

DARIO IPPOLITO*

CHANTIERS BECCARIENS.
LOI PÉNALE ET LIBERTÉ CIVILE
CHEZ GENOVESI, FILANGIERI ET PAGANO**

ABSTRACT. The article proposes a consideration on the constitutional centrality of criminal law and on the cultural impact of Beccaria's doctrine. On Crimes and Punishments marks a turning point in the philosophical debate of the Enlightenment. In the context of this debate are positioned the Dicosina of Antonio Genovesi, the Scienza della legislazione of Gaetano Filangieri and the Considerazioni sul processo criminale of Pagano. The analysis of these works allows shed light on both the relationship between rights and guarantees and the tensions between power and freedom.

CONTENT. 1. Introduction – 2. Antonio Genovesi et l'«opusculum pene aureum» de Beccaria – 3. Le droit pénal comme système de garanties: Gaetano Filangieri et Mario Pagano – 4. Les voies du réformisme pénal: les Lumières au pluriel

* Associate Professor, Philosophy of Law, Roma Tre University.

** L'auteur souhaite remercier Philippe Audegean pour la révision linguistique de ce texte.

1. Introduction

Giovanni Tarello a fait remarquer que «le problème pénal n'a jamais été aussi débattu que dans la seconde moitié du XVIII^e siècle».¹ Ce phénomène s'explique par le contexte idéologique où il prend forme: celui d'une vision profondément renouvelée de la *civitas terrena*. La philosophie des Lumières pose l'individu au centre de la sphère politique. La déontologie de l'obéissance qui pliait les sujets à s'acquitter de leurs devoirs envers leur souverain desserre son étau sur les esprits, de plus en plus gagnés à l'idée que le souverain a au contraire pour devoir de respecter et de défendre les droits de ses sujets. Dès lors, la rhétorique de la *potestas legibus soluta* s'efface au profit de l'idée qu'il faut régler et contrôler l'exercice du pouvoir. C'est dans cette perspective – *ex parte civium* – que s'inscrivent les théories de la souveraineté de la loi, de la division des pouvoirs et de la représentation politique à la faveur desquelles prend forme le modèle d'État prôné par les Lumières.

On comprend alors pourquoi la législation pénale devient l'objet d'un débat crucial. Le développement théorique d'un paradigme de gouvernement caractérisé par la subordination de l'autorité publique à la loi en vue de la protection des individus met au premier plan le problème de la configuration des crimes, de la détermination des peines et des règles de procédure pénale.²

Le système pénal apparaît comme le lieu principal de qualification politique de l'ordre civil: le contact entre souverain et sujet y est immédiat, le conflit entre autorité et immunité y est transparent, la tension entre force et droit s'y trouve exaspérée. Quelles interdictions légales peut-on justifier? Dans quel but et comment punir les transgresseurs? Comment s'assurer de la violation des normes juridiques et de la responsabilité personnelle d'une action criminelle? Les réponses à cette questions tracent la ligne de démarcation entre la liberté et l'oppression.

La centralité constitutionnelle du droit pénal est clairement explicitée par Montesquieu dans l'*Esprit des Lois*.³ Avant lui, le jusnaturaliste allemand Christian

1 G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna* [1976], Bologne, Il Mulino, 1997, p. 383.

2 Voir P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, vol. I, *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Rome-Bari, Laterza, 1999, pp. 433-440.

3 La littérature sur la pensée pénale de Montesquieu est très vaste. Je ne rappelle ici que les études les plus

Thomasius avait fermement montré la nécessité d'une réforme de la législation criminelle.⁴ Force est pourtant de constater que le débat philosophique sur les fondements, les buts et les limites du droit de punir ne se développe pleinement qu'après la publication de l'ouvrage de Beccaria.⁵ Cette observation banale, qui vaut pour tous les pays européens, est d'autant plus vraie dans le cas de l'Italie méridionale. Avant 1764, en dehors de quelques juristes isolés, la culture napolitaine ne manifeste pas vraiment d'attitude critique envers le régime pénal existant.⁶ Dans les milieux réformateurs, d'autres thèmes sont à l'ordre du jour, comme l'agriculture, le commerce ou le crédit.⁷ Les défauts de la législation criminelle ne retiennent pas l'attention des philosophes méridionaux et suscitent encore moins leurs dénonciations. Or, tout change avec la parution de *Dei delitti e delle pene*. L'hétérodoxie pénale de Beccaria retentit aussitôt dans les pages d'Antonio Genovesi, le penseur le plus influent des Lumières napolitaines.⁸ Plus tard, elle inspire les réflexions de Gaetano Filangieri et de Mario

récentes: W. CARRITHERS, «La philosophie pénale de Montesquieu», *Revue Montesquieu*, 1997, 1, pp. 39-63 (disponible sur internet: <http://montesquieu.ens-lyon.fr/IMG/pdf/6-Carrithers_1_.pdf>); C. LARRERE, «Droit de punir et qualification des crimes de Montesquieu à Beccaria», dans M. Porret (éd.), *Beccaria et la culture juridique des Lumières*, Genève, Droz, 1997, pp. 89-108; M.A. CATTANEO, *Il liberalismo penale di Montesquieu*, Naples, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000; C. SPECTOR, «Souveraineté et raison d'État. Du crime de lèse-majesté dans L'Esprit des lois», dans L. Delia et G. Radica (éd.), *Penser la peine à l'âge de Lumières*, Lumières, n° 20, 2012, pp. 55-72; D. IPPOLITO, *L'esprit des droits. Montesquieu et le pouvoir de punir*, trad. de Ph. AUDEGEAN, pref. de M. RUEFF, Lyon, École Normale Supérieure Éditions, 2019.

4 Voir M.A. CATTANEO, *Diritto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*, Milan, Giuffrè, 1976; I. HUNTER, *The Secularisation of the Confessional State: the Political Thought of Christian Thomasius*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

5 Voir surtout F. VENTURI, «Il diritto di punire», dans *Utopia e riforma nell'Illuminismo* [1970], Turin, Einaudi, 1978, pp. 119-143; «Introduzione», dans C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene. Con una raccolta di lettere e documenti relativi alla nascita dell'opera e alla sua fortuna nell'Europa del Settecento* [1965], Turin, Einaudi, 1994, pp. VI-XXXIX.

