

12

Travaux Interdisciplinaires et Plurilingues

Annette Sousa Costa (éd.)

Entre droit et morale:  
*Essai sur la morale*  
la finalité de la peine *de la finalité de la peine*

Journée d'études du  
13 novembre 2007,  
Université Paris-Ouest,  
Nanterre-la-Défense

Peter Lang

12

Travaux Interdisciplinaires et Plurilingues

Annette Sousa Costa (éd.)

Entre droit et morale:  
*Essai sur la morale*  
la finalité de la peine *de la finalité de la peine*

Journée d'études du  
13 novembre 2007,  
Université Paris-Ouest,  
Nanterre-la-Défense

Peter Lang

## Avant-propos

Les communications proposées à la journée d'études du 13 novembre 2007, à l'Université Paris Ouest Nanterre la Défense, intitulée: «Entre droit et morale: la finalité de la peine», et réunies dans le présent ouvrage, présentent diverses facettes de la peine évoluant au cours des siècles. Il est acquis aujourd'hui que les champs du droit pénal et de la morale ne se recouvrent pas, c'est ce que soulignait, déjà en 1922, E. Garçon dans son ouvrage *Le droit pénal*. Il y a cependant des recoupements entre ces deux domaines qui sont plus ou moins marqués, selon les époques: des attitudes réprouvées encore au 20<sup>ème</sup> siècle par la morale dominante, pouvaient l'être aussi par la loi, comme l'adultère ou l'homosexualité, comportements cependant dépénalisés aujourd'hui, conformément à la doctrine du Conseil de l'Europe. Du reste, le terme «châtiment» en particulier mais aussi les termes «peine» et «sanction», en usage, véhiculent encore l'aspect moral lié à la mesure répressive.

Nous verrons comment fluctuent les conceptions au fil des siècles et comment l'objectivité investit le droit pénal en développement progressif. Deux auteurs, dans leurs réflexions, embrassent un vaste champ allant des classiques (Grèce) aux modernes. D'autres concentrent leur attention sur le droit pénal concernant une époque et un territoire plus délimités. Il s'agit de la Rome royale, républicaine puis impériale; du territoire occupé par les Francs, de la France du 16<sup>ème</sup> siècle à l'Ancien régime ou encore de l'Allemagne aux 17<sup>ème</sup> et 18<sup>ème</sup> siècle. Entre dans ce cadre également une étude portant sur le discours des philosophes dans la Rome antique. Enfin deux articles présentent la conception de personnalités bien différentes, d'eux d'entre elles ayant profondément marqué l'évolution du droit pénal: Beccaria et Bentham, la troisième connue pour ses prises de position originales: Nietzsche.

Stamatios TZITZIS, dans son article, tend un arc très vaste aux extrémités duquel sont explicitées d'une part, la vision des Anciens, plus

précisément des Grecs, de l'autre celle de nos contemporains. Deux conceptions sont représentées, celle du devoir de punir et celle du droit de punir. Dans la Grèce antique, la première est un impératif. En effet, il semblait important de ne pas menacer l'équilibre et l'harmonie du cosmos ainsi, pour l'élément perturbateur, la sanction s'imposait. Un droit naturel se profile ici car, selon certains auteurs, il existe une présence indispensable du châtement au sein du cosmos, voire de l'être. Dans le monde des humains, l'idéal serait de trouver un équilibre entre la gravité du crime et la rigueur de la peine. Sur la recherche de la vérité, donc de ce qui est juste, se greffe l'aspect pédagogique de la sanction pénale (Protagoras) et la capacité de cette dernière à aider l'homme à devenir un bon citoyen (Platon). Cette exigence de la cité a une double conséquence: le châtement est d'abord considéré comme une réparation pour le dommage subi et poursuit enfin comme objectif l'amélioration du délinquant (Aristote), lui permettant ainsi de rentrer dans les rangs. Avant d'arriver à la conception actuelle de la sanction, S. Tzitzis nous en rappelle la genèse évoquant la punition infligée d'une part pour avoir violé la loi morale (Kant), d'autre part pour la prévention au nom de l'utilitarisme (Hobbes, Bentham), aboutissant au 19<sup>ème</sup> siècle par une répression sévère. Peu à peu émerge l'idée de resocialisation du criminel détenu pour lui permettre sa réinsertion et le traitement de ce dernier selon les exigences du droit de l'homme.

