

Ouvrages antérieurement admis dans la Bibliothèque

GOURY (Georges). — *Origine et développement historique de la distinction des biens en meubles et immeubles.* (Étude couronnée par la Faculté de droit de Nancy, concours de doctorat de 1896 et thèse). 1 vol. in-8°, 253 pages, 7 fr. 50.

GÉNARDIN (Jean). — *Étude sur les Bénéfices ecclésiastiques aux XVI^e et XVII^e siècles.* (Thèse). 1 vol. in-8°, 167 pages, 5 fr.

BIBLIOTHÈQUE DE LA CONFÉRENCE ROGÉVILLE
(ÉCOLES SPÉCIALES D'HISTOIRE DU DROIT)

ÉTUDE

SUR

LE DÉLIT ET LA PEINE

EN DROIT CANON

PAR

Louis KAHN

AVOCAT A LA COUR D'APPEL DE NANCY

DOCTEUR EN DROIT

LIBRAIRIE ADMINISTRATIVE BERGER-LEVRAULT ET C^{ie}

PARIS

RUE DES BEAUX-ARTS, 3

NANCY

RUE DES GLACIS, 18

1898

BIBLIOTHÈQUE DE LA CONFÉRENCE ROGÉVILLE

ARTICLE I^{er}. — La Bibliothèque de la Conférence Rogéville a pour but de grouper des études parues à Nancy et intéressant l'Histoire du Droit et, en particulier, l'ancien Droit lorrain ou alsacien.

ARTICLE II. — L'admission d'un ouvrage dans la collection est prononcée par un comité composé d'un professeur et de deux docteurs de la Faculté de Droit de Nancy. Sont admis de droit les mémoires d'ordre historique couronnés par la Faculté aux concours de doctorat, et les thèses ayant obtenu les mentions éloge ou très bien.

ARTICLE III. — Tout auteur qui voudra faire admettre un ouvrage dans la Bibliothèque devra se conformer, pour le format et pour la disposition du titre et du dos, au type du volume III; faire insérer les statuts de la Conférence à la seconde page du feuillet de garde et, au verso du faux titre ainsi qu'à la quatrième page de la couverture, la liste des ouvrages antérieurement admis dans la Bibliothèque; soumettre le titre à l'éditeur avant d'en donner le bon à tirer, et déposer chez l'éditeur cinquante exemplaires, dont seize pourront être employés à la publicité.

ARTICLE IV. — L'éditeur de la Bibliothèque est la librairie Berger-Leyrault et C^{ie}.

ÉTUDE SUR LE DÉLIT ET LA PEINE
EN DROIT CANON

BIBLIOTHÈQUE DE LA CONFÉRENCE ROGÉVILLE

Fondée en 1897.

(ÉTUDES SPÉCIALES D'HISTOIRE DU DROIT).

VOLUME III

INTRODUCTION

1. — Le droit pénal français compte parmi ses sources et les éléments qui ont influé sur son développement le droit canonique (1).

Le droit canon ou canonique est le droit établi ou approuvé par les canons des conciles et les règles que posent les papes et, d'une façon générale, les autorités qui, dans l'Église catholique, sont investies du pouvoir législatif (2). L'observation de ses différentes prescriptions est assurée par la menace de peines édictées contre ceux qui les enfreignent : il y a un droit pénal canonique au même titre qu'il y a un droit pénal français, allemand, etc.

2. — On peut étendre à l'étude du droit pénal canonique comme à celle de toute législation pénale

(1) Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. 1, p. 59, 70-73 ; Ortolan, *Sources de notre ancien droit pénal*, dans la *Revue de législation et de jurisprudence* (publiée sous la direction de Wolowski), année 1848, t. XXXI, p. 36-37.

(2) « *Jus canonicum est complexio legum quas ecclesiastica potestas proposuit, vel constituit, aut approbat, ad bonum societatis spiritualis regimen.* » Icard, *Prælectiones juris canonici habitæ in Seminario Sancti Sulpitii anniis 1857, 1858, 1859*, t. 1, p. 3, 4, 5. — Huguenin, *Expositio methodica juris canonici*, t. 1, p. 8, 9, 10. — Brillaud, *Principes du droit ecclésiastique*, p. 30 et ss. — Sur le pouvoir législatif dans l'Église, Brillaud, *op cit.*, p. 60. et ss.

la portée des idées si bien exprimées et mises en relief par Thonissen sur l'utilité et l'intérêt qu'offre l'étude de l'histoire de la législation criminelle en général : « Explorer les annales du droit pénal », écrit le savant criminaliste belge (1), « c'est mettre en lumière l'une des faces les plus intéressantes de la civilisation de chaque âge de l'humanité, c'est chercher dans le perfectionnement successif des lois du passé la nature et la raison d'être des lois actuelles ; c'est fournir des éléments nouveaux à la solution toujours annoncée, mais toujours incomplète, de l'immense problème que soulève la conciliation de la liberté individuelle avec les exigences légitimes de la sécurité générale ; c'est puiser dans les efforts et la persévérance des générations éteintes le courage de lutter à notre tour pour réaliser des réformes plus généreuses et plus larges ».

Outre ces considérations d'ordre évidemment général, des titres particuliers au droit pénal canonique le signalent à l'attention du jurisconsulte. Par sa nature de droit de l'Église, le droit canon se distingue des autres sources du droit pénal français, toutes séculières. D'une part, au point de vue externe, il se présente comme un droit toujours en vigueur depuis la constitution de l'Église, comme une législation spéciale, ayant ses juges et ses tribunaux chargés de l'appliquer, contemporaine à la fois du droit barbare, du droit féodal et du droit monar-

(1) Thonissen, *Études sur l'histoire du droit criminel des peuples anciens*, préface, p. IX, X. Bruxelles, 2 vol. in-8°, 1869.

chique. C'est ainsi qu'il a pu influencer non seulement sur la formation, mais encore sur l'évolution de notre droit pénal une fois né (1). D'autre part, au point de vue interne, étant donnés les rapports de la religion avec la morale et par conséquent avec le droit pénal, fondé en grande partie sur la morale, le droit pénal canonique apparaît comme un droit pénal d'une nature particulière, ayant subi et subissant plus profondément que les autres législations criminelles l'influence de la religion. Beaucoup d'esprits le considèrent, abstraction faite de ses règles purement disciplinaires, comme l'expression et la consécration juridiques de la morale chrétienne, dont les prêtres doivent être les interprètes, et des idées de mansuétude, de miséricorde et de pardon si souvent exprimées dans l'Évangile.

I

3. — Tandis que la procédure criminelle canonique a déjà fourni aux historiens du droit et aux juristes le sujet de nombreux travaux, soit qu'ils l'aient étudiée pour elle-même, soit qu'ils aient cherché en elle la source de notre procédure criminelle actuelle (2),

(1) Ajoutons que, si le droit canon est une source du droit français, il est toujours vivant comme droit de l'Église qu'il a pour but essentiel de régir.

(2) Albéric Allard, *Histoire de la justice criminelle au XVI^e siècle*, 1 vol. in-8°, Gand, 1868. — Detourbet, *La Procédure criminelle au XVII^e siècle*, 1 vol. in-8°, Paris, 1881. — Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, 1 vol. in-8°, Paris, 1882. — P. Fourrier, *Les officialités au moyen-âge*. — Tazon, *Histoire des tribunaux de l'Inquisition en France*.

- le droit pénal canonique n'a pas encore été en France, du moins à notre connaissance, soumis à aucune étude historique et complète, soit dans son ensemble, soit à propos d'une institution déterminée, et ses principes n'ont pas été toujours appréciés ni même dégagés à la lumière des textes.

Il eût été conforme à la méthode historique et à la tendance actuelle des historiens du droit de limiter notre travail à l'examen d'une notion ou d'une institution du droit pénal canonique et de présenter le tableau de son évolution jusqu'à sa réception dans notre droit moderne, avant de chercher à en saisir le principe et de tenter quelque généralisation. Mais pour entreprendre une pareille étude, à la vérité fort intéressante, la connaissance préliminaire du droit pénal canonique en général s'imposait. Comment, en effet, étudier la tentative, la complicité, si l'on ignore le caractère de l'infraction en droit canon, la distinction du péché, infraction à la loi morale et divine, et du délit, infraction aux préceptes du droit, la séparation qui s'impose entre le domaine du for pénitentiel et celui du for extérieur? Comment aussi comprendre l'usage de la prison en droit canon, si l'on ne possède préalablement aucune notion sur le fondement du droit de punir, la nature de la peine, les buts qu'elle poursuit, la pénitence?

C'est pourquoi, nous plaçant en juriste laïque en face du droit canon, sans prétention d'en être l'historien, notre ambition est d'en examiner ici seulement certaines notions, certaines institutions, de constater les principes admis par ce droit, et de signaler, s'il y a lieu, leur existence dans notre législation pénale

ancienne et actuelle. Aussi le droit canonique antérieur à 1789 est-il seul l'objet de notre étude. Le droit canonique moderne n'est plus une source de notre droit et n'exerce sur lui aucune influence.

4. — C'est sous le bénéfice à la fois de cette critique et de cette réserve que nous présentons notre « *Étude sur le délit et la peine en droit canon* », nécessairement incomplète et trop générale, comme une introduction à l'étude historique du droit pénal canonique et l'exposé de quelques-uns de ses principes fondamentaux.

Nous étudierons successivement le fondement du droit de punir, le délit, la peine et l'application de la peine au délit. Tels sont les divers objets de la science du droit pénal.

Nous essaierons, à propos du délit, de poser les bases de la distinction du délit et du péché, que le droit laïque n'est pas seul à consacrer, et d'analyser les divers éléments du délit. L'étude de la peine canonique, en nous faisant apprécier le système pénal de l'Église, nous montrera le triomphe de l'idée de justice sur l'idée de charité. La peine est un mal et non un bienfait pour le coupable. Il sera intéressant de rapprocher le système pénal canonique de celui de notre ancien droit et d'y rechercher le germe de théories aujourd'hui prônées par des auteurs étrangers, d'étudier l'emploi pénal de la pénitence et l'usage de la prison, si longtemps repoussé par des législations laïques. Enfin l'examen de l'application de la peine au délit nous fera voir les conséquences logiques, mais aussi dangereuses, de la théorie des circonstances atténuantes et aggravantes, à cause du

pouvoir illimité qu'elle conduit à accorder au juge dans l'infliction de la peine.

II

5. — Mais avant d'entamer l'examen de ces différentes questions, il est nécessaire d'esquisser à grands traits la physionomie du droit canonique.

Comme toutes les législations anciennes, comme notre ancien droit français, il n'est pas codifié. C'est un droit par conséquent sans cesse en évolution, où la coutume peut imposer des règles à défaut d'indications précises données par les monuments juridiques. Ces monuments sont en grande partie recueillis, soit dans les collections de conciles publiées par Hardouin, Labbe et Cossart, et Mansi, pour n'en citer que quelques-unes, soit dans le *Corpus juris canonici*. Ils sont tantôt des documents officiels, comme les décrétales publiées sur l'ordre de Grégoire IX, tantôt des œuvres d'un caractère doctrinal et privé, comme le décret de Gratien et les *Instituta juris canonici* de Lancelot (1).

Il importe de dire ici quelques mots des *livres pénitentiels*. On désigne sous cette expression des recueils de canons empruntés à des conciles et de

(1) Tardif, *Histoire des sources du droit canonique*, p. 195-230. — Allard, *Histoire de la justice criminelle au XVI^e siècle*, relève, p. 396, note 2, et p. 397, les textes du *Corpus juris canonici* ayant trait aux matières criminelles.

décisions rédigées souvent conformément à la jurisprudence et aux usages, qui prévoient des fautes déterminées et fixent la pénitence correspondante. De nombreux pénitentiels ont été composés du v^e au ix^e siècle. Les plus connus sont le *Pœnitentiale Theodori*, attribué à Théodore, archevêque de Cantorbéry († 690), ceux de Bède et d'Egbert, plus tard réunis sous le nom de *liber de remediis peccatorum*, (Bède, † 735, Egbert d'York, 731-767), le *Pœnitentiale romanum*, dont le lieu d'origine est vivement discuté par les auteurs et auquel une opinion accréditée aujourd'hui attribue une faveur officielle. Les autres pénitentiels, au contraire, sont des œuvres d'un caractère privé; ils n'ont pu avoir d'autorité légale dans les diocèses qu'en vertu de la sanction épiscopale.

Les décisions contradictoires des divers pénitentiels, le caractère adouci des pénitences édictées par quelques-uns, excitèrent la défiance des conciles chargés de veiller au maintien de la discipline dans l'Église. Aussi les conciles de Châlons (813) et de Paris (829) ordonnèrent-ils leur destruction par le feu. Mais ces condamnations n'empêchèrent pas la naissance de nouveaux pénitentiels; elles influèrent seulement sur leur rédaction qui fut rendue plus conforme à la discipline officielle. Citons parmi ces nouveaux pénitentiels ceux d'*Halitgaire*, de Cambrai, et de *Hraban Maur* (1).

(1) Consulter sur les livres pénitentiaux, Tardif, *op. cit.*, p. 123-130; Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 40-51, 1 vol. in-8°, Paris, 1893; Richter, *Lehrbuch der katholischen und evangelischen*

Les pénitentiels sont importants à consulter pour connaître l'esprit de la législation pénale canonique et de la jurisprudence, au début du moyen-âge. Ils rendent compte de la façon dont la culpabilité et les divers éléments qui influent sur elle et sur la détermination de la peine sont appréciés. Toutefois, il faut éviter avec soin l'expression de *code pénitentiel* pour désigner les différents documents dont nous nous occupons. Indépendamment de ce fait qu'ils sont, en général, dépourvus de toute valeur légale et que nous signalions plus haut, ils ne présentent pas le tableau d'ensemble de la législation pénale. Ils ne peuvent donc être considérés comme des *codes*, dans le sens actuel du mot. La codification du droit est intimement liée à sa généralisation scientifique. Or, la généralisation scientifique du droit pénal canonique n'a jamais été tentée (1).

Au point de vue de son application, le droit canon ne présente pas, dans tous les pays catholiques, les mêmes règles en vigueur. Les synodes nationaux,

Kirchenrechts, revu par Dovo et Kahl, p. 110-113, 1 vol. in-8°, Leipzig, 1886, et les différents ouvrages cités par ces auteurs. On trouvera des pénitentiels à la fin du *Commentarius historicus de disciplina in administratione pœnitentiæ...* du P. Morin, 1 vol. in-fol., Antwerp, 1682; dans Canisius, *Antiquæ lectiones*, le pénitentiel d'Halitgaire; dans Wasserschleben, *die Bussordnungen der abendländischen Kirche nebst historischer Einleitung*, et à la fin de l'ouvrage de Katz, *Ein Grundriss des Kanonischen Strafrechts*.