6 Une exception notable est offerte par le cas de Tommaso Briganti qui, dans sa *Pratica criminale delle corti regie, e baronali del Regno di Napoli* (Naples, Mazzola, 1755), développe une critique de divers éléments du procès pénal d'Ancien Régime. Voir G. VALLONE, «Briganti, Tommaso», dans I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti (éd.), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologne, Il Mulino, 2013, vol. I, pp. 338-339.

7 Sur le mouvement réformateur méridional du second XVIII^e siècle, voir surtout F. Venturi (éd.), *Illuministi italiani*, t. V, *Riformatori napoletani*, Milan-Naples, Ricciardi, 1962; G. GALASSO, *La filosofia in soccorso de' governi. La cultura napoletana del Settecento*, Naples, Guida, 1989.

8 Voir D. IPPOLITO, «Antonio Genovesi lettore di Beccaria», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2007, XXXVII, 1, p. 3-20; I. BIROCCHI, «Genovesi, Antonio», dans Birocchi et al., *Dizionario biografico dei giuristi*

Pagano, qui ont porté la culture juridique méridionale à l'avant-garde du mouvement réformateur européen.⁹

Il y a plus de vingt ans, Anna Maria Rao a décrit la réception et la circulation des idées de Beccaria dans le Royaume de Naples.¹⁰ Je me propose ici de développer les résultats de son étude magistrale en essayant d'analyser et d'évaluer l'impact de l'ouvrage de Beccaria sur la pensée des trois plus grands représentants des Lumières napolitaines. Je partirai de l'idéologie pénale de Genovesi afin de montrer combien et comment elle se transforme après sa lecture de *Dei delitti*. J'aborderai ensuite les doctrines de Filangieri et de Pagano pour y discerner des éléments de continuité avec la pensée de Beccaria et mettre en évidence leur principale contribution au développement d'une théorie pénale marquée par son influence. Je m'arrêterai enfin sur certains aspects qui, au contraire, distinguent et opposent la philosophie de la peine de Genovesi, Filangieri et Pagano et celle de Beccaria.

1. Antonio Genovesi et l'«opusculum pene aureum» de Beccaria

Genovesi a cinquante ans lorsque paraissent les *Delitti*. Professeur d'économie à l'université de Naples, philosophe reconnu, il fait figure de maître à penser auprès de

italiani, ouvr. cité, vol. I, pp. 963-966.

9 Sur la pensée politique et juridique de Filangieri, voir I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Turin, Giappichelli, 2002, pp. 510-537; V. FERRONE, *La Politique des Lumières. Constitutionnalisme, républicanisme, droits de l'homme: le cas Filangieri*, Paris, L'Harmattan, 2009 (éd. originale italienne, 2003); F. BERTI, *La ragione prudente. Gaetano Filangieri e la religione delle riforme*, Florence, Centro Editoriale Toscano, 2003; «Modello britannico, modello americano e antidispotismo: Filangieri e il problema della costituzione», dans A. Trampus (éd.), *Diritti e costituzione. L'opera di Gaetano Filangieri e la sua fortuna europea*, Bologne, Il Mulino, 2005, pp. 19-60; G. PECORA, *Il pensiero politico di Gaetano Filangieri. Una analisi critica*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007; D. IPPOLITO, «La Scienza della legislazione. Osservazioni critiche su una analisi critica», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2010, XXIX, pp. 821-839; A. TRAMPUS, «Filangieri, Gaetano», dans I. BIROCCHI *et al.*, *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, ouvr. cité, vol. I, pp. 860-863; D. IPPOLITO, «Prólogo», dans G. FILANGIERI, *La Ciencia de la Legislación*, sous la dir. de L. PRIETO SANCHIS, Madrid, BOE, 2019, pp. 21-56. Sur la vie et l'œuvre de Mario Pagano, voir F. VENTURI, «Francesco Mario Pagano. Nota introduttiva», dans F. VENTURI, *Illuministi italiani*, ouvr. cité, pp. 783-833; G. SOLARI, *Studi su F. M. Pagano*, Turin, Giappichelli, 1963; D. IPPOLITO, *Mario Pagano. Il pensiero giuspolitico di un illuminista*, Turin, Giappichelli, 2008; F. BERTI, *L'uovo e la fenice. Mario Pagano e il problema della rivoluzione*, Padoue, Cedam, 2012.

10 Voir A.M. RAO, «Delle virtù e de' premi: la fortuna di Beccaria nel Regno di Napoli», dans l'ouvrage collectif *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, Rome-Bari, Laterza, 1990, pp. 534-569.

ses nombreux élèves.¹¹ Dans la seconde moitié des années 1760, il joue un rôle important dans la promotion du pamphlet de Beccaria et dans la diffusion en Italie méridionale d'une conscience nouvelle des enjeux de la question pénale.¹² Son adhésion à la perspective réformatrice du philosophe milanais ne saurait toutefois être assimilée à celle de la plupart des intellectuels des Lumières. Alors que ceux-ci reconnaissent d'emblée, dans le miroir lucide et scintillant des *Délits et des peines*, l'expression de leurs propres idéaux, la position initiale de Genovesi sur le droit pénal est fort éloignée de celle de Beccaria. Ce n'est qu'après avoir médité sur son livre que le philosophe napolitain se laisse convaincre par ses raisons et finit par élaborer une réflexion critique sur la législation criminelle de son temps.

