

Annuaire

Numéro 20

Penser la peine à l'âge des Lumières

Éditions de la Sorbonne

L'image du mouvement intellectuel des Lumières qui remettrait en cause le droit de punir des siècles précédents, doit être nuancée. Philosophie et histoire sont convoquées pour savoir comment on pense la peine au XVIII^e siècle. L'histoire de la justice permet de se pencher sur la diversité des systèmes judiciaires européens et d'observer l'évolution de leur « rigueur » dans les discours normatifs et les pratiques pénales. Quant à l'histoire de la philosophie, revenant notamment sur Foucault, elle renoncera à présenter la pensée pénale des Lumières comme indistinctement humaniste, et ses adversaires comme unanimement hostiles à des vues utilitaristes. Les questions qui persistent dans la réflexion pénale contemporaine – fondements politiques du droit de punir, finalité rétributive ou dissuasive de la peine, débat sur la légitimité et l'utilité de la peine de mort – peuvent ainsi être revisités dans leur genèse historique et conceptuelle.

Montesquieu et Beccaria sont pris ici comme figures classiques de la philosophie pénale des Lumières, mais le propos de ce volume est aussi d'ouvrir le questionnement à des auteurs peu connus en France, comme Francesco Mario Pagano (1748-1799) et Gaetano Filangieri (1753-1788), ainsi qu'à des contextes européens peu balisés, comme les espaces helvétique et roumain.

22 euros

ISBN : 978-2-86781-849-3



9 782867 818493

**P
U
B**

Maquette : Pierre Page Bordeaux

Lumières

Publication du
Centre interdisciplinaire bordelais d'étude des Lumières /
Sciences Philosophie Humanités (EA 4574)
Paraissant deux fois par an

Directeur de la publication
Jean Mondot

Comité de rédaction:
**Fabienne Brugère, Tristan Coignard, Gilles Duval,
Catherine Lisak, Cécile Révauger, Alain Ruiz, Céline
Spector, Jean Terrel**

Comité scientifique international
Wolfgang Adam (Pr. Université Osnabrück/RFA)
Marc-André Bernier (Pr. Québec/Trois-Rivières/Canada),
Lorenzo Bianchi (Pr. Université de Milan/Italie),
Robert Darnton (Directeur Bibliothèque de Harvard/USA),
Daniel Fulda (Pr. Directeur de IZEA Halle/RFA),
Margaret Jacob (Pr. UCLA/ USA),
Michel Porret (Pr. Université de Genève/CH),
Alberto Postigliola (Pr. Université de Naples/Italie),
Wolfgang Schmale (Pr. Université de Vienne/Autriche)

© CIBEL / SPH (EA 4574)
Université Michel de Montaigne - Bordeaux 3
Domaine universitaire
F-33607 PESSAC CEDEX

Prix au numéro : 22 €
Abonnement : 40 €
adresser vos chèques libellés à l'ordre de
Monsieur l'agent comptable de l'université
à

Presses Universitaires de Bordeaux
Université Michel de Montaigne Bordeaux 3
Domaine universitaire
F-33607 PESSAC CEDEX

Pour tout autre renseignement s'adresser à :
Jean MONDOT
Revue LUMIERES
UFR de Langues
Université Michel de Montaigne Bordeaux 3
Domaine universitaire
F-33607 PESSAC CEDEX

lumières

Numéro 20

Penser la peine à
l'âge des Lumières

sous la direction de

Luigi Delia et

Gabrielle Radica

2^e semestre 2012

SOMMAIRE

DOSSIER:

PENSER LA PEINE À L'ÂGE DES LUMIÈRES

sous la direction de Luigi Delia et Gabrielle Radica

*Introduction : Le droit de punir entre philosophie politique
et histoire de la justice*

Luigi Delia et Gabrielle Radica..... 7

Première partie. Pourquoi punir ?

La philosophie pénale des Lumières entre utilitarisme et rétributivisme

Dario Ippolito..... 21

Les Lumières pénales dans les républiques francophones de l'Helvétie

Elisabeth Salvi..... 35

Deuxième partie. Gouverner les peines.

*Souveraineté et raison d'État. Du crime de lèse-majesté
dans L'Esprit des lois*

Céline Spector..... 55

*Droit de punir et construction d'une citoyenneté vertueuse
dans la philosophie de la peine de Filangieri*

Francesco Berti 73

*Punir les corps/Séquestrer les âmes. Sur la peine dans la société
roumaine au XVIII^e siècle*

Constanța Vintilă-Ghițulescu 87

Troisième partie. La peine de mort

*Penser la peine dans la souveraineté et dans l'époque. Situation de
l'argumentation abolitionniste dans Des Délits et des Peines
de Beccaria*

Kevin Ladd..... 101

Justice des Lumières et guillotine : un problème philosophique

Luigi Delia..... 121

Bibliographie..... 135

Résumés..... 143

Présentation des auteurs 149

Forum

Les Lumières ont-elles existé ?

Daniel Fulda..... 151

Recensions

Jean Mondot, Mathilde Lerenard 165

DROIT DE PUNIR ET CONSTRUCTION D'UNE CITOYENNETÉ VERTUEUSE DANS LA PHILOSOPHIE DE LA PEINE DE FILANGIERI

Francesco Berti

Il existe certainement peu d'œuvres aussi représentatives de la philosophie italienne des Lumières – à l'exception, bien sûr, du chef-d'œuvre de Beccaria – que la *Science de la législation* de Gaetano Filangieri. Projet resté inachevé à cause de la mort prématurée de son auteur, cet ouvrage a été l'un des textes de la culture des Lumières les plus lus et les plus traduits à la fin du XVIII^e siècle en Europe¹.