Le romaniste René-Marie RAMPELBERG décrit dans un premier temps l'aspect vindicatoire et réparateur de la peine, dans la Rome royale et républicaine, contrebalancé par d'autres aspects tels la *sacratio*: le coupable y étant sacrifié pour apaiser la divinité courroucée et rétablir ainsi l'équilibre dans la cité. Les peines sont de type privé et, prenant en considération l'intérêt de la victime, ont comme objectif d'éviter les excès de la vengeance et enfin d'agir à titre préventif. La peine de mort, publique et symbolique relève de l'exemplarité. Aux temps impériaux, les concepts de vengeance, revanche et rétribution sont encore attestés, cependant le souci de prévention devient primordial, laissant en arrière-plan la fonction réparatrice. Le crime est tra-

qué et la peine infligée, à vocation sociale, doit contribuer à éviter sa propagation.

Parmi les philosophes stoïciens de la Rome antique, Sénèque développe une réflexion intéressante sur la raison de punir et la fonction du châtimement. C'est ce que nous montre Anne VIAL-LOGEAY. En premier lieu la vengeance n'est pas un droit naturel et ne peut tenir place de punition. La graduation de la peine par rapport à l'acte est indispensable et la peine de mort ne devrait être infligée qu'en dernier recours. Elle ne représente d'ailleurs qu'un échec pour la société car, aux yeux du philosophe, la justice, avant d'être répressive, doit être préventive. Ainsi, il ne s'agit pas de punir pour punir, mais plutôt de renouer le lien entre le délinquant et les autres membres de la société. C'est la clémence qui, en adoucissant le châtimement, l'érige en quelque sorte en protection sociale. Se tenir dans un juste milieu: voilà l'objectif à atteindre.

Annette SOUSA COSTA se penche sur les caractéristiques de la peine au début du Moyen âge, à partir des termes qui s'y rapportent. Ce sont tout d'abord les mots du vernaculaire germanique qui attirent l'attention. Ils sont nombreux à désigner les amendes remises d'une part à la partie lésée, d'autre part au fisc. Dans les textes étudiés, il est beaucoup moins question de peine de mort, d'ailleurs toujours désignée par un terme latin. Le bannissement, par exemple, sorte de mort civile, semble lui avoir été préférée. La finalité de la peine est de réparer les torts causés et d'évacuer le litige, élément de perturbation sociale. La conception de la peine découle tout d'abord d'un ordre de droit civil, le caractère pénal ne sera établi que dans la deuxième moitié du Moyen âge.

L'article d'André LAINGUI «Faire régner la justice par le châtimement des méchants», porte sur une période allant du 16<sup>ème</sup> siècle à la fin de l'Ancien régime. Dans les textes de loi de cette époque, les concepts du droit côtoient les concepts propres à la religion et à la morale. L'homme y est souvent qualifié de méchant; ainsi lorsqu'il s'adonne à ses vices, doit-il être châtié. Cela est dû, pour une grande part, à la transmission du savoir dans ce domaine qui est dispensé, à côté de la rhétorique et de la philosophie, uniquement dans les collèges de

jésuites, d'oratoriens ou d'Etat. On tire la conclusion de cet enseignement que l'homme, doté d'un libre arbitre, doit être châtié si, vaincu par ses passions, il prend le chemin du vice. Au châtement est octroyée une vertu d'intimidation, ce qui explique que les peines corporelles ou afflictives étaient souvent infligées en public. L'élimination du coupable pouvait aussi avoir lieu par les galères, le bannissement ou la mort. Cette peine étant cependant moins répandue que l'on aurait tendance à imaginer.

Les articles de Brigitte KRULIC et de Jean-Pierre CLÉRO ne retracent pas la conception de la peine à des époques données, mais se penchent d'une part sur celle de Nietzsche, d'autre part sur celle de Beccaria et plus particulièrement de Bentham.