J'utilise à dessein le verbe «méditer», parce que l'évolution de Genovesi n'a pas été immédiate. Penseur vigoureux, le patriarche des Lumières méridionales n'est pas foudroyé par la lecture de *Dei delitti e delle pene*. Nous avons la chance de connaître ses premières impressions de lecture grâce à une lettre qu'il écrit à l'abbé Antonio Cantelli le 30 avril 1765:

«J'ai parcouru le discours sur les délits et les peines, mais je n'ai pu le lire entièrement. Pour ce que j'en ai vu, il me semble écrit par un homme intelligent, sincère, philanthrope, mais qui prétend promouvoir le bien par une voie que je ne considère pas comme la plus sûre. Les hommes [...] sont enclins à se nuire réciproquement plus que tous les autres animaux. Étant donné cette nature, allez donc réduire la rigueur des peines et vivez, si vous le pouvez, parmi la tourbe».¹³

11 Voir surtout F. VENTURI, *Settecento riformatore*, vol. I, *Da Muratori a Beccaria* [1969], Turin, Einaudi, 1998, pp. 523-664; M.L. PERNA, «Genovesi, Antonio», *Dizionario biografico degli italiani*, Rome, Istituto dell'Enciclopedia italiana, vol. 53, 2000, *ad vocem* (disponible sur internet: <<http://www.treccani.it/enciclopedia/ricerca/antonio-genovesi/>>).

12 Nombreux sont les disciples de Genovesi qui écrivent à Beccaria pour lui exprimer leur admiration. Un témoignage exemplaire est celui du jeune prêtre Benedetto Rocco qui, dans une lettre du 27 septembre 1771, raconte à Beccaria qu'il a lu son livre deux ans auparavant, sur le conseil d'un «philosophe ami» qui n'était autre que Genovesi et qui lui aurait suggéré cette lecture en ces termes: «[...] lisez ces quelques pages, me dit-il, et jugez si l'Italie et notre temps ont quelque chose à envier à la Grèce ou à l'époque la plus heureuse de la philosophie et de la politique» (C. BECCARIA, *Carteggio*, 2^e partie: 1769-1794, *Edizione Nazionale delle opere di Cesare Beccaria*, vol. V, Milan, Mediobanca, 1996, p. 310).

13 Antonio Genovesi, lettre à Antonio Cantelli, 30 avril 1765, reproduite dans Venturi (éd.), *Illuministi*

Avec une bonne dose de pessimisme anthropologique, Genovesi prend ainsi ses distances avec l'appel lancé par Beccaria en faveur de l'adoucissement des sanctions pénales, qui est l'un des thèmes centraux de son livre. Dans une certaine mesure, il semble ajouter foi au dogme criminaliste selon lequel la prévention des crimes exige la sévérité des châtements: dogme vigoureusement réaffirmé, contre Beccaria et Montesquieu, par les théoriciens de l'«éclat des supplices».¹⁴ Bien que, dans la suite de cette lettre, Genovesi déclare ne pas croire que «l'excessive dureté soit très profitable»,¹⁵ il se montre convaincu que la modération des peines entraîne la prolifération des délits.

Il exprime des considérations analogues dans un ouvrage presque contemporain, mais resté inédit: les *Dialoghi morali*, dont le manuscrit date de 1766.¹⁶ Ces dialogues opposent deux personnages: le premier, Filalete, est un jeune homme désireux d'apprendre la vérité, tandis que le second, Dicearco, est un pédagogue et fin connaisseur des règles de la justice. L'ouvrage aborde les thèmes les plus débattus de la littérature jusnaturaliste (droits et devoirs des individus, propriété privée, mariage, contrats, successions...) et consacre plusieurs pages à des problèmes de droit pénal (justification du pouvoir de punir, détermination des actions punissables, mesure et efficacité des peines).¹⁷ Dans le cadre de notre analyse, ce qui nous intéresse plus particulièrement est la réponse de Genovesi à la question: «Comment punir?». Cette question fait l'objet d'un échange très significatif du quatorzième dialogue. À Dicearco, qui range la loi du talion au nombre des lois de la nature et soutient qu'il faut donner «la vie pour la vie

italiani, ouvr. cité, pp. 310-311.

14 Voir par exemple P-F. MUYART DE VOUGLANS, *Réfutation des principes hasardés dans le Traité des délits et des peines*, Lausanne-Paris, Desaint, 1767; «Lettre sur le système de l'auteur de l'*Esprit des lois* touchant la modération des peines» [1785], *Revue Montesquieu*, 1997, 1, pp. 77-95. Sur l'idéologie pénale de Muyart de Vouglans, voir M. PORRET, «Les "lois doivent tendre à la rigueur plutôt qu'à l'indulgence". Muyart de Vouglans versus Montesquieu», *Revue Montesquieu*, 1997, 1, pp. 65-76.

15 Antonio Genovesi, lettre à Antonio Cantelli, 30 avril 1765, *loc. cit.*, p. 311.

16 Voir A. GENOVESI, *Dialoghi morali*, dans *Dialoghi e altri scritti intorno alle «Lezioni di commercio»*, Naples, Istituto italiano per gli Studi filosofici, 2008, pp. 73-317.

17 Voir *ibid.*, Dialogo III, pp. 89-90; Dialogo IV, p. 100; Dialogo VI, p. 118; Dialogo VII, pp. 124, 130, 134; Dialogo X, pp. 162-168; Dialogo XII, pp. 188-191; Dialogo XIV, pp. 204-205, 210-211; Dialogo XVII, p. 246; Dialogo XXIV, p. 309-317.

ainsi que pour d'autres offenses graves»,¹⁸ Filalete objecte que l'application de ce principe conduit à une excessive cruauté et qu'il convient de punir en recourant à la prison et aux travaux forcés plutôt qu'au gibet. Mais Dicearco lui adresse une réplique mordante: «Voilà une politique qui remplit les États de délits et de scélératesses». ¹⁹ Selon lui – c'est-à-dire selon Genovesi –, la «rigueur des lois»²⁰ est seule capable de dissuader les criminels. Pour corroborer cette thèse sur le plan empirique, il rappelle l'exemple historique de l'empire des Incas (paradigme du bon gouvernement dans l'imaginaire politique du philosophe napolitain):²¹

«Les Péruviens punissaient de mort presque tous les délits graves; le procès s'achevait en cinq jours et les forfaits mineurs étaient punis sur le champ, selon l'usage militaire, de coups de bâton [...]. Cette méthode de punir [...] dans la personne et de façon rapide fit que dans un empire de trois mille milles en longueur sur trois cents de large, il ne se commettait que deux ou trois meurtres par an [...]».²²

Peine capitale et châtiments corporels: telle est la méthode préconisée par Genovesi pour lutter contre le crime. À ses yeux, la prison et les travaux forcés ne sont pas suffisamment dissuasifs.

