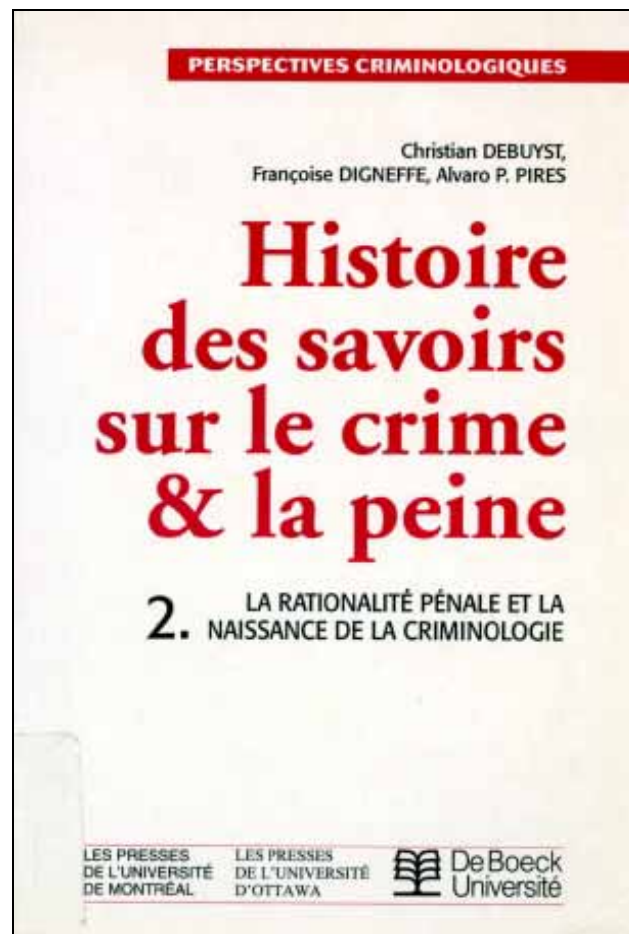
Mise en page sur papier format LETTRE (US letter), 8.5'' x 11''

Édition numérique réalisée le 26 août 2006 à Chicoutimi, Ville de Saguenay, province de Québec, Canada.



Alvaro Pires
Criminologue, département de criminologie, Université d'Ottawa

**“Beccaria, l'utilitarisme
et la rationalité pénale moderne”**



Un article publié dans l'ouvrage de Christian Debuyst, Françoise Digneffe, Jean-Michel Labadie et Alvaro P. Pires, **Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Tome II : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie**, Chapitre 3, pp. 83-143. Les Presses de l'Université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa, De Boeck Université, 1998, 518 pp. Collection : Perspectives criminologiques.

Table des matières

[Introduction](#)

[Notes méthodologiques](#)

[La réception et la signification socio-politique de l'oeuvre](#)

[La formation de la rationalité pénale moderne](#)

[Les points de vue de la dignité humaine et de l'utilité chez Beccaria](#)

[La théorie du contrat social comme fondement et limite du droit de punir](#)

[L'origine des lois et des peines \(ou des sanctions\)](#)

[La définition et les limites du droit de punir](#)

[Les réactions à la théorie du fondement du droit de punir de Beccaria](#)

[La théorie utilitariste classique de la peine criminelle](#)

[Le but de la peine criminelle](#)

[Le principe de la rationalité et de la peine comme « obstacle politique »](#)

[Quelques aspects de la notion de « liberté » aux XVIIe et XVIIIe siècles](#)

[La théorie de la dissuasion et le principe de la rationalité des sujets](#)

[Le principe de l'exclusion des « mesures alternatives » et de la critique du pardon](#)

[Le principe de l'obligation pragmatique et politique de punir](#)

[Le principe de l'analogie de la peine](#)

[Le principe de proportionnalité \(verticale\) et du surplus \(modéré\) de la peine](#)

[Figure 1.](#) La théorie du contrat social de Beccaria ou du "fondement et limite du droit de punir".

[Figure 2.](#) La théorie utilitariste classique de la peine criminelle de Beccaria

[Figure 3.](#) Deux lignes de force classiques sur la capacité de décision des individus

Alvaro Pires
Criminologue, École de criminologie, Université d'Ottawa.

"Beccaria, l'utilitarisme et la rationalité pénale moderne".

Un article publié dans l'ouvrage de Christian Debuyst, Françoise Digneffe, Jean-Michel Labadie et Alvaro P. Pires, **Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Tome II : La rationalité pénale et la naissance de la criminologie**, Chapitre 3, pp. 83-143. Les Presses de l'Université de Montréal, Les Presses de l'Université d'Ottawa, De Boeck Université, 1998, 518 pp. Collection : Perspectives criminologiques.

Introduction

[Retour à la table des matières](#)

Le petit livre, *Des délits et des peines*, publication anonyme de 1764, était destiné à avoir un succès immédiat et durable : « ... c'était le chef-d'oeuvre des "lumières" italiennes et l'un des livres les plus importants et les plus significatifs de tout le XVIIIe siècle » (Franco Venturi, dans Beccaria, 1764a : IX). Cet opuscule fut d'abord imprimé dans le secret parce que son auteur, Cesare Bonesana, marquis de Beccaria (1738-1794), en ayant à l'esprit la triste histoire de Machiavel, Galilée et Giannone, projetait de « défendre l'humanité sans en être le martyr » (Beccaria, lettre à André Morellet, mai 1766) et faire « triompher la cause de l'humanité » en matière pénale (Beccaria, 1764a, § 28 : 48). Ses propos sur la modération des peines s'inscrivent dans le cadre d'un mouvement de pensée connu sous le nom d'« école classique du droit pénal » ou « théorie classique de la pénalité ». Ce mouvement regroupait des individus d'horizons divers, dont les philosophies étaient parfois divergentes, en un système de pensée commun.

Trois thématiques ressortent de l'oeuvre de Beccaria : a) une réflexion théorique sur le fondement et les limites du droit de punir (au sens large d'intervention juridique) ; b) des réflexions ponctuelles sur ce qu'on pourrait appeler des principes juridiques concernant la liberté et la sûreté des personnes susceptibles d'être amenées devant les tribunaux et des personnes condamnées ¹ ; etc.) une théorie sur la peine criminelle au sens strict du terme.

C'est dans le premier et le dernier thèmes que l'on peut situer la contribution majeure de Beccaria. Je les appellerai respectivement « théorie du fondement du droit de punir », et « théorie utilitariste classique de la peine criminelle ». Nous le verrons ultérieurement, l'autonomie relative de ces deux théories n'est pas perceptible a priori. En effet, les théories de la peine vont généralement de pair avec une réflexion sur les fondements et les limites du droit de punir. Il ne convient donc pas de les séparer l'une de l'autre, car une telle démarche serait contre-nature. Cependant, chez Beccaria, une théorie ne va pas nécessairement de pair avec l'autre. On peut même avancer que sa théorie de la peine criminelle détruit ou neutralise en bonne partie sa théorie du fondement du droit de punir. Il peut donc y avoir un certain intérêt à les considérer de manière distincte. D'autant que cela pourrait contribuer à clarifier certains aspects polémiques de son oeuvre. Jusqu'à présent, semble-t-il, ces théories n'ont jamais été traitées séparément, et la première a souvent été mal interprétée, négligée ou récusée. On alla même jusqu'à la réduire à un passage épisodique et maladroit de sa théorie de la peine criminelle. Je soutiendrais pour ma part qu'au contraire, la théorie du fondement du droit de punir, à condition d'être tout à fait dégagée de la théorie de la peine, est la plus intéressante et la seule susceptible de contribuer à renouveler notre façon de concevoir l'intervention juridique (en matière pénale).

Je ne traiterai pas ici de la question des principes de protection juridique chez Beccaria, car sa contribution en la matière, comme d'autres exégètes l'ont souligné, reste assez modeste. Il y joue un rôle de fil conducteur, plus que d'artisan : il s'en est effectivement tenu à intégrer, sans les

¹ En espagnol, italien et portugais, les juristes désignent souvent cet ensemble de principes par l'expression « garanties juridiques ». Cela veut dire qu'une des fonctions de la loi consiste à proposer différentes sortes de règles et procédures pour réduire les risques d'abus de pouvoir de l'État.

développer, une série de principes juridiques généraux, dont certains nous sont parvenus via le droit canonique, tels qu'élaborés à partir du XIIe siècle. Ainsi, le principe de la légalité, selon lequel seule la loi positive peut incriminer un fait et établir des peines (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*). Beccaria (1764a, §3 : 10) dira, par exemple, que « les lois seules peuvent déterminer les peines et les délits » ou encore que « pour que n'importe quelle peine ne soit pas un acte de violence [...], elle doit absolument être [...] déterminée par la loi » (ibid., §47 : 80). À propos de la liberté politique des individus, il insiste sur le fait que « chaque citoyen doit pouvoir faire tout ce qui n'est pas contraire aux lois » (ibid., §8 : 19) ou encore que « tout citoyen doit savoir quand il est coupable et quand il est innocent » (ibid., §II 23) ; pour ces raisons, les lois doivent être « claires et précises » (ibid., §14 27 ; §41 : 75), etc. Il me semble important de garder à l'esprit que ces principes ne sont pas inhérents au droit criminel, et que leur apparition ne remonte pas nécessairement à l'époque classique. C'est surtout à partir de cette époque qu'ils ont été sélectionnés, « importés » et valorisés en matière pénale, pour garantir une protection (supplémentaire) aux individus à l'endroit du pouvoir étatique,

Ainsi, par exemple, le principe de la légalité avait déjà été formulé au XIIe siècle, dans le cadre du droit canonique, par Pierre Lombard (Berman, 1983 : 186). L'Église avait répertorié deux catégories de péchés : ceux qui relevaient du « tribunal (forum) interne » et ceux qui devaient être jugés par un « tribunal externe ». Les premiers seraient traités de façon ordinaire par les prêtres comme faisant partie du sacrement de la pénitence, et les autres, appelés « péchés criminels » ou « crimes ecclésiastiques », vu qu'ils constituaient une transgression de la loi ecclésiastique, ressortiraient au juge ecclésiastique. Or, pour bien caractériser ceux-ci, Lombard dira qu'« il n'y a pas de péché [au second sens] s'il n'y avait pas de prohibition » par la loi ecclésiastique (*Non enim consisteret peccatum, si interdictio non fuisset*) (ibid.). Certes, même s'ils manquent d'originalité, il reste que les principes retenus par Beccaria ont contribué à moderniser la théorie de la peine criminelle et ses propositions de réforme.

Que dire de la réception et de la signification socio-politique de ce livre, sinon qu'elle est double, puisqu'il s'agit en réalité de deux textes en un. Le premier, tourné vers le passé, est considéré à juste titre comme porteur d'un discours humaniste qui a sans doute à voir avec le démantè-

lement d'un appareil de justice fondé sur l'arbitraire du pouvoir politique et le libre exercice de la violence physique. C'est là que résident les effets politiques salutaires de l'ouvrage, même s'ils contribuent très peu de nos jours à faire progresser l'idée de modération dans la justice pénale. Le « deuxième livre », dont les conséquences négatives sont partiellement éclipsées par le succès du premier, est quant à lui tourné vers l'avenir : il transforme le savoir pénal en un système de pensée fondateur des rapports de différenciation qu'il entretiendra désormais avec les autres modes de régulation et de contrôle de la vie sociale. Il survalorise la nécessité de punir et la peine criminelle dans le cadre du droit et de la vie sociale. En fait, à côté de ces « deux livres en un », il y avait un « troisième livre » à l'état embryonnaire, portant sur le fondement et les limites de l'intervention juridique. Il est hélas resté au stade de « paradigme perdu » (Edgar Morin). Son propos, quoique fort intéressant, s'est attiré de toutes parts les foudres de la critique. Beccaria avait en effet osé, dans ce texte, ancrer les limites du droit de punir dans une théorie du contrat social.

Il apparaît que les observations émises par Faustin Hélie (1856 : vii) sont, dans leur ensemble, justifiées : de l'œuvre de Beccaria, on a surtout retenu la dimension politique de « premier cri de la conscience publique » contre la justice criminelle de son époque, au détriment de ses dimensions philosophique et juridico-pénale proprement dites. Il est dès lors tout à fait concevable, qu'en mettant l'accent sur son importance (réelle) en tant que manifeste politique contre les atrocités de la justice de l'Ancien Régime on ait fini, d'une part, par coiffer la totalité de sa théorie juridico-pénale de la peine d'une auréole de modération pour le moins discutable en ce qui concerne le droit pénal moderne et, d'autre part, qu'on ait aussi perdu de vue un aspect plus original de sa philosophie juridique.

NOTES MÉTHODOLOGIQUES

[Retour à la table des matières](#)

Des délits et des peines peut être un peu déroutant². À première vue, son contenu semble familier et d'un abord facile. On a l'impression de tout comprendre et de pouvoir résumer aisément la pensée de son auteur. Cependant, à force de lire et relire l'ouvrage, et d'étudier les commentaires enrichissants de ses différents exégètes, on s'aperçoit qu'il s'agit là d'une impression trompeuse. Aussi, la conviction d'avoir « bien vu » tout le contenu de l'oeuvre est alors ébranlée et face aux obstacles et difficultés qui surgissent, que j'ai répartis en trois catégories.

1. Tout d'abord, bon nombre de définitions, de principes généraux et de distinctions importantes sont dispersés çà et là, ce qui ne facilite guère la compréhension. À tel point qu'ils passeraient même inaperçus : Beccaria nous les livre au compte-gouttes, au fur et à mesure qu'il aborde certains sujets particuliers (la peine de mort, la torture, la promptitude du châtement, etc.) pour se positionner par rapport à ceux-ci. Inversement, lors de la discussion d'un sujet particulier, il omet parfois de reprendre explicitement l'un de ses principes majeurs, qui semble néanmoins implicite dans l'argumentation. Pour contrer ces difficultés, mes propos ne suivront pas nécessairement l'ordre de présentation des matières. De plus, à

² Il existe deux versions « officielles » de cet ouvrage, qui ont donné lieu à différentes éditions. La première traduction française, établie par l'abbé André Morellet, remonte à 1766. Il a modifié l'ordre de présentation des chapitres, ou en a déplacé des paragraphes. Cette première version française a cependant été acceptée par Beccaria lui-même. Lorsque je m'y réfère, j'utilise l'édition publiée par Flammarion en 1979, préfacée par Casamayor. J'ai cependant accordé une préférence à la traduction française établie par M. Chevalier (Librairie Droz, Genève, 1965), préfacée par Franco Venturi, qui a conservé la structure originale de l'ouvrage et l'édition italienne de Luigi Firpo parue dans l'Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria (vol. 1) aux soins de Gianni Francioni (Milain, Mediobanca, 1984).

certains moments, je ferai dire à Beccaria un peu plus qu'il ne dit lui-même, mais seulement si j'estime ne pas trahir sa pensée.

2. Une deuxième difficulté résulte du fait que Beccaria a rédigé son ouvrage à une époque où le droit subissait une transformation terminologique radicale. En effet, le langage du droit criminel moderne était en passe de se désolidariser du langage du droit tout court, pour se constituer en un champ sémantique distinct. Beccaria fut lui-même l'un des pivots de ces transformations. D'une part, son bagage conceptuel provenait de textes philosophiques et politiques anciens ; d'autre part, il semble utiliser parfois un même mot, tantôt dans son acception ancienne, tantôt dans la nouvelle. Par ailleurs, nous avons tendance à négliger ce problème et à tout interpréter à partir du sens moderne. Ces différents sens peuvent pourtant modifier notre interprétation du texte. Et, même en agissant en connaissance de cause, nous pouvons encore faire des erreurs, hésiter ou être carrément incapables de savoir quelle option privilégier. Ce fut plus particulièrement le cas à propos de la théorie du fondement du droit de punir. Aussi ai-je, au besoin, indiqué mon doute et l'option privilégiée.

Ces difficultés se rencontrent surtout lorsqu'il est question de justice, loi, délit (ou crime) et châtement (ou peine)... en fait, des notions-clés qui reçoivent usuellement un sens très large avant la première moitié du XVIII^e siècle, par exemple, chez Hobbes, Puffendorf, Montesquieu, etc. Or, dès le milieu du XVIII^e siècle, cette tendance s'inverse et on commence à restreindre de plus en plus leur signification. Chez certains penseurs postérieurs à Beccaria, comme Bentham, des traces de ce sens large subsistent encore.

Prenons l'exemple du mot « justice », sur lequel Casamayor (1979 : 6), l'un des commentateurs de Beccaria, attire notre attention. Le problème n'est pas nouveau, dit-il, car il remonte loin en arrière, et persiste jusqu'à nos jours. C'est que le mot justice subit souvent, par une série de glissements de sens, deux grandes réductions : d'abord, on passe de « justice » à « judiciaire » au sens du droit positif ; puis, ensuite, de « judiciaire » à « justice criminelle » et à « peine criminelle ». On commence, dit-il, avec « l'interrogation toute naturelle "qu'est-ce qui est juste ?" » (ibid.) et on termine le regard rivé sur la justice pénale (p. 7). Ce préjugé, écrit Casamayor, « consiste dans l'importance accordée au châtement » (p. 6). On va peu à peu employer le mot justice « au profit d'un organisme

très limité », la justice criminelle, « qui n'est pas totalement représentatif de la société où il fonctionne » (ibid.). Il rappelle, à juste titre, que « la Justice [au sens propre] est la fonction à la fois unique et justificatrice de toute société organisée. Il n'y a pas qu'un seul ministre de la Justice, ils le sont tous, celui des Finances, [...] celui du Travail [...] » (ibid. : 6-7), etc.

3. En troisième lieu, cet ouvrage est, d'un certain point de vue, un manifeste politique rédigé en vue de produire une réforme. Beccaria invoque alors toutes sortes d'arguments pour étayer ses thèses, qu'ils soient ou non en accord avec certains aspects plus fondamentaux de sa façon de penser. Il lui arrive ainsi de placer un argument humaniste à côté d'un autre très répressif, pourvu que tous deux mènent au même résultat pratique. Il semble adopter cette stratégie pour maximaliser ses chances de se concilier les grâces d'un auditoire aux opinions divergentes. Les arguments contre la peine de mort illustrent bien cette tactique de faire feu de tout bois pour faire passer une réforme humaniste. Si l'on fait une interprétation littérale de ce texte, on ne réussit pas à savoir de quel côté l'auteur se situe.

La réception et la signification socio-politique de l'œuvre

[Retour à la table des matières](#)

Beccaria écrit à une époque où la violence physique est encore valorisée en tant que forme de résolution des conflits, d'éducation et d'expression des sentiments (Garnot, 1990 : 71-76). Cette valorisation de la violence est actualisée, tant dans les pratiques sociales que dans les discours religieux, philosophique et juridique : on considère alors que ces méthodes peuvent contribuer à la construction d'une société juste et heureuse. Durkheim (1902 : 156) écrit que, encore en plein XVIIIe siècle, le fouet reste l'instrument de correction préféré dans les écoles. Si les écoliers étaient traités au fouet, selon Graven (1948 : 111), « en France, les faux-monnayeurs étaient ordinairement bouillis vifs, après avoir eu les yeux crevés et la main droite amputée ». En mars 1757, seulement quelques années avant la publication du petit livre de Beccaria, eut lieu le supplice

de Damiens. Il s'agissait d'« un valet de chambre exalté qui, sans intention de tuer le Roi, avait frappé Louis XV d'un coup de canif, lui causant une blessure insignifiante et qui fut condamné à mort [...] » (Tulkens et van de Kerchove, 1993 : 62). « À la place de Grève, sur un échafaud, il est alors tenaillé aux mamelles, bras, cuisses et gras des jambes ; sa main droite est brûlée de feu de soufre et on jette, sur les endroits où il sera tenaillé, du plomb fondu, de l'huile bouillante, de la poix résine brûlante, de la cire et soufre fondus ensemble et ensuite son corps sera tiré et démembré par quatre chevaux, etc. » (Foucault, 1975 : 9).

Mais c'est également à partir de cette période que la visibilité de la violence étatique commença à provoquer des vagues de sentiments d'indignation dans les couches inférieures de la société, ces couches qui sont à la fois spectatrices et victimes (Foucault, 1975 : 63 ; Rusche et Kirchheimer, 1939 : 72). Cette indignation populaire trouve aussi écho auprès de certains intellectuels, juristes, etc., ce qui atteste peut-être d'une émergence des sentiments humanistes en général. De plus, elle suscite l'inquiétude auprès de certains personnages politiques. Pour ceux-ci, il s'agissait alors moins d'humaniser que d'enrayer cette solidarité menaçante de toute une partie de la population, à l'égard de ces « petits délinquants » devenus à ses yeux victimes de la justice royale (Foucault, 1975 : 66). Quoi qu'il en soit, on peut bien comprendre que, face à ces pratiques de la justice et dans le cadre de ce mouvement de réforme qui revendique alors « la nécessité d'un châtiment sans supplice » (Foucault, 1975 : 76 ; c'est moi qui souligne), le thème de l'humanité apparaisse au premier plan comme « un cri du coeur ou de la nature indignée » (ibid.), voire d'une nouvelle raison qui se représente elle-même comme non vengeresse.

