

La peine de mort

Un garde-fou du contrat social

● ● ● **Michel Porret**, Genève

Professeur d'histoire, Université de Genève

Avec la fin du féodalisme, la justice criminelle comme institution de pleine souveraineté devient le monopole régalien de l'Etat moderne. S'y ajoutent la monnaie, l'impôt et le droit de la guerre. Du XIII^e au XIV^e siècle, le droit de punir se transforme en un rituel solennel et public de répression. Il devient hégémonique dans la pratique judiciaire.²

A la justice compensatrice et négociée entre les parties privées de l'époque médiévale, suit la justice de rétribution pénale. Selon Kant (*Métaphysique des mœurs*, 1785), cette justice inflige le mal nécessaire de la peine contre le mal illícite du crime. Kant évoque le « droit du souverain envers celui qui lui est soumis de lui infliger une *peine douloureuse* en raison de son crime ». Avec la justice criminelle de rétribution pénale non négociée, la vengeance privée (*vendetta*) est mise hors la loi.

Depuis l'Antiquité, la justice criminelle repose sur quatre modalités punitives.³

Entre neutralisation, élimination et resocialisation des condamnés, elles en constituent l'universalité répressive.

Tout d'abord, l'*exil* soit le bannissement pénitentiel ou pénal qui éloigne définitivement ou momentanément de la cité l'opposant, l'indiscipliné, l'infracteur ou le pécheur. Ensuite, la *compensation financière* qui taxe le dol commis. S'y ajoute la *mort sur l'échafaud*, comme peine expiatoire du larron repent. Bûcher de l'hérétique, démembrement du régicide tiré à « quatre chevaux », supplice de la roue du parricide, du sodomite, du bandit de grand chemin et du contrebandier, pendaison infamante du voleur et de l'assassin roturiers, décapitation honorable du noble protégé contre l'infamie : sous l'Ancien Régime, la mort comme peine repose sur l'exemplarité du supplice public.

Finalement, montant en puissance durant l'époque moderne - avec un relais institutionnel dans les maisons de force, les galères et les premiers bagnes, pour devenir la modalité pénale universelle dès la fin du XVIII^e siècle -, l'*enfermement disciplinaire* puis *carcéral* neutralise momentanément (mais aussi à vie) le vagabond « inutile au monde », puis l'*homo criminalis*.

Dans l'Europe de l'Ancien Régime, la peine capitale reste consensuelle chez les pénalistes et les philosophes. Or si son usage recule au cours du XVIII^e siècle,

« Il n'y point de méchant qu'on ne pût rendre bon à quelque chose. »
Cet utilitarisme convenu, qu'affiche Rousseau dans le « Contrat social », évoque le fameux mot de Voltaire qui salue Cesare Beccaria en 1766 : « Un homme pendu n'est bon à rien. »¹
Pourtant, de même que Montesquieu ou Kant, Rousseau adhère pleinement à l'utilité supposée de la peine capitale. Un aspect de sa pensée, à redécouvrir à l'occasion du tricentenaire de sa naissance.

1 • **Voltaire**, « Commentaire sur le livre des Délits et des peines par un avocat de province », 1766, in **Raymond Trousson** (éd.), *Voltaire et les droits de l'homme. Textes sur la justice et la tolérance*, Bruxelles, Espace de liberté 1994, p. 315.

2 • **Mario Sbriccoli**, « Giustizia criminale », in **Maurizio Fioravanti** (éd.), *Lo Stato moderno. Istituzioni e diritto*, Rome, Bari, Laterza 2008, pp. 163-205.

3 • **Michel Foucault**, *Résumé des cours*, 1970-1982, Paris, Julliard 1989, pp. 29-51.

Année
Rousseau

« Le mal est venu de cette idée qu'il faut venger la Divinité [...] si l'on se conduisait par cette dernière idée, quelle serait la fin des supplices ? Si les lois des hommes ont à venger un être infini, elles se régleront sur cette infinité [...] »

Montesquieu,
« De l'Esprit des Lois »,
Genève 1748, XII, IV.

cle, dès les années 1760 elle suscite un débat sur sa légitimité morale, sa motivation pénale et sa finalité « exemplaire ».