On ignore combien de temps s'écoule entre cette prise de position, implicitement hostile à Beccaria, et la rédaction finale du chapitre sur le droit pénal de *Della Diceosina o sia della filosofia del giusto e dell'onesto*, le dernier traité de droit naturel de Genovesi, qui paraît en 1767.²³ On peut seulement constater que, entre le dialogue qu'on vient de citer et ce dernier ouvrage, la vision de l'auteur se transforme du tout au tout. Genovesi perd sa confiance initiale dans la rigueur pénale et fait sienne la théorie

18 *Ibid.*, Dialogo XIV, p. 205.

19 *Ibid.*

20 *Ibid.*

21 Voir *ibid.*, Dialogo XXI, pp. 293-294.

22 *Ibid.*, Dialogo XIV, p. 205.

23 A. GENOVESI, *Della Diceosina o sia della filosofia del giusto e dell'onesto* [1767, 1771, 1777], Venise, Centro di Studi sull'Illuminismo europeo «G. Stiffoni», 2008.

de la prévention générale exposée dans *Dei delitti e delle pene*.

La nouveauté de cette théorie – qui recueille un héritage de Montesquieu – consiste en une réfutation de la relation de cause à effet entre la dureté de la législation criminelle et la diminution des actions criminelles. En lisant les *Lettres Persanes* et l'*Esprit des lois*, Beccaria comprend que «les peines plus ou moins cruelles ne font pas que l'on obéisse plus aux lois» et que «dans les pays où les châtimens sont modérés, on les craint comme dans ceux où ils sont tyranniques et affreux». ²⁴ D'où vient alors la force intimidatrice des sanctions pénales? À cette question, incontournable pour tout théoricien de la fonction préventive des peines, Beccaria donne une réponse très claire: elle vient de la certitude et de la promptitude des réactions pénales contre ceux qui transgressent la loi. Or, dans la *Diceosina*, Genovesi énonce cette thèse sans hésitation: «Ce n'est pas tant la sévérité de la peine que sa certitude et sa promptitude [...] qui redressent l'imagination des hommes». ²⁵ À l'instar de Beccaria (qui à son tour avait suivi Montesquieu), il remarque que la férocité punitive perd sa vigueur dissuasive lorsque le peuple s'habitue au spectacle des supplices. ²⁶ Avec ces arguments utilitaristes – néanmoins renforcés par des arguments jusnaturalistes –, il se lance vigoureusement dans la bataille pour la réduction de la violence répressive du pouvoir étatique et se rallie ainsi aux partisans de la modération pénale: hormis dans des cas extrêmes, affirme-t-il, «la douceur sera toujours plus profitable que la trop grande sévérité». ²⁷

Comment se pose alors, dans ce revirement de perspective et ce nouveau contexte polémique, le problème de la peine capitale? Il ne faut en effet pas oublier que le plaidoyer de Beccaria en faveur de la douceur des peines culmine dans la contestation de la légitimité, de la nécessité et de l'utilité de la peine de mort. ²⁸ Or, le Genovesi des *Dialoghi morali* avait exalté la fonction sécuritaire de l'échafaud, seul en mesure

24 Voir MONTESQUIEU, *Lettres persanes* [1721], dans *Œuvres complètes*, Paris, Gallimard, 2001, vol. I, lettre LXXX, p. 252.

25 GENOVESI, *Della Diceosina*, ouvr. cité, livre I, chap. 19, § XXIII, p. 288.

26 Voir *ibid.*, I, 19, XI, p. 276.

27 *Ibid.*, I, 19, XX, p. 286.

28 Voir FRANCONI, «Beccaria filosofo utilitarista», dans *Cesare Beccaria tra Milano e l'Europa*, ouvr. cité, pp. 69-87.

d'atteindre le but recherché, c'est-à-dire la prévention générale. Mais plus tard, conquis par la doctrine réformatrice de la modération pénale, le philosophe napolitain découvre et souligne à son tour les avantages sociaux des peines alternatives à la mort:

«Je conviens moi aussi – écrit-il dans la *Diceosina* en tissant un dialogue idéal avec Beccaria – qu'il y a des peines non capitales qui instillent plus de peur et peuvent être plus profitables au public que les peines capitales. Certaines peines des lois romaines, obligeant à travailler dans les mines, dans les ports, dans les fabriques publiques, à servir sur les galères, [...] sont [...] parfois plus lourdes que le gibet, plus utiles à la société et n'engendrent pas de férocité dans les âmes des citoyens. [...] Elles agissent sur la raison et, avec le temps, rendent les gens sages».²⁹

Contrairement à Beccaria, Genovesi ne remet toutefois pas en cause le pouvoir souverain de punir de mort. Selon sa vision de la société politique, le fondement du droit pénal n'est pas le contrat social, mais la justice naturelle; or, selon sa vision de la justice naturelle, le châtement extrême est parfaitement légitime. En dépit de ce postulat jusnaturaliste, Genovesi se rapproche pourtant de l'utilitarisme de Beccaria en partageant certains de ses arguments contre la peine capitale: 1) elle intimide moins que d'autres punitions; 2) elle ne dédommage pas la société; 3) elle corrompt les esprits en donnant un exemple de cruauté.³⁰

Ce retentissement des idées de Beccaria dans la *Diceosina* donne la mesure de la force de persuasion exercée par son discours iconoclaste. Lorsque, dès le début des années 1750, Genovesi avait lu et apprécié l'*Esprit des lois*, ses convictions sécuritaires étaient restées intactes. À l'évidence, son virage idéologique est donc le fruit des réflexions suscitées en lui par *Des délits et des peines*, qu'il en vient à célébrer, dans la seconde édition de *De iure et officiis*, comme un «opusculum pene aureum».³¹ En

29 GENOVESI, *Della Diceosina*, ouvr. cité, I, 19, xx, pp. 285-286.

30 Voir Ph. AUDEGEAN, *La Philosophie de Beccaria. Savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Paris, Vrin, 2010, pp. 152-167; D. IPPOLITO, «Beccaria, la pena di morte e la tentazione dell'abolizionismo», dans *Diritti e potere*, ouvr. cité, pp. 77-102.

