

RESUME. — La réception française des *Délits et des peines* a tissé un filtre épais d'interprétations influentes. On propose ici de partir de leur genèse pour en éclairer différemment la signification. Beccaria écrit dans un contexte d'affrontement entre la monarchie autrichienne et les anciennes institutions milanaïses. Son souci principal n'est pas d'exprimer son indignation face à la justice d'Ancien Régime, mais de participer à une rébellion contre l'hégémonie politique du savoir juridique. Son projet consiste donc à exclure le droit pénal du domaine de compétence des savoirs juridiques traditionnels. On comprend alors mieux pourquoi il fonde le droit pénal sur le principe des « moindres maux possibles », principe de parcimonie punitive qui préside à une définition utilitariste, négative et contractualiste de la peine.

Mots-clé : droit pénal – philosophie pénale – Lumières – Beccaria – savoirs juridiques – utilitarisme – contrat social – droits de l'homme

ABSTRACT. — When *Dei delitti e delle pene* was published in French, it built up a thick filter of significant interpretations. Here the author intends to see how it came into being in order to shed a different light on its meaning. Beccaria wrote in a context in which the Austrian monarchy was confronting ancient Milanese institutions. His main concern was not to express his indignation against the justice of the Old Regime but to take part to a rebellion against the political hegemony of legal knowledge. Therefore his project is to exclude criminal law from the area of competence of traditional legal knowledge's. It is then easier to understand why he based criminal law on the principle of the "least possible evils", principle of punitive parsimony governing a contractalist, negative and utilitarian definition of the penalty.

Keywords: criminal law – criminal philosophy – Lumières – Beccaria – legal knowledge – utilitarianism – social contract – human rights

Genèse et signification des *Délits et des Peines* de Beccaria*

Philippe AUDEGEAN
Université Sorbonne Nouvelle – Paris III

On ne lit aujourd'hui Beccaria que par-dessus l'épaule de ses lecteurs d'hier. Or c'est particulièrement vrai en France, où la réception des *Délits et des peines* a tissé un filtre épais d'interprétations marquantes et influentes. Le succès français du livre a d'ailleurs été immédiat et considérable : le troisième et dernier état du texte, revu, modifié, corrigé par l'auteur, paraît dans la traduction française d'André Morellet (décembre 1765) avant même de paraître en Italie (mars 1766).

Il est juste de reconnaître que Beccaria lui-même avait invité les Français à se sentir en terrain connu, puisque la culture française des Lumières lui sert à l'évidence de modèle stylistique et idéologique. Le seul auteur nommé dans les *Délits* est Montesquieu, et il est nommé trois fois¹. La tâche du traducteur pouvait dès lors paraître aisée : mais les décisions de méthode de Morellet ont au contraire rendu malaisé le travail de tous ses successeurs. Sa traduction des *Délits* marque ainsi le premier tournant de sa réception internationale : elle a constitué le premier de ces puissants relais français qui ont jalonné et façonné notre lecture du texte.

En lisant le petit livre que lui a confié d'Alembert, l'abbé Morellet constate en effet que Beccaria a su admirablement « unir la force du raisonnement à la chaleur du sentiment », mais que « cette chaleur lui fait perdre quelquefois de vue l'ordre le plus naturel ». Bon menuisier mais mauvais architecte, l'auteur italien a construit de bons raisonnements dans un édifice instable. La décision du bon abbé est alors stupéfiante (elle suscita la colère de Grimm et de Diderot) : il entreprend benoîtement de modifier de fond en comble la structure de l'ouvrage, afin de rendre « l'ouvrage plus utile à notre nation, en lui donnant une forme plus analogue à celle qui nous est plus familière. »² L'ouvrage est en somme presque français (c'est-à-dire conforme à « l'ordre le plus naturel »), mais il ne l'est pas assez : Beccaria, encore un effort. Morellet

* L'abréviation DP servira ici à désigner C. Beccaria, *Des délits et des peines. Dei delitti e delle pene*, texte italien établi par G. Francioni, introduction, traduction et notes par Ph. Audegean, Lyon, ENS Éditions, 2009.

1 Exception faite d'une référence critique et sarcastique à trois jurisconsultes et d'une allusion conventionnelle à Hobbes, qu'on trouve néanmoins toutes deux dans l'avis « Au lecteur » qui n'est justement pas de la main de Beccaria.

2 Ces formules de Morellet, extraites de la « Préface du traducteur » de l'édition de 1765, sont citées dans mon Introduction, DP, p. 64. Sur la genèse et la réception de cette première traduction française, voir p. 61-72.

semble dire comme Boileau dans l'*Art poétique* : « Évitions ces excès : laissons à l'Italie / De tous ces faux brillants l'éclatante folie. » Sa version détourne donc et dénature le texte (notamment en le désignant comme un « traité ») : elle va pourtant s'imposer pendant près de deux siècles comme l'unique version de référence, y compris en Italie même où la version originale est déformée pour la faire correspondre à sa traduction française. L'enthousiasme initial se double ainsi d'une part d'ombre et de trahison : le succès international des *Délits* doit son point de départ à la naïve arrogance d'un abbé français.

Il le doit cependant aussi à l'enthousiasme militant d'un Français autrement plus prestigieux. C'est Voltaire lui-même, en effet, qui ouvre dès 1766 le vaste débat suscité par l'ouvrage italien en publiant un *Commentaire sur le livre des délits et des peines*. Il inaugure ainsi la plus abondante des traditions critiques consacrées à Beccaria : orientée par le souci d'inscrire les principes dans le droit positif, cette tradition a prolongé jusqu'à nous la voie tracée par son premier commentateur, en plaçant évidemment au centre de ses préoccupations la question de la peine de mort. Voltaire, sur ce terrain, se montre toutefois moins radical que Beccaria : tout en dénonçant la fréquence excessive des exécutions capitales, il n'affirme ni leur illégitimité, ni même leur inefficacité³. De nombreux commentateurs croient d'ailleurs que Beccaria lui-même ne reconnaît pas l'injustice absolue de la peine de mort et qu'il en admet la légitimité en cas de sédition ou de complot contre la sûreté de l'État ; mais, comme j'espère l'avoir montré (notamment en traduisant le texte au plus près), cette interprétation ne résiste pas à la lecture du chapitre XXVIII des *Délits et des peines*⁴.