Des délits et des peines produit alors « bruit et applaudissements » (Hélie, 1856 : ii) et joue le rôle de déclencheur, sur le plan du savoir, de ce mouvement de réforme qui évoque l'humanisme dont il faudra encore évaluer la portée et les limites. Bruit, parce que la réception de l'ouvrage de Beccaria ne pouvait pas être totalement positive. Hélie (1856 : xiii), se référant à des juristes plus conservateurs, écrit qu'ils « jetèrent un cri d'alarme ». D'autant plus que le nouveau venu était complètement étranger au savoir juridique et à la pratique du droit : ce livre, « au lieu de répandre quelque jour sur la matière des crimes et sur la manière dont ils doivent être punis, tend au contraire à établir un système des plus dange-

reux et des idées nouvelles qui, si elles étaient adoptées, n'iraient à rien moins qu'à renverser les lois reçues jusqu'ici par les nations les plus policées » (Jousse, 1770, cité par Hélie, *ibid.*). Muyart de Vouglans a réfuté successivement Beccaria et Montesquieu (Derathé, 1966 : 85). Juriste et avocat sérieux mais conservateur, il juge que la sévérité des peines trouve sa pleine justification dans sa fonction d'exemple, peut-être cruel, mais salubre (Derathé, 1966 : 85-86). Se situant « parmi les apologistes les plus ardents de l'Ordonnance de 1670 » (Esmein, 1882 : 372), Muyart de Vouglans avait appris à défendre tout le système pénal français du XVIIIe siècle sous l'Ancien Régime et voyait les propositions de Beccaria comme utopiques et dangereuses. Il partageait avec Beccaria l'idée que le principal objectif de la peine devait être la dissuasion, mais, à son avis, « le véritable esprit de la Jurisprudence criminelle doit tendre, en général, plutôt à la rigueur qu'à l'indulgence » (Muyart de Vouglans, 1785 : 22-23).

Applaudissement aussi, parce qu'il a parlé « au moment même où sa parole pouvait trouver de sympathiques échos » (Hélie, 1856 : xv), tout au moins à certains égards. d'Alembert écrit le 9 juillet 1765, un an après l'apparition *Des délits et des peines* en Italie : « Ce livre, bien que de format petit, suffit à assurer un nom immortel à son auteur. Quelle philosophie ! Quelle vérité ! Quelle logique ! Quelle précision et en même temps quelle humanité dans son oeuvre ! » (cité par Graven, 1948 : 117-118). Voltaire (1766 : 277), dans ses *Commentaires sur le livre Des délits et des peines*, lui emboîte le pas : cet ouvrage « est en morale ce que sont en médecine le peu de remèdes dont nos maux pourraient être soulagés ». Et il ajoute : « L'auteur humain des *Délits et des peines* n'a que trop raison de se plaindre que la punition soit trop souvent au-dessus du crime [...] Les supplices recherchés [par la justice pénale] [...] semblent plutôt inventés par la tyrannie que par la justice » (Voltaire, 1766 : 280). L'abbé André Morellet, traducteur de l'édition française de 1766, écrivait dans sa préface : « un livre où l'on plaide la cause de l'humanité, une fois devenu public, appartient au monde et à toutes les nations ». Au siècle suivant, dans l'introduction à l'édition française de 1856, le juriste Faustin Hélie notait que « l'histoire a considéré cette publication comme un événement » (p. ii). Même les juristes qui n'ont pas tenté d'apprécier en profondeur la pensée de Beccaria, dit Faustin Hélie, en sont venus à considérer cet ouvrage « comme l'instrument puissant qui a détruit les vieilles législations » et « comme la première pierre de l'édifice de la législation nou-

velle » (ibid. : iii). Ce point de vue traverse aussi notre siècle : « cet opuscule, d'apparence anodine, contenait la charge d'explosif qui devait faire sauter tout le système du vieux droit criminel et le désintégrer » (Graven, 1948 : 117).

Cette perception, sans doute un peu exagérée et optimiste, n'est cependant pas complètement erronée. Elle est exagérée en ce qu'elle attribue trop à Beccaria ; elle est optimiste, en ce que l'ancien système a laissé des traces encore profondes ; mais elle reflète aussi l'apport de ce petit livre à la mise en place d'un système plus détaché de la violence physique et de l'arbitraire du pouvoir. Cependant, en considérant cet ouvrage sous le seul angle positif, on perd de vue qu'il renfermerait une nouvelle théorie de la pénalité, avec le « regard rivé » sur la justice pénale³, la peine *criminelle* et l'obligation de punir. Faustin Hélie (1856 : lxxix) s'est rendu compte de la « prétendue indulgence » de cette théorie de Beccaria : « loin d'affaiblir la justice répressive, il indique le vrai moyen de la fortifier ». Selon Hélie, il nous enseigne que la justice (pénale) est forte « non quand elle frappe au hasard quelques coupables, mais quand elle atteint tous les coupables, non quand elle châtie avec colère quelques délits, mais quand elle enveloppe et saisit tous les délits, sans qu'aucun, quelque petit qu'il soit, puisse échapper à sa vue » (ibid.).

Par ailleurs, il paraît clair que l'humanisme de Beccaria, en dépit de sa redoutable théorie de la peine, s'est toutefois perpétué au-delà de son époque. Il a d'abord été, à ma connaissance, l'un des rares penseurs en matière pénale à avoir été qualifié emphatiquement d'humaniste par un public large et diversifié au cours des XVIII^e et XIX^e siècles. Kant, le défenseur de la dignité humaine, n'a pas eu, et n'aurait pas mérité, cet honneur en matière pénale. Il reproche même à Beccaria, avec mépris, d'avoir « un sentiment d'humanité affecté » (Kant, 1797a : 217). Bentham (1840, 1 : 77), faisant peut-être là une allusion à Beccaria, critique « le langage des orateurs sentimentaux » qui rejetteraient une peine, sous le seul prétexte qu'elle serait « tyrannique et cruelle ». Or, dit-il, « si la répugnance d'un cœur sensible est une objection suffisante contre une loi pénale, il faut anéantir le code pénal » (ibid.). Le sentiment est une excuse valable pour examiner une loi, mais c'est la raison qui, suivant le

³ Je paraphrase ici certains propos de Casamayor extraits de sa préface au livre de Beccaria (1764c : 7).

critère d'utilité majeure, doit être l'arbitre. Ferri (1905), le plus critique des représentants de l'école positive italienne en raison de son allégeance socialiste, considère que Beccaria, Howard et leurs « disciples » ont eu une « réaction généreuse contre les horreurs » du Moyen Age, mais que ces protestations « furent portées par le flot du sentiment humanitaire jusqu'à de véritables exagérations » (ibid. : 6). Le but, poursuit-il, de diminuer les peines « qui étaient incompatibles avec le sens moral des peuples modernes », a déjà été atteint (ibid. : 6-7). « Il est donc temps que ce sentiment humanitaire de notre époque qui, jusqu'à présent, s'égarait souvent pour témoigner une sollicitude excessive aux délinquants, ou même pour protéger les animaux avec une sensiblerie déraisonnable, rentre dans la grande route de la justice et de la vérité » (ibid. : 7) ⁴.

Que cela puisse servir d'avertissement : de l'éloge kantien de la dignité humaine à la pensée socialiste en passant par le radicalisme de Bentham, personne ne semble entièrement à l'abri de l'emprise de la rationalité pénale moderne : on a souvent l'impression, en lisant les textes philosophiques et juridiques du XVIIIe et du XIXe siècle, que l'humanisme naît et meurt avec Beccaria, ou encore qu'il ne dure que le temps nécessaire à nous convaincre que l'Ancien Régime n'est plus avec nous. Rappelons à cet égard la boutade de Bentham (1791 : 24) : « bon et mauvais sont des termes de comparaison » ; une chose « peut être bonne en comparaison de ce qu'elle a été, quoiqu'elle soit mauvaise en comparaison de ce qu'elle peut devenir ».

⁴ Voir dans cet ouvrage le chapitre de Françoise Digneffe sur l'école positive italienne.

La formation de la rationalité pénale moderne

[Retour à la table des matières](#)

Nous avons vu ⁵ que *Des délits et des peines* caractérise bien le temps fort de la naissance de la rationalité pénale moderne. C'est dans cette oeuvre que se trouvent rassemblés, pour la première fois ou du moins de la façon la plus visible et marquante, une série de fils conducteurs et d'attributs qui vont déterminer les grandes lignes de la rationalité pénale moderne, comme sous-système de pensée autonome et engagé dans un processus de différenciation vis-à-vis des autres branches du droit. Ce système de pensée se trouve figuré dans la *théorie de la peine criminelle* de Beccaria.

De façon sans doute un peu trop schématique, mais néanmoins suffisante pour une première approximation, je dirais que cette théorie de Beccaria a réuni : a) une représentation « verticale » du droit pénal (comme un système complet de règles prohibitives, sanctionnatrices et de procédures refermé sur lui-même et cherchant à se différencier des autres sous-systèmes juridiques) ; b) une conceptualisation stricte du châtime et un but de la peine qui, d'une part, exclut la réparation positive et une série d'autres mesures et qui, d'autre part, renforce la conviction dans l'obligation de punir ; c) un souci de protection des individus par des règles constitutionnelles et de procédure, aussi bien que par certains principes philosophico-juridiques (comme celui de la proportionnalité).

En effet, dans sa théorie de la peine, Beccaria a pensé le pénal comme un domaine de régulation juridique *qui était et devrait rester profondément distinct* des autres formes juridiques. Ce système serait régi par une philosophie, des buts, des principes, des lois et des sanctions qui lui seraient propres et dont la cohérence interne devrait être maintenue à tout prix sous la forme d'une différenciation, voire d'un contraste, avec la jus-

⁵ Voir le premier chapitre dans cet ouvrage.

tice civile (et les autres branches du droit). Cette démarche a quatre implications majeures qui font de Beccaria un artisan de la rationalité pénale moderne.

D'abord, il décroche le pénal autant de la moralité en général, ce qui avait déjà été accompli en partie avant lui, que du *juridique en général*. Il sépare alors l'immoralité de l'illicite juridique (« anti-juridicité ») et, surtout, à l'intérieur des actions anti-juridiques, l'illicite criminel de l'illicite civil. Entre ces deux illicites se constituera la zone grise des illicites administratifs qui fera l'objet de plusieurs appellations tâtonnantes (« délits conventionnels », « délits politiques », etc.). Si la ligne de démarcation théorique et pratique entre ce qui devrait appartenir à un système juridique ou à l'autre est fragile, flottante ou insuffisamment marquée, la nouvelle conviction conceptuelle selon laquelle il existerait deux ou trois « mondes juridiques » - l'un du droit civil (et privé), l'autre du droit administratif (et public) et l'autre encore du droit criminel (et public) - ne l'est plus. Le droit criminel, tout particulièrement, prend la forme d'une justice judiciaire qui s'impose d'en haut selon la volonté de l'État, qui se présente comme la « propriétaire » et la bénéficiaire du litige (Christie, 1977), définissant sa mission autour de l'obligation de punir plutôt que de l'*autorisation* d'intervenir et de punir (Del Vecchio, 1955 : 139).

Ensuite, cette « fracture conceptuelle »⁶ entre le civil et le pénal devient explicite et on mettra en place des procédés pour la normaliser. Par ailleurs, comme elle est marquée par un insuccès perpétuel, certains penseurs vont quand même la déconstruire pour dénoncer son absurdité, même s'ils finissent souvent par la reconstruire pour réaffirmer sa raison d'être⁷. Très rares et très peu écoutés seront ceux ou celles qui ne suivront pas l'un ou l'autre de ces deux parcours⁸. Beccaria inaugure alors un nouveau style d'approche du droit pénal, qui consiste à conserver à tout prix le contraste avec le droit civil, pour qu'il ne soit pas « contaminé » par le droit privé. Le souci des pénalistes consistera alors, comme le dira Arnaud (1975 : 100-101), à « chercher la punition des coupables la plus adéquate » et la justifier « les civilistes, pour leur part, [auront] pour mission d'assurer la réparation du dommage causé » (ibid.). Et le plus

⁶ J'emprunte ce terme à Jean Cavaillès (cité par Canguilhem, 1988 : 24).

⁷ Je pense ici, entre autres, à Jhering (1877).

⁸ Spencer (1850) en constitue un exemple pour le XIXe siècle (voir Pires, 1994).

souvent on hésitera à considérer le dédommagement ou la solution négociée du conflit comme une solution suffisante en droit criminel.

La troisième implication est que, dans le cadre de ce processus de différenciation visant à construire un système centré sur l'obligation de punir, la théorie de la peine de Beccaria contribue à encapsuler, dans le droit pénal, l'objectif général du droit tout entier : la protection de l'ordre, la sécurité sociale de tout un chacun et la pacification des rapports sociaux⁹. Bien entendu, le droit pénal est mal équipé et mal conçu pour se conformer à cet objectif de pacification, mais il prétend être en mesure de l'atteindre même s'il conserve, dans ses règles de procédure comme dans le discours des théories de la peine, un esprit belliqueux. C'est que Beccaria laisse entendre, dans sa théorie de la peine criminelle, que la dissuasion et l'obligation de punir sont les seuls moyens légitimes et efficaces pour atteindre la « vie bonne » ou la sécurité de tout un chacun. À ses yeux, l'impunité pénale, c'est-à-dire le fait de ne pas recevoir une peine criminelle, crée un risque pour la protection de la société. Beccaria met alors en avant une conception déproblématisée et hypervalorisante du droit criminel. Le savoir pénal va ainsi renverser une perception répandue dans la pratique professionnelle du droit en général. En effet, le droit criminel est souvent dévalorisé dans le milieu des juristes : le pénaliste est l'avocat affecté aux affaires de police, et consigné aux problèmes sans issue des gens sans foi ni loi ; le droit fiscal et le droit administratif, le droit du travail, le droit civil et commercial, le droit constitutionnel, etc., voilà ce qui constituait la partie « noble » du droit. Par contre, avec l'absorption de l'objectif du droit tout entier, le pénaliste prend sa revanche sur le plan du discours savant : c'est ce droit qui « protège les valeurs fondamentales de la société », qui « assure les conditions essentielles de vie en société », qui exprime « les états forts et définis de la conscience collective », qui « protège la société » et j'en passe. Les autres formes d'organisation du droit ne porteraient que sur des « questions connexes », non essentielles, relatives aux relations de travail, à la famille, à la propriété, à la santé, à l'environnement, à la vie, aux droits politiques, aux relations internationales, etc. (Pires, 1991 : 70-71).

La dernière implication est que cette appropriation des objectifs généraux du droit amène Beccaria à représenter ce sous-système comme ayant

⁹ Voir à cet égard les remarques de Bruno (1956, 1 : 16).

deux facettes qu'il faut à tout prix concilier : il doit, certes, protéger la société contre les atteintes individuelles, mais il doit, en même temps, protéger la liberté des individus contre les abus du pouvoir ; c'est-à-dire contre le caractère arbitraire et despotique de l'État ou de la justice pénale elle-même. De façon encore plus subtile, Beccaria veut même trouver un moyen de prémunir les individus d'une confiance exagérée dans la sévérité des peines. Car celle-ci est naïve, injuste et dangereuse. Elle est d'abord naïve, « la tendance des hommes est manifestement d'aimer les lois sévères, quoique des lois modérées soient plus conformes à leur intérêt, puisqu'ils y sont soumis eux-mêmes » (Beccaria, 1764a, §34 : 65). En plus, « les pratiques absurdes de la législation sont souvent le produit de la crainte, source principale des contradictions humaines » (ibid., §13 :25). Elle est ensuite injuste : car « les peines sont d'autant plus justes que la sûreté est plus sacrée et inviolable, et plus grande la liberté que le souverain laisse à ses sujets » (ibid., §2 : 9). Or, les lois « n'ont été le plus souvent que l'instrument des passions d'un petit nombre » (ibid., Int. : 7). Enfin, elle est dangereuse, parce qu'elle engendre la spirale de la violence, transforme la peine en une absurdité ou en contre-exemple et crée, chez le peuple, un effet d'accoutumance. En effet, « les pays et les époques où l'on infligeait les supplices les plus atroces ont toujours été ceux où se commettaient les actions les plus sanglantes et les plus monstrueuses, car l'esprit féroce qui guidait la main du législateur conduisait aussi celle du parricide et de l'assassin » (ibid., §27 : 46). Le contre-exemple et l'absurdité de la peine sévère sont illustrés par la peine de mort : elle « est nuisible par l'exemple de cruauté qu'elle donne » et il lui « paraît absurde que les lois, qui sont l'expression de la volonté générale, qui réprouvent et punissent l'homicide, en commettent elles-mêmes et, pour détourner les citoyens de l'assassinat, ordonnent l'assassinat public » (ibid., §28 : 52). Inutile aussi de vouloir résoudre les problèmes sociaux en augmentant les peines : « à mesure que les supplices deviennent plus cruels, les âmes s'endurcissent [...], et, [...] après cent ans de cruautés, elles ne s'effraient pas plus de la roue qu'autrefois de la prison » (ibid., §27 : 46).

Cette dernière implication introduit une tension majeure dans le droit pénal moderne. On voit apparaître une sorte de double fonction souvent contradictoire : celle de punir pour défendre la société et celle de limiter le pouvoir de punir pour protéger les individus contre les abus de la réaction étatique. La contradiction entre ces fonctions ne vient pas du fait qu'elles sont opposées l'une à l'autre. Car ce problème du partage du bien

et du sien concerne le droit tout entier. La difficulté, voire la contradiction, provient plutôt du fait qu'on a amputé le droit pénal ; on l'a dépouillé des ressources qu'ont les autres branches du droit : on l'oblige à punir au sens fort. À quoi bon alors introduire le principe de la dernière instance, s'il ne peut pas le rendre opérationnel ? À quoi sert de dire que la sanction la plus juste est celle qui conserve la plus grande part de liberté à ses sujets, si on prive le droit pénal de la possibilité de préserver ladite part requise de liberté ? C'est ce dilemme, cette contradiction, qui va affliger la rationalité pénale moderne et la contraindre à se rabattre, en désespoir de cause, sur les théories utilitaristes et rétributives afin d'y trouver une forme d'auto-justification. En effet, élagué des moyens adéquats, le droit pénal moderne ne sera plus en mesure d'exercer convenablement l'une de ses fonctions majeures et sera constamment en quête d'une sorte d'« équilibre-déséquilibré » entre l'individu et le pouvoir. D'où son penchant irrésistible pour la protection de la société via la répression. Chez Beccaria, ce dilemme revêt une dimension aiguë et inusitée qui l'amène à déraiper à gauche et à droite, dans un effort herculéen, digne de l'admiration qu'il a reçue, pour concilier le diable avec la Croix. D'autant plus qu'il rejette sans ménagement la métaphore de la guerre que l'on trouve chez Rousseau ¹⁰. Hélas, sa théorie de la dissuasion va l'emporter.

Les points de vue de la dignité humaine et de l'utilité chez Beccaria

[Retour à la table des matières](#)

La philosophie politique et juridique de Beccaria me semble animée d'une double préoccupation : le respect de la dignité humaine et la recherche de la vie bonne.

¹⁰ On observe ce rejet dans le passage de Beccaria (1965, §38 : 48) sur la peine de mort. Pour Rousseau, cette peine est acceptable comme expression d'un état de guerre ; pour Beccaria, au contraire, « la peine de mort n'est donc pas un droit, [...] mais une guerre de la nation contre un citoyen qu'elle juge nécessaire et utile de supprimer » (*ibid.*) et, pour cette raison même, elle est tyrannique et doit être abolie.

Selon lui, toutes les grandes sources de nos principes moraux - la révélation, la loi naturelle et les conventions humaines - ont un même but : nous conduire « au bonheur de cette vie terrestre » (Beccaria, 1764a : 4). C'est le point de vue de l'utilité (au sens large). Beccaria se propose alors d'examiner les lois humaines pour voir ce que les individus en ont fait. Il veut savoir si ces lois permettent d'accéder à ce but. Il est en fait convaincu du contraire : « ouvrons l'histoire, et nous verrons que les lois, qui sont ou devraient être des pactes conclus entre des hommes libres, n'ont été le plus souvent que l'instrument des passions d'un petit nombre [...] » (ibid. : 7). Il a alors un regard critique sur les lois de son époque. Tout se passe comme s'il se posait la question suivante : nos lois sont-elles assez bonnes pour nous aider à réaliser sur terre une vie chaque fois meilleure ?

Beccaria dénonce l'écart existant « entre les lois telles qu'elles sont et les lois telles qu'elles devraient être » (Shackleton, 1972 : 360). Selon lui, il faut examiner les lois politiques pour voir si elles sont effectivement nécessaires en vue de cet *intérêt général* (la vie bonne). Mais il faut aussi voir dans quelle mesure elles respectent la dignité humaine et la liberté des individus. Or, la liberté politique de l'individu est pour Beccaria, comme pour beaucoup d'autres à son époque, une valeur qu'il faut préserver au mieux contre les abus des autres individus et des autorités (les « passions d'un petit nombre »). Il voit une sorte d'opposition entre liberté et sécurité. Les lois donnent, ou peuvent donner, la sécurité, mais réduisent la part de liberté. Dès lors, on ne doit créer que des lois vraiment nécessaires. Car, plus on fait de lois, plus on empiéterait sur la liberté individuelle. De même, la sanction doit être la moins sévère possible pour ne pas usurper la liberté des individus ou mettre leur sécurité en cause. Ainsi, le point de vue de l'utilité doit s'harmoniser avec celui de la dignité et de la liberté. Chez Beccaria, la recherche d'une vie bonne correspond à l'intérêt général. Par conséquent, un observateur impartial, qui ne considère pas uniquement ses propres intérêts, chercherait à atteindre ce but en agissant selon le principe suivant : « *le maximum de bonheur réparti sur le plus grand nombre* » (« *la massima felicità divisa nel maggior numero* ») (Beccaria, 1984, Int. : 23 ; ma traduction) ¹¹. Cette formule, et d'au-

¹¹ La formule employée par Beccaria revient à F. Hutcheson, dans un ouvrage original de 1725. Il écrit : *action is best, wich procures the greatest happiness for the greatest numbers (An Inquiry into the original of our Ideas of Beauty and Virtue,*

tres formulations voisines mais non identiques, ont été appelées le « principe de l'utilité », le « principe du maximum de bonheur » (*greatest happiness principle*) ou encore le « principe du bonheur public ». Je ne discuterai pas ici de ce principe, mais je tiens toutefois à attirer l'attention sur une ambiguïté, déjà signalée par Shackleton (1972 : 359-360), car elle est très importante dans le cadre de la rationalité pénale.