Dans un article bien documenté, Jean-Pierre CLÉRO décrit avec minutie l'avancée fondamentale du droit pénal sous l'influence de Beccaria et plus particulièrement de Bentham qui, s'il semble adhérer aux idées énoncées par le juriste italien, saura d'une part en nuancer certaines et les dépasser, d'autre part s'opposer à d'autres et ainsi développer des conceptions qui font son originalité. Parmi les principes qui semblent acquis notons la proportionnalité de la peine avec le délit qu'elle doit sanctionner, ce délit devant être mesuré à l'aune de sa nocivité réelle et non de principes sociaux qui changent au fil du temps, et moins encore du péché. Ainsi le principe de commensurabilité des délits et des peines s'inscrit dans ce qui est nommé l'utilitarisme benthamien, donnant la préférence à la prison, peine modulable dans le temps, donc plus juste. Après avoir mené une réflexion approfondie sur la torture pour extorquer des aveux et la peine de mort, Bentham les écarte. En effet, un calcul nuancé pour l'application de ces peines ou d'autres moins dures, fait pencher la balance en faveur de celles-ci. D'autant plus que la vérité, à laquelle on voudrait accéder, par ex. par l'aveu, le vrai, lui semblent inatteignables. Ici s'insère l'idée de probabilité d'erreur qui fait infléchir l'usage de la dureté de la peine. Il faut cependant, dans la recherche de culpabilité, ne négliger aucune preuve, même minime. La notion de force probatoire des éléments rassemblés, se substitue à celle de vérité. La nouvelle rationalité rend nécessaire un adoucissement de la peine.

«Nietzsche ou comment «surveiller sans punir», une lecture généalogique de la sanction», texte rédigé par Brigitte KRULIC, nous fait pénétrer dans un univers où, pour «l'esprit noblement né», le maintien de la hiérarchie, inégalitaire, est primordial. L'individu, subordonné à l'ordre communautaire, doit réparer le tort causé et le châtement qui lui est infligé a comme finalité de rétablir l'équilibre menacé. Les droits de l'individu cèdent la place à ce qui est nécessaire à la satisfaction d'une élite sacrifiant la masse asservie. Ainsi il réfute la tendance de la société libérale et démocratique à remettre en question le châtement, considérant que la justice doit faire appliquer les sanctions pour sauvegarder l'organisation sociale.

Avec la communication de Uwe HELLMANN notre regard se tourne cette fois vers une Allemagne non encore unifiée, et l'évolution du droit pénal, dans les régions qui la composent, sous l'influence des Lumières. Le nom de Beccaria, magistrat réformiste de l'Etat autrichien en Lombardie, réapparaît ici. Cependant, un siècle avant la parution de l'œuvre de ce dernier «Des délits et des peines» en 1764, Samuel Freiherr von Puffendorf travaille au renouvellement du fondement théorique du droit pénal en y introduisant en particulier la culpabilité pour faute d'intention. Dans la lutte contre les abus de la justice pénale au 17<sup>ème</sup> siècle, en particulier la torture et la répression cruelle de la sorcellerie, s'illustre Christian Thomasius. Ainsi, en Prusse, ces principes sont mis en œuvre par Frédéric le Grand. Ils trouvent leur aboutissement dans *das Allgemeine Landrecht* entré en vigueur en 1794. En Bavière, la personnalité qui marque l'évolution du droit pénal, le rendant conforme à l'Etat de droit, est Johann Paul Anselm von Feuerbach. Son code pénal clairement formulé et caractérisé par l'application stricte du principe «nulla poena sine lege» deviendra un modèle pour la future législation pénale en Allemagne, voire en l'Europe. On pourrait penser que les avancées significatives du droit pénal, impulsées en grande partie par les Lumières, ne peuvent plus être remises en cause, et pourtant des principes considérés comme définitivement acquis ont été bafoués pendant la période du national-socialisme.

L'étude originale de Guillaume Bernard développe l'hypothèse selon laquelle la sanction classique était éminemment juridique, dans le sens où elle visait la rétribution de l'acte, tandis que la sanction moderne est devenue morale puisqu'elle cherche, avant tout, à toucher le fonds de la personne. Elle illustre le fait que la responsabilité civile est née de la responsabilité pénale qui l'a longtemps absorbée. A partir du moment où la réparation civile de la victime est devenue autonome, il semble possible de dire que la sanction pénale moderne cherche à punir l'homme en fonction de son être, à lui reprocher une conduite passée et à lui inculquer des principes pour sa conduite future, en un mot à viser sa morale. A l'inverse, la sanction classique, si elle touchait la personne, était justifiée par l'acte devant être réparé quant à ses conséquences tant publiques que privées. Le droit moderne cherche à déterminer l'intention, bonne ou mauvaise, de l'homme: il s'approprie le domaine où règne la morale dans l'ordre classique, monde où le droit cherche essentiellement à établir la responsabilité de la personne pour déterminer qui doit réparer. Le droit classique avait une ambition sans doute moins omnipotente que le droit moderne.