Pour Voltaire, l'enjeu est en réalité plus vaste. Le livre de Beccaria parvient entre ses mains tout juste après l'affaire Calas et quelques mois avant l'affaire La Barre. Or sa lecture des deux événements est profondément différente. Voltaire avait interprété comme un problème de tolérance le cas du huguenot toulousain, victime non de la justice mais d'une erreur judiciaire causée par le fanatisme et la superstition. Mais celui du sacrilège d'Abbeville présente une toute autre nature : les juges se sont contentés d'appliquer la loi et c'est donc la justice elle-même qui doit être réformée. Beccaria a joué un rôle central dans cette évolution de Voltaire, dont le tout premier ouvrage sur le droit pénal n'est autre que le *Commentaire des Délits et des peines*. On assiste ici, en 1765, à l'émergence d'une nouvelle catégorie du vocabulaire juridique et politique : celle de droits de l'homme, comme garanties inviolables assurant la protection des individus non en tant que sujets d'un souverain, mais en tant qu'êtres humains. Cette idée conduit néanmoins Beccaria plus loin que Voltaire, du moins sur le terrain de la conceptualité proprement juridique : elle lui inspire en effet la toute première formulation moderne du principe de présomption d'innocence ainsi qu'une interprétation nouvelle de la *summa divisio* du droit romain entre les personnes et les choses⁵.

3 Voltaire ne condamne pas non plus la torture destinée à découvrir les complices. Sur l'ensemble de sa lecture de Beccaria, voir l'importante préface de G. Francioni dans Voltaire, *Commentario sul libro Dei delitti e delle pene*, traduit du français par B. Besi Ellena, Côme-Pavie, Ibis, 1994, p. 7-28.

4 Voir ma note 198, DP, p. 367-368. Plus généralement, sur les problèmes de cohérence posés par les premiers alinéas du chapitre, voir les notes 194-198, p. 363-368.

5 L'expression « droits de l'homme » semble être apparue en français dans le *Contrat social* de Rousseau (1762), et en italien deux ans plus tard sous la plume de Beccaria : voir ma note

La deuxième tradition critique consacrée à Beccaria est celle des lectures philosophiques. Inaugurée par Bentham, elle envisage les principes juridiques exposés dans les *Délits* comme l'expression d'un horizon philosophique plus vaste (où l'héritage empiriste de Locke et de Condillac joue un rôle de premier plan). Cette tradition s'est alors orientée vers la mise en évidence critique d'un conflit entre deux langages incompatibles : l'utilité et les droits, l'utilitarisme et le contractualisme, le conséquentialisme et la déontologie. Cette apparente contradiction a nourri les débats jusqu'à nos jours. Or elle a été soulignée pour la première fois en 1901 par Élie Halévy dans son grand ouvrage sur *La Formation du radicalisme philosophique*. Enfin la troisième tradition critique, constituée par les lectures historiques qui entendent rendre le texte à ses effets de sens premiers, compte au nombre de ses principaux protagonistes le livre publié en 1975 par Michel Foucault, *Surveiller et punir*⁶.

Le public francophone lit donc Beccaria à travers un double prisme : d'abord celui d'un malentendu initial lourd de conséquences, puis celui de contributions décisives (quoique fondées sur le texte déformé par Morellet) aux grandes traditions critiques consacrées à son œuvre. C'est pourquoi il n'est peut-être pas inutile de tenter un retour au texte lui-même : ne pas partir de nos questions mais le laisser nous interroger, reconstituer l'histoire d'où il a surgi pour constituer l'histoire du problème qu'il pose, revoir ce qui a été vu tel qu'il a été dit, dans la langue où il a été dit. Il convient en somme de restituer le texte de Beccaria à la pluralité de ses histoires. On n'omet pas que ces histoires comprennent aussi celles de ses traductions et interprétations : il ne s'agit pas d'ignorer ou de négliger les épaules de géant par-dessus lesquelles nous lisons Beccaria, mais au contraire de les comprendre comme autant de relais qui font désormais corps avec le texte parce qu'ils font partie de son histoire.

I. — CRITIQUE DES SAVOIRS JURIDIQUES

La connaissance du contexte historique est un premier préalable nécessaire à sa réelle intelligence⁷. Ce contexte est d'abord politique et se présente comme un héritage direct des transformations qui, survenues en Italie au XVI^e siècle, peuvent à leur tour être interprétées comme l'aboutissement d'un long mouvement, amorcé trois siècles plus tôt, de formation des États régionaux (monarchies dynastiques et républiques aristocratiques). Certes, en 1559, à l'issue des guerres d'Italie, la moitié du territoire italien est sous domination espagnole. Mais le processus de subordination au conquérant étranger s'est déroulé de la même manière que celui des communautés passées sous la domination d'un État régional : dans un cas comme dans l'autre, l'absorption des cités-États indépendantes, des enclaves féodales et des communautés

165, DP, p. 351-352. Sur la présomption d'innocence, voir § XVI, p. 191 et note 132, p. 342-343 ; sur l'opposition des personnes et des choses, voir § XX, p. 209.

⁶ Sur ces trois traditions critiques, voir mon Introduction, DP, p. 93-106.

⁷ Sur le contexte politique et biographique de la gestation des *Délits*, voir mon Introduction, DP, p. 9-31. On abordera ici ce contexte d'un point de vue plus général et plus vaste.

rurales libres s'est certes accomplie par les armes, mais aussi à la faveur d'accords de reddition qui sont le fruit de substantielles négociations⁸.