1. Sur la fortune critique de Filangieri, voir Antonio Pace, *Benjamin Franklin and Italy*, Philadelphia, The American Philosophical Society, 1958, p. 144-166 ; Franco Venturi, *Gaetano Filangieri. Nota introduttiva*, in *Illuministi italiani*, t. V, *Riformatori napoletani*, Milano-Napoli, coll. « La letteratura italiana. Storia e testi », Ricciardi, 1962, p. 603-659 ; Lucio d'Alessandro (éd.), *Gaetano Filangieri e l'illuminismo europeo*. Actes du Congrès « Gaetano Filangieri e l'illuminismo europeo » tenu à Vico Equense du 14 au 16 octobre 1982, Napoli, Guida, 1991 ; Paolo Becchi, Kurt Seelman, *Gaetano Filangieri und die europäische Aufklärung*, Frankfurt am Main-Berlin-Bern, Peter Lang, 2000 ; Francesco Berti, *La ragione prudente. Gaetano Filangieri e la religione delle riforme*, Firenze, Cet, coll. « Politeia. Scienza e pensiero », 2003, p. 192-264 ; Antonio Trampus, *La genesi e le edizioni della « Scienza della legislazione »*, in Gaetano Filangieri, *La scienza della legislazione*, édition critique sous la dir. d'A. Trampus *et al.*, Venezia, Edizioni della Laguna, 2003 [Filangieri 2003a], vol. 7, p. V-LXXXII ; Antonio Trampus (éd.), *Diritti e costituzione. L'opera di Gaetano Filangieri e la sua fortuna europea*, Bologna, il Mulino, 2005. La *Science de la législation*, dans la traduction de Jean Gauvin Gallois citée ci-après, a eu quatre éditions parisiennes : 1786-91, chez Cuchet, 7 vol. ; 1798, chez Dufart, 7 vol. ; 1822, chez Dufart, 6 vol., sous le titre *Œuvres de G. Filangieri*, contenant également l'*Éloge* de Francesco Saverio Salfi et le *Commentaire sur l'ouvrage de Filangieri* de Benjamin Constant ; 1840, chez Aillaud, 3 vol., avec le même titre *Œuvres de G. Filangieri*, contenant l'*Éloge* de Salfi, le *Commentaire* de Constant et les *Opuscules édités et inédits* de Filangieri. Voir Antonio Trampus 2003, p. XXI, XLVI, LXV, LXXII.

La *Science de la législation* contient un plan ambitieux et encyclopédique de réforme de l'ordre politique et juridique de la société d'Ancien régime. De la politique à l'économie, du droit à la pédagogie et à la religion, aucun domaine n'échappe à la critique et aux propositions réformatrices du penseur napolitain. Il a laissé des centaines de pages, qui ne sont pas toujours cohérentes ni originales, qui sont parfois surchargées d'érudition, mais qui sont toujours animées par un généreux prophétisme utopique, une passion fervente pour la liberté et la justice sociale, une profonde éthique républicaine².

Parmi les premiers en Europe, Filangieri, influencé par la révolution constitutionnelle américaine, propose une Constitution écrite; épigone de Voltaire et de Diderot, il a défendu avec ténacité la liberté de presse et d'expression et a élaboré, à travers une confrontation de ses idées avec la philosophie pédagogique de Rousseau, un vaste plan national d'instruction publique.

L'attention de Filangieri, comme c'est le cas de la plupart des philosophes des Lumières, s'est concentrée principalement sur les défauts de la justice pénale qui, dans le cas du Royaume de Naples, dénotaient un esprit de classe très poussé, dans la mesure où les seigneurs féodaux conservaient encore le droit d'exercer la juridiction pénale dans leurs domaines. C'est à la réforme du droit pénal que Filangieri consacre son troisième livre de la *Science de la législation*, qui est sans doute le plus réussi: il est subdivisé en deux grandes sections consacrées, respectivement, à la réforme du droit procédural et à celle du droit substantiel. Ces écrits constituent, selon Ugo Spirito, « le premier grand système moderne de droit pénal »³ et, d'après Franco Venturi, « la première véritable encyclopédie du XVIII^e siècle sur les crimes et leur expiation »⁴.

Pourtant, à proprement parler, Filangieri n'était pas un technicien du droit⁵. Dans la mesure où il vivait à une époque où la dogmatique

2. Pour approfondir le républicanisme de Filangieri, on ne peut faire abstraction des études de Vincenzo Ferrone, *La politique des Lumières : constitutionnalisme, républicanisme, droits de l'homme, le cas Filangieri*, tr. fr. Sylvie Pipari, Paris, Harmattan, coll. « La librairie des humanités », 2009. L'étude de Ferrone a ouvert de nouvelles voies, non seulement pour les interprétations de la pensée politique de Filangieri, mais aussi pour comprendre la relation entre les Lumières et la Révolution, avec une référence particulière au cas italien.

3. Ugo Spirito, *Storia del diritto penale italiano. Da Cesare Beccaria ai nostri giorni*, Firenze, Sansoni, 1974, p. 62.

4. Franco Venturi, *Gaetano Filangieri, op. cit.*, p. 633.

5. Mario Boscarelli, « Il pensiero penalistico di Gaetano Filangieri », in Lucio d'Alessandro, *op. cit.*, p. 253.

juridique ne s'était pas encore développée, il faut le considérer plutôt comme un philosophe - dans l'acception que ce mot avait dans la culture des Lumières - avec une forte vocation juridique, que comme un auteur dogmatique.

Contrairement à Mario Pagano, qui put associer à une bonne maîtrise des sources doctrinales et de la jurisprudence une expérience d'avocat et de juge, Filangieri trouve ses références juridiques presque exclusivement dans une littérature de seconde, voire de troisième main. Même s'il fréquenta le tribunal de Naples, comme l'a soutenu par exemple Ruggiero⁶, il le fit dans tous les cas pour une période trop courte pour que cette expérience ait pu laisser une trace significative dans sa pensée.