L'ambiguïté provient du fait qu'au départ, chez Francis Hutcheson, ce principe (« *the greatest happiness of the greatest numbers* ») voulait dire que *la meilleure action* est celle qui *procure* « le maximum de bonheur au plus grand nombre possible de personnes » et non « le maximum de bonheur pour la majorité ». Dans la formulation de Beccaria, comme le note Shackleton (*ibid.*), l'idée de maximaliser les deux pôles de la question, la somme du bonheur et le nombre de personnes qui en jouissent, est perdue. En effet, Beccaria utilise l'adjectif comparatif « *maggiore* » (« le plus grand ») avec le substantif « nombre », au lieu d'employer le superlatif « *massimo* » (« le maximum de personnes » ou encore « le plus grand nombre possible ») (*ibid.*). Or, dans le cadre de la rationalité pénale, cette ambiguïté aura des conséquences d'autant plus graves que l'on tendra à opposer la « majorité abstraite » à la « minorité [supposée] des déviants », voire aux intérêts de la victime. Cette opposition se fait aussi à travers les catégories « public » et « privé ». Ce principe sera alors mis en oeuvre de manière à renforcer ces dichotomies plutôt que les atténuer. Si l'on considère que la meilleure action est celle qui procure le maximum de bonheur au maximum de personnes, on est poussé à chercher d'abord la meilleure action pour les deux parties en litige et à voir dans quelle mesure elle ne serait pas également la meilleure solution pour tout le monde ou pour le plus grand nombre possible. Il devient peut-être plus difficile de tirer la couverture à la majorité (ou au domaine du public). Dans le cadre de la doctrine de la sévérité maximale et de l'utilitarisme pénal classique, ce genre de raisonnement prématuré est facilité par la théorie de la dissuasion. En effet, celle-ci oppose, en principe, la majorité au déviant et à la victime puis postule que la punition est une mesure né-

Londres, 1726, III, pp. 177-78, cité par Firpo dans Beccaria, 1764b : 23). Par ailleurs, c'est le nom de Bentham qui sera le plus souvent associé à ce principe (Shackleton, 1972 : 353). Pour une réflexion historique, se reporter à cette dernière étude.

cessaire au bien commun. Or, comment Beccaria s'est-il placé face à cette opposition entre majorité/minorité ou entre public/privé ?

Pour bien comprendre Beccaria et certaines contradictions de sa pensée, il faut distinguer entre ses « idées générales » et sa « théorie de la peine ». En effet, certaines de ses idées n'ont pas de lien avec sa théorie ou n'entretiennent avec elle que des rapports erratiques. Ainsi, Beccaria se rend compte que les autorités ont tendance à présenter l'intérêt général comme étant opposé à l'intérêt des parties, alors que ceci n'est pas nécessairement le cas. Cette (fausse) opposition sert à justifier certaines lois et ses peines. En effet, dit-il, « c'est avoir [...] une fausse idée de l'utilité que de sacrifier les choses [telles qu'elles se passent en réalité] aux mots en séparant le bien général des intérêts particuliers » (Beccaria, 1965, §40 : 73). Bref, pour lui le bonheur public n'est pas distinct de l'intérêt des parties. Et la justice consiste à « maintenir l'union des intérêts particuliers » (ibid., §2 : 10). Cependant, dans sa théorie de la peine, Beccaria oppose, par principe, l'intérêt des parties à l'intérêt public. Il dira alors que le pardon de la victime est en opposition avec la protection de la société, que le simple dédommagement à la victime ne répond pas à l'intérêt public, etc.

Sur le plan des idées générales, Beccaria est également conscient que la recherche du bonheur public peut mettre en cause la dignité des individus, même si elle doit pourtant la respecter. Dès lors, pour lui, il n'est pas suffisant de prouver que les lois sont utiles au public, puisqu'elles peuvent, malgré cela, aller à l'encontre de la dignité. Dans un passage mal situé dans son ouvrage, Beccaria énonce un principe de portée générale qui est capital pour la compréhension de sa pensée : « Il n'y a plus de liberté dès lors que les lois permettent qu'en certaines circonstances l'homme cesse d'être une personne pour devenir une chose » (ibid., §25 : 43). Il dira aussi que « même si un châtement produit d'heureux effets, il n'est pas forcément juste pour autant, car, pour être juste, il doit être nécessaire » (ibid., §25 : 43). « Nécessaire » signifie ici « absolument nécessaire », c'est-à-dire qu'il n'existe pas, dans un cas concret, d'autre méthode plus respectueuse de la liberté pour résoudre le litige en question. En outre, Beccaria écrit encore que c'est une fausse idée de l'utilité que de vouloir dire à la raison « sois esclave ! » (ibid., §40 : 73). Non seulement la raison ne doit pas être l'esclave de l'utilité, mais on ne doit pas non plus supposer que cette dernière puisse « commander aux sentiments » ; au mieux peut-elle les stimuler (ibid.). D'ailleurs, comme nous le verrons, sa

conception du contrat social sert aussi de limite à l'utilité. Mais ces idées générales entrent également en conflit avec sa théorie de la peine. Par exemple, dans le cas d'un larcin, il aurait dû accepter le pardon de la victime, une forme de négociation entre les parties ou encore le dédommagement (avec ou sans intérêt punitif). Or, sa théorie de la dissuasion exige toujours, au contraire, la *certitude* de la punition.

Toujours sur le plan des idées générales, on peut dire que la liberté, la dignité de la personne et l'intérêt des parties (en tant qu'expression de la justice) sont des priorités pour Beccaria ou, mieux encore, les principes *régulateurs* de la recherche du bonheur. En ce sens, (de plus grand bonheur possible pour le plus grand nombre possible » indique le but à atteindre ; le respect de la liberté, de la dignité de la personne et de l'intérêt des parties sont des critères pour évaluer les moyens légitimes de réaliser ce but. Ces aspects de la pensée de Beccaria l'éloignent à la fois de sa propre théorie de la peine et de la perspective de Bentham.

On trouve ainsi, chez Beccaria, un discours axé sur la *dignité humaine* qui laisserait transparaître, comme l'a bien signalé Hart (1982), l'influence de la tradition jusnaturaliste. Ce discours va tempérer son utilitarisme et lui donner une orientation éthique assez particulière. En effet, on peut dire que Beccaria n'isole pas partout le « règne du calcul » du « règne des droits fondamentaux », tandis que Bentham va le faire. Braive (1987 : 11) note que Bentham est parfois considéré comme le père de l'utilitarisme moderne. À son avis, ceci « est à la fois lui rendre justice et lui faire trop d'honneur », car le grand nom de Beccaria l'a précédé, tandis que Bentham s'inscrit dans un mouvement d'idées qui se propage aux XVIII^e et XIX^e siècles. Certes, Braive a raison, mais si cette remarque peut à certains égards paraître injuste à l'endroit de Beccaria, à d'autres elle ne l'est pas : car Beccaria n'a jamais été un utilitariste *pur* ; Bentham en est le prototype.

Aux yeux de Bentham, les propositions de Beccaria sur la dignité humaine créent une confusion entre une attitude vraiment rationnelle et une mauvaise métaphysique (Hart, 1982). Selon lui, il ne faut se laisser guider que par un raisonnement utilitariste : « il faut n'admettre aucune exception » (Bentham, 1969a. : 9). Il tend à présupposer que, d'un point de vue psychologique, la nature a placé l'individu « sous l'empire du *plaisir* et de la *douleur* » (ibid.). Ainsi, lorsqu'il évoque des thèmes clés comme

l'esclavage, les droits des femmes (au vote, mais aussi à participer aux jurys, à exercer des fonctions publiques, etc.) et la peine de mort, son raisonnement relève du calcul utilitariste concernant le bien public, sans tenir compte d'un quelconque « droit » issu d'une conception de la moralité, du droit naturel ou du contrat social ¹². Mieux encore : la dignité humaine et la valeur de l'individu étaient des principes essentiels pour Beccaria, alors qu'ils ne le sont pas du tout pour Bentham (Hart, 1982 : 50). Ainsi, si Bentham (1840, 1, 14C : 231-258) s'insurge (en général) contre la peine de mort, c'est parce qu'il la considère comme inutile, et comme une méprise des législateurs (p. 252) tandis que, pour Beccaria, elle est tout à la fois inutile, absurde et illégitime (contraire au contrat social).

La théorie du contrat social comme fondement et limite du droit de punir

[Retour à la table des matières](#)

Quand Beccaria publie son livre, l'État dispose déjà d'un large éventail de justifications religieuses, politiques et morales concernant son droit de créer des lois et de se donner des moyens pour les faire respecter. La punition est l'un de ceux-ci : c'est une pratique déjà ancienne, qui s'exerce partout dans la société : dans l'église, dans la famille, dans les lieux d'apprentissage, etc. Et comme les gouvernements octroient aussi des peines, les discours justifiant ces pratiques ne manquent pas. Pour justifier l'intervention du droit, on évoquera par exemple :

¹² Voir et comparer à cet égard les remarques de Hart (1982 : 50) et de Ball (1980). Il y a eu un débat visant à définir la position philosophique et politique de Bentham à l'égard des droits des femmes. Certains auteurs comme Elie Halévy (1901), Miriam Williford (1975) et Lea Boralevi (1980) affirment que Bentham est féministe. Je partage plutôt l'opinion de Terence Ball (1980) qui soutient qu'il s'agit d'un gros malentendu et que non seulement Bentham n'est pas un féministe, mais qu'il n'a pas non plus contribué à la lutte politique pour améliorer la condition des femmes.

- a) soit l'obligation de rétablir l'ordre par l'expiation du mal par le mal ;
- b) soit un souci de correction de l'individu ;
- c) soit la nécessité de l'exemple du châtement ou de l'intimidation pour protéger la société ;
- d) soit encore l'idée de faire justice, surtout à travers une sorte de réparation positive ou de pacification entre les parties, la punition étant une mesure de dernière instance.

Certes, cette dernière justification est beaucoup moins répandue en matière pénale à l'époque, et on tentera de l'exclure. Quant aux trois premières, elles ont tendance à se présenter sous forme de deux grandes perspectives philosophiques : i) le point de vue rétributiviste pénal qui soutient l'obligation de rétablir l'ordre en faisant payer le mal par le mal ; ii) et le point de vue utilitariste pénal qui renferme les buts de la correction et de la dissuasion. Au XVIII^e siècle, la théorie utilitariste de la peine donnera la primauté à la dissuasion comme moyen de défense de la société.

Pour le rétributivisme pénal, le fondement du droit de punir réside dans le fait que la Justice requiert que la personne soit châtiée en conformité avec sa faute, pour la simple raison qu'elle a décidé librement de désobéir à la loi. Le châtement est alors la seule façon d'effacer la faute et de donner satisfaction à Dieu, à la morale ou au Droit. En outre, on doit châtier le coupable, même si la punition ne sert ni à amender ni à dissuader personne. Le fondement du droit de punir est alors la simple obligation de rétablir le respect de la loi par la souffrance du coupable en conformité avec sa faute, aucune autre méthode n'étant appropriée pour payer le prix du désordre.

Pour les utilitaristes en général, à l'origine du fondement du droit de punir se trouve l'idée de sécurité des individus ou du groupe. Leur raisonnement est le suivant. Avant la formation des sociétés, dans l'état de nature, le droit de punir appartient à chaque individu. C'est lui qui doit se protéger ou se venger par la force des injures dont lui-même fait l'objet. Le droit naturel lui donne un droit de défense, voire de vengeance. Or,

quand les individus s'unissent en société, le droit que chaque particulier avait originellement est passé au souverain. Ce dernier doit alors pourvoir à la sécurité de ses sujets. Le droit de punir détenu par le souverain se calque donc sur le droit (naturel) de punir des individus. Au sein de la société, certaines offenses aux particuliers deviennent des atteintes à la loi (pénale) du souverain. Dès lors, le droit de punir se fonde tant sur la nécessité de protéger de façon efficace la majorité des individus que sur celle de faire respecter la loi. À partir d'ici, il y a une bifurcation entre les utilitaristes. La doctrine de la sévérité maximale, par exemple, ne limite pas le droit de punir du Souverain par le droit naturel : le Prince doit rester libre de modifier la loi et trouver un moyen efficace de défendre la société. La peine sévère, voire excessive, n'est pas pour autant une peine injuste ; il suffit que l'autorité considère qu'elle est nécessaire pour protéger le groupe. D'autres, comme Locke (1690 : 176-178), estiment que, dans l'état de nature, les individus n'ont le droit d'infliger que des peines proportionnées aux fautes, qui soient toutefois suffisantes pour inspirer la crainte, donnant ainsi l'exemple aux autres et impressionnant le coupable. Par conséquent, ils ne peuvent que transférer au souverain ce droit que la loi naturelle leur donne. On trouve alors dans cette variante utilitariste l'idée de la nécessité d'une certaine proportion entre la faute et la peine (qui inclut néanmoins le but de dissuasion). Bref, le fondement du droit de punir consiste dans la nécessité de protéger la société par l'exemple. Dans la meilleure des hypothèses, cette utilité est limitée par la notion (lâche) de proportionnalité.

Or, aussi curieux que cela puisse paraître, Beccaria n'opte pour aucune de ces deux manières de fonder le droit de punir. Certes, sa théorie de la peine est une théorie utilitariste de la dissuasion et, en ce sens, elle porte en elle - que Beccaria le veuille ou non - le deuxième fondement. Mais Beccaria va la juxter d'un autre fondement du droit de punir, sans pour autant tenter d'y adapter sa théorie.

L'origine des lois et des peines (ou des sanctions)

[Retour à la table des matières](#)

On peut faire apparaître les grandes lignes de la philosophie politique et juridique de Beccaria en posant les deux questions suivantes : « pourquoi avons-nous besoin de gouvernement, de lois et de sanctions légales ? » et « comment peut-on distinguer le droit légitime de punir du simple pouvoir légal de punir ? ». Nous examinerons ici la première question ; la section suivante portera sur la deuxième. Les réponses à ces questions constituent la nouvelle théorie du fondement du droit de punir de Beccaria.

Il en présente l'essentiel dans les deux premières sections (§§ 1 et 2) de son ouvrage (version originale). Avant de l'examiner, rappelons que le langage de Beccaria peut donner lieu à une double interprétation : ou bien on donne aux concepts de droit, de loi, de délit, de châtement le sens étroit et moderne de justice criminelle, de délit criminel, de sanction criminelle, etc. ; ou, au contraire, on leur donne un sens large. Dans la première interprétation, on se trouve dès le départ dans la « bouteille à mouches » : sa pensée s'appliquerait alors exclusivement aux lois criminelles, peut-être aussi aux lois administratives, mais non au droit tout entier. La deuxième voit les réflexions de Beccaria sur l'origine des lois et des sanctions comme ayant une portée plus large, au même titre que les réflexions des autres théoriciens préclassiques du droit naturel, du contrat social, etc. Cette interprétation est la seule qui me semble faire justice au texte de Beccaria. En effet, il est un peu absurde de penser qu'il aurait conçu deux fondements distincts pour les lois, un pour la loi civile et l'autre pour la loi pénale. De plus, il est fort probable qu'il ait conservé ici le sens large de ces mots (loi, châtement, etc.), puisque c'est là le sens usuel que leur donnaient ses prédécesseurs. La description qui me paraît la plus juste et la plus avantageuse pour le texte est alors celle qui opte pour une interprétation large de ces notions. Je considère aussi qu'elle est la plus intéressante et la plus productive pour nous aujourd'hui.

Pour répondre aux questions relatives à l'origine du gouvernement, plusieurs publicistes ont élaboré ce qu'on a appelé des « théories du contrat social ». Celles-ci sont divergentes à maints égards, tout en présentant des traits communs. Elles disent grosso modo ceci : les individus vivaient au départ dans un état caractérisé par une liberté complète où chacun et chacune faisaient ce qu'ils voulaient. C'est l'état de nature. Pour différentes raisons, qui varient selon les théoriciens, cette expérience a mal tourné et ces individus ont alors décidé, d'un commun accord, de signer un contrat ou pacte social (dit aussi « contrat originaire ») pour créer un gouvernement, puis des lois, pour garantir la paix sociale et la sécurité des individus. Ces théories, comme le note Höffe (1993 : 213), s'efforcent de légitimer les rapports civils et le droit étatique, aussi bien que « de justifier un ordre politique fondamental » (l'État). Elles ne racontent pas - et souvent même, ne prétendent pas raconter - un événement historique. Les théoriciens savent que leur théorie est une fiction, mais ils la considèrent utile pour réfléchir aux conditions de légitimité de l'État et des gouvernements. Il s'agit donc plutôt de théories normatives, qui visent à préciser à quelles conditions ou pour quelles raisons un ordre politique donné est raisonnable et juste.

Beccaria imagine alors à son tour, de façon raisonnable mais fictive, comment les choses auraient pu se passer à l'état de nature, pour poser les conditions d'un ordre politique et juridique juste. Dans l'état de nature, dit-il, les individus sont indépendants et isolés ; ils sont entièrement libres de faire ce qu'ils veulent car il n'y a aucune loi (humaine). Par contre, cette liberté totale a un grand désavantage : sans lois, les individus vivent dans un état de guerre perpétuel, qui rend toute liberté inutile puisqu'ils ne sont même pas sûrs de pouvoir en jouir. Chacun et chacune peuvent tuer l'autre, le réduire en esclavage, s'approprier ses biens, etc. pour peu qu'ils aient l'envie et le moyen de le faire. Lassés enfin de vivre dans cette situation où tout est possible mais où règne en contrepartie une grande incertitude de sauvegarder leurs privilèges, y compris la liberté, les individus ont décidé de s'unir et de sacrifier alors « une partie de cette liberté pour jouir du reste avec plus de sûreté et de tranquillité » (Beccaria, 1764a, §.1 : 8).

De cette union naît une convention entre les parties : le contrat social qui forme le gouvernement. Le contrat indique au gouvernement « les conditions sous lesquelles des hommes indépendants et isolés s'unirent en

société » (ibid.)¹³. Ces conditions, chez Beccaria, se résument en deux points : assurer le plus possible la *liberté* et la *paix sociale*. La liberté et la sécurité de chaque personne doivent être protégées contre les usurpations et les atteintes, tant de la part des autres sujets que de la part de l'autorité elle-même. Le rôle du pouvoir légitime est alors fort complexe : il doit administrer la part de liberté que les individus lui ont abandonnée en échange de la paix sociale. Or, ceux-ci n'ont concédé au gouvernement (au sens large), que la *moindre part possible* de leur liberté à cette fin. Le pouvoir légitime est alors celui qui empiète le moins possible sur la liberté et la sécurité des individus. Car la souveraineté d'une nation, son droit légitime, représente pour Beccaria, « la somme de toutes les portions de liberté sacrifiées au bien commun » (ibid.).

Le pouvoir doit alors administrer cette partie de liberté que la nation a sacrifiée pour avoir la paix, mais sans abuser de son droit d'administrateur. Tâche complexe puisqu'elle comprend : i) la protection des individus en général contre l'agression d'un autre ; ii) la protection de l'agresseur contre la réaction informelle des autres ou contre leur demande d'augmenter sans cesse les peines ; et iii) la protection de l'agresseur contre les élans, passions et usurpations émanant du pouvoir lui-même, y compris contre cet esprit de la justice criminelle de tendre « en général, plutôt à la rigueur qu'à l'indulgence », selon l'expression de Muyart de Vouglans (1785 : 23).

Il souligne alors que c'est « la nécessité qui contraint les hommes à céder une partie de leur liberté » (Beccaria, 1764a, §2 : 10). Il fait ici référence, non pas à un quelconque sentiment d'insécurité, mais à la nécessité primordiale de sécurité qui est *fondatrice* de la société. C'est que les individus ont besoin de lois ordinaires, de tribunaux ou de lieux pour régler leurs différends de façon pacifique. Faut-il supposer que le pouvoir législatif, une fois constitué, peut instaurer n'importe quelle loi pour assurer la protection de la majorité ? Et les tribunaux, peuvent-ils les interpré-

¹³ Beccaria recourt à diverses acceptions du mot, sans les distinguer explicitement. En réalité, il ne différencie jamais les « clauses du contrat », sorte de constitution théorique, des lois ordinaires. Cette distinction est cependant importante pour éviter les glissements de sens et les erreurs. J'ajoute entre crochets le sens qui me paraît le plus approprié selon les circonstances. Je recourrai à cette procédure chaque fois qu'il me semblera utile d'apporter l'une ou l'autre précision nécessaire, à mon sens, à la bonne compréhension du texte.

ter à leur guise, dans le même but ? Enfin, le pouvoir exécutif peut-il favoriser toute tendance à la sévérité ? La réponse est non car, dit Beccaria, [au moment du pacte] « il est certain que chacun n'en veut mettre à la disposition [des autorités] que la plus petite portion possible [de liberté] » (ibid.). En principe, les pouvoirs législatif, judiciaire et exécutif doivent tenir compte de cette exigence de justice qui consiste à préserver au mieux la liberté des individus.