(1) M. du Boys, *Histoire du droit criminel des peuples modernes*, I, p. 433, emploie à tort selon nous l'expression de *code pénitentiel*. — Sur l'absence de généralisation scientifique en droit canon, Hinschius, *das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten*, t. V, p. 906, 907, 963, 964; VI, p. 21.

provinciaux, diocésains, ont établi des lois particulières aux pays qu'ils régissent. Le pouvoir séculier a cherché à restreindre le domaine du droit canonique et la portée de ses règles aux matières purement spirituelles sans arriver aux mêmes résultats dans les différents États, à une époque déterminée de l'histoire.

Mais les principes qui animent le droit pénal canonique sont partout les mêmes. L'infraction et la peine ont partout été envisagées de la même façon ; partout il y a eu des peines arbitraires et indéterminées. Partout aussi la pénitence et la prison ont été en vigueur.

BIBLIOGRAPHIE

Liste des principaux ouvrages consultés

- ALLARD (Albéric). — *Histoire de la justice criminelle au XVI^e siècle*. — Gand, 1 vol. in-8°, 1868.
- ANDRÉ. — *Dictionnaire de droit canonique*, mis au courant par Wagner. — Paris, Walzer, 4 vol., 1894.
- BRILLAUD. — *Principes du droit ecclésiastique*. — Paris, Vic et Amat, 1 vol. in-8°, 1897.
- CANISIUS. — *Thesaurus monumentorum ecclesiasticorum et historicorum sive Henrici Canisii lectiones antiquæ*. — Antwerp, 6 vol. in-fol., 1725.
- CLARUS. — *Opera*. — Cameracæ, in-fol., 1615.
- CORVINUS. — *Jus canonicum per aphorismos strictim explicatum*. — Amstelædami, 1 vol. in-12, 1697.
- COVARRUVIAS. — *Opera omnia*. — Lugduni, 2 vol. in-fol., 1661.
- DORADO (Pedro). — *Des contraventions : Définition, répression et procédure*, dans le Bulletin de l'Union internationale de droit pénal, vol. VI, p. 263, et s.
- DU BOYS. — *Histoire du droit criminel des peuples modernes*. — Paris, 3 vol. in-8°, 1865.
- DURAND DE MAILLANE. — *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale*. — Lyon, 2^e édition, 5 vol. in 4°, 1776.

- DURANTIS. — *Speculum juris*. — Basileæ, 1 vol. in-fol. 1513.
- EMERIC. — *De comparatione juris civilis et canonici tractatus*. — Argentorati, 1 vol. in-8°, 1668.
- D'ESPINAY. — *De l'influence du droit canonique sur la législation française*. — Toulouse, 1 vol. in-8°, 1856.
- FAGNAN. — *Jus canonicum sive Commentaria ad quintos libros Decretalium*. — Vesuntione, 3 vol. in-fol., 1740.
- FARINACIUS. — *Opera*. — Venetiis, in-fol., 1614.
- FLEURY. — *Institution au droit ecclésiastique*. — Paris, 2 vol. in-16, 1771.
- FOURNIER (Paul). — *Les officialités au moyen-âge*. — Paris, 1 vol. in-8°, 1882.
- FRIEDBERG. — *Corpus juris canonici*, édité par Friedberg, Leipzig, 2 vol. in-fol., 1879-1881.
- GARRAUD. — *Traité théorique et pratique de droit pénal, français*. — Paris, 5 vol. in-8°, 1888-1894.
- GIBERT. — *Usages de l'Église gallicane concernant les censures*. — Paris, 1 vol. in-4°, 1724.
- GLASSON. — *Histoire du droit et des institutions de la France*. — Paris, 7 vol., in-8°, 1887-1896 (en cours de publication).
- GRANDCLAUDE. — *Jus canonicum secundum ordinem Decretalium*. — Paris, Lecoffre, 3 vol. in-8°, 1883.
- HEINER. — *Katholisches Kirchenrecht*. — Paderborn, 2 vol. in-8°, 1893.
- HENRI DE SÉGUZIO, cardinal d'Ostie. — *Henrici cardinalis Hostiensis summa aurea*. — Lugduni, 1 vol. in-fol., 1556.
- HERGENRÖTHER. — *Histoire de l'Église* (traduction Bélet), dans la bibliothèque théologique du XIX^e siècle. — 4 vol. in-8°, Paris, Palmé, 1888.

- DE HÉRICOURT. — *Les Loix ecclésiastiques de France dans leur ordre naturel.* — Paris, 1 vol. in-fol., 1771.
- HINSCHIUS. — *Das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten* — Bde IV, V, VI, Berlin, in-8°, 1888, 1893, 1897.
- HUC. — *De l'influence du droit canonique sur la législation criminelle*, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1848, tome XIII, p. 441-466.
- HUGURNIN. — *Expositio methodica juris canonici.* — Paris, Gaume et Cie, 2 vol. in-8°, 1877.
- ICARD. — *Prælectiones juris canonici habitæ in Seminario Sancti Sulpitii annis 1857, 1858, 1859.* — Paris, Lecoffre, 3 vol. in-8°, 2^e édition parue sans nom d'auteur, 1862.
- JOUSSE. — *Traité de la justice criminelle.* — Paris, 4 vol. in-4°, 1771.
- KATZ. — *Ein Grundriss des kanonischen Strafrechts.* — Leipzig, 1 vol. in-8°, 1881.
- LABBE et COSSART. — *Sacrosancta Concilia.* — Parisiis, 18 vol. in-fol., 1671.
- LABROQUÈRE. — *De l'influence du droit canonique sur la législation criminelle.* (Discours prononcé devant la Cour de Bastia à l'audience solennelle de rentrée du 3 novembre 1877). — Bastia, brochure in-8°, 1877.
- LEA (H.-C.). — *A History of the Inquisition of the middle ages.* — New-York, 3 vol. in-8°, 1888.
- LEA (H.-C.). — *A Formulary of the Papal Penitentiary in the thirteenth century.* — Philadelphie, 1 vol. in-8°, 1892.
- LÆNING. — *Geschichte des deutschen Kirchenrechts.* — Strasbourg, 2 vol. in-8°, 1878.
- LEWENFELD. — *Epistolæ Pontificum Romanorum ineditæ.* — Leipzig, 1 vol. in-8°, 1885.

- MAYER. — *Geschichte der Strafrechte.* — Trèves, 1 vol. in-8°, 1876.
- MENOCHIUS. — *De arbitrariis judicium questionibus et causis.* — Lugduni, 1 vol. in-fol., 1606.
- MEURER. — *Der Begriff des kirchlichen Strafvergehens nach den Rechtsquellen des Augsbürgischen Bekenntnisses in Deutschland zur Reformationszeit. Dissertatio inauguralis.* — Fribourg-en-Brigau et Leipzig, brochure in-8°, sans date.
- MOLINIER. — *Traité théorique et pratique de droit pénal,* mis au courant par Vidal. — Paris, 2 vol. in-8°, 1893.
- DE MOYA. — *Quæstiones selectæ in præcipuis theologiæ moralis tractatibus.* — Coloniae, 1 vol. in-4°, 1702.
- MÜNCHEN. — *Das kanonische Strafverfahren und Strafrecht.* — Köln u. Neuss, 2 vol. in-8°, 1865.
- MUYART DE VOUGLANS. — *Institutes au droit criminel.* — Paris, 1 vol. in-4°, 1757.
- MUYART DE VOUGLANS. — *Instruction criminelle sur les Loix et Ordonnances du Royaume.* — Paris, 1 vol. in-4°, 1767.
- ORTOLAN. — *Cours de législation pénale comparée. Introduction historique et histoire du droit criminel en Europe depuis le XVIII^e siècle jusqu'à nos jours.* Notes de G. Narjot. — Paris, 1 vol. in-8°, 1841.
- ORTOLAN. — *Sources de notre ancien droit pénal,* dans la Revue de législation et de jurisprudence (Wolowski), année 1848, Tome XXXI, p. 36-39.
- PILLET. — *Jus canonicum generale.* — Paris, 1 vol. in-8°, 1890.
- RÉGINALD. — *Praxis foris pœnitentialis ad directionem confessorii in usu sacri sui muneris.* — Lugduni, 2 vol. in-fol., 1616.
- REIFFENSTUEL. — *Jus canonicum universum.* — Venetiis, 6 tomes, en 4 vol. in-fol., 1746.

- ROSSHIRT. — *Geschichte des Rechts im Mittelalter*. Bd I : *Kanonisches Recht*. — Heidelberg, 1 vol. in-8°, 1835.
- ROUSSEAUD DE LA COMBE (Guy du). — *Recueil de jurisprudence canonique et bénéficiale par ordre alphabétique*. — Paris, 1 vol. in-fol. 1755.
- SAINT THOMAS D'AQUIN. — *Summa totius theologiæ*. — Colonie Agrippinæ, 3 vol. in-4°, 1640.
- SCHMITZ. — *Das Pœnitentiale Romanum mit historischer Einleitung*, dans les *Archiv für Katholisches Kirchen recht*, janvier-février 1875.
- SIRMOND. — *Historia publicæ pœnitentiæ*. — Parisiis, 1 vol. in-12, 1671.
- STREMLER. — *Traité des peines ecclésiastiques, de l'appel et des congrégations romaines*. — Paris, 1 vol. in-8°, 1865.
- SAINT CHARLES BORROMÉE. — *Instructions aux confesseurs*. Traduction française. — Metz, 1 vol. in-12, 1699.
- TANON. — *Histoire des Tribunaux de l'Inquisition en France*. — Paris, 1 vol. in-8°, 1893.
- TARDIF. — *Histoire des sources du droit canonique*. — Paris, 1 vol. in-8°, 1887.
- TILLOY. — *Traité théorique et pratique de droit canonique*. — Paris, 2 vol. in-8°, 1895.
- TIRAQUEAU. — *Opera*. — Lugduni, 2 vol. in-fol., 1572.
- TISSOT. — *Le droit pénal étudié dans ses principes, dans ses usages et les lois des divers peuples du monde ou introduction philosophique et historique à l'étude du droit criminel*. — 2 tomes en 3 vol. in-8°, Paris, 1880.
- Tractatus Tractatum ou Tractatus universi juris*, 18, tomes en 22 vol. in-fol. et 3 vol. d'indices, Venetiis, 1584.
- Tractatus historico-canonicus de censuris ecclesiasticis*, paru sans nom d'auteur. — 1 vol. in-12, editio secunda, 1711.

- VAN ESPEN. — *Jus ecclesiasticum universum*. — Lovanii,
5 vol. in fol., 1753.
- VERING. — *Geschichte der Pœnitentialbücher*, dans les
Archiv für Katholisches Kirchenrecht, janvier-février
1873.
- VERING. — *Lehrbuch des katholischen, protestantischen und
orientalischen Kirchenrechts*. — Fribourg-en-Brigau,
1 vol. in-8°, 1881.
- VON BAR. — *Handbuch des deutschen Strafrechts*. —
Band I, 1 vol. in-8°, Berlin, 1882.
- WASSERSCHLEBEN. — *Die Pœnitentialbücher der abendlän-
dischen Kirche nebst einer rechtsgeschichtlichen Einlei-
tung*. — Halle, 1 vol. in-8°, 1851.
- WILDA. — *Das Strafrecht der Germanen*. — Halle, 1 vol.
in-8°, 1842.
-

PREMIÈRE PARTIE

DU FONDEMENT DU DROIT DE PUNIR

6. — Kant définit le droit de punir : « *le droit qu'a le souverain d'affecter douloureusement le sujet pour cause de transgression à la loi* (1). »

Le principe qui sert de fondement au droit de punir régit nécessairement la détermination des actes punissables et des peines. Si l'on fait, par exemple, reposer le droit de punir de l'État sur la nécessité pour lui d'assurer la conservation de l'ordre social, il s'ensuit qu'il a le droit d'incriminer tous les actes qui mettent en péril l'ordre social, mais ceux-là seuls, et qu'il ne peut édicter de peines que dans la mesure où elles sont nécessaires à la fin qu'il poursuit.

Le principe sur lequel repose le droit de punir est donc aussi la base du droit pénal : il s'impose à notre examen au début de notre travail sur le droit pénal canonique.

Nous n'avons pas à déterminer ici quel doit être

(1) Kant, *Les Principes métaphysiques du droit*, traduct. Tissot, p. 199, Paris, 1 vol. in-8°, 1837.

le fondement du droit de punir et à l'étudier au point de vue philosophique. Il nous suffira d'établir, d'après la doctrine même de l'Église, le principe en vertu duquel elle a, en fait, exercé ce droit et ses conséquences relativement à l'incrimination et à la pénalité.

7. — Le droit canon n'offre pas, dans tout le cours de son développement, de théories multiples et divergentes sur la question du fondement du droit de punir. Il est toujours resté fidèle à la même théorie, qui jamais n'a été discutée ou mise en doute par les canonistes, celle de *la délégation divine*, en vertu de laquelle la peine est infligée au nom de Dieu par le pouvoir compétent. C'est l'application au droit pénal de la fameuse théorie du droit divin. Les législateurs sont les représentants de Dieu sur la terre. C'est en son nom qu'ils érigent des faits en délits et qu'ils les punissent. Le législateur, en édictant une peine, le juge, en la prononçant, n'exercent pas un droit qu'ils possèdent par eux-mêmes, ils sont seulement les ministres de Dieu : « *La délégation divine d'un pouvoir qui n'appartient qu'à Dieu, telle est la formule chrétienne du droit de punir* (1). »

(1) Burnichon, *La mitigation des peines*, dans les Études publiées par des Pères de la Compagnie de Jésus, tome 66, année 1896, p. 207. — Ch. Périn, *Les lois de la société chrétienne*, t. I, p. 179, 2 vol. in-8°, Paris, 1875. Ces deux auteurs font partie de l'école théocratique qui fonde le droit de punir de l'État sur la délégation divine. Restreinte au droit canon et au gouvernement de l'Église, cette opinion est parfaitement exacte. Voir encore Stremler, *Traité des peines ecclésiastiques, de l'appel et des congrégations romaines*, p. 8 et ss. ; Icard, *Prælectiones*, III, p. 216, 217. Cpr. Proudhon : *La justice dans*

De nombreux textes établissent cette théorie, relativement au droit de punir de l'Église. C'est Jésus-Christ lui-même qui, dans l'Évangile selon saint Mathieu, en pose le principe : « *Si autem Ecclesiam non audierit, sit tibi ethnicus et publicanus. Amen dico vobis : quæcumque alligaveritis super terram erunt ligata et in cælo, et quæcumque solveritis super terram erunt soluta et in cælo* (1) ». Et Gratien le formule de la façon suivante dans son Décret : « *Quum sacerdos judicat, Deus judicat, cujus personam in ecclesia gerit* (2). »

L'Évangile considère, d'après le premier texte rapporté plus haut, le droit de punir de l'Église comme un attribut du pouvoir des clefs. Les théologiens comprennent sous cette dénomination le pouvoir d'ordre ou de conférer les sacrements et le pouvoir de juridiction. La théorie de la délégation divine du droit

la Révolution et dans l'Église : « *L'homme ne fuit pas l'homme* », tome IV, p. 290, t. VI, p. 258-259, dans les œuvres complètes de Proudhon, t. XXIV, nouvelle édition, Bruxelles, 1869, t. XXVI, 1870. (6 vol. in-8°, tomes XXII-XXVI.) — André, *Dictionnaire de droit canonique*, mis au courant par Wagner, v° Censure, I, p. 330.