Le philosophe napolitain a néanmoins élaboré dans son troisième livre un plan de réforme cohérent et systématique pour lequel il mérite sans aucun doute le titre de juriste. Les incertitudes qu'il manifeste dans ces deux volumes de la *Science*, en particulier sur l'opposition entre le modèle du droit naturel et celui du droit organiciste qui affecte aussi d'autres parties de son chef-d'œuvre concernant davantage le plan philosophique que le plan juridique⁷.

L'unité organique, la clarté et l'originalité des volumes de la *Science* dédiés à la réforme du droit pénal, ont renforcé la réputation du philosophe napolitain auprès de nombreux magistrats, avocats et hommes d'État de son époque, partisans des réformes juridiques proposées par les philosophes des Lumières. En témoignent la correspondance et les contacts de Filangieri avec le criminaliste Luigi Cremani et le spécialiste de droit civil Francesco Virgilio Barbacovi en Italie⁸; avec les magistrats Charles Dupaty et Claude Pastoret en France⁹; avec Benjamin Franklin, enfin, promoteur de certaines lois pénales en Pennsylvanie inspirées de la *Science de la législation*, lors

6. Gerardo Ruggiero, *Gaetano Filangieri. Un uomo, una famiglia, un amore nella Napoli del Settecento*, Napoli, Guida, 1999, p. 73.

7. Sur l'utilisation éclectique, dans la *Science*, du modèle organiciste et de celui du droit naturel, voir : Berti *La ragione prudente*, op. cit., p. 441-456 ; Gaetano Pecora, *Il pensiero politico di Gaetano Filangieri*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007, p. 113-248.

8. Voir Eugenio Lo Surdo, *Il mondo nuovo e le virtù civili. L'epistolario di Gaetano Filangieri*, Napoli, Fridericiana Editrice Universitaria, 1999, ad indicem.

9. Francesco Berti, *La ragione prudente*, p. 43-46. Gauvain Gallois avait annoncé dès 1785 le bon accueil qu'aurait reçu l'œuvre de Filangieri parmi les juristes parisiens : « plusieurs magistrats et gens des lettres de mes amis seraient bien aisés de se procurer votre ouvrage ». Antoine Gauvain Gallois à Gaetano Filangieri, Paris le 23 avril 1785, Archivio Filangieri, Napoli, 28, 19.

de la naissance de la constitution américaine¹⁰. Il importe en outre de souligner l'influence exercée par Filangieri parmi les criminalistes italiens et européens de la fin du XVIII^e et du début du XIX^e siècle¹¹.

Je me limiterai ici à mettre en évidence deux aspects: d'une part, la relation établie par Filangieri entre l'exercice du droit de punir et la fonction de la peine; d'autre part, la construction d'une citoyenneté vertueuse.

En ce qui concerne le droit de punir, dans les premiers paragraphes de la deuxième partie du troisième livre, le philosophe napolitain utilise un modèle basé sur le droit naturel pour préciser les fondements philosophiques et juridiques de sa doctrine de la peine. À l'instar de Locke, il affirme que le droit de punir est un droit naturel de chacun sur tous, dont l'imperfection dans l'état de nature dérive uniquement du fait que « les hommes [...] manquaient de la force nécessaire pour l'exercer dans tous les cas »¹². Le contrat social est l'instrument par lequel les hommes remédient aux défauts qui existent dans l'état naturel. Il ne modifie pas *la nature* du droit de punir qui reste un droit qui est exercé sur tous, et qui comprend aussi la peine de mort. Ce qui change, avec le contrat social, c'est *le titulaire* de ce droit :

On n'a pas créé un nouveau droit, on a assuré l'exercice d'un droit ancien. Dans cet ordre de choses, ce n'est plus un particulier qui s'arme contre un autre particulier pour le punir de son crime; c'est la société tout entière. [...] Ce droit que, dans l'état d'indépendance naturelle, chacun avait sur tous, et que tous avoient sur chacun, a été transmis à la société, et déposé entre les mains du souverain¹³.

10. Marcello Maestro, « Il contributo di Filangieri al pensiero penale di Benjamin Franklin », *Rivista storica italiana*, LXXXVI, n° 1, 1974, p. 82-100. La correspondance Filangieri-Franklin est reproduite in Antonio Pace, *op. cit.*, p. 398-403 et Eugenio Lo Surdo, *op. cit.*, *ad indicem*.
11. Sur ce thème voir Maria Rosa Di Simone, « Gaetano Filangieri e i criminalisti italiani della prima metà dell'Ottocento », in Antonio Trampus (éd.), *Diritti e costituzione, op. cit.*, p. 165-230 ; Paolo Becchi, *Vico e Filangieri in Germania*, Napoli, Jovene, 1986, p. 142-49.
12. Gaetano Filangieri, *La science de la législation*, ouvrage traduit de l'italien, deuxième édition revue et corrigée, Paris, Dufart, 1798, t. 4, Livre troisième. *Des lois criminelles*. Seconde partie. *Des délits et des peines*, xxix, p. 26. [Filangieri 2003a, IV, 3, xxix, p. 26]. À partir de ce point nous indiquerons dans l'ordre, hors crochets, respectivement le numéro de volume, de livre, de chapitre et de page correspondant à l'édition française de la *Science de la législation* et, entre crochets, à l'édition critique de la *Science* dans laquelle se trouve la citation tirée de l'édition française.
13. Filangieri 1798, IV, 3, v, p. 28 [Filangieri 2003a, IV, 3, xxix, p. 27]. Cattaneo a souligné que Filangieri, en établissant une parfaite continuité entre l'état de nature et l'état social, occupe une position autonome au sein des courants juridiques des Lumières : Mario A. Cattaneo, « Alcuni problemi nella dottrina della pena di Gaetano Filangieri », in Lucio d'Alessandro, *op. cit.*, p. 266-267.