Cesare Beccaria

Cesare Beccaria, le *Rousseau italien*, publiée à Livourne en 1764, sous le couvert de l'anonymat, son célèbre réquisitoire de cent pages contre la peine de mort *Dei delitti e delle pene*.⁴ À l'exception des crimes dont l'organisation menacerait l'Etat, Beccaria l'estime « ni utile, ni nécessaire » pour les crimes de droit commun, liés en sus aux injustices sociales. Elle est en outre « nuisible par l'exemple de cruauté qu'elle donne ».⁵ Sécularisation du contentieux criminel, utilité sociale de la peine modérée comme obstacle politique au crime, abolition de la torture judiciaire, proportion entre les délits et les châtiments, travaux forcés et prisons pour remplacer les supplices et le gibet : le paradigme pénal des Lumières que Beccaria énonce lui assure un succès universel.

Best seller au XVIII^e siècle, réédité d'innombrables fois et traduit dans toutes les langues, notamment en français par l'abbé Morellet (1766), *Des délits et des peines* occupe l'opinion publique jusqu'à la Révolution française. Utilitaire et humaniste, prônant la certitude judiciaire et la codification des crimes et des châtiments, la philosophie pénale de Beccaria inspire le Code pénal de 1791. Pourtant, à côté de la prison comme peine qui remplace les supplices de l'Ancien Régime, le législateur révolutionnaire maintient la peine capitale comme expression de la souveraineté absolue de la nation.

Pragmatisme de Rousseau

Contrairement à Beccaria, qu'il lira dès 1766 dans la traduction de Morellet, Rousseau ne considère pas la problématique du « droit de vie et de mort » selon la problématique d'une criminologie naissante. Prohibant le « prix du sang » dans les litiges privés (*Vendetta*, par exemple), le « droit » reste la norme universelle pour instaurer l'ordre politique des lois civiles et pénales qui contribuent à la « perfectibilité » humaine.

Il rejoint ce faisant Jean-Jacques Burlamaqui, ancien avocat et professeur de droit naturel à l'Académie de Genève (1723-1739), qui résume dans son ouvrage posthume *Principes du droit politique* (1751) les conceptions classiques de la peine capitale dans le cadre du contrat social : « droit de vengeance du souverain » et intimidation sociale par l'exemplarité des exécutions publiques. Le « dernier supplice » reste le « plus grand de tous les maux naturels » nécessaires à la neutralisation et au repentir moral du criminel, ainsi qu'à la prévention générale des délits et « au repos public ».

Idéalement, pour Rousseau, les lois pénales dissuadent de « faire le mal » (*Projet de Constitution pour la Corse*, 1764-1765). Comme les réformateurs du droit pénal des Lumières, il prône la légalité contre l'arbitraire, par les codifications séparées des lois constitutionnelles, civiles et pénales. Dans *Les lettres écrites de la montagne*, il salue

4 • L'illustration de cet article est le frontispice de l'édition originale de *Dei delitti e delle pene*, Lausanne [Livourne], Terza edizione 1765. Voir Michel Porret, *Beccaria. Le droit de punir*, Paris, Michalon 2003, 128 p.

5 • Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, Genève, Droz 1965, XXVIII, pp. 48, 52.

l'« abolition de la question préparatoire » (torture durant l'instruction criminelle), survenue précocement en Europe dès 1738 dans la République de Genève.

Pour Rousseau, dans toute société organisée selon les principes volontaristes du contrat social, le glaive comme monopole étatique du droit de punir permet l'instauration d'une pédagogie de l'effroi, préventive et intimidante, contre la criminalité, souvent née des inégalités sociales inhérentes à la société d'ordres de l'Ancien Régime.

Le déterminisme social du crime inquiète néanmoins le pénaliste Rousseau : « S'il est quelque misérable Etat au monde où chacun ne puisse vivre sans faire mal, où les citoyens soient fripons par nécessité, ce n'est pas le malfaiteur qu'il faut pendre, mais celui qui le force à le devenir » (*Emile*, 1762).

nismes de l'Etat. Leur souveraineté inaliénable résulte de l'obéissance volontaire de chacun à la loi.

Dans ce contexte, pour une Cité juste, Rousseau estime que le contrat social autorise « quelques pertes humaines ». Il adhère à une forme d'utilitarisme juridico-politique hérité du *jus romanum* et du thomisme pénal. Après Montesquieu, qui réactive la métaphore thérapeutique de Platon lorsqu'il envisage dans l'*Esprit des lois* (XII, IV) la peine de mort « comme le remède de la société malade », Rousseau pense que le dernier des supplices manifeste la souveraineté absolue de l'« Etat bien gouverné ».