Les nouveaux seigneurs des États régionaux n'obtiennent en effet des communautés assujetties le versement d'un flux constant de revenus qu'en reconnaissant leur identité institutionnelle, leurs traditions juridiques et leur autonomie administrative. La subordination au nouveau gouvernement se fonde ainsi sur un rapport contractuel, un « pacte de dévouement » qui ne peut être globalement modifié sans la conclusion d'un nouvel accord. Or tel est également le processus qui a lieu dans les Royaumes de Naples, de Sardaigne et de Sicile, ainsi que dans le duché de Milan, c'est-à-dire dans les territoires qui passent au XVI^e siècle sous domination espagnole. Le conquérant étranger laisse en effet largement survivre les traditions juridiques et les structures institutionnelles des communautés assujetties, auxquelles il abandonne un important espace d'autogouvernement, en particulier dans le domaine de l'administration de la justice et du fisc. Jamais l'empire des Habsbourg d'Espagne, en dépit de sa puissance militaire, n'engage ainsi un véritable processus de centralisation. Sans doute était-il illusoire de prétendre contrôler les provinces d'un aussi vaste empire : aussi Charles Quint et ses successeurs ont-ils opté pour une autre stratégie, en obtenant la fidèle coopération des sujets italiens en échange du respect de leur identité et de leur autonomie. Ils ont donc volontairement confié l'administration quotidienne des territoires conquis aux élites locales, et traité chaque composante de leurs domaines comme une entité distincte, chacune ayant une série de privilèges et d'obligations spécifiques.

Lorsque les Autrichiens, après un siècle et demi de domination espagnole, s'emparent de l'État de Milan au début du XVIII^e siècle, ils y découvrent ainsi une très forte autonomie des corps et des communautés locales. À l'instar des « réformateurs » italiens du temps, ils s'aperçoivent aussitôt qu'un tel contexte est particulièrement défavorable aux réformes : très vite, ils considèrent les « corps intermédiaires » (ordres, conseils de citoyens, fiefs, corporations) comme le plus grand obstacle au changement.

Dans les capitales territoriales comme Milan, la situation politique et institutionnelle héritée du XVI^e siècle avait particulièrement favorisé la montée en puissance d'une élite locale de patriciens spécialisés dans la gestion des affaires publiques. À leur arrivée, les conquérants espagnols se sont en effet appuyés sur un groupe de familles déjà relativement compact, et qui vantaient avec orgueil la double ancienneté de leur résidence urbaine et de leur compétence dévouée au service de l'administration publique. Trop heureux de pouvoir compter sur leur expérience, les Espagnols ont entrepris de gagner leur loyauté en confirmant leurs charges municipales, tout en leur concédant volontiers une vaste autonomie gouvernementale. Par la suite, les patriciens se sont alors efforcés de consolider leurs privilèges, notamment en durcissant les conditions d'accès à leur rang⁹. Si le doctorat en droit restait nécessaire pour

8 Je dois l'essentiel de cet alinéa et des trois suivants à l'excellente synthèse offerte par D. Sella, *L'Italia del Seicento* [1997], traduit de l'anglais par L. Falaschi, Rome-Bari, Laterza, 2000, chap. 1, p. 23-24.

9 Les familles candidates devaient non seulement attester leur profond enracinement dans l'histoire de la ville, en démontrant notamment qu'elles s'étaient distinguées de longue date dans l'exercice de charges importantes, mais elles devaient également prouver

obtenir des offices au sein du gouvernement local, le droit d'y accéder devenait pratiquement réservé à une oligarchie de plus en plus restreinte et jalouse de ses privilèges. En se partageant ainsi le pouvoir de manière exclusive, les patriciens urbains ont renforcé leur sentiment d'identité, non moins que leur prétention à l'autonomie et au gouvernement, puisqu'ils pouvaient se présenter comme les dépositaires d'une tradition juridique garantissant la liberté des institutions communales. Et c'est à ce titre que, contre les prétentions centralisatrices des Habsbourg d'Autriche, ils revendiquent de plus belle au XVIII^e siècle leur autonomie politique et institutionnelle.

La période de gestation des *Délits et des peines* coïncide avec le point d'intensité maximale du conflit entre la monarchie autrichienne et le patriciat milanais, dont l'enjeu est la formation même d'un nouvel ordre politique. Beccaria fait alors partie d'un groupe de jeunes patriciens réunis autour de Pietro Verri et résolument hostiles au pouvoir et à la culture de leurs pères. Née dans la rébellion, leur fervente amitié se nourrit des livres et des idées des Lumières. Beccaria lui-même, docteur en droit, fils aîné d'un marquis récemment élevé au rang de patricien, pouvait sans doute envisager une belle carrière de magistrat. Mais un mélange d'ambition et de conviction le pousse à offrir ses services aux souverains autrichiens. Les enfants rebelles des Lumières milanaïses entreprennent ainsi de délégitimer le pouvoir politique de leurs pères. S'ils admirent Montesquieu, ils le retournent aussitôt contre lui-même en refusant la « thèse parlementaire » et l'éloge des corps intermédiaires. Dans les *Délits*, l'affirmation intransigeante du principe de légalité est ainsi fondée sur un concept de liberté emprunté à Montesquieu (la liberté comme « opinion de sa propre sûreté »), mais elle conduit aussi à une théorie du « syllogisme » judiciaire (qui interdit toute interprétation des lois pénales) bien peu conforme à l'*Esprit des lois* : en rupture totale avec le philosophe de La Brède, Beccaria est ainsi le tout premier à donner une acception positive au terme de despotisme¹⁰.

Son chef-d'œuvre naît donc comme un libelle : un pamphlet milanais dont le moins qu'on puisse dire est qu'il n'est pas antimonarchique, – contrairement à l'idée reçue associant spontanément les Lumières au combat contre la monarchie. Ses différentes phases d'élaboration sont désormais mieux connues. Une fois le livre prêt, ou presque prêt, et confié à Verri pour d'ultimes révisions et corrections, celui-ci, comme plus tard Morellet, intervient activement et modifie le texte initial, notamment sa structure et le contenu de certains arguments : les fées de la trahison se sont décidément beaucoup penchées sur le berceau du petit livre et futur best-seller des Lumières. L'étude matérielle des rédactions successives est ainsi riche d'enseignements sur la nature du projet initial, sur la signification originelle du texte et sur le sens des déformations qu'il a subies¹¹.

Mais quel avait été son véritable mobile ? La connaissance du contexte historique invite à corriger la réponse traditionnelle à cette question : le souci principal de Beccaria n'est pas d'exprimer son *indignation* face à la justice

qu'aucun de leurs membres des deux ou trois dernières générations ne s'était adonné à de viles professions mécaniques : le père de Beccaria dut ainsi falsifier la généalogie familiale pour se faire enfin admettre dans les rangs du patriciat milanais en 1759.