Si l'appel à la notion de souveraineté est ici générique, à d'autres endroits de la *Science* Filangieri précise clairement que: 1) « il n'y a point de société sans une constitution, et sans une personne morale qui représente la souveraineté »¹⁴; 2) cette « personne morale » est le « souverain », celui qui exerce le pouvoir législatif¹⁵; 3) le détenteur de la souveraineté est toujours le peuple. Celui-ci, parfois, comme dans le cas des monarchies, autorise le monarque, qui devient alors un « administrateur de la souveraineté »¹⁶, à exercer le pouvoir législatif en son nom.

Il est vrai que la distinction entre le détenteur de la souveraineté et celui qui exerce concrètement le pouvoir permet à Filangieri de justifier le pouvoir absolu des monarques. Mais c'est justement cette distinction qui permet au philosophe napolitain d'affirmer le principe suivant lequel le pouvoir de l'État est basé sur le consensus des citoyens, et d'élaborer un paradigme républicain de procédure pénale, fondé sur l'accusation privée et le procès par jury, selon les modèles du procès en vigueur dans la République romaine antique et dans l'Angleterre de son époque, seule nation ayant conservé la procédure accusatoire romaine.

Qu'est-ce, en fait, que le jury? Le jury est le peuple qui juge et qui exerce le droit de punir comme l'établit le contrat social. Bien sûr, il ne s'agit pas de tous les membres ayant pris part au contrat, mais de la personne morale qui, à cette occasion, représente la souveraineté: le jury, précisément. L'État qui détient le droit de punir est, au moins à cet égard, l'État des citoyens libres et égaux en droits: tout comme le droit d'accuser est, dans certaines limites, une prérogative de la citoyenneté, il en va de même pour le droit de punir¹⁷.

14. Filangieri 1798, IV, 3, XIX, p. 217 [Filangieri 2003a, IV, 3, XLIII, p. 159].

15. « Toutes les fois que je parle du souverain, j'entends cette personne morale qui exerce le pouvoir suprême, c'est-à-dire le pouvoir législatif », Filangieri 1798, V, 3, XXII, p. 30 [Filangieri 2003a, IV, 3, XLVI, p. 194].

16. Filangieri 1798, IV, 3, XVIII, p. 284-285 [Filangieri 2003a, III, 3, XVIII, p. 180]. L'idée du monarque comme administrateur de la souveraineté semble tirée de Denis Diderot, *Auto-rité politique*, in *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers...*, Neufchâtel [Paris], 1751-1772, t. I, p. 898-99.

17. Il est vrai que parmi les conditions requises pour faire partie du jury populaire, Filangieri insère le patrimoine. Il est également vrai, cependant, qu'il spécifie que « si la féodalité étoit détruite dans les autres constitutions monarchiques, la noblesse n'étant plus alors qu'une simple distinction honorifique, il seroit inutile [...] de choisir les juges du fait dans la condition de l'accusé », Filangieri 1798, XVIII, p. 306 [Filangieri 2003a, 3, XIX, p. 195]. La partie de la *Science* consacrée à la procédure pénale a été étudiée par Armando De Martino, *Tra legislatori ed interpreti. Saggio di storia delle idee giuridiche in Italia meridionale*, Napoli, Jovene, « Pubblicazioni de la Facoltà Giuridica de l'Università di Napoli

Si la plupart des philosophes des Lumières ont accueilli favorablement le modèle accusatoire et le procès par jury britannique¹⁸, en ce qui concerne le droit d'accusation, en revanche, la position de Filangieri est presque unique dans le paysage juridique des Lumières italiennes. De fait, Filangieri estime que l'initiative publique de l'accusation ne peut être exercée qu'en l'absence d'accusation privée ou quand on ignore l'auteur du crime.

La procédure dite inquisitoire s'est imposée pendant l'Empire romain et a été perpétuée à l'époque médiévale par les peuples Barbares ainsi que par l'Église catholique. Tout en modifiant certaines formes, l'État moderne a hérité de ce système sans transformer sa structure autoritaire et ses effets liberticides, à savoir la concentration des fonctions de l'accusation et du jugement dans le même sujet ou dans deux sujets distincts seulement en apparence ; la subordination de la défense à la fonction de l'accusation et le manque d'un contradictoire.

Par conséquent, cette ancienne instruction criminelle a servi les intérêts de l'État au détriment du citoyen : le pouvoir politique a utilisé la procédure inquisitoriale pour discipliner la société et persécuter les adversaires politiques, comme en témoigne l'utilisation massive du crime de lèse-majesté¹⁹.

En revanche, la procédure accusatoire consiste dans « un contentieux entre deux parties clairement opposées, l'accusateur et l'accusé, qui est résolu par un arbitre neutre, avec une claire et conséquente distinction entre les trois fonctions fondamentales du procès »²⁰. Surgie à Rome pendant l'âge républicain après l'institution des *quaestiones perpetuae*, la procédure accusatoire était tombée en désuétude pendant l'Empire.

», 1975 [Filangieri 2003b], p. 57-63 ; Sergio Di Noto Marrella, *La procedura criminale nel pensiero di Gaetano Filangieri*, in Gaetano Filangieri, *La Scienza della legislazione. Dal Libro III « Delle leggi criminali. Parte I Della procedura »*. Lettura per il Corso di Eseggesi delle fonti del diritto Italiano, Parma, Casanova Editore, 2003, p. 7-27.

18. Voir Antonio Padoa Schioppa, « I filosofi e la giuria penale », *Nuova rivista storica*, a. LXX, 1986, p. 107-146 ; Giorgia Alessi, *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 119-63.

19. Mario Sbriccoli, *Crimen lesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974. Voir aussi dans ce recueil l'article de Céline Spector sur le crime de lèse-majesté chez Montesquieu.