31 A. GENOVESI, *De iure et officiis ad usum tyronum* [1764], Naples, Stamperia Simoniana, 1767, vol. I, p. 124 n.

véhiculant dans la *Diceosina* le réformisme législatif et judiciaire de Beccaria, Genovesi inaugure à Naples les Lumières du pénal. Ses élèves, Filangieri et Pagano, se sont chargés d'en montrer toute la fécondité.

2. Le droit pénal comme système de garanties: Gaetano Filangieri et Mario Pagano

Pagano et Filangieri sont nés respectivement en 1748 et 1753. Ils s'imposent dans la République des Lettres au cours des années 1780: le premier avec ses *Saggi politici*³² et ses *Considerazioni sulla procedura criminale*,³³ qui paraissent alors qu'il est déjà titulaire de la chaire de droit pénal de l'université de Naples,³⁴ le second avec sa monumentale *Scienza della legislazione*,³⁵ dont le troisième livre, intitulé «Des lois criminelles», forme un véritable traité de droit pénal.³⁶ Théoriciens des droits de l'homme et de l'État constitutionnel, ils retiennent de Montesquieu et de Beccaria que la législation criminelle revêt une importance politique cruciale, puisqu'elle apparaît même comme un critère décisif des sociétés civiles. Leur réflexion juridique et politique se fonde en effet sur l'idée que le rapport de chacun avec l'autorité et avec les autres dépend du fonctionnement des institutions pénales: liste des incriminations, peines encourues, règles de procédure. Pour protéger à la fois l'intégrité personnelle et la liberté individuelle, il faut donc réformer le droit de punir en veillant à ce que les individus soient protégés aussi bien des actions criminelles privées que des prévarications des pouvoirs publics.³⁷

32 F.M. PAGANO, *De' saggi politici. Del civile corso delle nazioni o sia de' principi, progressi e decadenza delle società* [1783-1785], Naples, Fridericiana Editrice Universitaria, 2000. De cet ouvrage a paru une seconde édition «augmentée et corrigée»: *Saggi politici. De' principi, progressi e decadenza delle società* [1791-1792], Naples, Vivarium, 1993.

33 F.M. PAGANO, *Considerazioni sul processo criminale* [1787], Venise, Centro di Studi sull'Illuminismo europeo «G. Stiffoni», 2009.

34 Voir D. IPPOLITO, «Pagano, Francesco Mario», dans Birocchi et al., *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, ouvr. cité, vol. II, p. 1484-1486. L'activité didactique de Pagano est connue par deux ouvrages posthumes: les *Principi del codice penale* (publiés à Milan en 1803 et, sur la base d'un autre manuscrit, à Naples en 1806) et la *Logica de' probabili applicata a' giudizi criminali* (publiée à Milan en 1806 et la même année à Naples, sur la base d'un autre manuscrit, sous le titre: *Logica de' probabili per servire di teoria alle pruove nei Giudizi criminali*).

35 G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione* [1780-1791], Venise, Centro di Studi sull'Illuminismo europeo «G. Stiffoni», 2003-2004.

36 Voir *ibid.*, livre III («Delle leggi criminali» [1783]), 1 («Della procedura») et 2 («Dei delitti e delle pene»).

37 Cette double fonction de la loi pénale est clairement explicitée par Pagano dans les premiers chapitres de

Chez Filangieri et Pagano, l'élaboration d'un nouveau paradigme pénal s'inscrit dans l'horizon d'une limitation du pouvoir. Il s'accompagne d'une critique radicale d'un système pénal confessionnel dans ses incriminations, vexatoire dans ses accusations, arbitraire dans ses jugements et féroce dans ses châtements. Dans ce nouvel horizon, le champ des incriminations légitimes est circonscrit par les principes métalégislatifs de matérialité, de nocivité et de subjectivité qui, en définissant le délit comme fait matériel tangible, préjudiciable aux droits d'autrui et imputable à la responsabilité d'une personne, établissent les conditions justifiant une interdiction pénale. Sur le plan des sanctions, les critères de légitimité du système pénal sont à leur tour identifiés dans les principes de nécessité, de proportionnalité et d'humanité de la peine, qui interdisent les châtements cruels et imposent une modulation de la sévérité des punitions sur l'échelle de gravité des crimes.³⁸

L'héritage de Beccaria est ainsi pleinement capitalisé: Filangieri et Pagano revendiquent la décriminalisation des comportements inoffensifs – qui n'étaient sanctionnés que parce qu'ils étaient considérés comme contraires à la morale courante ou à la doctrine de la foi – et réclament un adoucissement des modalités punitives de

ses *Considerazioni sulla procedura criminale*: «[...] où les délits sont impunis il règne toujours une licence effrénée. Alors le citoyen [...] y peut être impunément privé de ses droits, il n'y jouit pas de sa liberté, il n'y a pour lui ni sûreté ni tranquillité» (F.M. PAGANO, *Considérations sur la procédure criminelle*, traduit de l'italien par A. de Hillerin, Strasbourg, Imprimerie ordinaire du Roi, 1789, chap. v, p. 26). D'autre part, «si, pour rechercher et punir les crimes, les mains du juge sont trop libres; s'il peut [...] agir sans borne; si la loi fournit au zèle aveugle ou à la méchanceté le moyen d'attenter, sous le voile de la justice, aux droits du citoyen [...], il n'y a plus de sûreté pour la liberté et l'innocence» (*ibid.*, chap. II, pp. 14-15).