¹⁰ Voir ma note 67, DP, p. 321.

¹¹ Sur l'histoire des rédactions successives du texte, voir mon Introduction, DP, p. 32-54.

d’Ancien Régime, mais de participer à une *rébellion* contre la domination sociale d’un ordre, contre les prérogatives d’un corps. Le déplacement peut paraître insensible : il touche en réalité à la signification profonde du livre, car il permet de montrer que le combat mené par Beccaria contre la justice pénale d’Ancien Régime est inséparable d’un combat contre la *suprématie du savoir juridique*.

La domination politique des patriciens est en effet justifiée par leur compétence juridique (ancienneté dans l’exercice des charges administratives, esprit de service public inscrit dans le patrimoine dynastique, études et connaissance du droit). Pour combattre l’hégémonie politique conférée par le savoir juridique, Beccaria s’attaque donc à l’hégémonie savante de ce savoir par rapport aux autres savoirs. Il ne combat pas le fait que le savoir en général confère un certain type de pouvoir, mais le fait que ce pouvoir ne puisse être conféré que par un certain type de savoir qui est le savoir juridique, lui-même accaparé par une oligarchie restreinte. Pietro Verri écrit ainsi en 1764 : « Les affaires de Milan sont entièrement abandonnées aux docteurs, et pourtant le commerce, les finances, les monnaies, etc., ne me paraissent pas des matières de juristes » ; « À Milan il n’y a pas d’autres lumières que celles du barreau. Les monnaies, le blé, les eaux, les manufactures, le commerce, tout est entre les mains des docteurs qui, pénétrés des opinions du temps de Bartole, n’ont en réalité aucune idée de l’Économie politique. »¹² Ces textes font nettement apparaître un conflit des facultés : au savoir moyenâgeux du droit s’oppose la science moderne de l’économie politique. Ce constat est partagé par la monarchie autrichienne, qui confiera plus tard à Beccaria, en 1769, un poste de professeur d’économie politique. Mais celui-ci écrit d’abord, entre 1763 et 1765, un petit livre de droit, plus précisément de droit pénal : or on peut montrer que, dans ce livre, Beccaria écrit sur le droit pour combattre l’hégémonie du droit.

Comment procède-t-il ? Il jette les bases d’une science du droit pénal débarrassée du savoir juridique. Ce savoir est d’ordre historique et herméneutique : il consiste dans la connaissance finement érudite des coutumes et des traditions, dans la maîtrise prudente des règles de l’interprétation des textes, dans la souple et savante compréhension de la hiérarchie des normes. Or la nouvelle science réduit les sources du droit pénal à la seule norme législative, c’est-à-dire aux ordonnances et aux édits du souverain : les arrêts des cours suprêmes n’en seront que l’application, la doctrine n’en offrira qu’un commentaire descriptif et presque littéral dépourvu de toute autorité, aucun droit naturel ni aucune *ratio scripta* telle que le droit romain ne constitueront une source extérieure permettant d’interpréter les cas difficiles ou ignorés par la loi, enfin le droit coutumier (dont relèvent aux yeux de Beccaria les Nouvelles Constitutions de 1541 qui définissent les compétences des anciennes institutions locales de Milan) est disqualifié comme une aberration de l’histoire. Le droit pénal n’a ainsi que faire du savoir juridique.

12 P. Verri, *Memorie sincere del modo col quale servii nel militare e dei miei primi progressi nel servizio politico* [ms rédigé entre 1764 et 1775 : recueil de lettres fictives et antidatées de plusieurs années], lettres du 24 janvier et du 20 décembre 1760, dans *Scritti di argomento familiare e autobiografico*, G. Barbarisi (éd.), *Edizione nazionale delle opere di Pietro Verri*, vol. V, Rome, Edizioni di storia e letteratura, p. 88 et 104.

Ce projet n'est certes pas nouveau à l'époque des Lumières, mais Beccaria en développe une version particulièrement radicale (et même excessive à certains égards) : il entreprend de transformer le statut épistémologique du droit pénal. Ce qui se présentait comme un savoir des exceptions, comme un art et une science de la prudence, doit devenir au contraire un savoir des normes et une science des règles. Le savoir juridique des patriciens milanais, comme science historique et sociologique des cas et des circonstances, avait pour objet le divers, le contingent, l'accident, le complexe. Or la loi est une et unique, elle s'applique à tous, partout, et n'est pas susceptible d'interprétation : un tel savoir est donc désormais inutile au magistrat et praticien du droit pénal, qui doit appliquer la loi de manière littérale et mécanique et dont on n'exige aucune autre connaissance que celle de la norme. Mais il est également inutile au législateur pénal lui-même : le type de savoir appelé à présider au travail de codification législative a en effet totalement rompu avec les anciens savoirs juridiques. On le désignera un peu plus tard sous l'expression (introduite en Italie en 1766 et en France en 1767) de « sciences morales et politiques » : pour produire les lois nouvelles, il faut connaître non le droit existant mais un ordre des choses qui gît en deçà du droit et qui est « l'ordre social ». Beccaria ne connaît pas ou n'utilise pas encore l'expression, et sa perspective est d'ailleurs différente. Il nomme « philosophie » ou « science de l'homme » le type de savoir appelé à présider au travail de codification législative : cette science est la science empiriste de l'âme humaine.

Ainsi, dans le domaine pénal, le législateur ne doit-il pas considérer le criminel comme un déviant mais au contraire comme un individu absolument normal : sa science n'est ni une tétatologie des exceptions, ni une sociologie des marges. La science de l'homme enseigne en effet que le criminel est seulement un individu calculateur et égoïste. Or l'intérêt est le mobile universel des actions humaines, qui préside donc aussi bien aux actions licites qu'aux actes illicites. Les délits résultent d'un calcul qui a pris en compte le gain escompté, la sanction redoutée et le risque d'être découvert. C'est pourquoi le législateur ne doit pas corriger les hommes mais les données du calcul : il doit rendre l'obéissance aux lois plus intéressante que le crime. De même, le législateur ne doit pas brandir la menace de peines étrangères au cours normal de la vie humaine, mais tirer les peines de la vie normale elle-même, c'est-à-dire des souffrances « naturelles » occasionnées par le travail. Les travaux forcés à perpétuité seront donc la peine la plus lourde du système pénal. En règle générale, les peines seront tirées du principe d'analogie tant vanté par Montesquieu : de cette manière, il semblera que c'est la nature même qui punit et non les hommes¹³. Il faut alors en finir avec les supplices, les tourments et la mort : ces peines disproportionnées sont tellement étrangères aux lois du monde humain qu'elles ne peuvent être appliquées avec constance et engendrent donc l'impunité. Ni en aval par leurs conséquences (les peines), ni en amont par leurs causes (les intérêts), les délits ne peuvent être rangés sous la catégorie de l'exception : ils ne déclenchent aucune montée aux extrêmes, aucune situation de guerre, et les normes communes de la vie civile doivent continuer à s'appliquer.