20. Giovanni Conso, « Accusa e sistema accusatorio. Diritto processuale penale » in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, vol. 1, 1958, p. 338. Sur les principes juridiques et épistémologiques opposés de ces deux modèles, tout comme sur leur évolution historique, voir Franco Cordero, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 21-38, 96-101 ; Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2002, p. 5-18.

Elle connut un nouvel élan en Angleterre, la seule parmi les grandes monarchies modernes où ce système était en vigueur.

Nous ne pouvons pas savoir si Filangieri croyait possible la pleine application d'une procédure accusatoire pure dans les monarchies absolues, ou s'il avait l'intention de fournir un modèle à utiliser comme idée régulatrice. Certes, de ce point de vue, il faut souligner la différence entre la position de Filangieri et celle de son ami Mario Pagano. Pagano prônait lui aussi une réforme du procès dans le sens accusatoire, mais il soulignait, en polémique indirecte avec Filangieri, que le procès fondé sur l'accusation privée, comme celui qui était en vigueur dans la Rome républicaine, supposait un peuple composé de citoyens alors que dans les monarchies, le droit de citoyenneté et l'instruction étaient réservés exclusivement aux propriétaires, c'est-à-dire à une catégorie très restreinte de la population :

Quoi qu'il en soit, le choix de la procédure accusatoire est doublement révélateur : sur le plan politique, il montre le penchant de Filangieri pour le républicanisme ; sur le plan juridique, sa préférence pour un procès qui permet de protéger les garanties de liberté et les droits du citoyen. Se confirment ainsi le modèle de la Rome républicaine, pour le premier aspect, et celui de l'Angleterre moderne, pour le second.

En ce qui concerne le but de la peine, il faut observer que pour Filangieri, les lois pénales doivent être tournées vers le futur. Elles ont donc principalement pour but la prévention spéciale et générale²¹. En paraphrasant un passage de Beccaria, qu'il critiquera en revanche au sujet de la peine de mort²², Filangieri écrit :

Ni la vengeance, ni l'expiation du crime ne sont les objets des peines. La vengeance est une passion ; et les lois en sont exemptes. [...] Les lois, lorsqu'elles punissent, ont devant les yeux, non le coupable, mais la société ; elles sont excitées par l'intérêt public, et non par une haine personnelle ; elles cherchent un exemple pour l'avenir, et non une vengeance pour le passé. [...] 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 hommes²³.

21. Ce point a été approfondi par Mario A. Cattaneo 1982, p. 270-279 ; Paolo Lapi, « La legislazione criminale sostanziale nel pensiero di Gaetano Filangieri », in Filangieri 2003b, p. 52-53.

22. Voir Alessandro Tuccillo, « Science de la législation et légitimation de la peine de mort chez Filangieri », in Luigi Delia et Fabrice Hoarau (éds.), *Corpus, revue de philosophie*, 62 (2012), « La peine de mort », p. 231-244.

23. Gaetano Filangieri 1798, IV, 3, III, p. 12-13 [Filangieri 2003a, IV, 3, xxvii, p. 15-16].

En ce qui concerne la prévention générale, Filangieri semble penser que l'infliction de la peine, plus que sa menace, est l'instrument qui permet d'atteindre ce but : il écrit notamment que le spectacle du châtement du coupable devra « éloigner les autres hommes de son exemple »²⁴.

La théorie de la prévention spéciale et générale, est celle qui revient le plus fréquemment dans ses écrits. Elle n'est pourtant pas la seule : en effet, en ce qui concerne la punition de certains types de délits, Filangieri semble davantage se tourner vers d'autres principes justificatifs de la peine.

C'est le cas, par exemple, des peines de prison, que Filangieri voudrait voir appliquées pour des délits de moindre importance. Dans le panorama proposé par la *Science*, elles occupent une place marginale, conformément à la mentalité de l'époque. Suivant le modèle anglais, Filangieri propose que le juge de paix ne puisse infliger des peines d'emprisonnement qui dépassent trois mois. Dans ce cas, il considère que la peine a pour but l'amendement et la rééducation du coupable. Ce faisant, Filangieri s'avère un précurseur « d'une manière de penser qui aujourd'hui encore est fondamentale dans un pays démocratique »²⁵, bien que la conversion morale attendue par la théorie de l'amendement soit, sous de nombreux points de vue, incompatible avec le libéralisme pénal prôné par Filangieri lui-même²⁶.

Le recours du philosophe napolitain à la théorie rétributive apparaît encore plus problématique. Proposant une variante originale de la théorie contractualiste, Filangieri considère que les lois « expriment les conventions sociales », de sorte que « toute transgression de la loi est la violation d'une convention sociale. Si ces conventions ne sont autre chose que les devoirs contractés par chaque citoyen envers la société,

Voir Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Gianni Francioni (éd.), in Luigi Firpo (éd.), *Edizione Nazionale delle Opere di Cesare Beccaria*, vol. I, Milano, Mediobanca, 1984, XII, p. 54-55.

24. Gaetano Filangieri 1798, IV, 3, III, p. 13 [Filangieri 2003a, IV, 3, XXVII, p. 16].

25. Paolo Lapi, *op. cit.*, p. 59. « On y emploieroit une partie du jour à des instructions morales, propres à réveiller l'horreur pour le crime, et à en exposer les suites funestes ; on y liroit ensuite le code pénal. Des hommes, distingués par leur probité et la douceur de leur caractère, seroient chargés de cet honorable et utile ministère », Gaetano Filangieri 1798, IV, 3, IX, p. 70 [Filangieri 2003a, IV, 3, XXXIII, p. 58].

26. Mario A. Cattaneo, *Il problema filosofico della pena*, Ferrara, Editrice Universitaria, 1979, p. 89.

pour prix des droits qu'il acquiert, la violation d'une convention doit être suivie de la perte d'un droit »²⁷.