(1) *Évangile selon saint Mathieu, cap. XVIII, § 17 et 18*, dans la *Biblia sacra*, édition Vitré, p. 282. Paris, 1 vol. in-4°, 1666. Tous les canonistes font découler de ce texte le droit de punir de l'Église et beaucoup se contentent de le citer sans le soumettre à l'analyse. Gousset, *Exposition des principes du droit canonique*, p. 23, 30, 31, Paris, 1 vol. in-8°, 1859 ; Suarez, *De Censuris*, Disputatio I, Sect. II, § 4 et seq. (t. XXIII de ses *Opera*, édition Berton, Paris, 1872) ; Suarez, *De Legibus*, lib. III, cap. 3, § 3 et 4, tome V, p. 182 ; lib. IV, cap. 2, § 12, t. V, p. 334.

(2) Gratien, ad. c. 40, D. III, de *Pœnitentia* ; c. 41, D. I, de *Pœnitentia*. Iæning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, I, p. 254-255 : « L'excommunication et l'absolution étaient des actes que l'évêque accomplissait à la place du Christ, en son nom et en vertu de sa toute-puissance », I, p. 672, II, p. 438.

de punir s'applique donc non-seulement au for pénitentiel de l'Église, où le prêtre accorde ou refuse l'absolution des péchés, lie et délie *loco Dei*, mais encore au for externe (1), où il exerce une véritable juridiction, et qui seul appartient au droit pénal canonique. Il est évident que les textes anciens, antérieurs à la distinction des deux fors, n'avaient pas à résoudre la question que nous soulevons. Mais la doctrine a constamment regardé le texte de l'Évangile selon saint Mathieu comme visant aussi le for externe. Du reste, dans les matières qui plus tard seront du for externe, les sources fondent le droit de punir du prêtre sur la délégation qu'il reçoit de Dieu à cet effet et le considèrent comme son représentant sur terre. Saint Cyprien l'atteste formellement pour la répression de l'hérésie : « *Neque enim aliunde hæreses abortæ aut nata sunt schismata quam inde quod sacerdoti Dei non obtemperatur, nec unus in ecclesia ad tempus sacerdos et AD TEMPUS JUDEX VICE CHRISTI cogitatur* (2) », et c'est en vertu de cette délégation divine que le prêtre prononcera l'excommunication ou infligera des pénitences publiques.

Les monuments juridiques postérieurs à la séparation des deux fors renferment des applications certaines de la théorie du droit divin au for extérieur et

(1) Gousset, *Exposition des principes du droit canonique*, loc. cit. — Les auteurs, en général, n'ont pas relevé la différence qui existe entre le droit de punir du prêtre au for pénitentiel et celui qui est exercé au for externe. Voir infra, p. 7.

(2) Saint Cyprien, *Epistola LV ad Cornelium*. *Cypriani Opera*, fol. 82, publiées sans nom d'éditeur, Paris, 1 vol. in-fol., 1726.

l'invoquent en termes exprès. Signalons la formule que contiennent un grand nombre de lettres de papes, du quinzième siècle surtout : « *Si quis autem hoc attentare præsumpserit, indignationem omnipotentis DEI et beatorum Petri et Pauli apostolorum ejus se noverit incursum* (1). »

8. — La doctrine canonique ne conçoit le droit de punir que comme exercé en vertu d'un mandat divin. Aussi tel est le seul fondement que les textes reconnaissent au droit de punir tant de l'Église que des princes séculiers, et qui légitime, du reste, les peines les plus cruelles que la législation laïque a édictées (2).

Il ne faut pas confondre le fondement de la juridiction spirituelle ou temporelle de l'Église avec le fondement du droit de punir. L'Église punit au nom de Dieu, mais sur quel principe repose sa juridiction, l'exercice de son droit de punir, son droit de juger

(1) Hinschius, *das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten*, V, p. 545, note 3 ; c. 1, X, I, 31 : «..... *Et quum opus fuerit, ad comprimendos rebelles et contemptores publicum convocent auxilium, non ad præjudicandum, sed potius ad ea, quæ DEO SUNT PLACITA, et saluti animarum conveniunt, prosequendum.* »

(2) c. 33, C. XXIII, q. 8 : « *Qui percutit malos in eo quod mali sunt, et habet causam interfectionis, minister Dei est. Qui vero sine aliqua publica amministrazione maleficum, furem, sacrilegum, adulterum et perjurum, vel quemlibet criminosum interfecerit aut trucidaverit vel membris debilitaverit, velut homicida judicabitur et tanto acrius quanto non sibi a Deo concessam potestatem abusive usurpare non timuit.* » Saint Paul, *Epistola ad Romanos*, XIII, 4, *Biblia sacra*, p. 410-411. — Cfr. en droit germanique, Wilda, *das Strafrecht der Germanen*, p. 223. Pascal est encore un partisan de la théorie de la délégation divine du droit de punir exercé par le prince, *XIV^e provinciale*, dans ses *Œuvres complètes*, Édition Hachette, I, p. 148 ; 3 vol. in-8°, Paris, 1881.

au spirituel et au temporel? Est-il, dans les deux cas, d'institution divine ou n'existe-t-il au temporel que par la permission du prince (1)? Quelles que soient les solutions données à ces questions par les théologiens et les canonistes, le fondement du droit de punir est à l'abri des controverses. Que l'Église ait la juridiction en vertu de son droit propre, de son institution divine, ou qu'elle ne la possède que grâce à une concession du prince, comme, d'après la théorie canonique, le prince punit au nom de Dieu, il en est de même de l'Église jugeant en vertu de la permission du prince ou des droits que Dieu lui a directement conférés.

9. — Le principe du droit divin de punir étant posé, il nous faut maintenant examiner les conséquences que l'Église en a tiré au point de vue soit des actes à incriminer, soit des peines à appliquer.

Le mal est punissable par Dieu, quelle que soit la forme sous laquelle il se manifeste, qu'il se réalise ou non dans le monde extérieur, qu'il consiste dans un acte volontaire interne ou externe. Rien ne peut échapper à la répression divine. Au contraire, le droit de punir de l'Église ne peut être absolu comme celui de Dieu : il ne peut le lui avoir délégué dans sa plénitude. Quoique émané de Dieu, il est pour l'Église un droit humain, assujetti à l'imperfection et

(1) Beauchet, *Origines de la juridiction ecclésiastique et son développement en France jusqu'au XII^e siècle*, dans la *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1883, p. 390.

aux limites des facultés humaines (1). Les actes purement internes de la volonté humaine échappent nécessairement à la juridiction de l'Église. L'homme ne peut lire dans la conscience de ses semblables. Sans doute la confession du coupable, faite au prêtre siégeant au tribunal de la pénitence, lui révèle les pensées intimes du pécheur et lui permet de les réprimer si elles sont contraires à la loi divine. Mais il ne peut s'agir alors d'un droit de punir au sens juridique de l'expression. Aucune contrainte ne le sanctionne. Le prêtre, au tribunal de la pénitence, n'a aucun pouvoir *coactif* ou *coercitif*, selon l'expression de Tarquini (2); son droit de punir est subordonné à la confession et à l'acceptation par le coupable de la pénitence infligée.

L'Église, en tant que société, ne peut donc incriminer que des actes extérieurs. En fait, elle est loin de punir tous les actes extérieurs contraires à la loi divine, quoique l'on puisse soutenir son droit de le faire. En effet, les paroles de Jésus-Christ, rapportées dans l'Évangile selon saint Mathieu, et d'où la doctrine fait découler le droit de punir de l'Église, ne présentent à cet égard aucune limitation à la délégation divine. Mais l'Église a restreint le champ des incriminations aux faits qui troublent le plus gravement l'ordre social et sa constitution, « *præcipue quæ sunt in nocuumtum aliorum, sine quorum prohibitione societas*

(1) Suarez, *De legibus*, lib. IV, cap. 11, § 2, 3, tome V, pages 369-370 de l'édition Berton.

(2) Tarquini, *Les principes du droit public de l'Église réduits à leur plus simple expression*, trad. Onclair, p. 33, Paris, Retaux et fils, 1 vol. in-8, 1891.

humana conservari non posset : sicut prohibentur lege humana homicidia, et furta, et hujusmodi (1). » Nous aurons donc à étudier la distinction du péché et du délit, le délit seul étant l'infraction punie par le droit canon.

10. — L'objet de la délégation divine sur laquelle se fonde le droit de punir est, selon les paroles mêmes de saint Pierre, la *vindicta malefactorum*, le châtiement des coupables : « *Subditi estote omni humanæ creaturæ propter Deum, sive regi tanquam præcellenti, sive ducibus tanquam ab eo missi ad vindictam malefactorum* (2). »

La doctrine canonique n'accorde le droit de punir qu'au pouvoir social, au juge. Elle proscriit la vengeance privée (3), elle légitime la vengeance publique (4) au nom de la justice. Les textes opposent à cet égard la *vindicta zelo justitiæ* ou *bono animo* à la *vindicta amore ipsius vindictæ* :

(1) Saint Thomas, *Somme Théologique*, prima secundæ partis, qu. 96, art. 2, t. I, p. 282. Cfr. Suarez, *De legibus*, lib. III, cap. 13, § 3, tome V, page 223 : « *Potestas humana legislativa solum ordinatur ad exteriorem pacem et honestatem communitatis humanæ, ad quam nihil referunt actus qui in pura mente consummantur* » ; lib. IV, cap. 8, § 4, tome V, p. 363 ; lib. IV, cap. 12, § 5, t. V, p. 375.

(2) Pierre, *Epistola I*, cap. 11, § 19, *Biblia sacra*, p. 484 ; c. 6, **X**, 33.

(3) Tertullien, *Adversus Marcionem*, IV, 16, dans les *Tertulliani Opera*, édition Rigault, fol. 418-419. Paris, 1 vol. in-fol., 1695.

(4) Mais la vengeance publique, exercée contre le coupable au nom de l'Église offensée par le délit, ne fonde pas son droit de punir. Dans d'autres législations que le droit canon et pour d'autres sociétés que l'Église, la vindicte publique a pu passer pour le fondement du droit de punir (Cfr. Rollin, *les phases du droit pénal*, dans *Revue de droit international et de législation comparée*, tome XIV, 1882, p. 20 et 24). Mais l'Église ne peut, comme les sociétés laïques, puiser ses droits exclusivement dans le fait de son existence sociale. Société divine, elle doit tenir ses droits essentiels de Dieu et de son divin fondateur. (Farquini, *op. cit.*, p. 33-35.)

c. 16, **C. XXIII**, q. 5 : « *Officia vindictæ* possunt implere *bono animo*, quomodo *judex*, quomodo *lex*. »

c. 1, **C. XXIII**, q. 3 : « Unde et *lex* modum ultionis statuit : « *oculum pro oculo* », quæ, si dici potest, *injustorum justitia est, non quia est iniqua ultio quam lex statuit, sed quia vitiosa est libido ulciscendi magisque ad judicem hoc pertinet inter homines decernere quam bonum hominem sibi expetere* ».

Le juge seul peut châtier avec mesure et selon la justice, l'offensé, emporté par l'amour de la vengeance, dépasserait les bornes de la justice en ne songeant qu'à satisfaire son seul ressentiment à l'encontre du coupable :

c. 51, **C. XXIII**, q. 4 : « *Ea vindicta non prohibetur, quæ valet ad correctionem, quæ etiam ad misericordiam pertinet, nec impedit illud propositum, quo quisque paratus est, ab eo, quem correctum esse vult, plura perferre. Sed huic vindictæ inferendæ non est idoneus, nisi qui odium, quo flagrare solent qui se vindicare desiderant dilectionis mansuetudine superavit...* » (1).

(1) Gratien sur la question 4 de la **C. XXIII**, in fine : « *Ex his colligitur quod vindicta est inferenda non amore ipsius vindictæ, sed zelo justitiæ, non ut odium exerccatur, sed ut pravitas corrigatur.* » — D'Espinay, *De l'influence du droit canonique sur la législation française*, page 133, note 1. — Aussi le droit canonique refuse-t-il au mari le droit de tuer sa femme adultère, c. 9, **C. XXXIII**, q. 2. Le premier concile de Tolède, de l'an 400 (Labbe et Cossart, *Sacro-sancta Concilia*, II, col. 1224), dans son canon 7, rapporté au c. 10, **C. XXXIII**, q. 2, accorde toutefois aux clercs mariés, comme un privilège, le droit de tenir leurs femmes adultères en chartre privée, curieuse application de la prison qu'il faut noter en passant. — Il ne faut pas confondre non plus l'état de légitime défense et l'exercice de la vengeance privée : il s'agit, au premier cas, non de *sumere vindictam*, mais de *propulsare injuriam*, c. 18, **X**, V, 12.

Si l'Église a restreint son droit de punir aux infractions qui blessent l'ordre social, elle n'a pas infligé des peines dans la mesure où l'intérêt social seul l'aurait exigé. Dieu lui confère le droit de punir pour qu'elle l'exerce comme lui, selon les règles de la justice. La justice divine est essentiellement expiatrice. Mais l'expiation apparaît, en droit canonique, non comme le fondement du droit de punir, mais comme son but. Elle le transforme en un *devoir* pour l'Église, mandataire de Dieu, elle détermine la nature des peines et régit leur application aux différents délits, mais elle ne justifie ni ne crée par elle-même, indépendamment de la délégation divine, le droit de punir ou de faire expier au coupable sa mauvaise action (1).

La justice divine agit aussi par l'intimidation : de là les peines dont l'Église frappe, à l'exemple du Dieu de la Bible, pour les crimes les plus graves, les morts et les parents du coupable ; de là aussi les excommunications prononcées contre des animaux et leur destruction ordonnée par elle, lorsqu'ils ont commis un acte qui serait une infraction s'il était émané d'un homme.

La théorie du droit divin de punir offre une base trop large à l'incrimination et à la pénalité. Aussi

(1) — D'Espinay, *De l'influence du droit canonique sur la législation française*, p. 122-123. En assignant au droit canon comme fondement du droit de punir l'expiation, M. d'Espinay confond le fondement du droit de punir et son but. Mais, par contre, il constate avec raison que « le principe sur lequel l'Église fait reposer le droit de répression resta toujours le même ». Sur le système de la vengeance divine, cfr. Garraud, *Traité de droit pénal*, I, p. 42.

l'Église a-t-elle restreint parfois la portée de ses conséquences aux seules exigences de l'ordre social. Remarquons, en terminant, que la délégation divine du droit de punir entraîne comme conséquence une grande rigueur dans la répression. Le délit est une offense faite à Dieu : il faut proportionner la peine à la grandeur de l'Offensé. La conception anthropomorphique de Dieu et de sa colère conduit au même résultat. La justice humaine doit apaiser la vengeance divine : toutes les peines qu'elle édicte sont légitimées par le but qu'elle poursuit.