13 Voir *L'Esprit des lois*, XII, 4 : « C'est le triomphe de la liberté, lorsque les lois criminelles tirent chaque peine de la nature particulière du crime. Tout l'arbitraire cesse ; la peine ne descend point du caprice du législateur, mais de la nature de la chose [...] »

Le projet des *Délits et des peines* consiste donc à exclure les savoirs juridiques du droit pénal en leur ôtant toute valeur et tout rôle dans ses principes et dans son fonctionnement. En écrivant son livre, Beccaria tente de refonder le discours juridique : aussi s'exprime-t-il délibérément dans une autre langue que dans la langue juridique de son temps.

Mais inscrire le texte dans ses histoires, c'est aussi le replacer dans l'ensemble d'une œuvre et d'une carrière. Beccaria ne s'est pas tu après 1766 : il a publié un ouvrage sur le style, a enseigné l'économie politique, a enfin obtenu un poste de haut fonctionnaire qu'il occupe pendant les vingt-trois dernières années de sa vie¹⁴. Il évolue ainsi, de 1764 et *Des délits et des peines* à ses leçons d'économie de 1769-1770, d'une problématique juridique de la souveraineté, marquée par les concepts de contrat, de droits et de devoirs du souverain, à une problématique économique du gouvernement fondée sur les notions d'utilité, de prospérité, de bien-être. Cette évolution était d'ailleurs déjà présente dans les *Délits* puisque, dès ce moment, il avait tenté d'injecter dans la nouvelle science pénale une conception économique du monde social.

Or l'aboutissement de cette évolution n'est autre que la fonction gouvernementale qu'il occupe au terme de sa carrière. Conseiller du prince et administrateur éclairé, il veut en effet permettre à l'action législative de se passer du savoir juridique et prolonge ainsi sa polémique de jeunesse contre les magistrats milanais, les opinions des jurisconsultes et l'arbitraire de la jurisprudence. Le législateur et souverain assisté de ses ministres et administrateurs sera désormais seul en charge de la transformation du droit. L'activité pratique du haut fonctionnaire tente d'imposer une importante dévaluation de la *scientia juris* traditionnelle, à laquelle il refuse la qualité de savoir législateur en la cantonnant à une activité technique de description du droit existant, lui-même défini comme posé par la volonté du souverain. L'administrateur est alors la figure complémentaire qui achève de rendre définitivement inutiles les juristes de l'ancien droit. C'est à lui qu'il revient en effet de prendre en charge les exceptions, les singularités, en développant un nouveau savoir qui concurrence le savoir des juristes sur leur propre terrain.

Sans doute faut-il replacer cette opération dans la longue durée de l'histoire de la pensée politique. Elle paraît en effet, à première vue, se situer dans le prolongement du tournant aristotélicien opéré à l'âge de la raison d'État. C'est néanmoins au nom d'un modèle prudentiel qu'un vaste courant de pensée avait entrepris, au tournant des XVI^e et XVII^e siècles, de disqualifier le savoir juridique traditionnel. Deux aspects distinguent donc nettement ce moment aristotélicien de la critique menée par Beccaria contre le savoir juridique. L'objectif des « politiques », en premier lieu, consistait seulement à écarter le savoir juridique du savoir gouvernemental. Il consistait à souligner la différence qui les sépare : le souverain et ses ministres doivent nécessairement posséder le second, non le premier. Beccaria, au contraire, développe une disqualification plus vaste et plus générale du savoir juridique, qu'il considère comme un savoir définitivement inutile. Ce n'est pas, en second lieu, au nom d'un modèle prudentiel qu'il opère cette critique, puisqu'il associe au contraire le savoir juridique à un art et une science de la prudence. C'est au nom de la

14 Voir mon Introduction, DP, p. 80-92. J'ai également tenté d'évaluer l'unité systématique de l'œuvre tout entière dans un livre encore à paraître : *La Philosophie de Beccaria. Savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Paris, Vrin-EHESS, 2010.

raison philosophique et justement contre tout modèle prudentiel qu'il entreprend d'élaborer un savoir législatif non juridique et une science non juridique des exceptions. À ses yeux, le modèle prudentiel développé à l'âge de la raison d'État appartient en effet pleinement à l'époque et au domaine des savoirs juridiques : le tournant aristotélicien s'est, pour lui, opéré à l'intérieur et non à l'extérieur des savoirs juridiques.

II. — LES MOINDRES MAUX POSSIBLES

C'est dans le cadre d'une critique des savoirs juridiques qu'il faut donc situer le projet des *Délits et des peines* : c'est contre ces savoirs que Beccaria propose une définition « philosophique » de la peine. On doit à Luigi Ferrajoli la meilleure formulation synthétique de cette définition :

« La justification rationnelle [de la peine] réside en effet dans sa capacité à réduire, c'est-à-dire à minimiser, la quantité et la qualité de la violence dans la société : non seulement la violence des délits, mais aussi la violence des réactions aux délits de la part des parties lésées ou des sujets, publics ou privés, qui leur sont solidaires. La peine est légitime, par conséquent, si et seulement si [...] elle réussit en somme à être la *loi du plus faible* se substituant à la *loi du plus fort* qui s'imposerait en son absence : ce plus faible qui au moment du crime est la partie offensée, au moment du procès le prévenu et au moment de l'exécution le condamné. »¹⁵