Filangieri préfigure ici clairement une correspondance entre type de loi violée et type de peine, qui constituera la base de la doctrine de la peine de Mario Pagano, même si l'auteur de la *Science*, au moment de préciser les types de peine prévus pour les différents délits, ne suit presque jamais ce principe²⁸. Sans aucun doute, Pagano, qui avait une conception essentiellement rétributive de la peine et dont la position ne saurait donc être considérée comme représentative de la culture juridique des Lumières, était plus cohérent quand il affirmait que la peine est un droit perdu pour un droit violé²⁹.

Toutefois, les juristes des Lumières n'écartent pas totalement de leur horizon l'idée rétributive³⁰ et il n'est donc pas étonnant que Filangieri y fasse appel. La fonction rétributive, en effet, n'est pas nécessairement liée aux doctrines justificatives de la peine, elle peut être évoquée également par rapport à la simple distribution de la peine³¹.

Dans la culture juridique des Lumières, l'idéologie proportionnaliste, suivant laquelle la peine doit découler de la nature du délit et pour cela « doit être établie à l'égard de l'action interdite dans un rapport fixe et proportionné »³², dérive clairement d'une conception rétributiviste. L'idée rétributive est vidée de la fonction afflictive qui l'avait caractérisée précédemment, libérée de la finalité de la peine et reformulée dans une perspective idéologique favorable à la défense des libertés et des droits individuels³³. C'est aussi l'avis de Filangieri. Comme nous l'avons vu, il rejette la *justification* rétributive de la peine, suivant laquelle la punition

27. Gaetano Filangieri 1798, IV, 3, 1, p. 2 [Filangieri 2003a, IV, 3, xxv, p. 8].

28. Mario Boscarelli, *op. cit.*, p. 249.

29. « La peine, pour qu'elle soit juste » doit « correspondre [...] au délit pour la qualité, comme pour la quantité [...] et autant de ce droit doit être enlevé au délinquant qu'il en a enlevé à autrui » Mario Pagano, *Principi del codice penale*, Milano, 1803, Agnello Nobile, XII, p. 48-49.

30. Voir dans ce dossier l'article de Dario Ippolito.

31. Herbert L. A. Hart, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1968, p. 11 et 25.

32. Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*. Vol. I : *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976, p. 388.

33. Sur les développements de l'idée rétributive dans la philosophie pénale des XIX^e et XX^e siècles, voir Francesca Zanuso, « La concezione retributiva fra modernità e postmodernità. Dalla tutela giuridica al *limiting retributivism* », in Francesco Cavalla, Franco Todescan (éd.), *Pena e riparazione*, Padova, Cedam, 2000, p. 121-201.

est une fin en soi. Contrairement à Pagano, il ne pense pas que la peine ait pour tâche de restaurer un équilibre violé, en réalisant ainsi l'idée de justice³⁴. Cependant, pour lui, la correspondance rétributive entre devoir violé et droit perdu n'est pas contradictoire dans la mesure où il juge qu'il s'agit d'un instrument utile pour atteindre, dans tous les cas, le but de la prévention spéciale et générale.

Après avoir identifié cinq types de peine dérivant des cinq types de droit dont chaque citoyen jouit, dans la société civile - peines capitales (droit à la vie); peines infamantes (droit à l'honneur); peines pécuniaires (droit à la propriété réelle); peines privatives ou suspensives de la liberté personnelle (droit à la propriété personnelle); peines privatives ou suspensives des prérogatives civiques (droits de citoyenneté) -, Filangieri précise que les peines d'infamie doivent être appliquées aux délits infamants de l'opinion publique, les peines pécuniaires aux délits liés à l'avidité de l'argent, les peines suspensives des prérogatives civiques aux détenteurs de fonctions publiques³⁵.

De la prémisse de la correspondance entre devoir violé et droit perdu, Filangieri tire donc l'idée que la mesure de la peine dérive du degré d'intérêt social violé par le délit, ainsi que de la perversité avec laquelle on viole la loi :

Si le même délit peut être puni de plusieurs manières, suivant la diversité des circonstances, il est certain que les lois doivent, dans chaque délit, déterminer la qualité et la gravité. La qualité dépend de la convention que l'on viole; la gravité, de la perversité plus ou moins grande avec laquelle on la viole³⁶.

Pour Filangieri, c'est aussi de cette condition que naît la nécessité de limiter la pratique punitive. En effet,

le législateur ne doit se permettre que le degré de sévérité nécessaire pour réprimer l'affection vicieuse qui produit les crimes. Toutes les fois qu'il passe ce terme, il exerce un acte de tyrannie; en effet, si la société doit être protégée, les droits des hommes doivent être respectés, et on ne peut

34. « Dans le système physique de l'univers, la résistance réciproque des corps produit l'équilibre et l'ordre. Dans l'ordre moral, ce sont les peines. Si les êtres sensibles et doués d'intelligence peuvent, parce qu'ils sont libres, user de violence, et en éprouver à leur tour, les peines sont là pour opposer une digue, un rempart, une borne à l'exercice illimité des facultés naturelles. Elles maintiennent la société, produisent l'ordre, protègent la loi, ou plutôt sont la loi même », Mario Pagano, *Considérations sur la procédure criminelle*, op. cit., I, p. 10.

35. Voir Francesco Berti, « Il garantismo penale di Gaetano Filangieri », *Archivio storico del Sannio*, a. XI, n° 2, 2006, p. 189-92.

36. Gaetano Filangieri 1798, IV, 3, I, p. 16 [Filangieri 2003a, IV, 3, xxv, p. 10].

exiger d'eux que le sacrifice de cette portion de liberté nécessaire pour conserver et défendre la sûreté publique³⁷.