DEUXIÈME PARTIE

LE DELIT

CHAPITRE PREMIER

DISTINCTION DU DÉLIT ET DU PÉCHÉ

11. — Les auteurs qui étudient l'infraction en droit canon confondent souvent le péché et le délit et sont portés à considérer tout péché comme une infraction d'après le droit canonique. C'est ainsi que M. Tissot, étudiant les progrès de la juridiction criminelle de l'Église, écrit que « le clergé, une fois en possession du droit de juger les délits, convertit tous les péchés en délits, comme il avait converti tous les délits en péchés. Tout acte repréhensible », ajoute-t-il, « ressortit donc à sa juridiction extérieure comme à sa juridiction intérieure (1) ». Un auteur

(1) Tissot, *Le droit pénal étudié dans ses principes*, tome II, 1^{re} partie, p. 513.

allemand, M. Katz, obéit à la même confusion dans les idées, quand il prétend que les péchés d'intention sont du domaine du droit pénal canonique (1), et M. de Bar professe la même erreur quand il soutient que le droit pénal canonique, allié étroitement à la morale, est indéterminé par son objet (2).

Tout péché pourtant n'est pas un délit, n'est pas une infraction du droit canon. Décider autrement serait, selon Meurer, « vouloir doter un tribunal humain de facultés et de devoirs divins » ; « le juge terrestre », dit encore cet auteur, « s'assiérait sur le trône de Celui dont les yeux sont comme les flammes (3) ».

Nous aurons, dans ce chapitre, à définir le péché et le délit, à examiner les juridictions qui les répriment, à présenter des exemples de péchés et de délits, les classifications dont ils ont été l'objet, et nous conclurons en établissant que le péché échappe au domaine du droit.

(1) Katz, *Ein Grundriss des Kanonischen Strafrechts*, p. 29, 113, 129.

(2) Von Bar, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, I, p. 92. — Voir, dans le même sens, Von Woringen, *Ueber die Grenzen des Einflusses des Sittengesetzes auf das Strafgesetz*, p. 17 et s., qui assimile le *peccatum* au *crimen*, le péché au délit, en s'appuyant à tort sur le passage de Gratien : « *Nomine criminis quodlibet peccatum intelligitur* », p. III ad c. 3, D. XXV, car précisément le texte indique peu après que *peccatum* peut avoir un sens différent de *crimen*.

(3) Meurer, *Der Begriff des kirchlichen Strafvergehens.....*, p. 27-28.

§ I

Définitions du Péché et du Délit

12. — Les monuments du droit canon ne fournissent aucune définition du péché et du délit. Ils ne paraissent même pas avoir attaché une expression précise et constante à la désignation, soit de l'un, soit de l'autre. On trouve, en effet, dans le Décret de Gratien, le mot *peccatum* signifiant tantôt délit, tantôt péché, et de même le mot *crimen* : « *Nomine criminis quodlibet peccatum intelligitur* », dit Gratien lui-même (1). Mais *crimen* a aussi un sens plus restreint. Un texte de saint Augustin, rapporté par Gratien, en témoigne : « *Crimen autem est peccatum grave, accusatione et damnatione dignum* (2). » Ici donc *crimen* est synonyme d'infraction juridiquement réprimée, de délit, dans le sens large de cette expression et que nous lui donnons dans cette étude.

A défaut de définitions, les textes nous offrent cependant une base de distinction entre le péché et le délit. Le canon précité, emprunté au livre de saint

(1) P. III, ad c. 3, D. XXV. — Katz, *Ein Grundriss des Kanonischen Strafrechts*, p. 1, se fonde sur ce texte pour affirmer que *crimen* est toujours employé dans le sens de délit.

(2) C. 1, § 1, D. LXXXI; saint Augustin, *in Johannis Evangelium*, tractatus XLI, cap. 8, numero 9 (Saint Augustin, *Opera*, tome III, pars prima, fol. 574, Parisiis, 11 tomes en 8 vol. in-fol., édition donnée par les PP. Bénédictins de la Congrégation de Saint-Maur, 1679-1700).

Augustin sur l'Évangile de saint Jean, *in Johannis Evangelium*, indique que le *peccatum* est seulement un *crimen* quand il est *grave, accusatione et damnatione dignum*, et Gratien attribue à saint Jérôme la même pensée : *crimen est querela, id est peccatum accusatione et damnatione dignum* (1). Ainsi tout *peccatum*, toute infraction n'est pas punie, n'est pas *accusatione et damnatione dignum*, n'est pas capable de donner ouverture à une *querela*.

Si on rapproche ces textes du canon 14, D. I, de *Pœnitentia* : « *Cogitationis pœnam nemo patitur* (2) », il est permis de conclure qu'ils supposent la distinction du délit et du péché, que leur esprit la justifie à défaut de leurs termes.

La doctrine canonique ancienne n'a fait converger les effets de son analyse que sur la règle « *cogitationis pœnam nemo patitur* », formulée par les jurisconsultes romains, et reçue certainement en droit canon dès le iv^e siècle (3). Le délit lui apparaît essentiellement comme un acte extérieur, le péché est surtout un acte intérieur, un phénomène de la conscience non extériorisé (4).

13. — Il est facile de définir le péché, en raison

(1) P. III, ad c. 3, D, XXV. (Epistola ad Titum.)

(2) Cpr. fr. 18, Dig. XLVIII, 19.

(3) Hinschius, *Das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten*, t. IV, p. 744.

(4) Menochius, *De arbitrariis judicum questionibus et causis*, casus 398, n^o 36, fol. 513 : « Nec verum est jus canonicum solum peccatum considerare... quia imo considerat et *exterius* delictum quod *exteriori* pœna coerctet. »

même de la généralité de cette notion. Elle comprend toute infraction à la loi divine, manifestée ou non dans le monde extérieur, pourvu qu'elle consiste dans un acte de la volonté : « *Violatio legis divinæ, sive actu externo sive interno consummata* (1). »

La notion du délit n'a pas la large compréhension de celle du péché : « *Delictum seu crimen est libera ac voluntaria divini aut humani juris violatio, quæ in detrimentum Ecclesiæ vel societatis civilis redundat* (2). » M. Hinschius, bien connu par ses remarquables travaux sur le droit canon, définit le délit, *das kirchliches Strafvergehen* : « *die in die aussere Erscheinung tretende, gegen die kirchliche Rechtsordnung verstossende Handlung oder Unterlassung, welche durch eine kirchliche Rechtsnorm mit Strafe bedroht ist oder von dem zuständigen mit der kirchlichen Strafgewalt versehenen kirchlichen Oberen in zweckentsprechender Ausübung der letzteren mit Strafe belegt werden kann* (3). » En d'autres termes, le délit est l'action ou l'abstention se manifestant dans le monde extérieur comme une violation de l'ordre juridique de l'Église, punissable en vertu d'une règle de droit ou pouvant être punie par le supérieur ecclésiastique dans l'exercice du pouvoir de répression dont il est investi.

(1) Icard, *Prælectiones*, III, p. 146.

(2) Pillet, *Jus canonicum generale*, p. 396. — Icard, *Prælectiones*, « *Delictum est actio externa, vel voluntaria omissio, contra legem, penis coercenda in foro externo Ecclesiæ* », III, p. 146.

(3) Hinschius, *op. cit.*, V, p. 907.

§ II

Le for intérieur et le for extérieur

14. — Il importe de rattacher à la distinction du péché et du délit celle de leurs juridictions respectives, la juridiction du délit ou for extérieur, celle du péché ou for intérieur. Les tribunaux, en effet, qui connaissent soit du délit, soit du péché, sont différents et différentes aussi sont les peines qu'ils peuvent infliger.

Le jugement et la répression du péché incombent au for intérieur ou for de la conscience. Ils sont confiés au prêtre confesseur, qui peut frapper le péché d'une pénitence volontairement acceptée par le pécheur. Le délit, au contraire, est du domaine du for extérieur. La peine qu'il mérite est infligée au coupable et subie par lui, même malgré sa volonté. L'institution du for extérieur est nécessaire au maintien de l'ordre social (1).

Il nous paraît inutile de développer ici l'évolution historique de la distinction des deux fors, intimement liée à l'histoire du sacrement de pénitence et de la

(1) Brillaud, *Principes du droit ecclésiastique*, p. 216; Huguenin, *Expositio methodica juris canonici*, II, p. 239; Icard, *Prælectiones*, t. III, p. 12, Sect. II, *De competentia fori ecclesiastici*: « Forum internum ordinatur ad regimen conscientie. Dicitur forum sacramentale, vel simpliciter internum, prout exercetur intra sacrum tribunal penitentiae, vel extra confessionem. Forum externum ordinatur ad regimen societatis christianae ». Vide encore t. III, p. 146: définition citée du délit, « in foro externo Ecclesiae », supra, p. 17, note 2.

confession. Constatons seulement qu'elle est achevée dès le douzième siècle (1).

Le for intérieur est le tribunal de Dieu sur terre. Le confesseur juge à la place même de Dieu, « *loco Dei* ». Comme lui, il doit sonder la conscience du pécheur. Il doit juger ses intentions et ses actes : rien ne doit échapper au tribunal de la confession et la simple intention lui est déférée, pour être jugée. Telle est la notion sur laquelle se fondent les pouvoirs du confesseur relativement aux péchés, qu'il a le droit, seul, de réprimer. En un mot, il juge l'âme du pénitent, par conséquent le simple péché d'intention.

Le for externe, au contraire, juge les actes qui nuisent à la constitution et à l'ordre de la société chrétienne, pour la sauvegarde de laquelle il est institué (2). Vis-à-vis du for externe, l'acte fait présumer l'intention (3).

L'Église, bien que se considérant comme une institution d'origine et de fondation divines, n'a donc pas confondu, quoiqu'on l'ait souvent prétendu, la justice divine et la justice humaine : « *Alia est sella*

(1) *Tractatus historico-canonicus de censuris ecclesiasticis*, sans nom d'auteur, p. 50, 51, 52, 1 vol. in-12°, editio secunda, 1711.

(2) Icard, *Prælectiones*, III, p. 227.

(3) Réginald, *Praxis fori penitentialis ad directionem confessarii in usu sacri sui muneris*, lib. XIII, cap. 2, n° 21, t. I, fol. 646 : « Ecclesiam interdum de actu interiori legem ferre, non tamen absolute et secundum se sumpto, sed prout illi adjunguntur actus exteriores ab ipso procedentes, quod duobus modis fieri potest: altero præcipiendo bene fieri opus externum quod exigit boni animi affectionem..., altero modo, inhibendo ne tale opus externa fiat tali mali voluntate... »

terrena, aliud tribunal cœleste (1).» Elle a bien compris que « la justice de Dieu et celle des hommes ne sauraient être les mêmes ni par l'étendue des droits ni par la perfection des moyens » (2).

Si le for intérieur juge les péchés, le for extérieur, les délits, le délit qui viole les lois divines et morales ressortit comme péché au for inférieur. Il en est ainsi, par exemple, du meurtre, du vol, du rapt. Ce sont des actes contraires aux préceptes du Décalogue ; ce sont aussi des infractions aux lois de l'Église. Le for intérieur a donc une compétence plus large que celle du for externe dont il embrasse la sphère.

§ III

Les péchés, les délits ; leurs classifications

15. — Il suffit de parcourir quelques livres pénitentiels (3) pour se convaincre du domaine étendu des faits et des pensées réprimés par l'Église, de l'infinie variété des péchés. Combien de désirs manifestés par la seule volonté, combien d'actes en effet, constituent, par exemple, des péchés contre la foi, des péchés de la chair, des infractions à la loi d'amour

(1) c. 53, C. XI. q. 3.

(2) Rossi, *Traité de droit pénal*, I, p. 18 ; Paris, 2 vol. in-8°, 1863. — Cfr. *suprà*, p. 6-7.

(3) Voir notamment *Wasserschleben, die Bussordnungen der abend-ländischen Kirche*.

et de charité qui doit régler nos rapports avec notre prochain ! Ainsi le blasphème et l'hérésie ne sont pas seuls des péchés contre la foi ; l'indifférence en matière de foi, la seule pensée volontaire de doute, même non exprimée, sont des péchés. L'adultère n'est pas le seul péché de la chair, l'homicide et le vol, les délits qui mettent en danger la vie ou la fortune de nos semblables, ne sont pas seuls punis par Dieu : la médianesse, le simple désir de tuer ou de voler sont des infractions à la loi divine.

Si le juge du for intérieur est investi d'une compétence divine, par cela même sa compétence est infinie. Dieu s'est donné la puissance de juger de toutes les pensées et de tous les actes humains ; il serait bien téméraire à l'homme de vouloir limiter le champ des infractions possibles à la loi divine, d'en donner la liste complète. Aussi aucun texte, soit de l'Écriture, soit du droit canon, ne présente-t-il une énumération limitative des péchés.

16. — Il importe de noter la distinction établie par les théologiens entre le péché *mortel* et le péché *vénial*. Le péché *mortel* et le péché *vénial* présentent évidemment un caractère commun ; ils sont tous deux des infractions à la loi divine. Mais le péché mortel est celui qui, à cause de sa gravité, est puni des peines éternelles et détruit la grâce, tandis que le péché vénial ne fait que l'affaiblir sans la détruire et peut être pardonné après un acte quelconque de pénitence. Le péché mortel ne peut être remis que par l'absolution du prêtre, le pardon du péché vénial ne nécessite pas l'intervention du confesseur. Le premier est

donc la matière nécessaire de la confession qui fait partie de l'administration du sacrement de pénitence.

On trouve déjà cette classification des péchés à la base d'un texte de Tertullien (1) : « ... *Sint quædam delicta* (2) *quotidianæ incursionis, quibus omnes simus objecti. Cui enim non accidit, ante irasci inique et ultra solis occasum, aut et manum immittere, aut facile maledicere, aut temere jurare, aut fidem pacti destruere, aut verecundia, aut necessitate mentiri ? In negotiis, in officiis, in victu, in quæstu, in visu, in auditu, quanta tentamur, ut, si nulla sit venia istorum, nemini salus competat. Horum ergo ERIT VENIA per EXORATOREM PATRIS CHRISTUM. Sunt autem et contraria s, ut graviora et exitiora, quæ veniam non capiant, homicidium, idololatria, fraus, negatio, blasphemia utique et mæchia et fornicatio, et si qua alia violatio templi Dei. Horum ultra EXORATOR NON ERIT CHRISTUS. »*

Il n'entre pas dans le but de notre étude, essentiellement juridique, d'insister plus longuement sur les notions de péché mortel et de péché véniel et d'exposer les rapports qu'elles pourraient avoir avec la notion de délit (3). Signalons seulement qu'en raison même

(1) *De Pudicitia*, cap. 19 ; *Tertulliani Opera*, fol. 572, édition Rigault, Paris, 1695, 1 vol., in-fol. — Cf. Hinschius, *op. cit.*, IV, p. 693.