Bien sûr, Beccaria est également préoccupé par le fait qu'il y aura toujours des litiges pour opposer les individus et qu'il faut protéger le pacte social « contre les usurpations de chaque individu en particulier » (ibid.) Le gouvernement établit alors des lois (ordinaires) et des tribunaux (susceptibles de prendre des décisions et d'arrêter des sanctions) pour faire respecter, le cas échéant, ces lois et assurer la paix sociale. Évoquant la transgression des lois [au sens large], Beccaria affirme qu'« il fallait [aux lois] des motifs sensibles (*motivi sensibili*) pour empêcher cet esprit despotique de replonger dans l'ancien chaos les lois de la société » (Beccaria, 1764b, §1 : 26-27 traduction retouchée ¹⁴). Quels sont ces motifs sensibles ? Beccaria répond : « les peines [au sens large de sanctions] établies contre ceux qui enfreignent les lois » (ibid. ; *le pene stabilite contro agl'infrattori delle leggi*). Beccaria insiste : « j'ai dit des motifs sensibles (*sensibili motivi*) » ; parce que, à son avis, il y a des personnes qui n'assument pas automatiquement leurs obligations ou sont portées à usurper le droit des autres. Il faut alors des motifs qui frappent immédiatement les sens afin de contrebalancer les passions individuelles contraires à l'intérêt général. On voit, hélas, se dessiner en filigrane sa théorie de la dissua-

¹⁴ Dans la traduction française de Chevalier (Beccaria, 1764a, §1 : 9) l'expression italienne *motivi sensibili* (motifs sensibles) a été traduite par « moyens sensibles ». J'ai retouché ce passage afin de réintroduire l'expression originale et de faciliter le lien avec d'autres textes. La traduction anglaise de Young (Beccaria, 1986 : 7) la rend convenablement par l'expression « tangible motives ». En effet, ceci modifie quelque peu la constellation de sens possibles de la phrase. Car le mot « motif » a aussi été employé par d'autres publicistes, souvent au sens large de « tout ce qui accompagne les lois pour stimuler leur obéissance » ou encore dans le sens de « de bonnes raisons pour obéir à la loi ». Les moyens, au sens de peines, font partie des motifs, mais aussi la simple existence des tribunaux, la menace d'une sanction quelconque ou même l'espoir d'une récompense. Bentham (1970 : 133 et suiv.) et Filangieri (1784), par exemple, ont également recouru au sens large de cette expression.

sion, même si elle n'est pas encore tout à fait présente. Voilà pour l'origine du tribunal et de la pénalité (au sens large) : elle est nécessaire pour rendre toutes les lois effectives.

Le lecteur pressent le problème : faut-il, sur ce point du moins, interpréter le mot peine au sens strict du droit pénal moderne, c'est-à-dire à l'exclusion de tous les autres motifs et sanctions du droit organisé en général ? Faut-il voir dans l'expression *motivi sensibili* une allusion à ce sens strict et considérer que Beccaria, tout au moins à partir d'ici, limite soudainement son discours aux seules peines criminelles ? Tenterait-il ainsi de nous dire que les obligations créées par les contrats, par les lois administratives et par l'« infinité de manières de causer des dommages indépendamment des conventions » (Puffendorf, 1673 : 122), n'ont pas besoin de motifs sensibles pour inciter les individus à respecter les lois ? Difficile d'être formel, cette expression étant à double sens.

On peut lui donner un sens large. En effet, rappelons qu'avant Beccaria, les publicistes avaient eux aussi suggéré que tout le droit avait besoin de sanctions. Hobbes (1649 : 246) considérait qu'une loi ne servait à rien « si l'on ne faisait appréhender des peines à la désobéissance ». Puffendorf (1673 : 120) écrit que les souverains doivent donner « force entière de Loi Civile » à toute décision des tribunaux et que « la force et l'efficacité des Lois Civiles consiste dans la Sanction Pénale »[au sens large]. Bentham (1790 : 133) affirme quant à lui que la force de la loi concerne « les motifs sur lesquels elle s'appuie pour produire les effets qu'elle vise » (c'est moi qui souligne). Ce mélange d'expressions pour évoquer la force de la loi en général me semble assez proche de l'expression « motifs sensibles » employée par Beccaria.

Une deuxième possibilité consiste à donner à l'expression « motifs sensibles » un sens strict. Elle ne désignerait alors plus que les sanctions les plus fortes parmi les mesures juridiques. Beccaria aurait opéré un glissement de sens complet vers le pénal et vers sa théorie de la dissuasion. Il me semble difficile de prouver que l'une ou l'autre de ces deux interprétations est la bonne. Je continue à privilégier la première, car elle participe davantage à la cohérence de cette partie du texte, qui porte sur l'origine des lois et des peines dans le droit étatique. Mais je ne puis rejeter complètement l'hypothèse d'un dérapage de Beccaria à partir de ce moment.

Quoi qu'il en soit, précisons que toutes les lois de l'État ont, pour Beccaria, un aspect négatif puisqu'il les voit comme réductrices de la liberté des individus. Il partage, avec d'autres, une vision du monde politique et juridique selon laquelle, au fur et à mesure que le petit cercle des lois grandit, la surface du grand cercle de liberté se rétrécit. Cette image négative de la loi reste plus ou moins implicite chez Beccaria, mais sera proclamée à voix haute par Bentham. Ce dernier affirme clairement que si l'action peut parfois être un mal, la loi, elle, est toujours un mal. Il y a alors « le mal de la maladie et le mal du remède » (Bentham, 1969a : 32). Cependant, chez Bentham, la loi est un mal moins parce qu'elle affecte la liberté que parce qu'elle réduit le bonheur. La liberté d'action des individus n'est pas nécessairement un bien à protéger directement. Comme l'a démontré Long (1977 : 29), Bentham est plus intéressé par la recherche du *bonheur* et de la sécurité, que par la protection de la liberté ; celle-ci ne serait qu'un présupposé relatif des deux autres objectifs.

La définition et les limites du droit de punir

[Retour à la table des matières](#)

Pour Beccaria, les lois, les tribunaux et les sanctions sont absolument nécessaires à la vie sociale : sans ces institutions, les individus retombent dans l'état de nature. Grâce à elles, en cas de besoin, ils peuvent recourir à une autorité pour se protéger de l'usurpation des autres individus. Cependant, ceci n'est qu'une des facettes du problème. Il y en a une autre. En effet, Beccaria est conscient que l'autorité peut également usurper le dépôt de libertés du contrat social. Il suffit pour cela de créer plus de lois que nécessaire ou encore de pénaliser plus que nécessaire. D'ailleurs, il est convaincu que le pouvoir de son époque a usurpé une bonne partie de ce dépôt de libertés. Pour lui, tous les actes d'autorité (*ogni atto di autorità*) de l'État, y compris les peines, sont susceptibles d'être illégitimes, c'est-à-dire tyranniques. Par exemple, la détention avant procès est un acte d'autorité, qui n'est pas une sanction et qui peut être illégitime.

Or, les individus ont exprimé dans le pacte social qu'ils souhaitent la paix sociale, mais aussi conserver le plus de liberté possible (Beccaria,

1764a, §2 : 10). La justice judiciaire consiste alors à favoriser l'intervention entre les individus et à prémunir leur liberté contre toutes sortes d'usurpations (des individus et des autorités). Or, si les individus transgressent souvent les lois, pour Beccaria, l'État lui aussi crée souvent des lois et des peines qui ne sont pas légitimes, c'est-à-dire despotiques. Le droit légitime a besoin de la force pour imposer une décision juste, mais on trouve aussi dans l'État certaines formes d'exercice de la force (légale) qui ne sont pas légitimes. C'est alors qu'émerge la deuxième question : comment peut-on distinguer le droit *légitime* de punir du simple pouvoir *légal* de punir ?

Cette question se subdivise en trois autres : a) Dans quelles circonstances est-il légitime de créer une loi et de sanctionner sa transgression ? b) *De quelle façon et dans quelle mesure* doit-on punir [ou sanctionner] les transgressions ? c) *De quoi est constitué* - ou sur quoi se fonde - ce droit légitime de punir [de faire des lois et d'intervenir] ? Pour y répondre, je vais d'abord paraphraser librement Beccaria, avant de reprendre ses propres termes.

À la première question, Beccaria répond : quand il y a une *nécessité absolue*. En effet, « tout acte d'autorité (*atto di autorità*) d'homme à homme qui ne dérive pas d'une nécessité absolue est tyrannique » (Beccaria, 1764a, §2 : 9).

À la deuxième question, il réplique que la façon d'intervenir et de punir [ou de sanctionner] est d'autant plus juste que l'on respecte le plus possible la sûreté des individus amenés devant les tribunaux et que la part de liberté que l'autorité leur laisse est plus grande. Bref, il faut assurer leur protection devant les tribunaux [civil et pénal] et les sanctions doivent être les moins contraignantes et punitives que possible dans les circonstances. Il écrit : « les peines sont d'autant plus justes que la sûreté est plus sacrée et inviolable, et plus grande la liberté que le souverain laisse à ces sujets » (Beccaria, 1764a, §2 : 9).

Enfin, la dernière question est capitale, car elle touche au cœur des justifications du droit de punir. Nous avons vu que les prédécesseurs de Beccaria ont abordé ce problème en soulignant exclusivement la nécessité de rétablir l'ordre ou de protéger la sécurité des individus contre l'action des autres individus. De façon inattendue, Beccaria répond : le droit

légitime de punir [ou d'intervenir] est constitué par l'ensemble de ces plus petites portions possibles de liberté que les individus ont abandonnées au gouvernement pour assurer la paix et le bien commun ; tout ce qui s'y ajoute est abus et non justice, même si cela est autorisé par les lois de l'État. Voici ce passage dans son intégrité :

Ce fut donc la nécessité qui contraignit les hommes à céder une partie de leur liberté ; or il est certain que chacun n'en veut mettre à la disposition de la communauté que la plus petite portion possible, mais qui suffise à engager les autres à le défendre. L'ensemble de ces plus petites portions possibles constitue le droit de punir ; tout ce qui s'y ajoute est abus et non justice, c'est un fait, mais ce n'est déjà plus un droit. (Beccaria, 1764a, §2 : 10).

Figure 1

La théorie du contrat social de Beccaria ou du « fondement et limite du droit de punir »

« État de nature » : nécessité [fondatrice] de sacrifier la liberté [totale] pour vivre en paix en société



Création du Contrat social [lois du pacte]



Formation de l'État et d'un gouvernement (« Souverain »)



[Le gouvernement crée des lois ordinaires ; elles doivent tenir compte des limites données dans le pacte social, sinon elles sont abusives ou tyranniques.]



Définitions et énoncés

- 1) « La nécessité [fondatrice] contraint les hommes à céder une partie de leur liberté; or il est certain que chacun n'en veut mettre à la disposition que la plus petite portion possible » (Beccaria, 1764a : 10).
- 2) « La somme de toutes ses portions de liberté sacrifiées au bien commun forme la souveraineté d'une nation, et le souverain en est le dépositaire et l'administrateur légitime (ibid., p. 8).

Figure 1

La théorie du contrat social de Beccaria ou du « fondement et limite du droit de punir »

Nécessité [pratique] d'actes d'autorité, y compris de sanctions, [au sens large] pour faire respecter les lois [ordinaires] et conserver la paix avec le maximum de liberté.



Définition et limites du droit de punir ou de sanctionner

Il est constitué par « l'ensemble [des] plus petites portions de libertés ; tout ce qui s'y ajoute est abus et non justice ».

Ce droit indique les conditions et limites fixées dans le pacte social pour créer des lois ordinaires et des actes d'autorité légitimes (i.e., non abusifs), y compris des sanctions.

Énoncés et précisions

- 1) Nécessité pratique du droit : les lois doivent avoir un pouvoir coercitif pour empêcher de retourner à l'ancien chaos. Ce pouvoir donne des « motifs sensibles » pour obéir aux lois.
- 2) « Ces motifs sensibles sont les [tribunaux et] peines [au sens large de mesures et sanctions juridiques] établies contre ceux qui enfreignent les lois » [civiles ou pénales] » (Beccaria, 1746a : 9).

Énoncés et précisions

- 1) Quand est-il juste de créer une loi ou de punir ? Lorsqu'on ne peut pas trouver une autre solution. Critère de la nécessité absolue et de la subsidiarité des lois et des peines.
- 2) Comment doit-on punir (ou sanctionner) selon la justice ? « Les peines [au sens large de mesures et de sanctions juridiques] sont d'autant plus justes que la sûreté [des individus devant le pouvoir judiciaire] est plus sacrée et inviolable, et plus grande la liberté que le souverain puisse laisser à ces sujets » (Beccaria, 1764a : 9).

La figure 1 résume sa théorie du fondement du droit de punir. Tout au long de l'ouvrage de Beccaria, des formulations de ce genre reviennent pour souligner que les lois et les peines doivent être vues comme la somme des petites portions de liberté abandonnées par chaque individu ; elles représentent la volonté générale, qui est la réunion des volontés particulières (Beccaria, 1764a, §28 : 48).

Quel changement de cap dans la façon de reconnaître le droit légitime de punir ! On peut en effet parler d'une véritable révolution copernicienne dans la façon d'aborder l'intervention juridique. En effet, jusque-là, on justifiait systématiquement le droit de punir par le pôle de l'obligation morale de punir ou la nécessité de protéger l'ordre établi par le châtement. Beccaria, quant à lui, va justifier sa théorie du fondement du droit de punir d'une toute autre manière, à savoir par le besoin de protéger la liberté des individus entre eux et face au pouvoir d'État, tout en reconnaissant qu'une certaine forme de coercition, voire de punition, est autorisée et légitime, à condition que les lois soient réellement nécessaires, et la protection des individus amenés devant les tribunaux assurée et que les décisions judiciaires, y compris celles concernant les sanctions, soient les moins contraignantes possibles. Dans ces quelques pages, Beccaria propose une autre priorité pour reconnaître la légitimité de la punition : la part minimale de liberté qui a été abandonnée pour le bien commun. Et, qui plus est, ces conditions, qui sont à la fois des limites du droit de punir, sont des clauses du contrat social, précédant toute loi ordinaire. Beccaria esquisse donc ici une théorie de l'intervention juridique, axée sur le principe de l'intervention minimale. De quoi ne pas être compris !

Les réactions à la théorie du fondement du droit de punir de Beccaria

[Retour à la table des matières](#)

Quel « outrage » ! Quelle « ineptie » ! Quel « sentiment d'humanité affecte » ! Et surtout quelle idée dangereuse ! Pouvez-vous imaginer un contrat servant d'assise au droit sacré de punir et qui embarrasse la route du Prince, de la République, de l'utilité ou de la Morale (punitivité) d'un seul trait ? A-t-on besoin du consentement des ennemis du peuple, pour pouvoir les désarmer ? Un coupable peut-il choisir sa peine après avoir

choisi son crime ? Ce problème du droit de punir était réglé depuis longtemps, pourquoi alors cet irrépressible besoin d'y revenir ?

Cet aspect de la pensée de Beccaria, sans doute le plus original et le plus intéressant, a provoqué une levée de boucliers. Utilitaristes pré-classiques, utilitaristes classiques, rétributivistes et d'autres encore, la main dans la main, lâchent un « cri de la raison » contre ce qui sera interprété (à tort) comme le « cri du coeur » du respectable auteur italien.

Le premier cas de figure émane de Muyart de Vouglans (1767), utilitariste pré-classique, qui plaide lui aussi en faveur de cet objectif de dissuasion. Il notait, dans sa réfutation à Beccaria, que celui-ci avait été présenté par l'abbé André Morellet comme un défenseur de l'humanité. Eh bien, ajoute-t-il, « je n'ai point senti ce doux frémissement » dont tout le monde parle ; « le sentiment dont j'ai été le plus affecté, après avoir lu quelques pages de cet ouvrage, a été celui de la surprise, pour ne rien dire de plus : je ne m'attendais pas en effet, à trouver, sous le nom d'un *Traité des crimes*, [...] un plaidoyer fait en faveur de cette malheureuse portion du genre humain [...] » (ibid. : 4-5). Muyart de Vouglans est donc particulièrement surpris par cette idée « que le droit de punir n'a d'autre fondement que l'assemblage de toutes les portions de liberté que chacun ait pu céder... » (ibid. : 7). En effet :

L'on ne peut d'abord qu'être révolté de la singularité de ce prétendu Contrat Social sur lequel l'auteur a bâti son nouveau système ; d'un Contrat, où l'on suppose que les hommes auraient cédé la moindre portion de liberté qu'ils auraient pu, tandis qu'ils se seraient réservé tacitement le droit de priver les autres, non seulement de leur liberté, mais même de leur vie, sans craindre d'éprouver le même sort ; d'un Contrat, où chaque homme, comme l'auteur le dit ailleurs, se fait le centre de toutes les combinaisons de l'Univers, et aurait entendu lier les autres sans se lier lui-même

... Où serait donc cette égalité, cette réciprocité qui doit faire la base de tous les engagements ? Où serait cette proportion exacte qui doit se trouver entre le crime et la peine [...] ? Ainsi, ne fût-ce que relativement au crime de l'homicide, il faudrait du moins convenir qu'il y aurait une injustice souveraine de ne point faire souffrir aux meurtriers la même peine qu'ils font souffrir aux autres, et par conséquent que le système de l'auteur se trouverait visiblement en défaut à cet égard. (Muyart de Vouglans, 1767 : 85-87).

Ce texte a une valeur prophétique ce fondement du droit de punir ne passera pas. Et le mot d'ordre est lâché ce prétendu contrat veut lier les autres d'avance, particulièrement les autorités, sans que le coupable se lie lui-même. Drôle de contrat ! Ce « système de l'auteur, poursuit-il, n'est pas seulement contre le Droit naturel et le Droit des gens », « il est contraire à toutes sortes de Droits positifs » (ibid. : 87). Ces remarques attestent l'originalité perçue, quoique mal reçue, de la théorie de Beccaria. Et si Muyart de Vouglans a raison, en ceci que cette théorie se heurte au discours sur le droit naturel de l'époque, c'est bien parce que la théorie de Beccaria a dépassé toutes les limites concevables du droit de punir. Beccaria incite même Muyart de Vouglans, partisan de la torture et des supplices, à invoquer le principe de la proportion exacte entre le crime et la peine pour se défendre contre ce « nouveau système », qui menace les droits positifs et la rationalité pénale. C'est que, dans sa réflexion sur les limites du droit de punir, Beccaria est allé beaucoup plus loin que la notion de peine proportionnée ne l'y autorisait, en termes de limites au droit de punir en matière pénale.

Muyart de Vouglans est ensuite affecté par la conclusion à laquelle aboutit la théorie de Beccaria, selon laquelle on ne pourrait ni torturer, ni condamner à des supplices, ni même condamner à la mort rapide les coupables d'un grand nombre de crimes pour lesquels on n'a pas encore trouvé un moyen « plus efficace » (ibid. : 90). La différence avec Beccaria est ici bien perceptible : le droit de punir n'y est abordé que sous l'angle de la réplique du mal par le mal : de la vengeance, de l'expiation, de la défense de l'ordre public par la sévérité de l'exemple, de l'intimidation, etc.

Le deuxième cas de figure émane d'un admirateur de Beccaria : Jeremy Bentham. Retenons simplement qu'il est convaincu que « 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 » (Bentham, 1840, 1, IL, 1C : 17). Par ailleurs, Bentham n'accepte pas l'idée d'un contrat comme limite du droit de punir ni ne la comprend tout à fait. En faisant sans doute une référence voilée à Beccaria, il écrit :

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 ? (Bentham, 1840, I, IL, 1C : 17).

Non seulement Bentham sépare le règne du calcul de celui de l'instinct ou du sentiment (Halévy, 1901, 1, p. 95) - ce que Beccaria fait aussi dans une certaine mesure -, mais il distingue également le règne du calcul du règne des droits fondamentaux et des limites du droit de punir. Les limites du droit de punir existent, mais elles sont dictées par le calcul.

Halévy (1901) avait déjà souligné la dissociation que Bentham opère entre le fondement du droit de punir et la théorie du contrat social, sauf qu'il y voit, comme les autres, un avantage. En effet, dans le langage de Halévy (1, p. 102), il appartient à Bentham, « meilleur logicien », de faire le départ entre le principe d'utilité et celui du contrat social, qui nuisait à la cohérence de la philosophie utilitariste (p. 101).

Kant, lui aussi, leur emboîte le pas. À la différence des autres, il a intégré la théorie du contrat social dans sa philosophie politique, mais il la rejette dans sa philosophie pénale (Kant, 1797a : 217-218). Au chapitre suivant, nous étudierons l'argumentation détaillée de Kant à ce propos. Retenons-en seulement pour l'instant, que l'idée d'un contrat ne pourrait s'appliquer à un individu « qui par son crime a perdu sa personnalité » (Kant, 1797a : 162). Pour Kant (1797a, App., 5 : 246), « l'argument qui fonde la pénalité est moral » et il croit que la morale exige de rétribuer le mal par le mal dans une égale mesure, comme cela s'exprimerait, à son avis, dans la loi du talion. On ne peut donc point opposer à la Justice publique une théorie du contrat qui viendrait limiter le droit de punir.