38 Sur la doctrine pénale de Filangieri et Pagano, voir E. PALOMBI, *Mario Pagano alle origini della scienza penalistica del secolo XIX*, Naples, Giannini, 1979; E. DEZZA, *Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici contemporanei*, Milan, Giuffrè, 1990, pp. 168-223; M. BOSCARRELLI, «Riflessioni sul pensiero penalistico di Gaetano Filangieri», dans L. d'Alessandro (éd.), *Gaetano Filangieri e l'illuminismo europeo*, Naples, Guida, 1991, pp. 247-253; M.A. CATTANEO, «Alcuni problemi nella dottrina della pena di Gaetano Filangieri», *ibid.*, pp. 261-288; K. SEELMANN, «Gaetano Filangieri e la proporzionalità fra reato e pena. Imputazione e prevenzione nella filosofia penale dell'illuminismo», *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001, xxxi, 1, pp. 3-25; F. BERTI, «Il garantismo penale di Gaetano Filangieri», *Archivio storico del Sannio*, 2006, 2, pp. 147-201; D. IPPOLITO, «El garantismo penal de un ilustrado italiano: Mario Pagano y la lección de Beccaria», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2007, 30, pp. 525-542; «Pensamiento jurídico ilustrado y proceso penal: la teoría de las pruebas judiciales en Gaetano Filangieri y Mario Pagano», *Jueces para la democracia*, 2008, 1, pp. 61-75; F. BERTI, «Droit de punir et construction d'une citoyenneté vertueuse dans la philosophie de la peine de Filangieri », dans Delia et Radica (éd.), *Penser la peine à l'âge de Lumières*, loc. cit., pp. 73-86.

l'État dans le cadre d'une refondation intégrale du droit pénal basée sur le principe de légalité. Laïcisation, humanisation et codification: dans leurs programmes législatifs, Filangieri et Pagano suivent les lignes directrices de la réforme pénale prônée dans *Des délits et des peines*. Ils les suivent, mais les développent aussi, en y ajoutant la contribution originale de leurs analyses théoriques et de leurs propositions concrètes.

L'apport des deux philosophes napolitains à la doctrine juridique des Lumières est particulièrement important dans le domaine de la réflexion sur le procès pénal, auquel ils reconnaissent une fonction capitale dans l'ordre juridique:

«La liberté civile – écrit Pagano – est maintenue par la législation criminelle, et par les jugements publics, qui sont l'objet principal et le plus intéressant de cette dernière. La procédure criminelle, en réglant la forme des jugements publics, devient donc la sauvegarde de la liberté, le rempart qui la défend contre la puissance, l'indice certain de la félicité nationale». ³⁹

Elle n'est telle, cependant, que dans la mesure où ses normes et ses institutions lui permettent d'atteindre son but, qui consiste à «soustraire – pour reprendre les termes de Filangieri –, autant qu'il est possible, l'innocent à l'effroi, le coupable à l'espoir, le juge à l'empire de sa volonté». ⁴⁰ Pour Pagano et Filangieri, la tâche la plus urgente des juristes-philosophes consiste dans l'élaboration d'un projet systématique et détaillé de procédure pénale reposant sur les garanties individuelles:

«Vainement – écrit Filangieri – on s'est élevé, d'un bout de l'Europe à l'autre, contre l'irrégularité de la procédure criminelle; ce murmure universel n'a pas encore fait naître une nouvelle méthode que l'on puisse substituer à l'ancienne. La philosophie a attaqué quelques-uns des abus les plus dangereux de ce système; mais elle n'a pas encore osé le combattre dans toutes ses parties; ainsi, presque tous ses efforts ont été inutiles. [...] Renonçons donc à ces réclamations partielles; parcourons le système de la procédure

39 PAGANO, *Considérations sur la procédure criminelle*, ouvr. cité., «Introduction», pp. 4-5.

40 G. FILANGIERI, *La Science de la législation*, traduit de l'italien par J.-A. Gauvain Gallois, Paris, Dufart, 1799, III, 1, 1, pp. 7-8.

pénale dans toute son étendue. [...] En montrant à l'homme honnête [...] le fer qui est suspendu sur sa tête, offrons-lui aussi le bouclier impénétrable qui doit l'en garantir. Au détail des maux, joignons le tableau des remèdes». ⁴¹

Ce jugement, qui souligne le caractère inabouti de la doctrine réformatrice des Lumières, est sans doute peu généreux, mais il n'est pas dépourvu de fondement. En effet, aussi bien Beccaria que Montesquieu avaient réfléchi sur le droit pénal matériel plus que sur la procédure. Alors que leurs propositions concernant la liste des incriminations et les peines encourues étaient claires, précises, concrètes, leurs thèses sur le jugement pénal étaient moins élaborées. Bien que, dans les *Delitti*, la critique de la procédure pénale d'Ancien Régime soit nette, bien que Beccaria énonce certains principes libéraux concernant la détention préventive, les pouvoirs du juge et les règles probatoires, ces quelques indications sont loin de composer cette «nouvelle méthode» procédurale dont parle Filangieri. Il ne suffit certainement pas d'appeler de ses vœux le procès «*informatif* [...] employé par le despotisme asiatique [...] dans les cas tranquilles et indifférents» ⁴² pour offrir un modèle de réforme judiciaire.

Le système de garanties agencé par Filangieri et Pagano s'inspire des deux principaux paradigmes historiques du procès accusatoire: la Rome républicaine et l'Angleterre contemporaine. Dans le sillage de Thomasius, ils exploitent dans toute sa potentialité polémique la grande dichotomie *inquisitio/accusatio*, en disqualifiant chaque composante de la procédure inquisitoire comme incompatible avec la liberté civile et en faisant l'éloge des divers éléments constitutifs du modèle accusatoire comme autant d'instruments de protection de l'innocence et de garantie de la vérité.