(2) *Delictum* est ici synonyme de *peccatum*. Voir *suprà*, p. 15.

(3) Sur la notion de péché mortel, Læning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, I, p. 256. D'après cet auteur, elle n'était pas bien déterminée dans les débuts, mais laissée, dans chaque cas particulier, à l'appréciation arbitraire de l'évêque. Au III^e siècle, le péché mortel devait être un péché public ; contra Hinschius, *op. cit.*, IV, p. 693, note 8. — Sur les rapports du péché mortel ou véniel avec le délit, cfr. Gibert, *Usages de l'Église gallicane concernant les censures*,

de sa valeur et de son intérêt théologiques, la classification des péchés en péchés mortels et véniels a rendu nécessaire l'examen des circonstances diverses qui peuvent modifier la culpabilité du pécheur. Un péché déterminé pouvant être véniel ou mortel selon les circonstances, dans le premier cas, l'absolution sacramentelle n'est pas nécessaire à la remise du péché, dans le second cas, au contraire, elle doit avoir lieu, pour que ce résultat soit obtenu.

L'analyse des circonstances du péché, à laquelle se sont livrés les confesseurs, a servi de modèle à l'analyse des circonstances du délit faite par les anciens criminalistes, qu'ils aient eu en vue le droit canon ou le droit séculier.

17. — Nous venons de donner un aperçu de la variété des péchés et une notion sommaire de leur classification fondamentale. Il nous faut accomplir la même tâche à propos des délits.

Les textes de droit canon, le *Corpus juris canonici* et les canons des conciles notamment, établissent et réglementent de nombreux délits. Le cinquième livre des Décrétales, consacré au droit criminel, contient des titres spéciaux relatifs à l'apostasie (*lib. V, tit. 9*),

règle 1, p. 58: « La matière commune des censures est le péché mortel, et, de toutes les censures, il n'y a que l'excommunication mineure et quelques petites suspenses dont on puisse être puni pour des péchés véniels », et cet auteur ajoute, comme justification de cette règle, que « les peines doivent être proportionnées aux péchés, qu'ainsi les censures, étant les plus grandes peines, ne peuvent être employées pour punir les moindres des péchés, tels que les véniels... » En principe donc, le péché mortel peut seul fournir la matière d'un délit. La censure ne frappe que le délit.

à la calomnie (*eod lib., tit. 2*), à la simonie (*tit. 3*), à l'homicide volontaire ou casuel (*tit. 12*), au duel (*tit. 14*), à l'usure (*tit. 15*), au faux (*tit. 20*), pour ne citer que les délits les plus graves (1). Mentionnons aussi parmi eux l'hérésie (*tit. 7*). Il ne faudrait pas croire que l'hérésie est un simple péché ou délit d'intention. L'hérésie, pour constituer un délit, doit être extérieurement manifestée, être l'« *hæresis formalis externa* » des canonistes (2).

Sont encore des délits les infractions commises par les prêtres dans l'exercice de leur ministère (3), l'ordination de personnes frappées d'irrégularité, la célébration de la messe l'après-midi ou le soir (4), les infractions à la discipline en général.

L'Église, déléguée par Dieu pour punir le mal, incrimine non-seulement les actes mauvais commis à l'encontre de l'homme et de la société, mais encore ceux contraires au respect que nous devons à la divinité, comme le blasphème et le parjure, que la légis-

(1) Pour l'étude spéciale des délits du droit canon, voir Katz, *op. cit.*, p. 56 et ss. ; Hinschius, *op. cit.*, V, 157 et ss. ; 679 et ss. Cpr. Mayer, *Geschichte der Strafrechte*, p. 389 à la fin de l'ouvrage, passim, ainsi p. 449, 458.

(2) Hinschius, *op. cit.*, t. V, p. 679-690 : « Wesentlich erscheint.... dass die Abweichung der betreffenden Person von des kirchlichen Glaubenslehre in die äussere Erscheinung tritt. Erst das letztere Moment macht die Ketzerei zur s. g. *hæresis formalis externa*, d. h. zum kirchlichen Verbrechen » ; Meurer, *op. cit.*, p. 30, notes 7, 8, 9. — Contra Clarus, *Praxis criminalis, questio 91* : « Cum illud delictum sola mentis cogitatione perficiatur », fol. 285.

(3) Hinschius, *op. cit.*, V, p. 854 et ss.

(4) Hinschius, *op. cit.*, V, p. 679 et ss.

lation laïque n'a pas à réprimer (1). Ainsi le fondement du droit de punir régit la détermination des incriminations.

Il y aurait toutefois plus d'inconvénients que d'avantages, au point de vue de la paix sociale, à ce que tous les actes extérieurs qui constituent des violations de la loi divine fussent réprimés par l'Église. Aussi n'a-t-elle puni que les faits qui troublent gravement l'ordre social établi par elle selon les dogmes fondamentaux de la foi qu'elle professe : « *Lex proditur* », dit le pape Grégoire IX dans le *proo. ium* de ses Décrétales, « *ut appetitus noxius sub juris regula limitetur, per quam genus humanum, ut noneste vivat, alterum non laedat, jus unicuique tribuat, informatur* ». Il est vrai que l'ordre social dépend de la moralité de chacun et que par conséquent les actes immoraux des particuliers intéressent, à un degré plus ou moins fort selon les cas, l'ordre social. Pourtant l'Église punit seulement au for extérieur les actes qui le violent directement : l'hérésie est à ce titre le délit le plus grave ; elle tend à la ruine de la constitution même de l'Église et à la destruction des principes sur lesquels elle repose.

Il est impossible de déterminer *a priori* tous les faits qui troublent l'ordre social, de préciser avec

(1) Le droit séculier ne punit pas le faux témoignage comme délit commis à l'encontre de Dieu, mais comme crime ou délit contre les particuliers. Cfr. la rubrique du *livre III, titre II, du Code pénal*, sous laquelle sont placés les art. 361 à 366, et ces articles. — Sous l'influence de la théorie du droit divin et du droit canon, notre ancienne législation criminelle réprimait des délits commis à l'encontre de Dieu et de l'Église, ainsi l'hérésie, la sorcellerie, le blasphème.

exactitude les conditions que doit remplir le péché pour être « *grave, accusatione et damnatione dignum* » et devenir un délit : « *Nulla regula sufficiens excogitari potest, dit Suarez, sed necessario id committendum est prudentiæ legislatoris et judicis* (1). » Aussi chercherait-on vainement un texte juridique donnant une liste complète et limitative des délits. Comme l'a remarqué M. Hinschius, la législation ecclésiastique est une législation dont les dispositions sont prises au gré des circonstances et des occasions qui peuvent se présenter (2). Elle s'est peu à peu développée, le nombre des délits s'est accru et s'accroît encore aujourd'hui au fur et à mesure des exigences de la morale, des besoins de l'Église et des nécessités de sa discipline.

18. — Le droit canon semble, au premier abord, présenter une classification des délits basée sur leur gravité. Les sources renferment les expressions *delicta gravia, delicta levia, crimen, crimen capitale, scelus, flagitium, delictum, excessus*, et même *peccatum*, pour désigner les divers délits. Mais aucun principe ne gouverne l'emploi de ces termes (3) et aucun texte ne nous donne le tableau des *delicta gravia et levia* et ne nous permet de le constituer. La doctrine n'a, du reste, jamais tenté de le dresser.

(1) Suarez, *De censuris*, Disputatio IV, sect. 4, n° 3, t. XXIII, p. 99, de l'édition Berton.

(2) Hinschius, *op. cit.*, V, p. 950, 963 : « Wiederholt ist darauf aufmerksam gemacht worden, dass die kirchliche Strafgesetzgebung den Character einer Gelegenheitsgesetzgebung aufweist », 906, 907.

(3) Katz, *op. cit.*, p. 4 ; Hinschius, *op. cit.*, V, p. 270, 271, 272, 909, 910.

Le motif de l'absence d'une classification légale où doctrinale des délits selon leur gravité et les peines dont ils peuvent être frappés gît dans le défaut d'intérêt que cette classification aurait présenté. Elle ne pouvait avoir aucun intérêt, soit au point de vue de la compétence *ratione materie*, soit au point de vue de la peine affectée au délit, toute juridiction du for externe ayant le droit de prononcer l'une quelconque des peines admises par le droit canon et infligeant la peine que lui semble mériter le délit, non-seulement d'après sa gravité intrinsèque, mais encore d'après le trouble qu'il apporte au fonctionnement de la constitution hiérarchique et sociale de l'Église (1), et cela même dans le cas où une peine est établie par les canons. Aussi le même délit n'est-il pas toujours puni de la même peine et ne peut-on dire *a priori*, d'un délit, s'il est grave ou léger (2).

15 — De tous les développements précédents, on

(1) Hinschius, *op. cit.*, V, 910, 911.

(2) Dans notre ancien droit pénal, les dénominations de délits graves et légers sont tout aussi vagues qu'en droit canon et ne peuvent servir de fondement à une classification précise des infractions. — Nous n'avons pas à exposer ici les classifications des délits du droit canon en délits *occultes, quasi-occultes, publics, manifestes, notoires et flagrants*, d'une part, et en délits *civils, ecclésiastiques et mixtes*, d'autre part. La première a de l'intérêt seulement au point de vue de la procédure et de la preuve ; la seconde établit les limites respectives de la compétence séculière et ecclésiastique. Toutes deux, elles sont étrangères au droit pénal proprement dit. Voir, sur la première classification : Tilloy, *Traité théorique et pratique du droit canonique*, t. II, p. 270, 271, 272 ; Stremmer, *Traité des peines ecclésiastiques, de l'appel et des congrégations romaines*, p. 67, et ss. ; Katz, *op. cit.* p. 4, note 3 ; c. 7, X, III, 2. — Sur la deuxième, Rosshirt, *Geschichte des Rechts im Mittelalter*, Band I : *Kanonisches Recht*, p. 335.

peut dégager les deux différences suivantes entre le délit et le péché :

1° L'élément extérieur est nécessaire à l'existence du délit, tandis que le péché peut être une action interne ou externe, un simple état de conscience ou un phénomène extérieur ;

2° Le péché, même externe, se distingue du délit en ce qu'il est seulement la violation des préceptes divins et moraux obligeant la conscience, tandis que le délit est aussi la violation des principes qui régissent l'Église, envisagée comme institution sociale (1).

§ IV

Domaine du droit pénal canonique

20. — Tandis que l'État ne possède qu'une juridiction criminelle chargée de punir seulement les délits, l'Église en a deux : celle du for intérieur ou pénitentiel pour la répression du péché, celle du for extérieur pour celle du délit. Le for intérieur et le for extérieur, le péché et le délit, sont-ils tous deux du domaine du droit pénal canonique ? La morale, sur le terrain de laquelle s'élève le for intérieur, serait-elle une branche du droit pénal canonique et non

(1) Si l'on exige, pour ériger un fait en délit, qu'il soit prévu et réprimé par la loi canonique, on reconnaît par là même une troisième différence entre le délit et le péché. Voir *infra*, p. 33-35.

distincte de lui comme elle l'est des législations pénales séculières ?

Bien des auteurs ont considéré le péché comme ressortissant au droit pénal canonique et ont été entraînés à commettre cette erreur par la confusion, qu'offrent les sources, les textes les plus anciens, du péché et du délit (1). Dans les *pénitentiels*, par exemple, on trouve, à côté de véritables délits, des péchés prévus et réprimés ; dans le *Corpus juris canonici* se rencontrent des dispositions de même genre (2) à côté d'autres vraiment juridiques. Mais ce mélange, dans les sources, de dispositions de nature différente tient à ce que, dans les premiers siècles de l'Église, la théologie n'était pas distincte, comme science, du droit : elle le devint seulement au moyen-âge (3).

21. — De même que le droit pénal séculier, et au même titre que lui, le droit pénal canonique diffère de la morale. La morale est du ressort du confesseur, administrant le sacrement, le péché est du domaine de la théologie morale (4). Il est vrai que le droit canon

(1) Tissot, *op. cit.*, t. II, 1^{re} partie, p. 513 ; Von Bar, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, I, p. 92, 96. — Contra Hinschius, *op. cit.*, V, p. 930, note 1.

(2) C. 29, D. I, de *Pœnitentia*. « Si propterea non facis furtum, quia times ne videaris, intus in corde fecisti ; furti teneris, et ''tulisti. »

(3) Brillaud, *Principes du droit ecclésiastique*, p. 47. — Tilloy, *Traité théorique et pratique de droit canon*, I, p. 11, n^o 32.

(4) Tilloy, *op. cit.*, I, p. 13, n^o 37. — Meurer, *der Begriff des kirchlichen Strafvergehens*, p. 29.

réglemente le for intérieur, fixe les conditions d'aptitude à l'exercice de la juridiction pénitentielle, les droits des confesseurs et leurs obligations, mais on ne peut prétendre que la matière du for intérieur, le péché, soit régie par le droit. Le droit pénal implique essentiellement une infraction qui, par cela même qu'elle a été commise et qu'elle est prouvée, est punissable, indépendamment de toute confession du coupable venant se dénoncer lui-même et se soumettre librement à la peine. Aussi les canonistes ont-ils formulé le principe : *Ecclesia non judicat de internis*, et distingué les droits de l'Église, en tant que société, de ceux qu'elle a comme organe de la religion (1). De plus, le droit suppose la force et la contrainte mises à son service. Or la répression, au for intérieur, dépend de la volonté seule du pécheur. Le délit seul est puni par l'Église, société humaine : elle impose au coupable, autant que cela est en son pouvoir, l'accomplissement de la peine.

Si le for intérieur est, par son objet, en dehors du droit pénal et juridiquement indépendant du for extérieur (2), seul organe de ce droit, il n'en a pas moins exercé une influence considérable sur cette juridiction.

(1) Cfr. Gibert, *Usages de l'Église gallicane* : « ... il n'y a point d'action intérieure qui soit punie de censures ou qui puisse en être punie. La raison en est que la censure est une peine ecclésiastique et que l'Église ne juge pas de l'intérieur », Règle III, p. 59. — Réginald, *Praxis fori pœnitentialis*, lib. XIII, cap. 2, n° 21, l, fol. 646. — Jeard, *Praelectiones*, III, p. 227.

(2) Brillaud, *Principes du droit ecclésiastique*, p. 86, cite à ce propos le passage suivant, emprunté au théologien d'Annibale : « Cum forum externum presumptione facti, internum rei veritate, nititur, si factum re vera non subest, in foro conscientiae non obligat. »

Le prêtre, juge à la fois au tribunal de la pénitence et au for externe, pouvait connaître de faits justiciables de l'un et de l'autre, péchés en même temps que délits ; de là, pour lui, l'occasion d'appliquer au droit pénal les principes plus rationnels et plus équitables du for pénitentiel libre de toute entrave juridique.

CHAPITRE II

LES ÉLÉMENTS DU DÉLIT

22. — Comme le péché, le délit est essentiellement un phénomène de la volonté, mais un phénomène se révélant au monde extérieur: « VOLUNTARIA tantum COMMISSA sequitur DELICTORUM *invidia* (1). » De plus, le délit est une infraction aux règles du droit.