Enfin, Filangieri (1788, IV, P2) accepte l'idée de fonder la peine sur la théorie du contrat social, mais rejette tout ce qu'il y a d'intéressant dans la théorie du fondement du droit de punir de Beccaria. En effet, il adopte une position purement utilitariste. Il combine plutôt les idées de Hobbes avec celles de Rousseau et ignore délibérément la contribution originale de Beccaria. Il retient trois idées principales de l'exposé de Hobbes. Tout

d'abord, le but exclusif de la peine est aussi la dissuasion : « les lois ne peuvent donc avoir d'autre objet dans la punition des crimes, que d'empêcher le coupable de commettre de nouveaux attentats contre la société et d'éloigner les autres hommes de son exemple, par le spectacle de son châtement » (ibid. : 15). Ensuite, le contrat social n'impose point de limites particulières au droit de punir : « En effet, dit-il, si la société a le droit de se conserver, elle a le droit d'en chercher les moyens ; ces moyens sont les lois qui présentent à la volonté des hommes les motifs les plus propres à les éloigner des actions nuisibles à l'intérêt commun ; ces motifs sont les avantages que les lois offrent à ceux qui observent les obligations sociales, et les peines qu'elles prononcent contre ceux qui les violent ». Enfin, en troisième lieu, il retient de Hobbes l'idée que le contrat social n'est qu'une passation de pouvoir qui transfère à l'État le droit naturel dont chaque individu était détenteur avant le pacte : « la société, représentant les droits qu'avait chaque individu dans l'état d'indépendance naturelle, a reçu, par le contrat social, le droit que chaque homme avait sur son semblable, lorsqu'il violait les lois naturelles. Or ce droit était celui de le punir [...] » (ibid. : 12-13). De Rousseau, il a retenu l'idée d'un contrat social de tous avec tous et ce passage malheureux où il fait usage de la métaphore de la guerre :

Si tu *veux* jouir de la sûreté, disent les lois lorsqu'elles établissent les peines, il faut que tu obéisses à nos ordres ; si tu *veux* être indépendant, il n'est plus de sûreté pour toi. [...] Le droit que tu avais acquis par la convention sociale, sera anéanti pour toi dès l'instant que tu auras violé cette convention. [...] tu perdras tous les droits que tu avais acquis par ces obligations ; tu perdras ta vie, ton honneur, tes biens, tous les droits de la société. De citoyen que tu étais, tu *deviendras l'ennemi* de la patrie ; et nous, qui exprimons la volonté générale, nous ordonnerons au corps chargé *de la* puissance exécutive, de la délivrer de cet ennemi, et de faire tomber sur ta tête les peines que nous avons prononcées [...] (Filangieri, 1788, IV : 11-12).

Difficile de trouver propos plus éloignés du langage de Beccaria et de sa conception du contrat social en tant que limite du droit de punir ! Jamais il n'aurait accordé autant de latitude aux intérêts de la société, stigmatisé le déviant comme un ennemi hors pacte, prétendu qu'il n'avait plus droit à la protection contre le pouvoir, etc. Et pourtant, c'est bien cette conception contractualiste « anti-beccarienne » que Filangieri va proposer. Faisant sans doute allusion à Beccaria, il dira que le droit de punir « suppose, non la cession du droit que chacun avait sur lui-même, comme

l'ont cru plusieurs écrivains politiques, mais la cession du droit que chacun avait sur les autres » (ibid. : 13). L'État n'est plus limité par le contrat social ; au contraire, son pouvoir s'accroît, puisqu'il absorbe et cumule le droit répressif de chacun. Cette conception du contrat social est purement utilitariste, puisqu'elle ne respecte plus les libertés individuelles ; elle est aussi profondément moderne, puisque la société prend la place du Prince qui n'est plus ici que le représentant de la volonté générale ; elle est, enfin, tristement banale, en ce sens qu'elle renverse la théorie de Beccaria pour la placer « tête en bas » : le droit de punir n'est plus défini par la part de liberté qu'il faut respecter, mais par la faute qu'il faut dissuader ou punir.

Les arguments s'ajoutent, s'emboîtent, se répètent presque. L'idée de considérer le droit de punir sous un angle différent pour réfléchir aux nouvelles limites de celui-ci par-delà la simple notion de proportionnalité, semble intolérable à la rationalité pénale moderne, à ce moment de sa formation. La démarche de Beccaria se heurte à un préjugé culturel généralisé ; le mal de la punition, fût-il proportionné à la faute, est encore perçu comme une vertu morale indépassable ou comme une obligation politique incontournable de l'ordre public. Certes, avec sa théorie de la dissuasion, Beccaria va scier lui-même la branche de l'arbre sur laquelle il est assis. Résultat : non seulement cette théorie du fondement du droit de punir ne passe pas en tant que telle, mais toutes les théories utilitaristes ou rétributives de la peine vont s'opposer à cette idée de mesurer leur légitimité à l'aune de la part de liberté qu'elles laissent aux justiciables.

La théorie utilitariste classique de la peine criminelle

[Retour à la table des matières](#)

Reprenant les termes employés par Michel Serres (1989 : 5), je dirai que la théorie de la peine de Beccaria constitue un lieu de bifurcation par rapport à sa théorie du fondement du droit de punir. En effet, il prend ici plusieurs décisions qui vont à l'encontre du principe de « dernière instance » qu'il avait esquissé comme fondement de ce droit. L'idée de pré-

server le plus de liberté possible et de choisir la sanction la moins contraignante se mue en idée de punir mieux, le plus grand nombre possible - même dans le cas des infractions les plus légères - de manière à protéger la société par l'exemple du châtement (au sens strict). Retour à un lieu commun : la peine légitime n'est plus synonyme de la plus faible sanction possible dans chaque cas ; elle devient une obligation, à toutes fins utiles, de première instance. Bref, les lois doivent être « inexorables » ; les exécuteurs des lois, « inflexibles » ; le châtement, la « conséquence nécessaire » (Beccaria, 1965, § 46 : 80)¹⁵. Et la punition doit toujours parvenir à avoir un seuil minimal, même si Beccaria souhaite que le législateur soit indulgent et humain. Il va alors instaurer une séparation entre la sanction pénale et la sanction civile, banaliser à nouveau le droit de punir et neutraliser la force critique de ses propres idées.

Je présenterai la théorie de Beccaria sous forme d'un objectif et de cinq principes tels qu'indiqués dans la figure 2 (p. 116). Il faut cependant garder à l'esprit que cette théorie est comme un « système fermé », où tous les éléments interagissent et se renforcent mutuellement. Un même effet théorique et pratique, comme l'exclusion des sanctions du droit civil, peut donc résulter du concours de plusieurs aspects de la théorie, même s'il est possible de le rattacher à un principe spécifique pour le mettre en valeur.

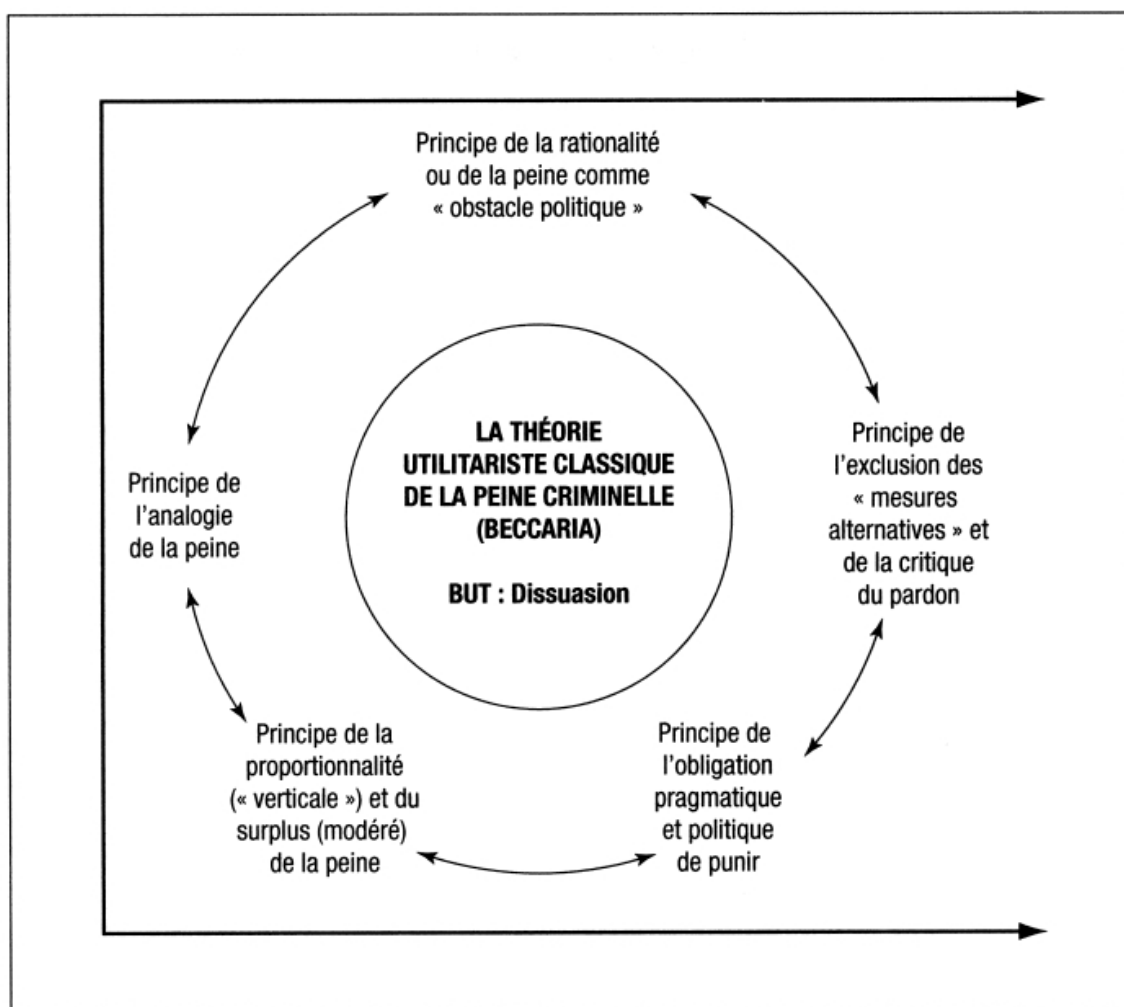
Le but de la peine criminelle

[Retour à la table des matières](#)

La théorie du fondement du droit de punir de Beccaria et sa conception de la justice comme « le lien nécessaire pour maintenir l'union des intérêts particuliers » (Beccaria, 1764a, §3 : 10) semblaient nous mener tout naturellement à un objectif de pacification, à une ouverture, dans les règles de procédure, aux négociations entre les parties et au choix de la sanction (civile ou pénale) la moins contraignante possible. Or, tel n'est pas le cas. Beccaria décide plutôt de privilégier le but de dissuasion générale et spécifique. Il écrit :

¹⁵ Beccaria (1764a, §16 : 30) écrit encore : « ... il importe qu'aucun délit manifeste ne demeure impuni ».

Figure 2
La théorie utilitariste classique de la peine criminelle de Beccaria



[Retour à la table des matières](#)

Le but des châtements ne peut être dès lors que d'empêcher le coupable de causer de nouveaux dommages à ses concitoyens et de dissuader les autres d'en commettre de semblables. Il faut donc choisir des peines et une manière de les infliger qui, toute proportion gardée, fassent l'impression la plus efficace et la plus durable possible sur l'esprit des hommes, et la moins cruelle sur le corps du coupable (Beccaria, 1965, §12 : 24).

Dans un autre passage, Beccaria (1764a, §16 : 30) se pose cette question : « Quel est le but politique des châtements ? La terreur qu'ils inspirent aux autres hommes ». Sa théorie de la peine criminelle est alors essentiellement axée sur la dissuasion. En effet, dans la section consacrée au but de la peine (§12), il ne fait aucune référence à la correction du coupable ¹⁶. Dans un texte plus tardif, Beccaria (1791 : 706-707) modifie quelque peu sa position. Il distingue alors plus clairement le délit criminel de ce qu'il appelle les « délits politiques » (c'est-à-dire les infractions pénales et administratives moins graves contre les règles sanitaires, de bonnes moeurs, etc.) ¹⁷. Puis, il soutient que dans le premier cas, l'objectif de dissuasion demeure le plus important, celui de la correction venant après. En revanche, dans les cas de « délits politiques », qui sont moins graves, l'ordre de priorité est inversé : on doit d'abord envisager la correction du coupable et, en deuxième lieu, l'exemple (Beccaria, 1791 : 706). Cependant, l'idée de l'exemple est *toujours* présente : la peine doit servir aussi à la dissuasion. Bien entendu, pour Beccaria, l'objectif de correction ne signifie pas encore la possibilité de suivre un traitement particulier, mais il voit clairement que ce but exige des peines moins sévères et moins stigmatisantes. Précisons cependant que, d'une certaine manière, chez Beccaria, cet objectif de correction se confond avec la dissuasion spécifique. Il s'agit alors surtout d'une théorie de la dissuasion (générale et spécifique).

Bentham (1970 : 149) dirait que la correction est tournée surtout vers le présent, puisqu'elle vise à modifier, chez l'individu, les conditions qui l'amènent au passage à l'acte, tandis que la dissuasion est tournée vers l'avenir, puisqu'elle s'accompagne de l'espoir d'empêcher les personnes non condamnées de passer à l'acte. Or, Beccaria, comme la majorité des utilitaristes à cette époque, favorise surtout le projet politique de contrô-

¹⁶ Certes, on trouve parfois dans cet ouvrage des allusions à l'amendement du coupable, mais force est de reconnaître que Beccaria ne lui accorde pas beaucoup d'importance et qu'il n'est pas présenté comme un but de la peine. Par exemple, pour soutenir certaines formes de prescription, Beccaria (1764a, §30 : 56) va faire référence aux cas où le coupable s'est amendé, mais ceci semble être plutôt une raison pour ne pas punir, qu'un but de la peine.

¹⁷ Ces délits correspondent grosso modo à la catégorie de délits dits « administratifs ». Pour une présentation détaillée de ce travail de Beccaria voir Cartuyvels (1996 : 284-292). Je remercie mon collègue Mario Sbriccoli (Università degli Studi di Macerata) de m'avoir fait parvenir ce texte.

ler les comportements futurs de la population. Enfin, il faut garder à l'esprit que, dans la théorie de la dissuasion, la *nécessité* de la peine est à la fois prise pour acquise (« il faut punir avec *certitude* pour détourner du crime ») et une condition d'application de la peine (« si la peine est inutile, il ne faut pas punir »).

Dans sa théorie du fondement du droit de punir, Beccaria avait écrit que « les peines sont d'autant plus justes que [...] plus grande [est] la liberté que le souverain laisse à ses sujets » (Beccaria, 1764a, §2 : 9 ; c'est moi qui souligne) ; dans sa théorie de la peine criminelle, il fait volte-face : « pour qu'une peine soit *juste*, elle ne doit avoir que le degré de rigueur suffisant pour détourner du crime » (ibid., §28 : 50 ; c'est moi qui souligne). On voit bien que le mot « juste » dans la deuxième proposition modifie le sens de la première : la peine « juste » est celle qui dissuade (critère d'efficacité) sans « gaspillage de sévérité » et non plus celle qui sauvegarde le plus la liberté des personnes.

Le principe de la rationalité et de la peine comme « obstacle politique »

[Retour à la table des matières](#)

Avant de voir en quoi consiste ce principe dans la théorie de la peine de Beccaria, il me paraît nécessaire d'éclaircir deux sens différents de la notion de « liberté » telle qu'on l'entendait aux XVII^e et XVIII^e siècles. On dit souvent en effet que la pensée classique, dans son ensemble, a ouvertement soutenu le principe du « libre arbitre » en matière pénale (par opposition à un point de vue naturaliste ou déterministe)¹⁸. Cette affirmation doit toutefois être nuancée.

¹⁸ Avant d'avoir perçu ce problème, j'étais moi-même l'un des défenseurs de cette position (Pires. 1994).

Quelques aspects de la notion de « liberté » aux XVIIe et XVIIIe siècles

[Retour à la table des matières](#)

Disons que la question de la liberté s'est posée, à l'époque, au moins de deux manières relativement différentes : l'une relevant d'une *anthropologie philosophique*, c'est-à-dire d'une conception philosophique de l'être humain et l'autre, d'une *philosophie politique*. De plus, une autre trame discursive se manifeste, où la question de la liberté peut, ou non, apparaître : il s'agit d'une *philosophie psychologique* de l'action ou de la capacité de raisonnement et de décision qui ne présuppose pas nécessairement l'existence d'une « volonté libre » chez l'être humain. Ces deux conceptions de la liberté, plus cette tendance à vouloir développer une théorie psychologique de l'action humaine donnent lieu, en matière pénale, à deux grandes approches de la question de la liberté : la première privilégie le présupposé d'une « liberté de la volonté » chez l'être humain (conception de la nature de l'être humain) et la deuxième, la capacité de l'être humain d'associer des idées, d'évaluer ce qui lui convient ou de raisonner (de façon « libre » ou « déterminée »). Nous allons expliciter davantage ces points de vue.

1. Tout d'abord, la notion de liberté a été utilisée dans le cadre d'une anthropologie philosophique (conception de l'être humain) pour désigner la liberté *de décision*, ou une sorte de liberté de la volonté. Elle est ici synonyme de *libre arbitre* (*free will*), et affirme que l'esprit humain a le pouvoir de suspendre librement sa façon de penser et d'agir pour en choisir une autre. La notion de liberté s'oppose ici à celle de « nécessité naturelle » ou de « déterminisme ». Elle désigne un pouvoir particulier de l'esprit humain. Burlamaqui (1747 : 17), par exemple, définit la liberté comme « cette force de l'âme par laquelle elle modifie et règle ses opérations comme il lui plait, en sorte qu'elle peut ou suspendre ses délibérations et ses actions, ou les continuer, ou les tourner d'un autre côté ; en un mot, se déterminer et agir avec choix, selon ce qu'elle juge le plus convenable ». Dans cette conception, si l'être humain fait volontairement du tort à un autre individu, c'est parce qu'il a *voulu librement* faire du mal

puisque'il existe une « liberté de la volonté » (et non seulement *de l'agir* humain).

2. Deuxièmement, la notion de liberté fut également utilisée dans le cadre d'une philosophie politique pour signifier surtout la présence ou l'absence d'une certaine liberté (physique) d'action (*liberty, freedom*), c'est-à-dire la possibilité de pouvoir exercer sa volonté, qu'elle soit libre (au premier sens) ou déterminée par des forces matérielles. Dans ce contexte, la notion de liberté s'oppose plutôt à celle de « *contrainte* » et non à une conception déterministe ou naturaliste de l'être humain. Elle indique, tout simplement, un « champ (politique) d'action » où l'individu doté d'un certain pouvoir de se mouvoir, d'une certaine force ou d'une certaine intelligence peut agir à sa guise. Ce champ d'action est une sorte de sphère de libertés (politiques et juridiques) individuelles. Hobbes (1651, 2P, 21C : 221) dirait, par exemple, qu'une pierre ou un homme rivé à son lit par la maladie n'ont pas le pouvoir de se mouvoir, mais qu'un chien ou un homme emprisonnés par des chaînes n'ont pas la *liberté* de se mouvoir. « Liberté » ne signifie pas ici un pouvoir d'autodétermination de l'esprit humain de suspendre les effets des conditionnements sociaux et psychologiques, mais l'absence d'un obstacle externe à l'action des êtres animés ou inanimés. Dit autrement : un philosophe déterministe pourrait utiliser sans difficultés cette notion de liberté pour désigner simplement cette « absence d'obstacles » physiques, politiques ou juridiques à l'action humaine.

En effet, Hobbes (1651, 2P, 21C : 221) ¹⁹ définit la liberté par « l'absence d'opposition » et entend par opposition « les obstacles extérieurs au mouvement ». Pour lui, cette définition vaut tant pour les créatures sans raison, ou inanimées, que pour les êtres raisonnables : , si en effet une chose quelconque est liée ou entourée de manière à ne pouvoir se mouvoir, si ce n'est à l'intérieur d'un espace déterminé, délimité par l'opposition de quelque corps extérieur, on dit que cette chose n'a pas la liberté d'aller plus loin ». Pour Hobbes alors, « un *homme libre* est celui qui, s'agissant des choses que sa force et son intelligence lui permettent d'accomplir, n'est pas empêché de faire celles qu'il a la volonté de faire »

¹⁹ Comme le signale Long (1977 : 41), Halévy attribue à Hobbes un déterminisme moral défini en termes d'une métaphore de la gravitation avant son élaboration par Newton.

(ibid. : 222). On peut dire alors qu'un être humain ou un chien sont libres ou non de faire ceci ou cela. « L'usage de l'expression *libre volonté*, dit Hobbes, ne saurait inférer aucune liberté de la volonté, du désir, ou de l'inclination, mais seulement la liberté de l'homme, qui consiste en ce qu'il ne se trouve pas arrêté quand il fait ce à quoi le portent sa volonté, son désir, ou son inclination » (ibid.). Il n'y a pas de contradiction ici entre le fait que la volonté soit déterminée par des lois de la nature et le fait que l'homme soit « libre » au sens d'avoir la possibilité « externe » de mettre cette volonté (déterminée) à exécution. Dès lors, si une loi interdit un comportement, elle réduit la liberté d'action des sujets et se présente comme une sorte d'obstacle (politique) externe à cette liberté. On peut (ou non) alors soutenir la nécessité de défendre une plus ou moins grande liberté (politique) des sujets dans la Cité sans prétendre du même coup que les individus ont une sorte de pouvoir de libre arbitre (*free will*).

Lorsque Bentham évoque la notion de liberté, c'est dans ce sens de liberté politique d'action. Sa conception se rapproche à certains égards de celle de Hobbes. Ainsi, pour Bentham, la liberté ne se définit que négativement, c'est-à-dire par l'absence d'un contrôle externe ou, si l'on veut, par l'absence de coercition (Long, 1977 : 25). Par ailleurs, à la différence de Hobbes, Bentham n'est absolument pas préoccupé par les questions de libre arbitre ou de déterminisme²⁰. Il considère que les principes de l'action pratique de l'être humain relèvent du domaine des postulats utilitaristes et ce, indépendamment des notions de libre arbitre ou de déterminisme (Long, 1977 : 41). Si Bentham garde le silence à ce propos, c'est peut-être parce qu'il refuse de s'engager. Il y a alors un pont entre cette deuxième acception du mot liberté (« liberté *d'action* ») et une sorte de philosophie psychologique de l'action, qui peut parfois éclipser quelque peu le débat entre libre arbitre et déterminisme. C'est aussi ce que fera Bentham.