Vignette allégorique de la justice à visage humain repoussant la peine capitale (auteur anonyme, gravure de Giovanni Lapi)

L'ennemi public

La question centrale du *Contrat social*, favorable à la démocratie directe et à la souveraineté inaliénable du peuple, est complexe. Puisque les hommes ne peuvent plus vivre dans l'innocence de l'état de nature, ils s'associent librement, sans contrainte extérieure, pour garantir leur sûreté réciproque. Le pacte politique qui en résulte règle la question cruciale de la sécurité, de la liberté et de l'égalité de l'homme civil.

L'aliénation suprême des libertés naturelles conditionne le pacte social : « Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale ; et nous recevons encore chaque membre comme partie indivisible du tout. » Libres, égaux, autonomes et perfectibles, les individus unis comme citoyens forment le peuple souverain. Ils participent directement aux méca-



Année Rousseau

**Jean Jacques
Rousseau,**

*Œuvres complètes. III.
Du contrat social.
Ecrits politiques*, Paris,
Gallimard, Bibliothèque
de la Pléiade 1964,
1978 p.

La peine capitale prévient, idéalement, la « multitude des crimes ». Lorsqu'il confie le « droit de vie et de mort » aux magistrats l'appliquant au nom du souverain, l'individu sait qu'il s'expose à la peine capitale comme « ennemi public » quand il attaque le « droit social ». Son crime de sang menace la sécurité des « contractants » assurée par l'Etat. La « peine de mort infligée aux criminels » s'envisage ainsi : « C'est pour n'être pas la victime d'un assassin que l'on consent à mourir si on le devient. »

Tout « malfaiteur » devient par ses « forfaits rebelle et traître à la patrie ». En violant les lois du pacte social, il « cesse d'en être membre ». En conséquence, sur les plans politique et pénal, la conservation du malfaiteur est « incompatible » avec celle de l'Etat. La grâce échappe au juge pour revenir au souverain. Procédures et jugement : les pièces du procès criminel attestent la condamnation non arbitraire. Elles « sont les preuves et la déclaration » que le malfaiteur - ennemi politique plutôt que citoyen - a « rompu le traité social, et par conséquent qu'il n'est plus membre de l'Etat ».

La justice criminelle le retranchera de la société soit par l'exil, « comme infracteur du pacte, ou par la mort, comme ennemi public ». En temps de paix, la peine capitale est, selon Rousseau, comme le « droit de la guerre » qui, en temps de conflits armés, autorise le vainqueur à « tuer le vaincu ».

Une morale civique

Politisant le problème du droit de punir comme droit inaliénable du souverain, Rousseau formule avec la peine capitale une morale civique. La mort comme peine serait le ressort ultime de la volonté générale, contre la volonté aso-

ciale de la violence homicide ou celle du tyran. La peine capitale déploie en ses objectifs et ses effets la rétribution du mal du châtement contre celui du crime. Le philosophe né à Genève pense-t-il à un autre objet en légitimant la peine capitale ? Certains le pensent. Il affirme peut-être que la liberté des Modernes autorise les citoyens à tuer le despote qui viole la volonté générale sur laquelle repose le pacte social. Le glaive serait la garantie ultime de la société des citoyens. Garde-fou du contrat social, mesure extrême contre l'ennemi public, la mort comme peine prévient l'ambition personnelle du despote ou punit la corruption de la volonté générale. Contre la tyrannie, contre la dangerosité de l'ennemi intérieur, la peine de mort serait un acte de régénération du corps social, comme elle l'a été sous le gouvernement de la Terreur (septembre 1793 - juillet 1794) pour briser les ennemis de la Révolution : « On n'a droit de faire mourir, même pour l'exemple, que celui qu'on ne peut conserver sans danger », conclut Rousseau contrairement à Beccaria.

Le droit de punir laïcisé articule dans le châtement légal le lien contractuel unissant le peuple souverain à ses représentants. Si Rousseau rejette l'idée thomiste du crime comme péché, il examine dans le mal moral et physique de la peine capitale comme assurance ultime du contrat social, le problème de la tyrannie. Ce mal politique toujours recommencé.

Pour Rousseau, même si la « fréquence des supplices est toujours un signe de faiblesse ou de paresse dans le gouvernement », la peine capitale reste le revers sombre du contrat social. Une potion amère qui est utile au peuple lorsque l'Etat dépérit sous la menace du crime de sang ou du despotisme.

M. P.