Cette définition négative de la peine s'oppose à la conception positive du droit pénal d'Ancien Régime. Pour Beccaria, le sceau de la loi ne sanctifie aucune violence : le châtement légal n'est pas une expiation, ce n'est pas une réparation positive du désordre provoqué par le crime, ni une réponse qui retisse et reconstruit, mais seulement un mal nécessaire qui ne peut être justifié que négativement, parce qu'il empêche des violences futures. Toute loi pénale implique en effet une restriction, une diminution de liberté : elle interdit des actions, elle fait subir des violences. Or la société tout entière est justifiée par le bonheur qu'elle promet et qui, privé de contenu substantiel en raison de l'extrême diversité des goûts et des aspirations, se confond avec la plus grande liberté possible d'agir et de penser à sa guise. Le souverain doit donc infliger les moindres restrictions, les moindres souffrances possibles : «... on ne peut appeler légitime une société qui ne tiendrait pas pour un principe infaillible

15 L. Ferrajoli, « Introduzione », dans R. Sbardella, *Beccaria/Dei/delitti e delle/pene/con/note*, Naples, La città del sole, 2005, p. 19-20. Voir L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Rome-Bari, Laterza, [1989] 1990, où le terme de *garantismo*, néologisme désormais d'usage courant en Italie, sert à désigner la doctrine pénale (souvent liée au nom de Beccaria) tendant à renforcer ce que la langue juridique italienne appelle les « garanties juridiques », soit les principes concernant la liberté et la sûreté des personnes susceptibles d'être poursuivies en justice, des personnes effectivement poursuivies et des personnes condamnées. L'une des fonctions de la loi consiste alors à proposer différentes règles et procédures pour réduire les risques d'abus de pouvoir de l'État : voir aussi A. P. Pires, « La formation de la rationalité pénale moderne », dans *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, C. Debuyst, F. Digneffe et A. P. Pires (éd.), vol. 2, Bruxelles, Darcier, [1998] 2008, chap. 3, p. 132-133.

que les hommes ont voulu s'assujettir aux moindres maux possibles. »¹⁶ En vertu du pacte fondateur de toute justice, le droit pénal tout entier est fondé sur ce principe : «... les peines sont d'autant plus justes que plus sacrée et plus inviolable est la sûreté, et que plus grande est la liberté que le souverain conserve à ses sujets. »¹⁷

Faute de sanctions pénales, la vie commune sombrerait certes aussitôt dans le chaos : les peines sont nécessaires ; mais cela ne signifie ni qu'on peut empêcher tous les crimes, ni que des sanctions plus sévères font toujours diminuer la criminalité. Si donc le souverain possède la force légitime d'œuvrer en faveur du plus grand bonheur du plus grand nombre, cette force n'est pourtant que la plus petite possible, celle-là seule qui est véritablement nécessaire, celle-là seule qui permet effectivement de réduire la violence des délits :

« Ce fut donc la nécessité qui contraignit les hommes à céder une partie de leur propre liberté : il est donc certain que chacun n'en veut mettre dans le dépôt public que la plus petite portion possible, celle-là seule qui suffise à engager les autres à le défendre. L'agrégat de ces plus petites portions possibles forme le droit de punir : tout ce qui est en plus est abus et non justice ; c'est un fait, mais non point un droit. Remarquez que le mot *droit* n'est pas contradictoire avec le mot *force*, mais que le premier est plutôt une modification du second, c'est-à-dire la modification la plus utile au plus grand nombre. Et par justice je n'entends rien d'autre que le lien nécessaire à l'union des intérêts particuliers, qui sans lui se dissoudraient dans l'ancien état d'insociabilité : toutes les peines qui outrepassent la nécessité de conserver ce lien sont injustes par leur nature. »¹⁸

Or il existe une tendance sociale au durcissement des peines, à laquelle Beccaria semble attribuer cinq causes. La violence subie par un innocent suscite d'abord des passions de colère ou de vengeance qui troublent l'examen rationnel de l'utilité réelle des peines : ces passions n'ont rien de répréhensible, mais la fonction de la politique est justement d'en contenir et d'en « modérer » les effets. La religion chrétienne a en outre alimenté une croyance irrationnelle en la valeur purgative de la douleur. L'habitude affaiblit également l'impression causée par les peines et provoque donc une demande périodique de sévérité accrue. Toute domination illégitime, tout abus de pouvoir, s'accompagne d'autre part d'un sentiment de crainte ou d'inquiétude qui suscite à son tour un nouveau désir de démonstration de force. Conçues par des magistrats qui représentent les intérêts des plus puissants, les lois pénales tendent enfin à accroître la gravité des délits généralement commis par les plus démunis (dettes, vols à main armée, crimes de sang)¹⁹. Aussi le droit pénal doit-il prévoir tout un ensemble de procédures et de dispositions permettant de contenir cette tendance.

Le principe des moindres maux possibles soumet ainsi le droit pénal à la règle des moindres renoncements individuels et de la moindre autorité

¹⁶ DP, § XIX, p. 207.

¹⁷ DP, § II, p. 147-149.

¹⁸ DP, § II, p. 149.

¹⁹ Voir respectivement DP, § XII, p. 79 ; § XVI, p. 191-193 ; § XXVII, p. 227 ; § XII, p. 179 ; § XXVIII, p. 235 et 239 et § XXXIV, p. 265.

possibles. Il soumet les variations d'utilité à une logique préalable du tout ou rien : une peine peut être plus ou moins utile mais elle n'est juste que si elle est nécessaire. Une peine est donc illégitime non seulement si elle est nuisible (si elle augmente la criminalité), non seulement si elle est inutile (si elle ne l'augmente ni ne la diminue), mais également si elle est utile et non nécessaire (si elle la diminue mais si le même résultat peut être obtenu autrement ou s'il n'est obtenu qu'à un prix insupportable).

Ce principe de parcimonie punitive prescrit quatre règles fondamentales en droit pénal.