Ainsi, à la procédure pénale en vigueur, fondée sur la détention préventive inconditionnelle et illimitée, sur le secret de la procédure et sur la forme écrite de l'instruction probatoire, sur l'infériorité de l'accusé par rapport à l'accusateur, sur la confusion entre les fonctions de procureur et de juge, il opposent un paradigme de procès qui, antithétique dans ses traits fondamentaux, repose sur la présomption

41 *Ibid.*, pp. 5-6.

42 C. BECCARIA (introd., trad. et notes Ph. Audegean, texte italien G. Francioni), *Des délits et des peines. Dei delitti e delle pene* [1764-1766], Lyon, ENS Éditions, 2009, § XVII, p. 203.

d'innocence et la liberté personnelle de l'accusé, sur la publicité et l'oralité dans la formation des preuves, sur la parité et le contradictoire entre les parties, sur l'impartialité du juge et la motivation de la sentence. Cet ensemble de garanties procédurales et institutionnelles concourent à renforcer le caractère cognitif de la juridiction pénale en minimisant la dimension discrétionnaire du pouvoir de punir.⁴³

3. Les voies du réformisme pénal: les Lumières au pluriel

C'est précisément à propos de la limitation de l'arbitraire judiciaire qu'on peut relever une première différence significative entre la doctrine de Beccaria et celles de Filangieri et Pagano. Cette différence concerne l'un des aspects les plus controversés de la procédure pénale: comment établir la vérité des faits? Au-delà des ambiguïtés présentes dans les *Delitti* à propos des règles probatoires, Beccaria se dit convaincu que «pour s'assurer d'un fait», le «simple et ordinaire bon sens» d'un juré est suffisant.⁴⁴ Hostile à la *scientia juris* des magistrats, il se montre confiant dans l'«ignorance qui juge par sentiment»⁴⁵ et ouvert aux principes de la libre évaluation des preuves et de l'intime conviction. Or, selon Filangieri et Pagano, on ne peut au contraire éviter les dérives subjectivistes qu'en réglementant l'activité judiciaire d'établissement des faits. Néanmoins, il faut certes en finir avec le système des preuves légales élaboré par la doctrine criminaliste, qui déterminait par avance la valeur spécifique de chaque élément probatoire. Si en effet la liberté de condamner sur la base du simple bon sens met l'innocence en danger, l'obligation de condamner sur la base de l'aveu du prévenu ou de deux témoignages concordants est une offense à la «*logica dei probabili*»,⁴⁶ qui enseigne à distinguer les connaissances empiriques des sciences mathématiques, l'induction de la déduction, la certitude morale de la vérité analytique.⁴⁷

43 Voir FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, ouvr. cité, pp. 546-718.

44 BECCARIA (introd., trad. et notes Ph. Audegean, texte italien G. Francioni), *Des délits et des peines. Dei delitti e delle pene*, ouvr. cité, § XIV, p. 185.

45 *Ibid.*

46 Voir *supra*, note 35.

47 Voir FILANGIERI, *La Science de la législation*, ouvr. cité, III, 1, XIII, pp. 183-189; F.M. PAGANO, *Logica dei probabili per servire di teoria alle prouve nei Giudizi criminali*, dans *Giustizia criminale e libertà civile*, Rome, Editori Riuniti, 2000, chap. I, pp. 123-130.

En guise d'alternative à ces deux paradigmes insatisfaisants, Filangieri propose de «combiner la certitude morale du juge avec la règle prescrite par le législateur». ⁴⁸ Le jugement doit ainsi découler de la combinaison de ces deux critères: s'ils sont tous deux présents, le prévenu sera condamné, s'ils sont tous deux absents, il sera acquitté, si seul l'un d'entre eux est présent, le juge prononcera un *non liquet*. L'auteur explique ainsi la raison d'être de cette proposition réformatrice: «La loi enchaînerait la volonté du juge, et la volonté du juge remédierait à l'imperfection de la loi. L'une et l'autre auraient assez de force par elles-mêmes pour protéger l'innocence; mais l'une et l'autre n'en auraient pas assez pour l'opprimer». ⁴⁹ Lorsque, en 1799, Pagano devient président de la Commission législative de la République napolitaine, ce système probatoire projeté par Filangieri est adopté dans la «Loi sur l'abolition de la torture et sur les preuves dans le procès pénal». ⁵⁰

Un deuxième élément qui distingue les positions doctrinales des Lumières napolitaines et celles de Beccaria concerne la mesure des peines. La lourdeur de la peine doit certes être proportionnelle à la gravité du crime. Mais comment mesurer cette dernière? C'est sur cette question que les positions divergent. Selon Beccaria, la gravité des délits n'est déterminée que par le seul dommage causé à la société. Or, selon Filangieri et Pagano, il ne faut pas seulement tenir compte de la donnée objective du dommage, mais aussi de l'élément subjectif du crime, c'est-à-dire la volonté de son auteur. Si la modalité de la peine doit être déterminée par la qualité du délit, la quantité de la peine doit ainsi être déterminée par l'intention du criminel: aussi s'attachent-ils à distinguer divers degrés de faute et de dol. ⁵¹ Alors que Beccaria considérait la prise en compte de la *mens rea* dans la quantification de la peine comme contradictoire avec le principe de légalité, sauf à former, comme il l'écrit en argumentant par l'absurde, «un code particulier pour chaque citoyen», ⁵² Filangieri préconise au contraire une loi pénale

48 FILANGIERI, *La Science de la législation*, ouvr. cité, III, 1, XIV, p. 191.

49 *Ibid.*, p. 198.

50 Voir M. Battaglini et A. Placanica (éd.), *Leggi, atti, proclami ed altri documenti della Repubblica Napoletana 1798-1799*, Cava de' Tirreni, Di Mauro, 2000, vol. 2, pp. 172-173.

51 Voir FILANGIERI, *La Science de la législation*, ouvr. cité, III, 2, XIII-XIV, p. 156-183; PAGANO, *Principj del codice penale*, dans *Giustizia criminale e libertà civile*, ouvr. cité, chap. I-X, pp. 61-86.

52 BECCARIA (introd., trad. et notes Ph. Audegean, texte italien G. Francioni), *Des délits et des peines. Dei delitti e delle pene*, ouvr. cité, § VII, p. 165.