Il suppose donc nécessairement la réunion de trois éléments: 1° d'un élément *moral*, l'intention criminelle; 2° d'un élément *matériel* ou *externe*, appelé le corps du délit (2) par les criminalistes modernes; 3° d'un élément *juridique*.

Nous les examinerons successivement dans l'ordre suivant: 1° élément juridique, 2° élément moral, 3° élément matériel.

(1) c. 10, C. XV, q. 7.

(2) Garraud, *Traité de droit pénal théorique et pratique*, I, p. 120, 161, 282.

§ I

Élément juridique du délit

23. — Le délit est, nous venons de le voir (n° 19 *suprà*), la violation des principes qui régissent la constitution sociale de l'Église. Mais cette définition rend-elle compte de toutes les conditions nécessaires à l'existence du délit ? Ne doit-il pas être aussi prévu et puni par la loi canonique ?

La question de la nécessité de l'élément *légal* du délit est vivement discutée par les interprètes allemands du droit canon. MM. Katz et Heiner⁽¹⁾ soutiennent que le délit n'existe qu'en vertu d'une loi, tandis que M. Hinschius nie la nécessité de cet élément légal se fonde sur le pouvoir des évêques, des synodes et de des papes de punir des faits non prévus par la loi et de créer par là même des délits, non-seulement comme organes du pouvoir *législatif*, mais encore en vertu de leur pouvoir *judiciaire* (2).

(1) Katz, *Ein Grundriss des Kanonischen Strafrechts*, p. 3-4 ; Heiner, *Katholisches Kirchenrecht*, II, p. 82. — Voir dans le même sens la définition donnée par Icard, *op. cit.*, du délit, *suprà*, p. 17, note 2 : « delictum est actio externa, vel voluntaria omissio, contra legem, poenis coercenda... » Cfr. art. 4, *Code pénal*, et Garraud, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, I, p. 163 et ss, pour notre droit actuel, qui exige que le délit soit prévu et puni par la loi.

(2) Hinschius, *op. cit.*, V, p. 295 et ss., 906. — Cfr. Pillet, *Jus canonicum generale*, p. 396, définition du délit rapportée *suprà*, p. 16.

Nous partageons cette dernière opinion. M. Katz se fonde, pour prouver la nécessité de l'élément légal du délit, sur un passage du C. 3, c. XXXII, q. 4 : « *Pœna criminis ex tempore legis est, quæ crimen inhiibuit. Nec ante legem ulla rei damnatio est, sed ex lege.* » Mais ce texte, que Gratien a puisé dans le livre I de l'ouvrage de saint Ambroise *De Abraham*, chap. 4 (1), ne peut pas être invoqué ici. Il a trait à la loi divine et non à la loi promulguée par le pouvoir social. Saint Ambroise y explique que les rapports d'Abraham et d'Agar ne pouvaient être considérés par Dieu comme la consommation de l'adultère ; la loi divine ayant été révélée postérieurement au moment où ils eurent lieu, Abraham, affirme-t-il, ne pouvait commettre de péché. De plus les écrits des Pères de l'Eglise sont loin d'avoir une autorité absolue en matière juridique. Enfin le principe de l'effet non rétroactif de la loi pénale, que ce texte pose *expressis verbis*, et qui est la conséquence forcée de l'admission de l'élément légal du délit par une législation, est rejeté par le droit des Décrétales : «... Alii vero ad excusandas excusationes in peccatis impudenter affirmant illas duntaxat usuras restituendas, quæ sunt post interdictum nostrum receptæ, nec aliquos ad solvendas usuras, quas ante interdictum nostrum receperunt, debere compelli. Super his Fraternitati Tuæ taliter respondemus, quod *sive ante sive post interdictum nostrum* usuras extorserint, cogendi sunt per pœnam, quam statuimus in concilio (2). »

(1) Migne, *Patrologie latine*, tome XIV, col. 429.

(2) c. 5, X, V, 19. Cfr. Garraud *loc. cit.*; art. 2 du *Code civil*.

M. Katz lui-même se contredit, du reste, en admettant l'exactitude juridique de la glose sur le c. 3, C. XXXII, q. 4, qui distingue le *crimen canonicum*, prévu par une loi promulguée, de celui qui ne l'est pas, auquel l'élément légal fait par suite défaut, et en reconnaissant comme sources du délit non-seulement la loi, mais aussi la coutume (1).

La règle *nullum crimen, nulla pœna sine lege*, est donc étrangère au droit canon comme aux anciennes législations en général et à notre ancien droit pénal en particulier (2). Le caractère en partie disciplinaire du droit pénal canonique, en tant qu'il se réfère à la discipline des clercs, justifie son absence. Les manquements variés à la discipline ne peuvent être limitativement et légalement prévus tous d'avance et les infractions disciplinaires n'ont jamais été distinguées des infractions du droit pénal, comme elles le sont dans notre législation actuelle. Elles entraînent les mêmes pénalités.

Le délit en droit canonique ne présente pas nécessairement, par conséquent, un élément légal. Il suffit que l'infraction consiste dans la violation de l'ordre social établi tant par le droit promulgué que par la coutume pour qu'elle soit punissable. C'est ce caractère de l'infraction que nous qualifions d'élément *juridique* du délit.

(1) Katz, *loc. cit.*

(2) Hinschius, *op. cit.*, V, 663, note 5.

§ II

Élément moral du délit

24. — En droit canon, comme dans le droit pénal actuel, le délit implique essentiellement l'existence de l'intention criminelle chez son auteur. L'intention criminelle suppose la volonté intelligente : l'homme seul en est capable et, seul, il peut être l'auteur d'un délit (1).

Pourtant les textes semblent soumettre quelquefois des animaux à la répression pénale. Mais il n'y a pas ici, comme on pourrait le croire, d'exception au principe de la nécessité de l'intention criminelle comme élément du délit. Le droit canon ne considère pas comme coupable l'animal dont il ordonne la mort : « ... Animalia jubentur interfici, dit saint Augustin, *non propter conscientiam peccati, sed quia refricant memoriam facti* (2) ». L'animal ne peut commettre de délit (3), l'idée religieuse de purification et l'intimidation sont les sources des dispositions du droit

(1) Katz, *op. cit.*, p. 5. — A rapprocher de ces explications l'admission, en droit canon, du principe de la responsabilité pénale des personnes morales, comme le prouve la création de l'interdit local frappant un pays, une ville, une association pour le crime d'une personne ; c. 1, VI^o, V, 5 ; Hinschius, *op. cit.*, V, p. 30, 523, 916, 919 ; c. 1, VI^o, V, 8. Cfr. Garraud, *op. cit.*, I, p. 314.

(2) c. 3, C. XV, q. 1.

(3) c. 4, C. XV, q. 1.

canon qui le frappent, tout en proclamant qu'il ne peut être coupable (1) parce qu'il n'est pas capable d'intention criminelle, « *cum sit irrationabile* ». Les excommunications et les autres peines dont le droit canon a fait usage contre les animaux sont plutôt des moyens de purification et d'intimidation que de véritables peines. L'idée de purification explique aussi certaines dispositions, antérieures au douzième siècle, qui soumettent un innocent à la pénitence, tout en reconnaissant chez lui l'absence d'intention criminelle. Le canon 6, C. XXXIV, q. 1 et 2, qui renferme une disposition de ce genre, montre nettement qu'il ne s'agit pas ici d'une peine véritable infligée à un innocent : « *In lectum mariti, absente uxore, soror irit uxoris : quam ille, uxorem putans suam esse, dormivit cum ea. Super hoc visum est, si ipse per securitatem veram hoc probaverit, quod inscius fecerit hoc scelus, pœnitentiam quidem, quæ sibi indicta fuerit, agat, et legitimum suum conjugium habere permittatur. Illa vero vindicta digna affligatur et in æternum conjugio privetur.* » L'opposition est bien nette dans ce texte entre la « *vindicta* », qui frappe la femme coupable, et la « *pœnitentia* », à laquelle doit se soumettre le mari « *inscius* ». Il refuse à la pénitence le carac-

(1) Ménabréa (Léon), *De l'origine, de la forme et de l'esprit des jugements rendus au moyen-âge contre les animaux*, notamment pages 121 et s., 1 vol. in-8°, Chambéry, 1846. — Grandclaude, *Jus canonicum secundum ordinem Decretalium*, t. III, p. 510.

tère de *vindicta*, c'est donc qu'elle n'est pas ici infligée comme peine (1).

45. — L'absence d'intention criminelle exclut la responsabilité et la culpabilité de l'homme. L'intention criminelle, supposant une volonté libre et la conscience du délit à commettre, le discernement, là où l'un de ces deux éléments fait défaut, il n'y a point d'infraction. Nombreuses sont les applications de ces principes. Ainsi la démence et l'ivresse, supprimant le libre arbitre et le discernement, enlèvent à l'acte commis sous leur influence tout caractère délictueux : « *Quomodo enim reus constituitur, qui nescit quod fecerit?* » (2). De même l'âge, l'ignorance invincible de fait, l'erreur, sont ou peuvent être exclusifs de toute intention criminelle (3) et des obstacles à la naissance du délit.

(1) Voir notre chapitre sur la peine canonique en général; voir encore le *dictum Gratiani* sur le c. 8, les c. 9, 10, C. XXXIV. q. 1 et 2. Le concile de Tribur (an. 895), auquel sont empruntés ces canons, s'est particulièrement occupé des délits de la chair (canons 37 et suivants). Voir Labbe et Cossart, *Sacrosancta Concilia*, t. IX, col. 459-469.

(2) c. 5, C. XV, q. 1; Kotz, *op. cit.*, p. 7, 9; Hinschius, *op. cit.*, V, 921; *Clem. un.*, V, 4.

(3) Sur la folie : c. 12, C. XV, q. 1 : « Si quis insanicus aliquem occiderit, si ad sanam mentem pervenerit, levior ei pœnitentia imponenda est, quam ei qui sana mente tale quid commiserit. Cui quamvis pœnitentia sit imponenda, quia ipsa infirmitas causa peccati, licet fortassis occulta contigisse creditur tanto tamen levior quam ei qui sanus aliquem occiderit, quantum inter sanum et insanum irrationabili et rationabili constat abesse discriminis », ajoute le Concile de Worms, canon 28, de l'an 868, auquel Gratien a emprunté son canon 12, Labbe et Cossart, *op. cit.*, tome VIII, col. 951. Voir aussi Wasserschleben, *die Bussordnungen der abendländischen Kirche*, p. 250. Il s'agit, dans ce texte, selon Gratien, d'une « *furor perducta propria culpa* », qui par conséquent n'est pas exclusive de toute res-

La contrainte morale ou physique (*vis, metus*), pouvant supprimer la liberté d'une façon absolue, est aussi, dans ce cas, une cause d'irresponsabilité. A cet égard, les principes du droit romain furent reçus par le droit canon (1). Il proclame, d'une façon générale, la règle « *quod non est licitum in lege, necessitas facit licitum* ». En d'autres termes, à l'impossible nul n'est tenu (2).

Le droit canon a prévu, d'une façon spéciale, le cas où, par suite de l'extrême misère dans laquelle un homme se trouve plongé, ce dernier est dans la nécessité de voler pour se nourrir ou se vêtir. Lorsque la nécessité est telle que raisonnablement la volonté ne peut plus y résister, elle est évidemment une cause d'irresponsabilité pénale : « *Raptorem vel furem non facit NECESSITAS, sed VOLUNTAS* (3). »

ponsabilité. Telle est certainement la doctrine à l'époque de la rédaction du *Decretum*, qui, d'après M. Tardif (*Histoire des sources du droit canonique*, p. 175), se place entre les années 1139 et 1148 et les canons que Gratien cherche à concilier avec elle (*Causa XV*, q. 1) sont l'expression pratique de l'idée religieuse de purification, signalée pages 36-37 supra. Ils ne visent pas des délits dépourvus de l'élément moral. — Sur l'ignorance, Réginald, *Praxis*, lib., XI, nu. 21 et seq., t. I, fol. 618-620; c. 5, *X*, V, 27; c. 9, *eod. tit.*; c. 19, *X*, V, 19; c. 5, 6, *C. XXXIV*, q. 1; Regula 13, in *VI* : « *Ignorantia facti, non juris, excusat* »; Gibert, *op. cit.*, règle 9, p. 63. — Heiner, *Katholische Kirchenrecht*, II, p. 84-85. — Sur l'erreur c. 1, 2, *C. XXXIV*, q. 1.

(1) Décrétales de Grégoire IX, lib. 1, tit. 40 : « *De his que vi metusve causa fiunt.* »

(2) c. 1, *D. 1, De Consecratione (III^a pars Decreti)*; Gratien sur le c. 40, *C. 1*, q. 1, *VI^a pars hujus questionis*.

(3) *Sommaire* du c. 26, *D. V, De Consecrat.*; c. 4, *X*, V, 41; c. 2, *in fine*, *X*, III, 46; Tissot, *Le droit pénal étudié dans ses principes*, II, 1^{re} partie, p. 155; München, *Das Kanonische Strafverfahren und Strafrecht*, II, p. 48.

Toutefois il n'est pas certain que la doctrine canonique ait été toujours constante sur ce point et ait considéré, de tout temps, la *necessitas* (*fame aut nuditate*) comme une cause d'exemption de la peine. Un canon du pénitentiel romain (1) rapporté au chapitre 3, X, V, 18, soumet en effet le voleur *necessitate* à une pénitence et établit ainsi une cause d'atténuation (2) de la peine et non une cause d'exemption: « *Si quis propter necessitatem famis aut nuditatis furatus fuerit cibaria, vestem, vel pecus, pœniteat hebdomadas III, et si reddiderit, non cogatur jejunare.* » Le texte ne limite nullement le sens de la « *necessitas* » qu'il vise: il est aussi absolu que possible et, par conséquent, en contradiction avec le c. 26, D. V, de *Consecratione*: « *Discipulos, cum per segestes transcundo evellerent spicas et ederent, ipsius Christi vox innocentes vocat, quia coacti fame hoc fecerunt* », dont le sommaire oppose d'une façon très nette la *necessitas* à la *voluntas*.

D'après le pénitentiel et le c. 3, X, V, 18, la *necessitas* par elle-même n'exclut ni la culpabilité ni la peine. La restitution des objets volés *necessitate famis aut nuditatis* a seule cet effet. Or, exiger cette restitu-

(1) Canisius, *Antiquæ lectiones*, t. II, p. II, fol. 127.

(2) Pour juger de cette atténuation, cpr. la pénitence infligée au vol par le même pénitentiel: « *Si quis furtum capitale, id est quadrupedem, vel fregerit, aut quodlibet majus pretium furaverit, VII annos pœniteat... si quis de minoribus semel aut bis furtum fecerit, reddat pro animo suo et unum annum pœniteat in aqua et pane, et si reddere non potest, III annos pœniteat.* » Canisius, *op. cit.* t. II, p. II, fol. 124.

tion, dans notre hypothèse, c'est souvent, pour ne pas dire toujours, demander l'impossible. La nécessité ne fait donc que rendre possible l'admission de l'excuse de restitution (1), le principe étant la culpabilité atténuée du voleur *necessitate*.