1 - Principe de légalité

Il impose d'abord une stricte application du principe de légalité, au point d'interdire au juge toute interprétation de la loi pénale. On ne peut en effet contenir la tendance répressive des magistrats (ou de l'opinion publique) qu'en autorisant la loi seule à « décréter » : «... les lois seules peuvent décréter les peines des délits [...] ... un magistrat ne peut donc, sous aucun prétexte de zèle ou de bien public, alourdir la peine établie contre un citoyen délinquant. »²⁰ C'est également pour contenir cette même tendance que Beccaria formule le principe de présomption d'innocence :

« Un homme ne peut être appelé *coupable* avant la sentence du juge, et la société ne peut lui retirer la protection publique, sinon lorsqu'on a décidé qu'il a violé les pactes par lesquels elle lui fut accordée. Quel est donc ce droit, sinon celui de la force, qui donne à un juge la puissance de donner une peine à un citoyen, alors qu'on doute s'il est coupable ou innocent ? »²¹

2 - Dépénalisation

Le principe des moindres maux possibles limite ensuite drastiquement l'étendue des actions prohibées. Si la plus grande liberté naturelle possible doit être conservée aux sujets, alors les actions prohibées doivent être le moins nombreuses qu'il est possible. Pour prohiber une action, il ne suffit donc pas de prouver que la réduction de cette action augmenterait le bien-être général, mais que cette augmentation serait suffisamment compensée par la diminution du bien-être produite par sa prohibition (réduction de la liberté individuelle, relâchement du tissu social lié aux tentatives de dissimulation des délits, discrédit du législateur dans le cas d'une loi difficilement applicable et développement d'une culture de résistance aux lois²², coûts et préjudices liés aux poursuites judiciaires, malaise des témoins, souffrances du châtiment, dérives criminelles consécutives à la vie carcérale). En imposant de prendre au sérieux les maux produits par toute loi pénale, le principe des moindres maux possibles inspire une présomption favorable pour l'attitude consistant à réduire autant que possible la liste des actions qualifiées de délits et de crimes : il inspire un effort de dépénalisation et de prévention.

20 DP, § III, p. 151.

21 DP, § XVI, p. 191.

22 Voir DP, § XXXII, p. 259 : «... les lois inutiles, méprisées par les hommes, communiquent leur avilissement aux lois même les plus salutaires, qui sont regardées comme un obstacle à surmonter plus que comme le dépôt du bien public. »

Punir est en effet un mal nécessaire qu'il ne peut être juste d'accomplir qu'en cas de véritable nécessité : une société digne de ce nom ne punit qu'à contrecœur et le moins souvent possible. Si donc le même résultat peut être produit par un autre moyen que la punition, ce moyen devra toujours lui être préféré. C'est pourquoi une théorie de la justice pénale ne se limite pas au contenu de la loi pénale (que punir ?) et de la sentence (comment punir ?), mais envisage également l'ensemble des institutions et des forces culturelles d'une société (instruction publique, lois économiques, police, etc.) susceptibles de diminuer ou d'augmenter la violence²³. Une loi pénale ne peut être légitimement promulguée que si aucun moyen pacifique n'a pu permettre d'empêcher ou de réduire les actions qu'elle entend prohiber :

« ... on ne peut appeler précisément juste (ce qui veut dire nécessaire) une peine encourue pour un délit, tant que la loi n'a pas usé du meilleur moyen possible dans les circonstances données d'une nation pour le prévenir. »²⁴

3 - Douceur des peines

Le principe de parcimonie punitive inspire en outre une tendance à l'adoucissement des peines. Celles-ci doivent en effet avoir pour but et pour seul but la prévention des crimes. Point de salut par le mal : non seulement les supplices n'offrent aucune occasion de purgation, mais la punition ne procure pas nécessairement l'amélioration morale ou la correction du coupable. C'est pourquoi elle ne peut être rationnellement justifiée que par son pouvoir dissuasif. Mais si la douleur infligée au coupable n'est qu'un mal nécessaire dépourvu de toute bonté intrinsèque, alors elle doit être la moindre possible. La règle de détermination des peines ne prescrit donc pas de rechercher comment faire souffrir assez pour dissuader davantage, mais comment dissuader assez tout en faisant souffrir le moins possible :

« On doit donc choisir des peines et une méthode pour les infliger, qui, tout en respectant la proportion, feront une impression plus efficace et plus durable sur les âmes des hommes, et la moins tourmentante sur le corps du coupable. »²⁵

23 Sur tous ces points, voir J. Braithwaite et P. Pettit, *Not just deserts. A republican theory of criminal justice*, Oxford, Clarendon Press, 1990, chap. 2 ; P. Pettit, *Republicanism. Une théorie de la liberté et du gouvernement* [1997], traduit de l'anglais par P. Savidan et J.-F. Spitz, Paris, Gallimard, 2004, II, V, p. 201-207.

24 DP, § XXXI, p. 255-257. Dans ce chapitre, Beccaria plaide pour la dépenalisation de l'adultère, de l'homosexualité masculine et de l'avortement par le moyen de leur prévention.

25 DP, § XII, p. 179. À la suite de Montesquieu (*L'Esprit des lois*, VI, 12), selon lequel l'expérience montre que la puissance d'intimidation des peines n'est pas proportionnelle à leur sévérité, Beccaria fait subir un saisissant renversement à la sagesse conventionnelle associant douleur infligée et efficacité dissuasive. Il vise notamment ce que L. Radzinowicz, *A history of English criminal law and its administration from 1750*, vol. I, *The Movement for reform*, Londres, Stevens and sons, 1948, chap. 8, a nommé la « doctrine de la sévérité maximale » : voir A. P. Pires, « La formation de la rationalité pénale moderne », *loc. cit.*, chap. 2, p. 77-107. Cette sagesse conventionnelle ne peut limiter le mauvais infini de la dissuasion que par les exigences de la rétribution : on dissuade d'autant plus qu'on punit, mais on ne peut punir plus que ce que mérite le criminel. Voir, au contraire (mais dans le

Cette règle d'inversion du parallélisme psychophysique impose deux exigences : celle de la plus grande utilité possible, soit la plus grande efficacité sur l'âme des innocents, et celle des moindres maux possibles, soit la moindre violence possible sur le corps du condamné. Elle impose au législateur une enquête rationnelle et empirique destinée à diminuer progressivement la violence des peines sans diminuer leur efficacité dissuasive. Cette enquête consiste d'abord à substituer aux peines violentes des peines modérées dont la raison montre qu'elles sont au moins aussi dissuasives ; elle consiste également à alléger progressivement ces dernières quand l'expérience montre qu'on peut le faire sans augmenter la criminalité, au fur et à mesure de l'évolution des mœurs²⁶.