Quel est, enfin, le rapport instauré par Filangieri entre l'exercice du droit de punir et la construction d'une citoyenneté vertueuse? Nous touchons ici une contradiction de fond qui traverse, semble-t-il, toute la pensée du philosophe, et finit par se répercuter inévitablement dans sa philosophie pénale.

Nous savons que le troisième volume de l'ouvrage de Filangieri fut celui pour lequel Benjamin Constant fut le plus bienveillant alors qu'il n'épargna pas de ses critiques le reste de la *Science de la législation*³⁸. Le penseur suisse ne pouvait qu'apprécier la dimension libérale de la philosophie pénale de Filangieri, ses efforts pour limiter la pratique punitive et son intention sincère de protéger la liberté individuelle: ces objectifs émergent de la proposition d'une procédure qui offre au prévenu les meilleures garanties de défense possibles, en mettant comme conditions indispensables la parité dans le procès entre l'accusation et la défense, l'institution d'un juge tiers entre les parties et d'un jury populaire, le principe de l'imputabilité pénale et celui de la modération du système des sanctions; mais ils découlent aussi de l'affirmation de la primauté des droits sur la fonction intimidatrice de la peine et du principe suivant lequel les peines doivent s'atténuer au fur et à mesure que le progrès social s'affirme³⁹.

Cette perspective est l'application, dans le domaine pénal, du principe du pouvoir limité que Filangieri reprend de Locke, de la tradition du droit naturel et de celle du constitutionalisme des Lumières et de la tradition américaine. Ce principe conduit le philosophe napolitain, entre autres choses, à proposer une constitution écrite et rigide, à ébaucher deux organes institutionnels, le « censeur des lois » et l'« éphorat », qui dénotent sa grande sensibilité constitutionnaliste⁴⁰.

37. Gaetano Filangieri 1798, IV, 3, III, p. 13-14 [Filangieri 2003a, IV, 3, XXVII, p. 16].

38. Voir Benjamin Constant, *Commentaire sur l'ouvrage de Filangieri*, Paris, Dufart, 1824, t. 2, p. 161-232.

39. Voir Francesco Berti, « Il garantismo penale di Gaetano Filangieri », art. cit.

40. Sur le constitutionalisme dans la pensée de Filangieri, voir Mario Battaglini, « La tutela della costituzione in Filangieri e Verri », in Lucio d'Alessandro (éd.), *Gaetano Filangieri e l'Illuminismo europeo*, op. cit., p. 201-212; Raffaele Raimondi, « Gaetano Filangieri, la Costituzione degli Stati Uniti, le Costituzioni europee » in Lucio d'Alessandro, (éd.), *Gaetano Filangieri e l'Illuminismo europeo*, op. cit., p. 507-517; Vincenzo Ferrone, op. cit., p. 23-99; Antonio Trampus *Diritti et costituzione*, op. cit.; Antonio Trampus, *Storia del costituzionalismo nell'età dei Lumi*, Bari-Roma, Laterza, 2009, ad indicem.

Toutefois, ce principe pragmatique – qui veut que le pouvoir soit limité - dans la pensée de Filangieri, comme chez de nombreux autres philosophes des Lumières (Hélvétius, Mably), entre en contradiction avec un autre principe programmatique: celui qui concerne la transformation radicale de la société et la construction d'une citoyenneté vertueuse. Il s'agit de deux conceptions différentes qui ne peuvent pas entraîner ce qu'Isaiah Berlin aurait défini comme un conflit de valeurs⁴¹.

Le concept lockien d'un État aux pouvoirs limités se fonde sur l'idée que le pouvoir politique a pour tâche de réglementer, sans les orienter, les activités des citoyens, en laissant à ces derniers et à leur action spontanée la plus grande autonomie possible, avec la conviction que la recherche du bonheur est un droit individuel, naturel et privé, par rapport auquel la législation doit s'effacer, et non pas un programme politique; que l'État doit se limiter à réglementer les actions extérieures de l'homme, sans prétendre envahir sa conscience.

L'idée d'un État fondé sur la citoyenneté vertueuse se base en revanche sur une prémisse opposée: l'État a un devoir éthique qui est d'instituer une société juste, capable d'éliminer les inégalités les plus importantes en matière politique, économique et sociale, et il prétend savoir, en définitive, quel est le vrai bonheur des citoyens et quels sont les moyens les plus appropriés pour l'atteindre. L'État doit nécessairement prévoir une transformation morale de l'homme: pour obtenir l'adhésion des consciences, les lois, directement ou indirectement, doivent pénétrer *in interiore homine* afin de modeler, voire modifier, la nature humaine.

Homme des Lumières avec un penchant marqué pour le constructivisme rationaliste⁴², Filangieri veut transformer la société dans un sens égalitaire. Cette transformation ne peut avoir lieu, même pacifiquement, qu'en détruisant les bases de l'ancien ordre politique. À la société fondée sur les classes, les traditions, l'inégalité, il oppose une manière radicalement différente de penser toute la structure sociale et son imaginaire.

41. Voir Isaiah Berlin, « Deux conceptions de la liberté », *Éloge de la liberté*, Paris, Calmann-Lévy, 1988, p. 167-219.

42. Sur le rationalisme de Filangieri, cf. Sergio Cotta, *Gaetano Filangieri e il problema della legge*, Torino, Giappichelli, 1954; Alberto Andreatta, *Gaetano Filangieri: legge, costume e legislazione sui costumi*, in Lucio d'Alessandro, *op. cit.*, p. 165-199. Sur la dimension illibérale du constructivisme rationaliste cf. Friedrich A. Hayek, *L'abuso della ragione*, D. Antiseri (dir.), Roma, 1997; Isaiah Berlin, *Libertà*, H. Hardy (dir.), Milano, Feltrinelli, 1995, p. 195 et sq.