Pourtant la doctrine postérieure a limité la portée du c. 3, X, V, 18, à la *necessitas non multum cogens* (2). Elle témoigne ainsi d'un profond changement dans les principes, en voulant concilier les deux textes contradictoires expliqués plus haut. La nécessité « *multum cogens* », la vraie « *necessitas* » digne de ce nom, en exemptant par elle-même de la restitution et de la peine est devenue non-seulement une cause d'excuse, mais une cause de justification. Elle est dès lors la source d'un droit qui peut être exercé par le malheureux, dépourvu de moyens d'existence, sur les biens d'autrui. Cette doctrine, grave par ses conséquences, est aujourd'hui repoussée (3), après avoir été admise dans notre ancien droit sous l'influence du droit canon.

26. — La nécessité n'est pas la seule circonstance qui non-seulement exclue l'intention criminelle, mais justifie l'acte commis. Tels sont encore l'état de légitime défense, l'ordre d'une personne ayant, en vertu

(1) En général, la restitution, la réparation du préjudice causé n'excusent pas du délit : Menochius, *De arbitrariis judicium questionibus et causis*, cas. 308, nu. 36., fol. 513, mais elle excuse du péché : Réginald, *Praxis fori pœnitentialis*, Lib. X, nu. 250-302, t. I., fol. 553-566. — *Regula 4*, VI^o : « *Peccatum non dimittitur, nisi restitatur ablatum.* »

(2) Voir le sommaire du c. 3, X, V, 18.

(3) Garraud, *op. cit.*, I, p. 373.

de la loi, droit à l'obéissance. Examinons rapidement ces deux causes de justification (1) :

1° *L'ordre légitime*. Le droit canon professe à l'égard du soldat la doctrine de l'obéissance passive absolue et le déclare toujours irresponsable, au point de vue pénal, des ordres qu'il reçoit et exécute (2). De même, le bourreau n'est pas punissable pour le meurtre légal qu'il commet (3). Mais les enfants, les femmes mariées, les esclaves, ne jouissent pas d'une protection aussi large. La loi qui les soumet à l'autorité du père, du mari, du maître, ne paralyse pas leur liberté au même degré que celle qui lie le soldat aux ordres de son chef, qui oblige le bourreau à l'exécution des arrêts de la justice. Le droit canon leur accorde le droit et leur impose le devoir de désobéir aux ordres qui blessent la loi divine (4). Ils ne pourraient réclamer l'impunité en alléguant l'exécution d'ordres de cette nature.

2° *La légitime défense*. Elle est de droit naturel (5). Le droit canon semble s'être ici inspiré de la théorie romaine qui restreint le droit de légitime défense au cas où la vie est en péril (6). La légitime défense peut

(1) Cpr. Garraud, *op. cit.*, I, p. 391 et suiv.

(2) c. 13, C. XXIII, q. 5.

(3) c. 14, C. XXIII, q. 5; c. 41, *ead. causa*. — Cpr. art. 327, C. pén.

(4) c. 92, 93, C. XI, q. 3. — Cpr., en droit romain, Lasserre : *Étude sur les cas de non culpabilité et d'excuse en matière pénale*, p. 73, 104, 1 vol. in-8°, Toulouse, 1877; Mayer, *Geschichte der Strafrechte*, p. 219, note 30.

(5) c. 7, D. 1.

(6) c. 5, C. XXIII, q. 3; *Clem. un.* V, 4. Cpr. Lasserre, *op. cit.*, p. 59-67.

être préventive ou répressive, mais doit toujours être exercée dans la mesure où elle est strictement exigée par les circonstances, « *cum inculcata tutela* » (1). Elle peut consister dans la défense de la vie de celui qui l'exerce ou dans celle de la vie d'autrui (2). La légitime défense n'existe que pour la défense de la vie, non en principe pour la défense des biens. Les textes prohibent le meurtre du *fur diurnus*, non celui du *fur nocturnus* (3).

27. — Les hypothèses que nous venons de passer en revue et auxquelles le droit reconnaît l'effet d'empêcher la naissance du délit sont des situations nettes et précises dont le respect s'impose à tous en raison même de ces caractères. Ce sont des événements extérieurs, qui, une fois prouvés, et ils le peuvent être facilement, sont à l'abri de toute contestation. Il en est différemment des simples intentions. L'intention criminelle peut-elle être exclue et justifiée par toute intention louable ? Telle est la question qui se pose maintenant. Le droit canon a-t-il consacré la doctrine qui est souvent formulée par la règle connue : *La fin justifie les moyens* ? (4)

(1) c. 3, 18, X, V, 12.

(2) c. 17, C. XXIII, q. 5. — Cpr. art. 328, 329, C. pén.

(3) Voir textes cités dans les notes 1 et 2. Voir aussi, au point de vue des doctrines soutenues au for pénitentiel et relatives au péché, Réginald, *Praxis*, lib. XXI, cap. 5 et 6, t. II, fol. 258-264, où sont examinés successivement les cas de défense de la vie, des biens de l'honneur, de la vie d'autrui. Blasius, *Tractatus insignis et varus contradictionum juris canonici cum jure civili*, dans Ziletus, *Tractatus Universi juris*, t. I, vol. I, fol. 187, oppose le droit canon au droit civil : le droit canon défendant de tuer pour déiendre sa fortune, à la différence du droit civil.

(4) Réginald, *op. cit.*, lib. XII, t. I, fol. 634-635.

Les *Provinciales* de Pascal et les polémiques auxquelles elles ont donné lieu ont rendu cette doctrine célèbre au dix-septième siècle. Elle a pris une grande importance au for pénitentiel qui rend le confesseur juge de toutes les intentions et lui confère la faculté d'apprécier l'existence du péché et sa gravité d'après les éléments les plus divers.

Mais elle n'a jamais été admise par le droit pénal canonique. Des textes bien antérieurs aux œuvres des jésuites du dix-septième siècle ne formulent cette doctrine que pour la repousser.

Ainsi le c. 3, C. XIV, q. 5, rejette l'intention de faire un bon usage du vol comme cause de justification de ce délit : « *Bonus usus non justificat injusta quæsitâ* », dit aussi le sommaire du c. 9, *ead. causa*. Il y a toujours dans le vol visé par ces deux canons soustraction frauduleuse de la chose d'autrui. La fraude, élément du vol, n'est pas exclue par le *bonus usus* ou l'intention de faire ce *bonus usus*.

C'est en vertu des mêmes principes que le droit canon ne justifie pas le meurtre de l'amant de la femme adultère commis par le mari (1). Il n'y a pas ici de légitime défense et l'intention criminelle existe chez le mari meurtrier.

Si le c. 5, C. XIV, q. 5, présente une solution, au premier abord, différente des précédentes : « *Rapinam emere non licet, nisi ea intentione ut, cui est ablata, reddatur* », c'est qu'il vise en réalité une

(1) c. 5, 6, C. XXXIII, q. 2.

toute autre hypothèse. L'intention criminelle, nécessaire au recel, fait ici complètement défaut. L'acquisition de la chose volée n'est pas faite dans l'intention de procurer des bénéfices illégitimes à l'acheteur ou à une autre personne, puisqu'elle a pour but la restitution de la chose à la victime du vol. Il n'y a pas de recel et le canon 5 est conforme aux principes du droit (1).

La doctrine de la *direction d'intention* et de l'*intention probable*, comme on l'appelle au xviii^e siècle, repose sur une confusion entre l'intention, cause du délit, l'intention criminelle (*ea quæ tendit ad crimen*) et l'intention, motif du délit, ayant seulement en vue ses conséquences médiates. L'intention est criminelle lorsqu'elle tend librement à l'accomplissement d'un acte ou d'un fait dont le caractère délictueux est connu ou réputé par la loi être connu comme tel par son auteur. Elle est nécessaire et suffisante à l'existence du délit. L'intention de faire produire à l'acte délictueux un résultat louable n'exclut pas l'intention criminelle. Elle peut seulement atténuer la culpabilité, diminuer la force et la gravité de l'intention criminelle, constituer une circonstance atténuante, mais elle est impuissante à justifier le délit.

La justice séculière, pas plus que le for extérieur de l'Église, n'a admis la doctrine de la direction d'intention et de l'intention probable des casuistes. L'anecdote

(1) Cfr. Garraud, *op. cit.*, II, p. 433-434.

judiciaire rapportée par Pascal dans la VI^e *Provinciale* en fait foi (1).

§ III

Élément externe

28. — Le droit canon ne punit pas l'intention criminelle pour elle-même. Il faut qu'elle se révèle au monde extérieur par l'accomplissement de l'acte délictueux. Alors seulement il y a délit (2).

(1) Voici le passage de Pascal relatif à ce procès. Pascal, *Œuvres complètes*, édition Hachette, t. I, p. 66-67 (3 vol. in-8°, Paris, 1882) : « ... Jean d'Alba servant vos Pères du Collège de Clermont, de la rue Saint-Jacques, et n'étant pas satisfait de ses gages, déroba quelque chose pour se récompenser... Vos Pères, s'en étant aperçus, le firent mettre en prison, l'accusant de vol domestique, et... le procès en fut rapporté au Châtelet le 6^e jour d'avril 1647... Ce malheureux, étant interrogé, avoua avoir pris quelques plats d'étain à vos Pères, mais il soutint qu'il ne les avait pas volés pour cela, rapportant pour sa justification cette doctrine du P. Banny qu'il présenta aux juges avec un écrit d'un de vos Pères, sous lequel il avait étudié les cas de conscience, qui lui avait appris la même chose. Sur quoi M. de Montrouge dit... qu'il n'était pas d'avis, que sur des écrits de ces Pères, contenant une doctrine illicite, pernicieuse et contraire à toutes les lois naturelles, divines et humaines, capable de renverser toutes les familles et d'autoriser tous les vols domestiques, on dût absoudre cet accusé... ». — Sur la doctrine des casuistes : V^e, VI^e, VII^e *Lettres provinciales* dans les œuvres complètes de Pascal, I, p. 50-77; voir aussi, Pascal, *Œuvres complètes*, II, p. 116, 230, 232.

(2) Il faut regarder, comme sans importance au point de vue juridique, les textes qui punissent l'intention criminelle seule, indépendamment de toute réalisation extérieure de celle-ci. Voir supra p. 29 et notes; c. 29, D. I., de *Pœnitentia*. Il ne peut s'agir dans ce texte que d'un « *furti teneri* » au for pénitentiel. Mayer, *Geschichte der Strafrechte*, p. 157-158, a complètement méconnu le caractère de ce texte et semble, du reste, être un partisan de la théorie, combattue par nous, qui confond en droit canon le délit et le péché.

Il n'est pas toujours nécessaire que le délit soit complètement réalisé, soit consommé. Le droit canon punit des actes qui constituent des tentatives, dans le sens que notre droit a donné à cette expression ; il réprime même de simples actes préparatoires, à l'exemple du droit romain. Mais aucun principe ne gouverne la matière des actes punis, quoique n'emportant pas la consommation du délit, et la notion de la tentative n'a pas été définie ni délimitée par la législation canonique. On trouve bien, dans les textes, « *attentare, temptare* », mais nulle part une détermination des concepts que ces mots représentent (1). La punissabilité de la tentative n'est dominée par aucune règle générale. Il en est de même de la pénalité qui la frappe. Tantôt la tentative est punie à l'égal du délit consommé, tantôt elle entraîne une peine moins forte (2). La loi qui réprime le délit ne s'applique pas, en principe, à la tentative, en vertu du principe d'interprétation restrictive qui régit le droit pénal (3).

29. — Le droit canon frappe non-seulement l'acte délictueux, consommé ou tenté, mais encore les faits de complicité dans la perpétration du délit. A cet

(1) Mayer, *op. cit.*, p. 158 ; Katz, *op. cit.*, p. 23-24 ; Hinschius, *op. cit.*, V, 930-932 ; c. 2, 3, C. XXXVI q. 2 ; c. 6, C. XXXIII, D. I, de *Pœnitentia*.

(2) Köstlin, *System des deutschen Strafrechts*, I, p. 217, Tubingen, 1855. — Tiraqueau, *De Pœnis temperandis vel remittendis*, Causa 40, n^{os} 3 et 4, *Opera*, t. I, fol. 158 ; c. 8, 15, D. I, de *Pœnitentia*.

(3) c. 18, D. I, de *Pœnitentia* ; Icard, *Prælectiones*, III, p. 228. Cpr. art. 2 et 3, C. pén.

égard, ils rentrent dans l'étude de l'élément externe de l'infraction.

Les canons mentionnent des « *fautores, receptatores, defensores, mandantes* » et considèrent par conséquent comme faits de complicité la *favor*, la *defensio*, la *receptatio*, le *mandatum* : « *Qui facit per alium perinde ac si faciat per se ipsum* (1). »

La notion de complicité n'a été soumise à aucune détermination précise en droit canon. Une généralisation scientifique n'a pas été tentée par la doctrine. La notion de complicité n'est pas constamment la même. Elle est plus ou moins large selon les cas. Des faits de complicité relatifs à un délit sont punis à l'exclusion des mêmes faits se rapportant à un autre délit. Il en est ainsi, par exemple, de la *ratihabitio* punie seulement lorsqu'elle se réfère à certains crimes d'une gravité exceptionnelle, portant atteinte à la constitution hiérarchique de l'Église (2).

Il est certain, d'une part, que la notion de complicité ou mieux que les divers faits de complicité réglementés par le droit canon sont plus compréhensifs et plus nombreux que les faits de complicité prévus par le droit séculier, où, d'après Farinacius, « *consilium post delictum punibile non est* (3) ». D'autre part,

(1) *Regula* 72, in VI^{to}; c. 12, 13, VI^{to}, V, 2; c. 1, 3, VI^{to}, V, 4; c. 2, VI^{to}, V, 14, qui distingue, à propos de l'homicide, selon qu'il est commis « *facto, precepto, consilio, defensione* », c. 1, *Clem.*, V, 8; c. 8, D. L. Voir encore Katz, *op. cit.*, p. 20-21; Hinschius, *op. cit.*, V, 932-939.

c. (2) C. 1, *Clem.*, V, 8 : «... Facta hæc ab aliis rata habere.»