3. En effet, parallèlement à cette double signification de la notion de liberté, certains théoriciens (Condillac, James Mill, Bentham, etc.) ont tenté d'élaborer une philosophie psychologique de l'action. Ils ont, pour ce faire, étudié le fonctionnement de l'esprit humain, pour mieux connaître les opérations mentales mises en oeuvre au moment de passer à l'ac-

²⁰ Bentham écrira : *I don't care two straws about liberty and necessity at any time* (cité par Long, 1977 : 231).

tion, de manière à pouvoir éventuellement intervenir dans ce mécanisme. Ils ont ensuite centré leur réflexion sur les concepts de volonté, d'intention, de motif, etc., souvent dans le cadre d'une psychologie « associationniste »²¹, c'est-à-dire d'une psychologie de l'action centrée sur l'association des idées. Il s'agissait donc, dans ce cas précis, d'une réflexion sur la *capacité de choisir* de l'être humain (ou des être animés). Cependant, aussi étonnant que cela puisse paraître, ce discours ne présupposait pas *nécessairement* une capacité de libre arbitre au sens d'une liberté de la volonté. Bentham, par exemple, influencé entre autres par Condillac (Long, 1977 : 23), avait déjà pressenti l'intérêt d'une étude scientifique de l'agir humain, centrée sur ce qu'on peut *observer et non* sur une hypothèse portant sur la nature de l'être humain (Long, 1977 : 25). Il a développé une psychologie de l'action, plus orientée vers la capacité empirique de *raisonnement* de l'individu, que vers l'idée d'une volonté *libre* ou *déterminée*. La particularité de ce discours psychologique et pragmatique est que les concepts utilisés (*intention, vouloir*, etc.) peuvent amener le lecteur à inférer l'idée de liberté (au sens de *libre arbitre*), alors que celle-ci ne fait pas nécessairement partie des présupposés du discours. J'y reviendrai.

4. Qu'advient-il alors en matière pénale ? En règle générale, la notion de liberté au sens de liberté politique sera usuellement présente dans les discours des réformateurs classiques, quelle que soit leur théorie de la peine, mais l'idée du libre arbitre n'y sera pas toujours présente, ou importante.

La première approche, privilégiée par les rétributivistes, affirme et reconduit le principe d'une *liberté de la volonté* ou *de décision* (*free will*). Ils considèrent que l'individu est naturellement libre de choisir ses comportements, indépendamment, non seulement de toute contrainte extérieure (comme la pauvreté), mais encore de forces intérieures irrationnelles, comme l'émotion ou la passion. L'être humain y est perçu comme étant doté à la fois d'un corps et d'un esprit. Si le corps, à travers les désirs, les émotions et les passions, par exemple, peut influencer et même s'imposer à l'esprit ou à la volonté, on considère que l'individu, s'il fait bon usage de la raison, peut fortifier sa volonté et dominer ses passions, ses émotions, etc. Par conséquent, les rétributivistes vont mettre l'accent sur

²¹ Voir à ce sujet Halévy (1904, tome III, 3C, 2P).

la notion même de *liberté de la volonté* et sur la capacité de l'individu de choisir entre le bien et le mal. Ils soulignent alors le postulat du libre arbitre et établissent une chaîne logique entre la volonté libre, la responsabilité, l'imputation ou le blâme et la pénalité. On prend soin de qualifier le concept de volonté de *libre* et on insiste sur le fait que l'individu *mérite* la pénalité parce qu'il était libre d'obéir ou non à la loi et il doit être considéré comme moralement responsable de ses actions. Bien entendu, si pour une raison quelconque (maladie mentale, bas âge, etc.), il s'avère que cette volonté libre fait défaut ou qu'elle n'est pas suffisamment formée, la responsabilité individuelle est alors inexistante ou atténuée. Dès lors, la pénalité ne se justifie pas non plus ou doit, elle aussi, être atténuée. La théorie rétributive ne peut pas survivre sans cette conception de l'être humain, puisqu'elle est axée sur l'idée que la peine est une sorte de remède à un mal moral. Mais, comme nous le verrons dans le chapitre sur Kant, la réciproque n'est pas vraie : cette conception philosophique de l'être humain n'exige pas une théorie rétributive.

La deuxième approche est privilégiée par les utilitaristes, mais ceux-ci se divisent en deux groupes. Certains y ont ajouté la conception du libre arbitre, même si celle-ci n'occupe pas une place centrale ou indispensable dans leur théorie de la peine ; d'autres, en revanche, ont simplement ignoré délibérément ce débat entre libre arbitre et déterminisme, comme ce fut le cas de Bentham. Ils laissent ainsi le champ libre à une diversité d'interprétations (déterministe, axée sur le libre arbitre ou encore intermédiaire). Quoi qu'il en soit, comme les utilitaristes ne justifient pas la peine de la même façon que les rétributivistes, leurs propos sur le principe du libre arbitre n'occupent pas une place centrale. Et ce principe n'est même pas au cœur de leur explication du comportement déviant. La position de Bentham (1789) illustre bien comment on peut passer outre à la question du libre arbitre. Il se limite à déterminer dans quelles circonstances la pénalité est ou non utile car, pour un utilitariste classique, la peine inutile ne saurait se justifier. Or, pour eux, la peine utile est celle qui peut effectivement dissuader : elle ne se justifie essentiellement que comme « obstacle politique »²² au passage à l'acte. Dès lors, sa justifica-

²² Rappelons que Beccaria (1764a, §6 : 15) écrit qu'il appellera les peines [légales] « obstacles politiques » (*ostacoli politici*) et que Bentham distingue entre trois sortes de sanctions : religieuses, morales et politiques (*political sanction*). Voir, par exemple, (Bentham, 1970 : 133).

tion dépend moins de la liberté de la volonté que de son efficacité dissuasive.

Mais de quoi dépend l'efficacité dissuasive de la peine ? Elle dépend, entre autres choses, de la capacité des individus à associer l'idée du comportement à l'idée de la peine ; bref, de la capacité de *réflexion*, de raisonnement, de compréhension ou de *calcul* des individus. Or, on peut insister sur la capacité de réflexion sans parler du libre arbitre. En effet, pour les utilitaristes, la liberté de la volonté ne constitue pas, à proprement parler, un point de départ *logiquement nécessaire* de la théorie de la dissuasion et, par là, de la justification de la peine²³. Certains utilitaristes vont *ajouter* explicitement à leur perspective la thèse de la volonté *libre*, mais d'autres vont laisser de côté ce débat pour s'en tenir à ce qui est directement observable : la volonté (ou l'intention), la conscience (ou la compréhension), la capacité de calculer ou d'anticiper les conséquences du comportement, etc. Autrement dit : la sanction légale est considérée comme pouvant influencer sur l'esprit et la conduite des individus, mais la nature de cette influence peut être qualifiée diversement. Tout se passe comme si la thèse de l'effet de dissuasion des peines donnait lieu, en plus de positions plus complexes, à deux interprétations extrêmes : l'une centrée sur la liberté et l'autre sur le déterminisme.

Les utilitaristes se souciant moins directement de justifier la peine par un aspect moral, mais plutôt par un raisonnement pragmatique, rien ne les incite à engager un débat contre le déterminisme. Leur raisonnement s'inspire des aptitudes psychologiques des individus : leur compréhension des choses et leurs *motifs*. Les concepts de volonté ou d'intention (*state of the will, intention, etc.*) seront employés, sans être nécessairement qualifiés de libres. Ce qui importe surtout, c'est que l'état mental de l'individu en question lui permette de bien saisir les conséquences de son acte et *d'associer les idées de crime et de peine*. Le bas âge, la maladie mentale et l'intoxication par l'alcool ou les drogues sont alors des cas où la capacité de compréhension de l'acte et l'association des idées sont considérées comme absentes, réduites Ou problématiques. Bentham (1789 : 174) intervient à ce propos, pour dire que la raison invoquée d'ordinaire pour établir une exception au principe d'application de la pénalité dans ces cas est

²³ Le chapitre XIII de Bentham (1789) concernant les cas qui ne conviennent pas à la peine illustre bien cette préoccupation.

souvent formulée de façon erronée ou confuse. En effet, dit-il, on va prétendre, par exemple, que ces personnes n'ont pu « faire un usage libre de leur volonté » (*ibid.*). Or, selon Bentham, le problème ici est tout simplement que la menace de la peine n'exerce aucune influence sur la volonté de l'individu, puisque d'autres influences prédominantes la rendent inefficace. Dès lors, la seule manière correcte de justifier l'exception consiste à dire qu'il ne faut pas punir parce que la peine est inefficace et non parce que ces individus ne peuvent faire un usage libre de leur volonté. À ma connaissance, Bentham ne nie pas directement l'existence du libre arbitre, ni ne soutient une thèse déterministe ; il s'en tiendrait plutôt à considérer ce débat comme sans intérêt ou comme relevant d'une confusion entre une attitude vraiment rationnelle et une mauvaise métaphysique. Mais, chez lui, l'idée de la *rationalité* de l'individu l'emporte sur celle d'une *liberté de décision* : « Tout individu se gouverne, même à son insu, d'après un calcul bien ou mal fait de peines et de plaisirs » (Bentham, 1840, 1 : 21).

Bref, cette deuxième approche se distingue de la première sur les points suivants. Tout d'abord, au lieu de mettre l'accent sur la liberté morale de choisir entre le bien et le mal, cette approche souligne plutôt la capacité psychologique (abstraite) de l'individu de *raisonner*, d'estimer ou de calculer le plaisir et la souffrance qui découleraient de son acte, car de cette capacité dépendrait l'efficacité même de la peine. Deuxièmement, les exceptions à la peine ne se justifient pas par l'idée d'une absence de volonté libre, mais par *l'inutilité* de la peine dans certaines circonstances. Celle-ci n'aurait aucune chance d'être dissuasive (efficace) auprès d'individus qui ne savent pas ce qu'ils font ou sont incapables d'évaluer les conséquences de leurs actes en termes de plaisir et de souffrance. Pour un utilitariste classique, la peine est inutile seulement si elle est jugée incapable de produire un effet de dissuasion. La figure 3 résume ces deux approches.

Dans ces conditions, les utilitaristes classiques peuvent aisément « transmettre » la théorie de la dissuasion aux utilitaristes positivistes du XIX^e siècle, ce but étant viable dans un environnement théorique déterministe. On peut alors mieux comprendre pourquoi la théorie classique de la dissuasion a été intégrée à la perspective utilitariste déterministe de

l'école positive italienne²⁴, en dépit des réserves (d'un autre ordre) de Ferri. Par contre, entre autres choses, la thèse de la volonté libre et la justification rétributive de la peine restent inconciliables, sur un angle purement philosophique, avec une perspective positiviste qui combine l'utilitarisme au déterminisme.

Figure 3
Deux lignes de force classiques sur la capacité de décision des individus

	Fondement privilégié	Type de choix privilégié	Concepts clés privilégiés	But de la peine
Première approche : la liberté de la volonté	Volonté <i>libre</i> (libre arbitre)	Choisir entre le bien et le mal	Volonté <i>libre</i> , intentionnalité, responsabilité, imputation, blâme	Punir pour « faire payer le mal par le mal (même si la peine est inutile)
Deuxième approche : la capacité d'associer des idées (la peine comme « obstacle politique »)	Capacité de raisonner ou de comprendre l'acte (intelligence, discernement, etc.) et d'associer les idées de crime et de peine	Choisir entre (ou calculer) le plaisir et la souffrance	Volonté (ou intention), compréhension (ou conscience), motifs	Punir pour (et si c'est possible) dissuader les individus (prévenir d'autres transgressions)

[Retour à la table des matières](#)

²⁴ Ce fut, par exemple, le cas de Garofalo (1878) qui a même établi un rapprochement avec la pensée de Bentham. Voir aussi la recension critique de cette étude effectuée par P. A. Gallero (1880).

La théorie de la dissuasion
et le principe de la rationalité des sujets

[Retour à la table des matières](#)

La théorie de la peine de Beccaria s'inscrit dans la deuxième approche décrite ci-dessus : elle n'exige pas la présupposition d'une volonté libre, mais insiste sur la rationalité et la capacité de calcul et d'association d'idées des individus. C'est d'ailleurs pour cette raison que j'ai décidé d'appeler ce principe, le principe de la *rationalité* (tout court) plutôt que le « principe de la volonté libre et rationnelle ». Ce dernier a été réservé aux rétributivistes ²⁵. Cependant, Beccaria fait partie de ce sous-groupe d'utilitaristes qui semblent avoir également accepté le présupposé du libre arbitre.

Si l'on s'en tient au contenu *Des délits et des peines*, il est très difficile de démontrer que Beccaria admet la thèse du libre arbitre et il est clair qu'il n'y accorde pas une grande importance. Mais on ne peut cependant pas affirmer qu'il la récuse. Dans la section qu'il consacre à sa théorie du fondement du droit de punir, peut-être sous l'influence du *jusnaturalisme* et des théories du contrat social, c'est la notion de liberté *politique* d'action qui prédomine. Liberté s'oppose ici à *coercition* ou à un usage tyrannique du pouvoir. C'est d'ailleurs dans ce sens, et non dans celui de libre arbitre, que la notion de liberté sera valorisée dans cette étude. L'expression « pactes conclus entre des *hommes libres* » (*uomini liberi*), employée par Beccaria (Beccaria, 1764a, Int. : 7 ; 1764b, 1 : 23), renvoie à l'idée d'individus « sans contraintes » (au sens de Hobbes et, plus tard, de Bentham) plutôt qu'à celle d'individus dotés d'un libre arbitre. On peut également dire qu'on ne trouve, dans *Des délits et des peines*, aucune réflexion sur la responsabilité morale des sujets axée sur la thèse du libre arbitre. De plus, comme nous le verrons ci-dessous, sa théorie de la peine criminelle se fonde entièrement sur une psychologie associationniste de l'action humaine.

²⁵ Voir le chapitre sur Kant dans cet ouvrage.

Cependant, malgré cela, dans les textes plus tardifs, Beccaria semble à l'aise pour parler de « volonté libre » (*libera volontà*) (Beccaria, 1791 : 710) et pour tirer une série de conclusions à partir d'un raisonnement qui prend en compte la plus ou moins grande méchanceté (« *malizia* ») de l'acte ²⁶. Ainsi, par exemple, il dira qu'une personne de la classe supérieure (noble) qui commet un délit criminel (qui est pour lui le type le plus grave des délits) mérite d'être punie, dans ce cas, avec la même peine qu'on attribue à la plèbe (« *pena de' Plebei* »). Pourquoi ? Parce qu'on peut supposer une plus grande méchanceté chez un noble qui va jusqu'à commettre un tel délit que chez un membre de la plèbe. Dès lors, même si certaines peines étaient, dans le cas d'autres types de délits, trop sévères pour la classe supérieure, elles deviennent, dans les délits criminels, proportionnelles à la plus grande méchanceté. Plus l'individu est libre de tout conditionnement externe, plus il faudrait qu'il soit méchant pour commettre un crime.

Il reste que la thématique dominante, chez Beccaria, est celle de l'association des idées et de la capacité de réflexion des individus. On peut dire que la position de Beccaria à cet égard se rapproche (aussi) des réflexions émises par Condillac. Comme l'a montré Debuyst (1995 : 106-107), l'être humain agit, selon Condillac, par associations d'idées et c'est cette caractéristique qui le distingue des animaux. Certaines de ces associations sont déroutantes par leur caractère non contrôlable (ibid., p. 107). Elles se situent au niveau de la conscience avec leur caractère agréable ou désagréable et c'est le caractère désagréable qui fera obstacle à tel comportement ou qui suscitera une réflexion chez l'individu. Ainsi, si l'idée de la peine, associée à un comportement spécifique, est évoquée au niveau de la conscience comme quelque chose de désagréable, elle peut dissuader l'individu de passer à l'acte ou tout au moins l'amener à réfléchir avant d'agir. Lorsqu'il y a réflexion, l'individu aboutit à une décision de tenir ou de ne pas tenir compte de l'association provoquée. L'individu peut alors *neutraliser* l'effet dissuasif de la peine et passer à l'acte ou, au contraire, renoncer à faire le geste susceptible d'entraîner des conséquences négatives. Or, c'est ici qu'apparaissent des résurgences du détermi-

²⁶ L'interprétation de la pensée de Beccaria est ici malaisée, du fait qu'il exprime sa réaction à certains projets de lois et qu'il est possible que, pour ce faire, il ait repris les termes ou la structure desdits projets (par exemple, Beccaria, 1791 : 708). Il semble toutefois y avoir exprimé son point de vue personnel.

nisme ou du libre arbitre. Ceux qui croient en la liberté de l'être humain vont qualifier cette décision comme relevant d'une volonté libre ; en revanche, ceux qui soutiennent que le comportement humain est déterminé vont dire que l'orientation de cette décision va dépendre de la force des divers facteurs poussant dans un sens ou dans l'autre.

Debuyst (1995 : 107) souligne encore que, pour Condillac, les associations d'idées en tant que telles peuvent découler, entre autres choses, d'un *conditionnement*. Par exemple, des liens qui se forment au cours de l'éducation et qui peuvent être valables ou non. Ainsi, si notre éducation nous a accoutumé à relier l'idée de honte à un affront particulier et celle d'honneur à celle de tuer quelqu'un qui nous a fait un tel affront, on peut décider de tuer celui qui a offensé²⁷. Dans ce cas, pour éviter la honte, on commet un crime. On voit bien que l'association d'idées provient dans ce cas d'une forme de conditionnement par l'éducation et qu'elle donne naissance à un préjugé inacceptable (« pour garder l'honneur, il faut tuer celui qui nous a offensé »). Cependant, Condillac croit que l'on peut échapper à ces associations conditionnées, par la réflexion et la prise en compte de l'expérience (*ibid.*). Mais la nature de cette réflexion (libre ou non) demeure indéterminée. La sanction légale (ou sociale) attribuable à une action défendue peut également être vue comme la source d'une association d'idées (telle action égale telle douleur) chez un individu. Mais cette association se heurte à d'autres conditionnements sociaux et n'est pas la seule association d'idées susceptible de venir à l'esprit de cet individu. Il peut alors échapper aux effets de tel type d'association par un autre, ou par la réflexion. Il peut ou non respecter la loi. C'est pour cette raison que la théorie de la dissuasion de la peine de Beccaria reste en réalité, tout comme les réflexions de Condillac, à mi-chemin entre déterminisme et libre arbitre, et ne sauraient être réduites entièrement à l'une ou à l'autre.

Les réflexions de Condillac étayent à certains égards la thèse d'un éventuel effet de dissuasion par l'association d'idées entre un interdit et une sanction, mais elles montrent encore davantage que les actions des individus découlent d'une série d'autres associations plus proches ou plus importantes, qui peuvent annihiler complètement la crainte d'une sanction légale. Par exemple, la crainte du rejet d'un groupe de pairs, le poids des

²⁷ Je modifie ici à dessein un exemple donné par Condillac (1746 : 30) et cité par Debuyst (*ibid.*).

autres interprétations culturelles de la situation, etc. peuvent amener l'individu à transgresser la nonne juridique. Hélas, chez Beccaria, la théorie de la dissuasion est dans son ensemble très naïve et sera acceptée telle quelle, même si l'on trouve également, chez cet auteur, un raisonnement parallèle bien plus complexe et plus subtil sur ses limites. En effet, nombre de remarques de Beccaria laissent croire qu'il rêve d'un certain pouvoir magique des peines tandis que d'autres, moins nombreuses, nous font voir au contraire, qu'il est bien loin d'être convaincu des chances de succès d'une telle entreprise.

Qu'il suffise de dire ici que la naïveté de sa théorie tient au fait qu'il survalorise l'effet d'obstacle de la sanction légale et laisse entendre que c'est la peine criminelle - et *seulement* celle-ci - qui jouerait ce rôle (Beccaria, 1764a, §6 : 15). De plus, il considère que, si la peine légale elle-même ne surpasse pas le tort commis, elle ne joue plus ce rôle d'obstacle, ce qui est loin d'être évident pour un grand nombre de situations et compte tenu des effets globaux du système juridique dans son ensemble. De plus, il faut également prendre en compte les effets d'une foule d'autres associations d'idées culturelles qui peuvent soutenir parallèlement la norme juridique. Le législateur apparaît alors, pour Beccaria, comme un « architecte habile dont le rôle est de s'opposer aux forces destructives de la pesanteur et de mettre en oeuvre celles qui contribuent à la solidité de l'édifice » (*ibid.*). Le législateur apparaîtrait donc comme un ingénieur de la conduite humaine, n'ayant que la peine criminelle comme outil. La position de Beccaria à cet égard est réductrice et utopiste ; elle est en ceci semblable à celle de Hobbes, qui comparait le législateur à un géomètre (Halévy, 1904, III : 347-348) : de même qu'un géomètre peut construire, en partant de définitions arbitraires, toute la géométrie, le législateur qui gouverne la cité « peut construire synthétiquement l'ordre social tout entier, à la manière des géomètres » (*ibid.*).

La théorie de la peine de Beccaria est empreinte d'une psychologie associationniste simpliste. Il écrit, par exemple, que « le châtement est plus utile quand il est plus prompt, parce que moins il se passe de temps entre le délit et la peine, *plus forte et plus durable est dans l'esprit l'association de ces deux idées de délit et de peine* » (Beccaria, 1764a : 37 ; c'est moi qui souligne). On voit également le caractère stéréotypé de sa vision des classes pauvres et le fait que son projet politique de contrôle s'adresse particulièrement au peuple. Ainsi, poursuit-il, « il est donc de la plus

grande importance que la peine suive de près le délit si l'on veut que dans *l'esprit du vulgaire* la peinture séduisante d'un délit profitable *éveille immédiatement l'idée étroitement associée de la peine* » (ibid. : 38 ; c'est moi qui souligne). Ce principe de l'analogie entre le crime et la peine, soutenu à la fois par les utilitaristes et les rétributivistes (Kant) classiques, Beccaria (1764a : 38) le justifie en affirmant qu'il contribuerait « grandement à resserrer encore la liaison entre le délit et la peine ». Sa théorie de la peine cherche à produire, chez les individus les plus « vulgaires », l'association des idées de crime et de peine, de façon à faire obstacle au passage à l'acte. « Il est démontré, dira-t-il, que la liaison des idées est le ciment qui maintient tout l'édifice de l'entendement humain ; sans elle le plaisir et la douleur seraient des sentiments isolés et sans aucun effet » (Beccaria, 1764a, §19 : 37).