Le fait que ces deux visions du monde, que ces deux idéaux-types d'État - l'État qui conserve les libertés et l'État qui promeut activement les droits - fassent référence à des valeurs tout aussi importantes et incontournables que la liberté individuelle et la liberté politique, la spontanéité et la justice sociale, le fait qu'elles puissent *dans une certaine mesure* être compatibles et conciliables, n'élimine pas leur potentiel conflit théorique et pratique.

Nous avons d'une part la théorisation d'un État réduit au minimum dans son activité, ses pouvoirs et ses fonctions parce qu'il est vidé de ses objectifs. De l'autre, nous voyons se former l'idée que la société a une fin morale supérieure qui lui est propre, différente de celle qui émerge de la somme des fins des divers individus qui la composent, mais aussi que pour atteindre cette fin, l'État peut et doit mobiliser toutes les ressources possibles, en déployant une part de pouvoir très ample, que Filangieri, comme la plupart des auteurs de l'époque, situe dans la législation.

Dans la mesure où la législation est, pour lui « la forme que revêt toute expérience sociale de l'homme »⁴³, on ne peut s'étonner que le philosophe napolitain considère que « la sagesse des lois » est le « seul appui de la félicité publique »⁴⁴.

Partant d'une perspective fortement rationaliste et légicentriste, Filangieri confie à la loi, comme l'avait enseigné Helvétius, la tâche révolutionnaire de modeler une citoyenneté vertueuse, d'orienter les mœurs en excitant les passions humaines afin de susciter politiquement « l'amour de la patrie » et « l'amour de la gloire », de manière que l'individu arrive à s'identifier à l'État, que ses désirs coïncident avec ceux de l'État et que la liberté finisse, comme le voulait Rousseau, par s'identifier à l'autorité⁴⁵. Pour atteindre ces buts, le philosophe napolitain invite à transformer l'art et la religion en instruments qui soient à même

43. Sergio Cotta, *op. cit.*, p. 58-59.

44. Gaetano Filangieri 1798, I, 1, *Introduction*, p. III [Filangieri 2003a, I, 1, *Introduction*, p. 12].

45. « Si le *devoir*, sans la *volonté*, exclut la *liberté* ; si la *volonté*, sans le *devoir*, exclut la *dépendance*, en *voulant* ce qu'on *doit*, on conserve la *liberté*, sans détruire la *dépendance*. La *volonté de faire ce qu'on doit* est donc le lien qui unit la liberté avec la dépendance. Lorsque le citoyen désire ce que la loi prescrit ; lorsque, courant où sa volonté le porte, il va où les lois l'appellent, il est dépendant, parce qu'il vit sous les lois ; il est libre, parce qu'il suit sa volonté, et qu'il ferait tout ce qu'elles prescrivent, quand même elles ne lui auroient rien ordonné », Gaetano Filangieri 1798, VII, 4, xxxv, p. 138 [Filangieri 2003a, V, 4, xxxv, p. 268].

d'injecter, y compris chez les citoyens les plus récalcitrants, la juste dose de vertu patriotique, afin de conformer l'intériorité du comportement moral à l'extériorité du comportement juridique⁴⁶.

Tout cela touche à la philosophie pénale de Filangieri car les lois pénales poursuivent, dans leur particularité, les objectifs généraux de « la science de la législation » : garantir la liberté individuelle, bien entendu, mais en même temps et en premier lieu, promouvoir la justice sociale et, surtout, construire une citoyenneté vertueuse. Filangieri entrevoit un lien précis entre les lois pénales et celles qui concernent l'éducation, les mœurs et l'instruction publique, objet du quatrième volume de la *Science* :

Les lois criminelles, destinées à punir les crimes, n'ont-elles pas pour objet de les prévenir? Si la certitude d'être puni était liée constamment à la volonté de commettre le crime, combien de fois les lois triompheraient de l'impétuosité des passions! [...] Si les lois relatives à l'éducation, aux mœurs, à l'instruction publique, ont pour objet d'éclairer les hommes et de les rendre meilleurs; de les conduire à la vertu par leurs passions mêmes; d'unir à la crainte des peines l'espoir des récompenses; de détruire l'ignorance, qui, faisant méconnaître à l'homme ses vrais intérêts, l'entraîne vers les vices d'où naissent les crimes [...], lui fait confondre toutes les idées du bien et du mal, et lui enlève ainsi jusqu'aux remords; si tel est l'objet de ces lois; ne verra-t-on pas diminuer le nombre des crimes? [...] L'unique moyen de prévenir les crimes est de perfectionner la législation⁴⁷.

Les lois pénales ne peuvent pas rendre les hommes meilleurs, car elles ont comme but exclusif et spécifique de punir et de prévenir le crime. Elles s'insèrent cependant dans un système de législation dont la fonction est de rendre les hommes meilleurs, en d'autres termes vertueux.

Filangieri ne voyait pas de contradiction entre ces deux objectifs. Il imagine un monde où Locke et Helvétius se donnent la main, le propriétaire détenteur du *jus abutendi*⁴⁸ et le citoyen vertueux qui jure de ne vivre que pour la Patrie⁴⁹ partagent le même espace, se confondent en une même personne.

L'histoire s'est chargée de démontrer l'extrême difficulté de cette synthèse.

46. Ce sont les thèmes que Filangieri développe dans le IV^e et le V^e volume de son ouvrage.

47. Gaetano Filangieri 1798, V, 3, xxxiv, p. 230-233 [Filangieri 2003a, IV, 3, XLVIII, p. 340-341].

48. Gaetano Filangieri 1798, II, 2, XII, p. 123-129 [Filangieri 2003a, II, 2, XII, p. 96-100].

49. Gaetano Filangieri 1798, VI, 4, xv, p. 187 [Filangieri 2003a, V, 4, xv, p. 119].