établissant pour chaque type de délit une échelle de peines en fonction des différents niveaux de culpabilité («faute très petite», «faute moyenne», «faute très grande», «dol très petit», «dol moyen», «dol très grand»).⁵³ Cette conception, partagée par Pagano, admet dès lors une certaine marge de discrétion dans la juridiction pénale: la peine en vient en effet à être déterminée par la connotation judiciaire du crime dans sa singularité.

La troisième et dernière question que je souhaite aborder concerne la distance entre la doctrine de l'interprétation de Beccaria et celle de Genovesi.⁵⁴ Dans la *Diceosina* ainsi que dans les *Dialoghi morali*, le plaidoyer en faveur de la souveraineté de la loi et la certitude du droit s'accompagne d'une polémique contre l'autorité des *doctores iuris* et l'arbitraire des juges. Dans l'un et l'autre ouvrage, en outre, Beccaria est implicitement cité à propos du jugement pénal comme raisonnement syllogistique.⁵⁵ Toutefois, Genovesi refuse la conception beccarienne du jugement pénal comme application mécanique de la loi. Il sait en effet que la norme formant la majeure du syllogisme judiciaire ne peut être que le produit de l'interprétation de la loi:

«Voilà – écrit-il dans la *Diceosina* – une question [...] que j'estime importante: le juge doit-il interpréter la loi [ou] l'appliquer littéralement? Je réponds qu'il est impossible qu'un juge n'interprète point une loi. Toute loi est générale et concerne une infinité de cas semblables. Or, il est très évident que deux cas du même genre, quoique apparemment semblables, peuvent cependant être différents en raison d'une multiplicité de circonstances».⁵⁶

Pour appliquer correctement une loi, il faut donc l'interpréter. À l'affirmation de Beccaria selon laquelle «il n'est rien de plus dangereux que l'axiome commun selon lequel il faut consulter l'esprit des lois»,⁵⁷ le philosophe napolitain – sous la masque du pédagogue Dicarco – objecte que le juge doit «avoir en vue le but plus que les mots de

53 Voir FILANGIERI, *La Science de la législation*, ouvr. cité, III, 2, XIII, p. 162, XIV, p. 181.

54 Voir Ph. AUDEGEAN, «Codification et interprétation. Le § IV des *Délits et des peines* de Beccaria», *L'Inscibile. Revue de l'Institut Rhône-Alpin de Sciences Criminelles*, 2011, 1, pp. 15-31.

55 Voir GENOVESI, *Della Diceosina*, ouvr. cité, I, 20, IV, p. 303; *Dialoghi morali*, ouvr. cité, Dialogo VII, p. 123.

56 GENOVESI, *Della Diceosina*, ouvr. cité, I, 20, XIV, p. 311.

57 BECCARIA (introd., trad. et notes Ph. Audegean, texte italien G. Francioni), *Des délits et des peines. Dei delitti e delle pene*, ouvr. cité, § IV, p. 153.

la loi». ⁵⁸ Se borner à la lettre d'un texte normatif peut en effet conduire à des conclusions absurdes. Pour éclaircir sa pensée, Genovesi fournit deux exemple: 1) interprété à la lettre, le précepte biblique du jour du Seigneur comme jour de repos absolu devrait impliquer l'interdiction de lutter pour protéger sa propre vie; mais, comme l'enseigne Jésus Christ, c'est le samedi qui est fait pour l'homme et non l'homme pour le samedi; 2) de même, la loi anglaise qui punit la bigamie ne devrait pas concerner les quadrigames; or, la défense du mariage monogamique exige que les juges punissent tous ceux qui, déjà officiellement mariés avec une femme, se marient à nouveau. ⁵⁹ À la lumière de ces observations, Genovesi affirme la nécessité et la légitimité de l'interprétation des lois, aussi bien de l'«interprétation restrictive» que de l'«interprétation extensive». ⁶⁰

Les positions des philosophes napolitains divergent également de celles de Beccaria sur d'autres questions, comme celle de la peine de mort. ⁶¹ Si, dans le cadre de cet article, j'ai choisi de m'arrêter sur la théorie des preuves, la théorie de la mesure des peines et la théorie de l'interprétation, c'est simplement parce que la doctrine pénale des Lumières a souvent été identifiée avec les thèses exposées dans *Des délits et des peines*. Or, comme j'ai essayé de le montrer, les Lumières pénales doivent elles aussi être déclinées au pluriel. ⁶²

58 GENOVESI, *Dialoghi morali*, ouvr. cité, Dialogo VII, p. 131.

59 Philippe Audegean me rappelle que Pietro Verri discute lui aussi, à propos de l'interprétation juridique, du cas de la loi anglaise sur la bigamie et de son application judiciaire. Contrairement à Genovesi, toutefois, il prône une stricte observation de la lettre de la loi de la part du juge (voir P. VERRI, «Sulla interpretazione delle leggi» [1766], dans *Il Caffè 1764-1766*, G. Francioni et S. Romagnoli (éd.), Turin, Bollati Boringhieri, 1993, pp. 695-704).

60 GENOVESI, *Dialoghi morali*, ouvr. cité, Dialogo VII, pp. 130-131. Que la punition du quadrigame soit le résultat d'une interprétation extensive de la loi contre la bigamie est en réalité très discutable: un quadrigame ne cesse pas d'être également un bigame.

61 Voir l'étude subtile d'A. TUCCILLO, «Droit de punir et légitimation de la peine de mort dans la *Science de la législation* de Filangieri», dans L. Delia et F. Hoarau (éd.), *La peine de mort, Corpus. Revue de philosophie*, n° 62, 2012, pp. 231-243.

62 J'ai tenté de montrer que la doctrine pénale des Lumières ne saurait être aplatie sur les seules positions de Beccaria dans D. IPPOLITO, «La philosophie pénale des Lumières entre utilitarisme et rétributivisme», dans Delia et Radica (éd.), *Penser la peine à l'âge de Lumières*, loc. cit., pp. 21-34.