Cependant, il arrive que Beccaria indique des limites à la théorie de la dissuasion, même s'il n'a pas vu lui-même qu'il s'agissait d'une limite ; puis, à d'autres moments, il nous avertit explicitement de l'existence de certaines limites. Ainsi, à son avis, « plus les hommes sont étrangers aux idées générales et aux principes universels, donc plus ils sont incultes, plus ils agissent sous l'empire des associations immédiates les plus proches, et négligent les plus éloignées et les plus compliquées ». Si cet énoncé est vrai, il constitue une limite de taille à son intention de produire un effet dissuasif chez le « vulgaire » à la perspective de la peine, car il s'agit ici souvent d'une association plus éloignée et abstraite. En fait, Beccaria va se servir de cette remarque pour justifier la nécessité de la promptitude du châtement et non pour marquer les limites de la théorie. Par ailleurs, dans un autre passage, il écrit : « de même que les lois simples et constantes de la nature ne peuvent éviter les perturbations qui surviennent dans le cours des planètes, les lois humaines sont *incapables* d'empêcher le trouble et le désordre résultant des forces d'attraction innombrables et opposées du plaisir et de la douleur » (Beccaria, 1764a, §41 : 74). Il explique alors clairement que, même si la loi pénale obéissait à cet idéal de *simplicité et de constance*, ce qu'elle n'est pas à même de pouvoir faire, elle ne constituerait jamais un obstacle vraiment efficace, car les associations d'idées sont trop variées et nombreuses. Cela signifie donc qu'un individu peut respecter la loi pour *d'autres motifs* que celui de la peine criminelle, mais qu'il peut aussi la transgresser et ce, indépendamment de la nature, de la force et de la constance de la peine. De quoi

mettre un frein à une théorie élaborée exclusivement en fonction de l'effet de dissuasion de la peine criminelle

***Le principe de l'exclusion des « mesures alternatives »
et de la critique du pardon***

[Retour à la table des matières](#)

À l'aide de ce principe et de celui qui suit, Beccaria va tout particulièrement saper toutes les lignes de force modératrices de sa théorie du fondement du droit de punir. Tout d'abord il intègre, sans s'en rendre compte, dans sa théorie utilitariste de la peine, quelques principes clés de l'ancienne théorie rétributive de St Anselme²⁸ : il distingue la réparation positive de la punition et considère la première comme insuffisante pour résoudre le conflit et dissuader le coupable et les autres. Deuxièmement, il réduit sa théorie du contrat social au seul droit criminel, et soutient que le contrat social oblige le législateur et les juges à punir au sens fort (en matière criminelle), afin de donner l'exemple du châtement. Enfin Beccaria, comme St Anselme, sépare entièrement la notion de justice de celle de pardon, et privilégie la première au détriment de la deuxième. De plus, il critique toute forme de pardon, qu'il s'agisse de la clémence étatique ou de celle de la victime. Cette dernière ne doit avoir aucun effet valable sur la justice pénale, et la première « devrait être exclue d'une législation parfaite »(Beccaria, 1764a, §46 : 79). Beccaria modifie ainsi ses priorités et les « clauses » du contrat. Dans sa théorie du fondement du droit de punir, la loi et la sanction légitimes étaient celles qui assuraient le plus de liberté possible à chaque sujet, face au pouvoir de l'État ; dans sa théorie de la peine criminelle, la peine légitime est celle qui produit, certes, sans trop d'excès, l'effet de dissuasion, et qui ne doit jamais être inférieure au mal causé. On le voit bien : à la nécessité de préserver la liberté, se substitue celle de promouvoir l'exemple. À partir de ce moment, l'État doit réduire la marge de liberté de ses sujets pour tenter de produire la dissuasion : le coupable devient un *objet* ou un simple moyen pour l'État.

²⁸ Voir le chapitre sur Kant dans cet ouvrage.

Principe redoutable qui va endurcir sa théorie de la peine criminelle. En effet, en matière pénale, il va : a) militer contre toute forme de déjudiciarisation ou de négociation entre les parties dans la résolution du litige ; b) accorder un rôle tout à fait secondaire à la victime, qui perd son pouvoir de transiger et de décider ; c) reléguer les sanctions civiles (dédommagement, avertissement, ordonnances de toutes sortes, etc.) et le pardon (y compris de la victime) au rang de solutions incomplètes, insatisfaisantes, privées ou risquées, y compris vis-à-vis des délits les plus insignifiants. La punition (au sens fort) n'est plus une *alternative* de dernière instance aux autres solutions : elle devient la règle générale. En effet, alors qu'il disait que la peine « qui ne découle pas d'une nécessité absolue est tyrannique », Beccaria affirme, dans sa théorie de la peine, que l'exemple est une nécessité inexorable. Il écrit à ce propos :

Quelquefois on s'abstient de punir un délit peu important, lorsque l'offensé le pardonne. C'est un acte de bienfaisance, mais un acte contraire au *bien public*. Un particulier peut bien ne pas exiger la réparation du tort qu'on lui a fait ; mais le pardon qu'il accorde ne peut détruire la nécessité *de l'exemple*. Le droit de punir n'appartient à aucun citoyen en particulier ; il appartient aux lois qui sont l'organe de la volonté de tous. Un citoyen offensé peut renoncer à sa portion de ce droit, mais il n'a aucun pouvoir sur celle des autres (Beccaria, 1764c, §20 : 105) ²⁹.

L'argument du contrat social est évoqué pour neutraliser les effets juridiques d'un accord entre la victime et son agresseur ou le pardon de la première : aux yeux de Beccaria, rien ne peut prendre la place de la peine. Quant au droit (étatique) de grâce, il ne se justifie qu'« en raison de l'absurdité des lois et de la cruauté des condamnations » (Beccaria, 1764a, §46 : 79). Bref, ce droit est « la plus belle prérogative du trône », mais aussi « un désaveu tacite que le prince [...] donne à un code » (ibid.). Un Prince, qui ne songe « qu'au bonheur de son peuple », songe surtout à la peine (ibid.). *L'espoir* de l'impunité [pénale] est devenu pour Beccaria la plus grande menace pour la justice et la dissuasion. Le législateur doit être clément, mais les lois et le personnel de la justice doivent être « inflexibles » (ibid. : 80).

²⁹ Je n'ai pas trouvé ce passage dans la traduction de Chevalier (Beccaria, 1764a). J'ai donc emprunté cet extrait à l'édition établie par Morellet publiée chez Flammarion (Beccaria, 1764c). Dans l'édition italienne (Beccaria, 1764b), ce passage se situe à la fin du § 29 (« De l'emprisonnement »), pp. 97-98.

Beccaria ne reprend ici que le plaidoyer et le préjugé de son siècle. Il se forme très rapidement un large consensus contre le droit de grâce ; ce consensus s'étend de la doctrine de la sévérité maximale au rétributivisme en passant par l'utilitarisme classique.

Le principe de l'obligation pragmatique et politique de punir

[Retour à la table des matières](#)

Outre l'argument du contrat social qui, dans la théorie de la peine de Beccaria, oblige à punir, il ajoute trois autres arguments pour convaincre son lecteur de la nécessité - voire de l'obligation - de punir : une raison pragmatique, une raison politique et, de façon moins développée, une raison juridico-morale. La première est de loin la plus importante, pour être celle qui est le plus souvent associée à son oeuvre ; la deuxième est (surtout) une extension de la première ; et la dernière n'a qu'un rôle marginal dans son oeuvre. C'est pour cette raison qu'elle n'est pas intégrée à l'appellation de ce principe.

La raison pragmatique ou utilitaire. Beccaria va soutenir, comme c'est d'ailleurs le cas de l'ensemble de la pensée classique utilitariste, que *la certitude de la peine (légale) criminelle* est une condition essentielle de son *efficacité* et, par ricochet, de sa *légitimité*. La boucle est donc bouclée : d'une part, la dissuasion exige la certitude et, d'autre part, l'utilité et la légitimité de la peine - qui dépendent, à leur tour, en premier lieu de la dissuasion - exigent son application inexorable. Dès lors, il est nécessaire de punir *toutes les (sortes d') infractions* dont on prend connaissance, y compris les plus légères, pour ne pas affaiblir l'effet de dissuasion et la légitimité de la peine. On s'en souvient, l'un des leitmotivs de l'oeuvre est que c'est la *certitude* de la peine, et non sa *sévérité*, qui est importante. Tel que formulé par Beccaria et par les utilitaristes classiques, ce discours est trompeur : il prend l'allure d'un discours critique à l'égard de la sévérité (de l'ancien système), ce qu'il est dans une certaine mesure, mais il est également porteur d'un autre principe répressif : celui de l'obligation de

punir *par une peine criminelle* et conformément aux buts de la théorie de la dissuasion.

Beccaria écrit que la peine, pour être utile et faire obstacle au crime, n'a pas besoin d'être cruelle ni hors de proportion avec le dommage causé, mais elle doit être publique, prompte, certaine et inflexible ; elle doit aussi surpasser l'avantage résultant du délit, ce qui signifie qu'elle ne peut pas se situer en deçà d'une quantité minimale³⁰. En effet, « un des moyens les plus sûrs de réprimer les délits, ce n'est pas la rigueur des châtiments [comme l'a prétendu la doctrine pré-classique de la sévérité maximale], mais leur caractère infaillible [...] » (Beccaria, 1764a, §27 : 46).

Comme l'a montré Foucault (1975 : 94), le terme « punitions humaines » a pris ici un sens ambigu et paradoxalement répressif. En effet, si la peine ne doit pas être excessive pour être « humaine », elle ne peut pas, par ailleurs, être *indulgente* pour être aussi « humaine », car une peine *insuffisante* ou une mesure de rechange à une peine sont doublement « inhumaines » : elles sont inhumaines pour le public, puisqu'elles n'empêchent pas le délit, et inhumaines à l'égard même du contrevenant, puisqu'on le punit pour rien (si l'on ne punit pas assez) ou l'on ne guérit pas sa maladie³¹. « Humanité, dit Foucault (ibid.), est le nom respectueux donné à cette économie et à ses calculs minutieux ».

Si, aux yeux de Beccaria, le législateur doit être « clément, indulgent et humain » (ibid., §46 : 80), il est nécessaire, en contrepartie, « que les lois soient inexorables, comme doivent être inflexibles ceux qui les appliquent dans des cas particuliers [...] » (ibid., §46 : 80). Même les délits plus légers (*delitti più leggeri*) doivent être *inévitavelmente* punis, parce que c'est de ces délits que « l'esprit se sent plus proche » et la punition « fera sur les spectateurs une impression qui, en les détournant de ces derniers, les éloignera d'autant plus des autres » (ibid., §29 : 56)³².

³⁰ Sur la règle de la quantité minimale, voir Foucault (1975 : 96).

³¹ Voir Bentham (1840, 1 : 51) qui soutient littéralement cet argument.

³² Je paraphrase un peu plus librement ce passage, sans toutefois trahir la pensée de Beccaria. En effet, il réaffirme ici la nécessité de châtier les délits plus légers. Chevalier traduit ce passage par l'expression « délits moins considérables », mais

On le voit bien : l'argument pragmatique cache au fond une norme ou hypothèse *théorique* : « l'effet de dissuasion ne s'obtient qu'à travers la peine criminelle et il faut que celle-ci soit certaine pour produire le résultat escompté ». La (certitude de la) peine devient nécessaire.

La raison politique. À partir du moment où l'on se donne comme objectif principal la dissuasion et que l'on fait reposer sur la peine criminelle la possibilité d'obtenir cet effet, punir de façon minimale devient une recommandation politique. Le législateur s'en tiendra alors à prévoir des peines dans les lois qui devront être appliquées avec certitude par le judiciaire. Et le pouvoir exécutif doit aussi veiller à cet exercice. Comme Beccaria a de plus voulu empêcher que le pouvoir judiciaire exerce un pouvoir discrétionnaire dans le choix des sanctions, il a tout naturellement été amené à argumenter exclusivement en faveur des peines et en prenant pour acquis l'action du législateur lui-même. Selon lui, les peines doivent être fixées par la loi de façon absolue, car on ne peut pas confier « aux juges des affaires criminelles » l'interprétation des lois pénales (Beccaria, 1764a, §4 : 11). Or, une telle exigence obligerait le juge à toujours appliquer la peine prévue, ce qui contrarie le principe de la dernière instance (y compris le principe de la sanction la moins rigoureuse possible dans chaque cas). Curieusement, il n'explique pas pourquoi le juge des affaires civiles ne serait pas soumis au même principe mais, en matière pénale, il considère que l'esprit des lois est menacé par l'interprétation des juges (ibid., p. 12) : le juge en question usurperait la place sacrée du législateur. « En présence de tout délit, le juge doit former un syllogisme parfait : la majeure doit être la loi générale, la mineure l'acte conforme ou non à la loi, la conséquence étant la liberté ou la peine (*la conseguenza la libertà o la pena*) (Beccaria, 1965, §4 : 12, ma traduction). Le judiciaire est alors destitué de toute fonction critique de contrôle des abus de la part du pouvoir législatif. Ce dernier est vu comme au-dessus de toute défaillance vis-à-vis des « actes d'autorité » et du choix de « motifs sensibles » pour faire respecter les lois. Résultat surprenant pour qui a débuté son ouvrage en constatant que les lois « n'ont été le plus souvent que l'instrument des passions d'un petit nombre » (Beccaria, 1764a, Int. : 7).

dans l'édition italienne (Beccaria, 1764b : 97), il est question de « délits plus légers » (*delitti più leggeri*).

La raison juridico-morale. Selon cet argument, l'application de la loi pénale se conforme à un principe strict d'uniformité et d'égalité formelle afin de prévenir toute incertitude et toute disparité dans les décisions des tribunaux. Si on laissait le juge décider selon le cas, l'esprit des lois « dépendrait de la violence de ses passions », « de ses relations avec la personne lésée » et de « toutes les causes minimales qui changent l'aspect d'un objet selon les fluctuations de l'âme humaine » (ibid. : 12). Par conséquent, « on verrait le même tribunal punir les mêmes délits différemment à des moments différents pour avoir consulté non la voix constante et précise de la loi, mais l'instabilité trompeuse des interprétations » (ibid.). Encore une fois, on comprend mal comment Beccaria en est venu à supposer que le législateur serait, plus que le juge, un personnage neutre, immunisé contre la violence des passions de l'opinion publique, les intérêts électoraux, etc., mais ceci semble correspondre aux croyances en vigueur à son époque.

Deux remarques. Tout d'abord, il faut noter que le principe de la dernière instance et de la modération est réservé exclusivement, et en théorie seulement, au législateur : la fonction du policier est d'arrêter ; celle du représentant du ministère public, de poursuivre ; celle du juge, d'acquitter ou de condamner et, s'il condamne, d'appliquer la seule peine prescrite dans la loi. Le bras séculier de la justice ne pourrait ni déjudiciariser ni modifier la pénalité. Ensuite, le législateur n'est plus tenu de préserver la plus grande part de liberté possible des individus, mais tout simplement d'être humain à l'égard des excès. Et cette humanité constitue en même temps une condition de l'efficacité des peines : une peine trop sévère inciterait un jury ou « un juge faible ou cupide » (Beccaria, *ibid.*, §27 : 46) à accorder fréquemment l'impunité (pénale) ; et « plus le châtement dont on est menacé est cruel, plus on a de hardiesse pour l'esquiver, si bien que l'on commet plusieurs délits pour fuir le châtement d'un seul » (ibid.).

Le principe de l'analogie de la peine

[Retour à la table des matières](#)

Nous avons vu que la théorie utilitariste classique s'est donné la dissuasion comme objectif premier et qu'elle cherche à exclure du droit pénal les mesures, les sanctions et les procédures de résolution de conflit qui peuvent s'appliquer en droit civil. C'est dans ces limites théoriques qu'elle va poser les deux questions suivantes : « quelle sorte de peine doit-on choisir ? » et « quel degré de privation doit-on imposer pour atteindre la dissuasion ? ». Nous allons examiner ici la principale réponse apportée à la première question ; la section suivante abordera la seconde question.

À l'époque classique, la réponse principale au choix du type de peine encouru en regard de chaque crime a été donnée par ce que Bentham (1840, 1, C4 : 57) a appelé le « principe de l'analogie ». Disons dès maintenant que ce principe a été adopté, pour des raisons différentes, à la fois par les utilitaristes et par les rétributivistes (comme Kant, par exemple). En quoi consiste-t-il ? Dans son expression la plus simple, il considère que l'idéal de la peine est d'être une sorte de *clone* ou de *copie approximative* du crime : la peine doit reproduire le crime. Par exemple, si vous tuez une personne, la peine qui correspond par analogie à cet acte est la peine de mort, car elle reproduit (en sens inverse) le mal que vous avez commis. De même, Kant et Bentham vont dire que la castration est la peine la mieux adaptée pour le viol ³³. On cherche une analogie, ou encore une « égalité », entre le crime et la peine. Bentham, dont l'imagination est fertile, cherche à établir, entre autres, des analogies entre *l'instrument* du crime et la peine. Ainsi, dans le cas de l'incendiaire qui a provoqué la mort d'une personne, il suggère que le feu peut « être employé comme instrument de supplice, sans aller jusqu'à la mort » (ibid., p. 60). Il faudrait alors, dit-il sans doute pour respecter le principe de la légalité et pour éviter les abus, que le texte de la loi détermine soigneusement la

³³ Voir Bentham (1840, I, C9 : 74) et Kant (1797a, App., 5 : 246).

partie du corps qui doit être exposée au feu, la façon de procéder avec une lampe, etc.

Écartons tout malentendu : ce principe n'est pas considéré, par les utilitaristes, comme un critère absolu pour le choix de la peine, bien qu'il soit très valorisé. Il peut exister des raisons pour ne pas l'appliquer par rapport à certaines infractions. Par exemple, malgré ce principe, autant Beccaria que Bentham sont opposés à la peine de mort, même dans le cas d'homicide. De plus, lorsque Bentham parle de brûler l'incendiaire qui a causé la mort d'une personne, il ne veut pas nécessairement proposer cette peine, ni l'exclure, car « il ne suffit pas que la peine soit analogue pour être convenable » (ibid., p. 58) ; il veut expliquer ce principe.

Selon toute vraisemblance, ce principe est ancien mais il s'inscrit ici dans le cadre strict de la rationalité pénale moderne (la « bouteille à mouches »), c'est-à-dire de manière à exclure les sanctions de droit civil ou d'autres formes de résolution du conflit. Un peu avant Beccaria, Montesquieu (1748 : 203) avait déjà prétendu que « c'est le triomphe de la liberté, lorsque les lois criminelles tirent chaque peine de la nature particulière du crime ». Mais sa vision des choses est telle qu'avec lui, ce principe prend un visage différent et prête à d'autres conséquences. Pour lui, le but de la sanction (au sens large) est le rétablissement de l'ordre, et non la dissuasion ou l'expiation. De plus, la sanction civile n'est pas exclue et peut être moindre que le mal causé. Il s'est même rendu compte qu'il y avait au moins deux façons d'interpréter la loi du talion. « Dans les États despotiques, qui aiment les lois simples », on appliquait le talion à la lettre (ibid., p. 103) ; dans les « États modérés », on n'admettait son application qu'en toute dernière instance : tout d'abord, on ne condamnait au talion que lorsqu'on n'avait pu satisfaire autrement la victime ; ensuite, on était autorisé, après la condamnation, à payer des dommages et intérêts, et la peine corporelle se convertissait en sanction pécuniaire (ibid.)³⁴. Bref, le principe de l'analogie n'est ni limité aux sanctions pénales ni à une quantité minimale obligatoire.

³⁴ J'ai modifié ici le langage et les tournures de phrase de Montesquieu, mais sans trahir l'idée centrale. Il faut savoir aussi que la notion de « peine pécuniaire », chez Montesquieu, n'est pas réservée à l'amende : elle comprend aussi le simple dédommagement à la victime.

J'ignore pour quelles raisons précises on en est venu à tant valoriser le principe de l'analogie à l'époque de Beccaria, mais j'en trouve quatre qui me semblent pertinentes. Tout d'abord, pour les utilitaristes, ce principe semblait cohérent avec leur psychologie, centrée sur l'association des idées et avec leur image élitiste du « peuple ». L'analogie, explique Bentham (1840, I, 4C : 57), est le rapport entre deux objets, « l'un possède la propriété de rappeler l'autre dans l'esprit de la personne en question ». Or, pour Beccaria et Bentham, l'analogie frappe l'imagination et produit, dans l'esprit des gens, une association plus vive entre le délit et la peine, ce qui est considéré à la fois comme salutaire et plus efficace pour la dissuasion. Comme tous deux se préoccupent de l'éducation culturelle des classes pauvres, le « peuple » au sens péjoratif du XVIIIe siècle (Garnot, 1990 : 11-13), ce principe leur semble particulièrement approprié. Beccaria (1965 : 38) veut atteindre « l'esprit grossier du vulgaire » de façon que « la peinture séduisante d'un délit profitable éveille immédiatement l'idée étroitement associée de la peine ». Pour lui, il est alors « de la plus haute importance que la peine suive de près le délit » (ibid.), au double sens de la promptitude³⁵ et de la ressemblance. Ainsi, « plus le châtement sera prompt, plus il suivra de près le crime qui a été commis, plus il sera juste et utile » (Beccaria, 1965, §19 : 37). De plus, poursuit-il, il y a une autre façon de « resserrer encore la liaison entre le délit et la peine », c'est d'appliquer le principe selon lequel la peine « doit être aussi conforme que possible à la nature du crime » (ibid. : 38). Il reprend quasiment mot à mot les termes de Montesquieu, tout en leur donnant une connotation plus stricte et plus répressive.