4 - Principe de personnalité

Du principe des moindres maux possibles découle enfin le principe de personnalité des peines, qui impose une justification distributive et non seulement agrégative de chaque peine. Beccaria en appelle ainsi à ce principe pour refuser les peines de confiscation infligées aux condamnés déjà punis de bannissement :

« Certains ont soutenu que les confiscations ont été un frein contre les vengeances et contre les insolences privées, mais ils ne réfléchissent pas que, même si les peines produisent un bien, elles ne sont pas pour autant toujours justes, car pour l'être elles doivent être nécessaires, et une utile injustice ne peut être tolérée par le législateur s'il veut fermer toutes les portes à la vigilante tyrannie, qui l'abuse par le bien momentanément et par le bonheur de quelques hommes illustres, au mépris des massacres à venir et des larmes d'un nombre infini d'hommes obscurs. Les confiscations mettent à prix la tête des faibles, elles font subir à

contexte d'une réflexion pédagogique), É. Durkheim, *L'Éducation morale* [ms. de 1902-1903], Paris, PUF « Quadrige », 1992, douzième leçon, p. 152 : « Puisque punir, c'est blâmer, la meilleure punition est celle qui traduit de la manière la plus expressive possible, mais aux moindres frais possibles, le blâme qui la constitue. Sans doute, pour les raisons que nous avons dites, un blâme aboutit à un traitement de rigueur. Mais ces traitements de rigueur n'ont pas leurs fins en eux-mêmes ; ils ne sont que des moyens, et, par conséquent, ils ne sont justifiés qu'autant qu'ils sont nécessaires pour atteindre le but qui est leur raison d'être, c'est-à-dire donner à l'enfant l'impression la plus adéquate possible des sentiments dont sa conduite est l'objet. Il ne s'agit pas de le faire souffrir, comme si la souffrance avait je ne sais quelle vertu mystique, ou comme si l'essentiel était d'intimider et de terroriser. Mais il s'agit avant tout de réaffirmer le devoir au moment où il est violé, afin d'en raffermir le sentiment et chez le coupable et chez ceux qui ont été témoins de la faute et qu'elle tend à démoraliser. Tout ce qui, dans la peine, ne sert pas à ce but, toutes les rigueurs qui ne contribuent pas à produire cet effet sont mauvaises et doivent être proscrites. »

²⁶ Voir DP, § XXVII et XXVIII ; voir aussi § XLVII, p. 297 : « Je conclus par cette réflexion : la grandeur des peines doit être relative à l'état de la nation elle-même. Plus fortes et plus sensibles doivent être les impressions sur les âmes endurcies d'un peuple à peine sorti de l'état sauvage. Il faut la foudre pour abattre un lion féroce, qui se révolte au coup de fusil. Mais à mesure que les âmes s'amollissent dans l'état de société, s'accroît la sensibilité, et celle-ci s'accroissant, la force de la peine doit diminuer, si l'on veut maintenir constante la relation entre l'objet et la sensation. » Voir J. Braithwaite et P. Pettit, *Not just deserts*, ouvr. cité, chap. 7, p. 140-143.

l'innocent la peine du coupable, et elles placent les innocents mêmes dans la nécessité désespérée de commettre des délits. »²⁷

Il n'est pourtant pas facile de comprendre pourquoi cette peine est injuste. En exposant quiconque à se sentir vulnérable, toute condamnation d'un innocent affecte ou détruit certes en chacun « l'opinion de sa propre sûreté », fondement de la liberté et « but premier de toute association légitime »²⁸. Mais telle ne peut être la raison fondant l'injustice de cette peine, puisque Beccaria la déclare expressément « utile » : or l'affaiblissement du sentiment d'assurance constitue une conséquence évidemment négative, y compris du strict point de vue de l'utilité. Dans le cas présent, la condamnation d'un innocent s'avère même nuisible, parce que criminogène. Sa capacité dissuasive est donc assez forte pour compenser ces deux inconvénients et la rendre utile.

Si Beccaria déclare cette peine injuste en dépit même de son utilité, c'est assurément parce qu'un condamné ne peut subir une peine que pour ce qu'il a fait. On doit en effet toujours présumer que le condamné puisse consentir à sa peine comme la conséquence préalablement acceptée par contrat de l'acte qu'il a commis. Les hommes n'ont en effet consenti à subir que la moindre autorité possible, celle-là seule qui est nécessaire : mais cela signifie alors qu'ils n'ont consenti à subir une peine *que pour ce qu'ils ont fait*. Une peine n'est « nécessaire » (et donc juste) que si elle l'est (ou du moins si elle peut l'être) du point de vue même de celui qui la subit. C'est d'ailleurs précisément ainsi que fonctionne le principe des moindres maux possibles dans l'argumentaire contre la peine de mort, en fonction duquel il a peut-être dès l'origine été conçu : « Comment dans le plus petit sacrifice de la liberté de chacun peut-il jamais y avoir celui du plus grand de tous les biens, la vie ? »²⁹ Ce principe impose donc à la peine de regarder non seulement vers ceux qu'elle dissuade, vers l'âme des innocents, mais aussi vers celui qui la subit, vers le corps du condamné. Toute peine doit avoir pour but d'écarter une menace pesant sur la liberté ; mais *la peine que je subis* ne peut avoir pour but que d'écarter *une menace que j'ai moi-même fait peser sur la liberté*. Une peine n'est donc juste que si elle est la moindre possible, *celle-là seule qu'a rendu nécessaire le délit qui a été commis*.

Une peine ne peut donc être infligée que si elle est utile à tous, si elle procure à cette fin la moindre souffrance possible, et si elle est l'effet d'un délit commis par celui-là même qui la subit. Cette conception utilitariste, négative et contractualiste de la peine était destinée, aux yeux de Beccaria, à réduire le pouvoir des magistrats de son temps en disqualifiant le savoir qui le rendait légitime. Elle offre néanmoins encore bien des ressources pour penser et préparer les réformes d'aujourd'hui.

philippe.audegean@univ-paris3.fr

27 DP, § XXV, p. 219.

28 DP, § XXIX, p. 241 et § VIII, p. 169 ; voir aussi § IV, p. 157.

29 DP, § XXVIII, p. 229.