En deuxième lieu, ce principe semblait simple, rationnel, non arbitraire, voire relevant d'une certaine esthétique. En effet, il permettait de trouver facilement un « équivalent » au mal causé, de façon quasi naturelle et directement reliée à l'acte. Les rétributivistes vont valoriser particulièrement cet aspect, car ce principe réalise, à leurs yeux, l'idéal égalitaire (« oeil pour oeil ») et résout en apparence, d'un seul coup, deux problèmes : celui du type de peine et celui de sa quantité (Kant, 1797a : 215). C'est l'image (stéréotypée) du talion : la peine apparaît alors comme simple et juste. Bentham est lui aussi séduit par cette idée. « En quoi consiste le talion ? », se demande-t-il : « À faire souffrir au délinquant le

³⁵ Bien sûr, on peut découvrir dans cet aspect de promptitude d'autres vertus que sa prétendue efficacité dissuasive, et Beccaria lui-même dira qu'elle est plus juste.

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 délinquant » (Bentham, 1840, 1 : 69). Bentham apprécie aussi sa simplicité et le fait qu'il entre « dans l'intelligence la plus bornée », se fixe dans la mémoire la plus faible, etc. En plus, il lui trouve même une justification esthétique : « l'analogie est si parfaite » (ibid.) !

En troisième lieu, d'un point de vue politique, ce principe apportait une réponse à la question de l'arbitraire du Prince. Dans la mesure où le législateur l'adopte, on a l'impression que son choix est raisonnable, adapté à la nature du mal causé, et que la peine peut au moins y trouver une certaine justification naturelle. Si l'on tue un meurtrier, c'est parce qu'il a lui-même choisi sa peine, en choisissant son acte. Le Prince n'y est pour rien.

Enfin, pour les réformateurs plus libéraux, ce principe apparaît comme une critique de la peine de mort dans le cas des infractions contre la propriété, et tout particulièrement dans le cas du vol. On y voit un argument contre la doctrine pré-classique de la sévérité maximale. Ultérieurement, et même encore dans notre siècle, on se souviendra de ce principe pour critiquer l'usage de la prison dans le cas des infractions patrimoniales, mais sans succès.

Il reste que ce principe est aussi la cause de quelque embarras pour la pensée classique. Pour ceux qui sont favorables à l'abolition de la peine de mort, comme Beccaria et Bentham, il constitue un obstacle à contourner. En effet, après avoir vanté les avantages de ce principe, comment faire pour le neutraliser ? Mais la plus grosse difficulté provient du fait qu'il tend à légitimer les châtimens corporels dans le cas des infractions contre la personne, ce qui amène la pensée classique à renouer des liens avec la pensée pré-classique, après la brouille initiale. « Les attentats contre la personne [...] doivent être incontestablement punis de peines corporelles », écrit Beccaria (1965 : 38). De plus, ce principe nécessite des sanctions variées. Or, la pensée classique a exclu les sanctions civiles et tend progressivement à se satisfaire de l'amende et de la prison. Même les rétributivistes contemporains ne s'accordent plus tous à soutenir la peine de mort et la castration. Le principe perd alors de l'importance, pour devenir de plus en plus dérangeant.

Le principe de proportionnalité (verticale) et du surplus (modéré) de la peine

[Retour à la table des matières](#)

Dans quelle mesure doit-on punir (pour obtenir tel ou tel résultat) ? En opposition à la doctrine de la sévérité maximale pré-classique, le savoir pénal classique va également tenter de répondre à cette question sur le quantum de privation qui devrait être infligé aux transgresseurs d'une loi pénale. Pour tenter de répondre à cette question, on va tourner et retourner les notions de proportionnalité, de « surplus des peines » et d'« égalité ». La pensée utilitariste classique, va articuler les deux premières ; la pensée rétributive, la première et la dernière.

1. La notion de « proportionnalité » ne semble pas avoir encore un sens philosophico-juridique précis et restreint aux sanctions pénales jusqu'à la fin de la première moitié du XVIII^e siècle. Dans le droit hébraïque, elle ne désignerait qu'un seuil supérieur en cas d'échec d'autres solutions plus satisfaisantes, y compris la tentative de transaction (Draï, 1991). Si l'on est poussé - par le comportement du coupable après la faute - à punir une offense pour éviter un déni du droit, l'on ne peut pas le faire au-delà du dommage qu'elle représente. Et l'on manifeste une aversion particulière à l'endroit des offenses mineures qui sont punies « hors proportion ». Par ailleurs, chez d'autres penseurs, comme Locke (1690 177), la notion de « peine proportionnée à la faute » comprend deux idées celle de réparer le dommage qui a été causé et celle d'« empêcher qu'il n'en arrive un semblable à l'avenir ». Dans ce cas, la notion de « proportion » est associée au but de dissuasion, mais n'implique pas encore de façon explicite et incisive la nécessité d'un surplus de peine pour produire cet effet. Chez Montesquieu (1748, 6L, 9C et 16C), la notion de proportionnalité comprend déjà certains aspects qui seront valorisés par Beccaria et par Bentham, mais s'inscrit encore dans un cadre théorique ouvert et diversifié. La paix entre les parties semble une solution tout à fait acceptable et « tout ce que la loi appelle une peine est effectivement une peine » (p. 92) : la simple condamnation peut être une peine (p. 91), on peut donner des conseils (p. 93), payer des dommages et intérêts (p. 103), etc.

Les utilitaristes classiques vont conserver, me semble-t-il, une partie de ce sens d'échelle et de limite qu'avait la notion de proportionnalité, mais ils vont aussi la modifier, fermer la voie d'accès à d'autres solutions ou sanctions non pénales et l'endurcir à divers égards. La notion de proportionnalité sera même jumelée à l'idée d'un « surplus de peine » obligatoire par rapport au dommage causé. Et il faut garder à l'esprit que la proportionnalité sera interprétée en accord avec les principes qui précèdent. Cela veut dire qu'on ne va pas considérer le dédommagement comme une sanction « proportionnelle » (même s'il comprend des intérêts punitifs), tandis que l'amende peut être acceptée comme telle, par rapport à certaines infractions contre la propriété.

Encore une fois, tant les utilitaristes que les rétributivistes vont soutenir la notion de proportionnalité. Elle ne revêt pourtant pas tout à fait le même sens chez les uns et chez les autres. Chez les utilitaristes, la proportionnalité sera vue comme une sorte *d'échelle de gravité* de l'ensemble des crimes et des peines dans un corpus législatif. Je l'appellerai la proportionnalité-échelle ou « verticale ». Cette appellation correspond bien au langage de Beccaria (1764a, §27 : 47) qui parle d'« une échelle de peines proportionnées aux délits ». L'image (utilitariste) de la proportionnalité est ici *théoriquement* compatible avec l'idée d'un surplus de peine. En effet, comme le dit Beccaria, « pour qu'un châtement produise l'effet voulu [Le., la dissuasion], il suffit qu'il *surpasse* l'avantage résultant du délit [...] » (ibid.). Par exemple, si vous avez commis un vol de \$500,00 dollars, une peine d'amende de \$600,00 contient un surplus de peine et demeure proportionnée à ce délit à condition, par exemple, que la peine pour l'homicide soit supérieure à celle du vol. Si la peine du vol et de l'homicide sont identiques ou peu différenciées, un utilitariste classique dirait qu'il n'y a pas de proportion entre les crimes et les peines.

Les rétributivistes vont plutôt représenter la proportionnalité dans le cadre de la notion d'égalité. Elle est alors comme une sorte de balance, de rapport de correspondance *intrinsèque*, d'équilibre ou d'identité entre une action particulière et la peine qui lui conviendrait. La peine doit être, en termes de type et de quantité, la plus conforme possible au crime (« une mort pour une mort »). La proportion ne vise pas ici la dissuasion mais tout simplement le rétablissement, dans la mesure du possible, de la situation antérieure au délit. Cette notion de proportionnalité est *théori-*

quement incompatible avec la recherche consciente d'un surplus de peine. Je l'appellerai, pour la distinguer de la précédente, la proportionnalité-miroir ou « horizontale ». Par exemple, si vous tuez, vous devez être condamné à mort, mais le supplice n'est pas autorisé puisque le but n'est pas de terrifier la population pour produire la dissuasion. En principe, on ne peut ajouter aucun supplément de peine à des fins de dissuasion. Nous y reviendrons dans le chapitre suivant.

Beccaria formule et justifie sa notion de proportionnalité-échelle de la façon suivante. À son avis, « plus les délits sont nuisibles au bien public, plus forts doivent être aussi les obstacles [politiques] qui les en écartent » (Beccaria, 1764a, §6 : 15), c'est-à-dire les peines. « Il doit donc y avoir une proportion entre les délits et les peines » (ibid. ; c'est moi qui souligne). Dans la nouvelle « arithmétique politique » (ibid.) qu'il propose, le législateur doit agir « comme un architecte habile » et établir, par rapport aux différentes catégories de délits, « une échelle correspondante de peines, descendant de la plus forte à la plus faible » (ibid. : 16). Il suffit alors au législateur « d'en marquer les points principaux et d'en respecter l'ordre, en se gardant d'appliquer aux délits du premier degré les peines du dernier ». On voit clairement qu'il s'agit d'une proportionnalité « verticale ».

La notion de proportionnalité, chez les utilitaristes, est véritablement ancrée dans l'idée de dissuasion (et non dans celle de « redresser avec justice positivement les torts »). Un des buts de la proportionnalité-échelle est alors de *produire* la dissuasion même. Cela veut dire qu'elle doit comprendre un *minimum* de peine en deçà duquel on ne doit pas tomber. En plus, ce minimum doit comprendre déjà un surplus de peine pour surpasser les avantages du mal causé. On voit bien que cette arithmétique politique n'est modératrice que par rapport à l'ancien système et qu'elle n'est pas compatible avec le principe de la dernière instance. Une autre justification, sans doute particulièrement naïve, de la proportionnalité-échelle serait d'empêcher le passage de certains délits moins graves à d'autres plus graves. Beccaria croyait que, si le vol était puni comme l'homicide, tout voleur allait commencer à tuer plutôt qu'à voler, comme si la raison principale qui l'incitait à voler (plutôt qu'à tuer) était la moindre peine :

Si un châtement égal frappe deux délits qui portent à la société un préjudice inégal, rien n'empêchera les hommes de commettre le délit le plus grave des deux, s'il s'accompagne pour eux du plus grand avantage (Beccaria, 1764a, §6 : 17).

Enfin, la notion de proportionnalité veut aussi proposer une limite au-delà de laquelle on ne doit pas punir. C'est dans ce sens qu'elle peut paraître critique, et dans certaines conditions jouer effectivement ce rôle. Par rapport aux abus les plus flagrants de l'ancien système, elle a eu un effet salutaire : elle a contribué à convaincre les gens qu'il n'était pas très approprié d'exécuter un voleur à la tire. Son rôle fut également important dans le combat contre l'idée de peines indéterminées, soutenue particulièrement par le « modèle médical » de l'école positive italienne à la fin du XIXe siècle. Aujourd'hui encore, elle peut remplir, quoique marginalement, cette fonction de dénonciation, puisque notre système produit encore régulièrement des aberrations, comme la condamnation de petits contrevenants (récidivistes ou non) à de longues peines de prison. Mais si elle sert, à l'occasion, à dénoncer certains abus, force est de reconnaître que, telle qu'elle est formulée dans le cadre de la rationalité pénale moderne, son rôle est le plus souvent répressif : elle fait obstacle aux mesures alternatives, signifie « ni trop ni trop peu », et est plus facilement critique à l'égard du « trop peu » que des excès.

Bentham (1840, I : 29) disait : « les peines ont leur *minimum* et leur *maximum*. Il y a des raisons pour ne pas faire *moins*, comme pour ne pas faire plus » (souligné dans l'original). Mais du point de vue de la société, estime-t-il, « le plus grand danger serait du côté de l'erreur en *moins*, parce que la peine serait inefficace » (*ibid.*, p. 58). En cela, il est d'accord avec Muyart de Vouglans, représentant de la pensée pré-classique. Il se réjouit cependant du fait que cette erreur est peu probable, puisqu'un « léger degré d'attention suffit pour l'éviter ». D'autant que « la pente naturelle de l'esprit humain et des législateurs » est de commettre l'erreur de l'excès, « soit par l'antipathie qui porte à une sévérité outrée, soit par un défaut de compassion pour des hommes qu'on se représente comme dangereux et vils » (*ibid.*)³⁶. En dépit de cela, outre l'idée de peines minimales - qui est associée à la proportionnalité ou à la dissuasion - la limite

³⁶ Il faut reconnaître que Bentham (1840, I : 58) recommande de « placer les sauvegardes du côté où l'expérience a montré les plus grandes dispositions à l'erreur », même s'il ne le fait pas.

supérieure de la pénalité est marquée par des exceptions et par des règles tendant à l'élargir, comme le critère de la récidive.

Foucault (1975 : 97) attire notre attention sur l'un des paradoxes de la notion de proportionnalité dans le cadre d'une logique utilitariste. C'est que « la peine doit prendre ses effets les plus intenses chez ceux qui n'ont pas commis la faute ». Or, ceci « conduit à ce paradoxe que, dans le calcul des peines, l'élément le moins intéressant, c'est le coupable » et, ajoutons-le, la victime elle-même et leur rapport éventuel. C'est aussi dire que la proportionnalité doit être « ouverte » au but de dissuasion, ce que Bentham a parfaitement compris, comme nous allons le voir ci-dessous dans la discussion sur le surplus de la peine.

2. Disons tout simplement que l'idée du surplus de peine est porteuse d'une série d'ambiguïtés et de contradictions dans les positions utilitaristes. Tout d'abord, au sens strict, on peut dire que la pensée utilitariste ne respecte ce principe que par rapport aux délits contre les biens. En effet, par rapport aux délits contre la personne, les utilitaristes adoptent plutôt une position rétributive, en ce sens que la punition *ne dépasse pas* le talion. Par rapport à l'homicide, Beccaria et Bentham restent même en deçà d'une position rétributive, puisqu'ils sont opposés à la peine de mort. Cela ne veut pas dire que les peines proposées ne sont pas répressives, mais tout simplement que le critère de surplus n'est pas opérationnel ici. C'est l'inverse qui se passe avec les rétributivistes. Leur critère de « peine égale au crime » n'est pertinent que vis-à-vis des crimes contre la personne. Par rapport aux délits contre les biens, la peine égale au crime serait le simple dédommagement, ce que les rétributivistes n'acceptent pas ; ils « demandent » alors un surplus, même s'ils évitent de l'appeler ainsi. Ils auront plutôt recours à la notion de « souffrance ». Il y a alors un accord tacite entre les deux doctrines : les délits contre les biens doivent être régis de fait par le critère utilitariste du surplus ; ceux contre les personnes, par le critère rétributiviste de la peine égale au crime (ou un peu moins). Ceci est possible, parce que les peines sont de toute façon tellement sévères que, pour les deux catégories de délits, nous pouvons avoir, selon notre inclination personnelle et sans égard au critère formel, l'impression de dissuader ou de rétribuer.

L'idée de surplus de peine, par rapport aux délits contre les biens, est aussi ambiguë, ce qui permet à la sévérité de s'y glisser sans trop de diffi-

cultés. Impossible de dire si ce surplus doit être estimé par rapport au dommage (ou au profit) sans égard à un résultat empirique effectif ou, au contraire, en fonction de sa capacité à détourner *effectivement* les individus du crime. À première vue du moins, ces deux manières de voir se retrouvent tant chez Beccaria que chez Bentham.

Le raisonnement de Beccaria sur la façon d'estimer le surplus de peine est obscur : il entre en contradiction avec certains des exemples qu'il choisit, et donne parfois lieu à des interprétations diverses. Je prendrai néanmoins le risque de reconstituer les deux interprétations que le texte semble autoriser. La première met en lumière le critère qui est le plus cohérent avec son projet global d'obtenir une certaine modération dans les peines ; la deuxième, un critère qui est centré sur une doctrine de l'efficacité, et qui est le plus favorable à l'escalade dans les peines. Je suis porté à croire que Bentham opte plutôt pour le deuxième, tandis que Beccaria favorise le premier, même si l'on trouve des remarques allant dans les deux sens chez chacun d'eux. J'appellerai le premier le « critère de l'excédent modéré » ; le deuxième, le « critère de l'excédent efficace ».

Le critère de l'excédent modéré, chez Beccaria, se résumerait à ceci : le surplus de peine doit idéalement impliquer un petit surplus³⁷, à la valeur du « dommage [objectif] causé à la société » (Beccaria, 1965, §8 : 18). Dans le calcul de ce dommage objectif, on ne doit pas [trop] tenter de comptabiliser « l'intention du coupable » (ibid., §7 : 17), c'est-à-dire son degré de méchanceté. Il semble dire encore que ce surplus doit inclure, ou bien, dans la plus sévère des hypothèses, être indépendant de la perte du profit obtenu par le délit. Ainsi, dans l'hypothèse plus sévère, si vous volez une marchandise d'une valeur de 50,00 dollars, vous devez rendre la marchandise et recevoir une amende (principe de l'analogie) qui surpasse quelque peu cette valeur objective du dommage. Toute personne, en y *réfléchissant*, ne choisirait pas de voler dans ces circonstances puisqu'elle perd le produit de son vol, et doit encore déboursier plus que la valeur de l'achat du produit. Cependant, Beccaria (ibid., §27 : 47)

³⁷ Beccaria n'emploie pas l'adjectif « petit », mais, dans le paragraphe sur la modération des peines (Beccaria, 1764a, §27), il insiste sur la certitude plutôt que sur la sévérité et écrit que pour obtenir la dissuasion « il suffit qu'il [le châtement] surpasse l'avantage résultant du délit » (« *baste che il male della pena ecceda il bene che nasce dal delitto* » ; Beccaria, 1764b : 47).

laisse également entendre que ce calcul peut (éventuellement ?) tenir compte de la « certitude de la punition ». Vraisemblablement, cela signifie que si la punition de certains délits est très incertaine, par exemple en matière d'infractions des affaires, ce surplus peut augmenter, pour compenser la perte de certitude. Beccaria reprend ici un argument de la doctrine de la sévérité maximale pré-classique. Ce critère combine alors le but de dissuasion, un certain souci pour la modération (ou pour la non escalade des peines) et l'idée de la rationalité des individus.

Le critère de l'excédent efficace se trouve probablement chez Beccaria, suite à une formulation malheureuse. En effet, au lieu de limiter d'une façon purement rationnelle *ce qu'il faut* pour détourner du crime selon sa théorie (« que le mal de la peine surpasse [un peu] le bien qui découle du délit »), Beccaria (1764a, §28 : 50) écrit que « pour qu'une peine soit *juste*, elle *ne* doit avoir que le degré de rigueur *suffisant* pour détourner du crime ». L'idée reste ici incomplète et ouvre les portes à une approche empirique centrée sur l'efficacité de la peine. En effet, considéré littéralement, ce critère dit que le surplus de peine doit être *assez puissant* pour détourner *effectivement* tous les individus ou encore pour contrebalancer *toutes les forces et tentations possibles et imaginaires qui poussent les individus au crime*. Par exemple, quelqu'un peut prétendre ceci : si un surplus n'est pas suffisant pour détourner du crime, puisque la criminalité augmente ou ne diminue pas, on doit l'augmenter. On voit le résultat : ce n'est plus la théorie virtuelle de la dissuasion mais plutôt son efficacité effective qui détermine ce qui est juste.

Bentham va, selon mon interprétation, développer le critère de l'excédent efficace. On aurait donc tort de dire que ces deux auteurs partagent le même point de vue à propos du calcul du *quantum* des peines. Son point de départ est en apparence semblable à celui de Beccaria. Il dit qu'« il faut que le mal de la peine surpasse le profit du délit » (Bentham, 1840, 1 : 50). Mais l'idée d'un surplus *modéré* n'est pas formulée. De plus, à la différence de Beccaria, par profit, il entend « la force qui pousse l'homme au délit », c'est-à-dire « tout avantage réel ou apparent qui a servi de motif au délit » (*ibid.*) et la peine « est la force employée pour le détourner ». On voit bien que Bentham est plus proche d'une théorie de l'action humaine et qu'il veut pouvoir *déterminer ou infléchir* cette conduite par le poids de la peine. Qui plus est, (lune peine inefficace est doublement un mal : un mal pour le public, puisqu'elle *laisse commettre* le dé-

lit ; un mal pour *le délinquant*, puisqu'on le punit en pure perte ». Bentham accorde beaucoup plus d'importance à l'efficacité qu'à la justice. Il glisse alors peu à peu dans un puits sans fond : il passe de l'idée selon laquelle la peine doit surpasser le délit sur un plan hypothétique et rationnel à celle selon laquelle la peine doit effectivement empêcher le délit. Si la peine échoue, ce n'est pas la preuve que son hypothèse est fautive ou sa théorie insuffisante, mais que la peine n'est pas *assez sévère*.

On peut alors voir comment la théorie de la dissuasion devient facilement très répressive. En plus, dans le champ des illégalismes contre la personne, il n'y a même pas de bases solides pour appliquer le critère du surplus modéré car on éprouve une grande difficulté à l'estimer à partir d'une valeur relativement objective. Cette difficulté est d'autant plus grande qu'on rejette en matière pénale les critères en usage dans d'autres domaines du droit (assurances en cas d'accidents de travail, critères de dédommagement en droit civil, etc.). D'où également ce curieux accord avec le rétributivisme, où l'un se rapproche irrésistiblement de l'autre, selon le domaine des infractions (contre les biens ou contre les personnes).

Fin de l'article.