(3) Farinacius, *Praxis et theoria criminalis*, q. 129, lib. V, tit. 15, n° 78.

il est évident que la notion de complicité, comme du reste celle de tentative, ne peut recevoir de limitation au for pénitentiel, la simple intention étant justiciable du tribunal de la confession. Le *Corpus juris canonici* renferme certainement, à notre avis, des cas de complicité qui ne peuvent être punis que par le for pénitentiel. Il en est ainsi de l'hypothèse où, un mal injuste arrivant à notre prochain, nous négligeons de lui porter secours. Aucune obligation légale et juridique de secourir notre prochain ne nous incombe. Il s'agit exclusivement ici d'une obligation morale (1). Si l'on peut énoncer en notre matière une règle générale, c'est celle qui soumet le complice à la même peine que celle qui frappe l'auteur du délit (2). Cependant il y a des textes où la peine prononcée est différente pour l'auteur et les complices, et même

(1) Le c. 7, C. XXIII, q. 3, est un précepte de morale tiré du livre I de *Officiis*, cap. 36, de saint Ambroise (Migne, *Patrologie latine*, t. XVI, col. 75). Il faut s'attacher uniquement aux dispositions d'ordre juridique, lorsqu'elles contredisent les moralistes. Or le c. 34, C. XXIII, q. 8, reproduisant le c. 11 du concile de Mayence de 852, d'après Friedberg, *Corpus juris canonici*, col. 965, note 425, ne consacre pas dans le domaine juridique l'obligation de secourir une personne en danger : « *Qui nec eum impugnabant, nec vulnerabant, nec consilio nec auxilio cooperatores fuerunt, sed tantum affuerunt, EXTRA NOXAM SINT.* » Contre Mayer, *Geschichte der Strafrechte*, p. 241, qui admet la valeur juridique de l'obligation dont nous parlons, et par qui ce texte n'a pas été relevé ; voir encore comme établissant seulement des principes de morale, c. 8, 11, C. XXIII, q. 3 ; le c. 6, § 2 et 7, X, V, 12, allégué par Mayer à l'appui de son opinion, vise le secours apporté aux meurtriers, cas certain de complicité, et non l'obligation de secourir leur victime.

(2) c. 34, C. XXIII, q. 8 ; c. 1, C. XXXVI, q. 2 ; c. 5, VI V, 9 ; c. 23, VI^{to}, 11.

pour les complices entre eux, « *cum idem excessus magis in uno quam in alio sit puniendus* (1) ».

Quoi qu'il en soit des notions de tentative et de complicité, elles supposent essentiellement un élément externe, un fait ou un acte matériel : « *Ecclesia non judicat de internis.* » Ainsi, par exemple, la *rati-habitio*, le *consilium*, doivent se traduire extérieurement par des actes.

30. — Il ne suffit pas, pour donner une analyse complète du délit, d'avoir dégagé ses trois éléments, l'élément juridique, l'élément moral et l'élément externe ou matériel. Se limiter aux notions précédentes serait faire abstraction de la réalité des faits et se trop complaire sur les hauteurs de la théorie.

Une même infraction, et il faut entendre par là le péché comme le délit, n'est pas toujours constante en gravité dans les diverses et multiples occasions où elle peut être commise. Ainsi le vol n'apparaît pas comme une entité juridique toujours la même par cela seul que l'intention criminelle et l'acte matériel du vol existent, et il en est de même de toutes les infractions, de tous les délits. L'intention criminelle n'est pas douée de la même énergie dans tous les délits du même genre, dans tous les vols par exemple ; l'acte matériel du délit n'atteint pas toujours le même degré de réalisation et ne cause pas toujours

(1) *Sommaire* du c. 6, X, V, 12 ; c. 6 § 1, 2, X, V, 12 ; c. 3, VI^{to}, V, 4 ; c. 65, VI^{to}, V, 12 ; Gibert, *Usages de l'Église gallicane*, règles 17, 18, 19, 20 ; p. 53-55, 58.

le même préjudice. Le même délit ne trouble pas dans tous les cas au même degré l'ordre social et hiérarchique établi par l'Église.

Des applications de ces idées se sont déjà fait apercevoir à propos de la pénalité applicable à la tentative et à la complicité. Il n'y a pas eu de principe général et absolu de pénalité, parce que la tentative et la complicité se présentant, suivant les cas, avec des degrés différents de gravité, méritaient tantôt la peine du délit consommé ou infligée à l'auteur principal, tantôt seulement une peine moindre.

Le droit canonique a nettement mis en relief l'influence que les circonstances, dans lesquelles un délit est commis, peuvent exercer sur sa gravité (1).

L'étude des circonstances du délit se lie intimement à celle de l'application de la peine et des peines arbitraires. Le résultat pratique, auquel conduit l'appréciation des circonstances, est l'imposition d'une peine plus ou moins forte selon la gravité qu'elles donnent au délit.

Nous les examinerons en traitant de l'application de la peine dans la quatrième partie de cette étude.

(1) Gratien, ad c. 20, D. II, *De Pœnitentia* : «... Gradus in virtute esse probantur, quia et ipsius peccati evidenter apparent. Sicut enim nemo repente fit summus, ita nemo repente fit turpissimus » ; c. 21, 22, D. II, *De Pœnit.*

TROISIÈME PARTIE

LA PEINE

CHAPITRE PREMIER

DE LA PEINE CANONIQUE EN GÉNÉRAL

31. — L'étude de la peine soulève en droit canon les mêmes questions qu'en droit séculier. Nous tâcherons, dans ce chapitre, de déterminer la nature et les buts de la peine canonique.

§ I

Nature de la Peine

Muyart de Vouglans donne de la peine dans notre ancienne législation la notion suivante : « *La peine peut être définie en général la vengeance ou satisfaction publique ou particulière que la loi fait tirer par*

ses ministres de l'auteur du crime (1). » Cette définition concorde logiquement avec le fondement du droit de punir, tel qu'on le comprenait alors : la vindicte publique (2). Le délinquant encourt la vengeance de la société ; la peine est la satisfaction à laquelle elle a droit ainsi que le particulier lésé par le délit et dépouillé du droit de se venger lui-même. Cette satisfaction consiste dans l'infliction d'un mal au coupable.

Si l'accord existe entre les auteurs dans la détermination de la nature de la peine du droit séculier ancien (3), il fait défaut en ce qui touche la détermination de la nature de la peine en droit canonique.

Trois systèmes ont été soutenus. Le premier, proposé notamment par MM. Schulte (4) et Geib (5), refuse de considérer la peine canonique comme une peine véritable. Identifiant la nature de la peine et l'un des buts qu'elle peut poursuivre, il professe que la peine n'est pas un mal infligé à l'auteur du délit, mais un bienfait qui lui est accordé et un mode d'a-

(1) Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel*, partie VIII, titre II, p. 390.

(2) Garraud, *Traité de droit pénal français*, I, p. 75 et note 4. — Trébutien, *Cours élémentaire de droit criminel*, p. 18, 19, 2 vol. in-8°, Paris, 1854.

(3) Roland, *L'esprit du droit criminel aux différentes époques*, p. 328 et s., 1 vol. in-8°, Paris, 1880 ; Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, III, p. 583, pour l'époque carolingienne ; Molinier, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, mis au courant par Vidal, I, p. 49.

(4) Schulte, *System des katholischen Kirchenrechts*, II, p. 376.

(5) Geib, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, I, p. 127.

mendement du coupable. Tel est le système le plus généralement suivi (1).

Une deuxième solution a été proposée par M. Katz (2). Cet auteur attribue aux peines corporelles de l'Église, prison, amende, flagellation, confiscation, seules, le caractère de peine véritable, de « *vindicta* ». Les peines spirituelles, excommunication, suspension, interdit, ne sont que des moyens d'obtenir l'amendement du condamné. C'est donc un système mixte que formule M. Katz.

Enfin le troisième système est absolu : il attribue à la peine canonique la même nature qu'à la peine du droit séculier. Elle est une vengeance de l'Église contre le coupable, un mal qu'elle lui inflige pour le mal qu'il a commis : « *Pœna est supplicium, quo quis ob delictum afficitur* », dit Reiffenstuel (3).

Telles sont les principales opinions professées sur la nature de la peine en droit canon. Le motif des divergences qui séparent les auteurs gît dans la confusion faite par beaucoup entre l'essence de la peine et sa fin, entre sa nature et les différents buts

(1) Von Bar, *op. cit.*, 1, p. 86. Cfr. Meurer, *op. cit.*, 7, note 7.

(2) Katz, *op. cit.*, p. 29. Cpr. Meurer, *op. cit.*, p. 10, note 3.

(3) Reiffenstuel, *Jus canonicum universum*, t. V, livre V, tit. 37, fol. 299, nu. 2 ; voir encore, en ce sens, Ortolan, *Cours de législation pénale comparée ; Introduction historique et histoire du droit criminel en Europe depuis le XVIII^e siècle jusqu'à nos jours*, Notes de G. Narjot, p. 108. — Cpr. Loyseau, *Des seigneuries et justices ecclésiastiques*, chap. XV, n^o. 1 : « Regum est corporalem irrogare pœnam, sacerdotem spiritualem inferre vindictam », p. 88, dans les *Œuvres complètes de Loyseau*, 1 vol. in-4^e, Paris, 1678.

qu'elle peut poursuivre (1). Il faut distinguer l'essence d'une institution juridique, par définition toujours la même, des buts variés et accidentels que le législateur peut poursuivre en la réglementant suivant les exigences de la civilisation et les besoins du moment. La notion de la peine est indépendante des idées du législateur, comme celle du mariage monogamique, l'association, pour la vie, de l'homme et de la femme, est indépendante des idées religieuses et sociales qui le font instituer (2). Que la peine ait pour but l'intimidation, l'amélioration du coupable, l'expiation, sa notion ne change pas. Elle est toujours la réaction juridique de l'ordre social, de l'État ou de l'Église, contre la violation du droit. Le délit entraîne nécessairement une protestation de la part de la société ecclésiastique et cette protestation se traduit par l'infliction de la peine, c'est-à-dire d'un mal, à la personne reconnue coupable. « *Das Wesen der Strafe* », dit M. Hinschius (3), « *liegt darin, dass sie sich als eine Reaction gegen die Verletzung der Rechtsordnung, gegen die That und gegen den Thäter darstellt, mag man dazu die Zufügung eines Uebels oder die Entzie-*

(1) Cfr. Meurer, sur la distinction qu'il établit entre le *Strafgrund* et le *Strafzweck*, entre le fondement de la peine et son but, *op. cit.*, p. 13.

(2) Franck, *Philosophie du droit pénal*, p. 77, Paris, 1 vol. in-8°, 1880.

(3) Hinschius, *op. cit.*, IV, p. 747 ; saint Thomas d'Aquin, *Summa totius theologiæ*, pars II, 1, quæstio 87, art. 1 : « Cum autem peccatum sit actus inordinatus, manifestum est quod quicumque peccat, contra aliquem ordinem agit et ideo ab ipso ordine consequens est quod deprimatur : *quæ quidem depressio poena est* », t. I, p. 254.

hung oder dafür auch schon jeden Ausdruck der (sittlichen) Missbilligung als hinreichend betrachten. Mehr gehört nicht zum Begriffe der Strafe... » Cette réaction est la vengeance de la société et du particulier lésés par le délit. L'idée de vengeance réside dans l'idée de peine. Elle est trop naturelle à l'homme pour qu'on puisse en faire abstraction dans la réalité des faits ; sa réalisation est la satisfaction d'un désir légitime de l'homme ou de la société, lorsque le droit le contient dans les limites de la justice. Aussi l'infliction d'un mal, but de la vengeance, est-elle de l'essence de la peine, que ce mal consiste dans une souffrance corporelle, dans la privation d'un droit, dans un blâme et la perte de la considération. « *Quoi qu'on fasse, dit M. Tarde, une peine est et sera toujours une souffrance* (1). »

La nature de la peine canonique répond à la notion que nous venons de dégager. Les textes désignent la protestation de l'Église contre le délit par l'expression caractéristique *vindicta* (2). Le droit canonique confond la vengeance, la punition et la justice comme les anciennes législations pénales, et cette confusion est d'autant plus légitime que l'Église exerce la vengeance et la justice, inflige la punition, au nom de Dieu : il punit et se venge tout à la fois. L'Église doit assurer la satisfaction de la colère de Dieu par

(1) Tarde, *La philosophie pénale*, p. 518, Lyon et Paris, 1 vol. in-8°, 1890. Les explications données au texte visent aussi la peine du droit français actuel.

(2) Cfr. Meurer, *op. cit.*, p. 6-26.

l'expiation du coupable. Il est conséquent, dans cette théorie, d'aboutir à la confusion de la vengeance de Dieu et de celle de l'Église, déléguée de Dieu pour exercer le droit de punir. Les faits qui provoquent la vengeance de l'Église font encourir celle de Dieu.

Voici quelques textes qui viennent à l'appui de nos assertions touchant la nature vindicative de la peine :

c. 4, D. III, de *Pœnitentia* : « *Pœna enim proprie dicitur læsio, quæ punit et VINDICAT.* »

c. 23, C. XXXII, q. 5 : « *Non habent peccata latentia VINDICTAM... Cum ergo per causa sit, interdum probatione cessante, VINDICTÆ ratio conquiescit.* »

Can. Apostol. 24 : « *Bis de eodem delicto VINDICTAM non exiges (1).* »

c. 1, X, I, 31 : « *Habeant igitur episcopi singulorum urbium in suis diocesisibus liberam potestatem adulteria et scelera inquirere, ulcisci et judicare, secundum quod canones censent absque impedimento alicujus (2).* »

c. 13, X, II, 24 : « *Ideo circa eum tua sollicitudo provideat quod talis ei pœnitentia injungatur per quam omnipotenti Deo de suscepto in vanum nomine SATISFA-*

(1) Les canons des apôtres sont rapportés dans l'édition du *Corpus juris canonici* parue à Munich en 1670, p. 1266-1270, 1 vol. in-4°. — Il s'agit ici des 50 canons apostoliques traduits du grec, vers l'an 500, par Denys le Petit, et qui sont regardés comme apocryphes depuis le xvi^e siècle par l'opinion unanime des auteurs. Viollot, *Histoire du droit civil français*, p. 43-45 ; Richter, *Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts*, p. 43-45, 76-79.

(2) Voir encore d'autres textes dans Meurer, *op. cit.*, p. 8, 9, 10, 15, 16.

CIAT, *ut alius quilibet exemplo ejus deterritus simile aliquid facere pertimescat, ipse vero in claustro, quod licite abjurare non potuit, cum stabilitate perpetua suam pœnitentiam exsequetur, ita tamen, ne ex eo, quod ad præsentiam nostram accessit, solita regularis beneficii portione privetur.* »

Pœna, ultio, vindicta, satisfactio, sont donc employées pour désigner la peine ou son effet (*satisfactio*) (1). Elle consiste essentiellement dans l'infliction d'un mal ; « *Non sufficit mores in melius commutare et a præteritis malis recedere, nisi etiam de his, quæ facta sunt, satisfiat Domino per pœnitentiæ dolorem, per humilitatis gemitum, per contriti cordis sacrificium, cooperantibus eleemosynis et jejuniis* (2). »

Ainsi la « vengeance se retrouve jusque dans le droit canonique, dans cette religion toute de pardon (3) ». L'erreur fondamentale des deux premiers systèmes que nous avons exposés est d'avoir confondu la loi évangélique et chrétienne avec la loi canonique, l'idéal moral avec les exigences de l'ordre social, auxquelles le législateur ecclésiastique, comme le législateur laïque, a dû satisfaire. Les notions de peine en droit canonique et en droit séculier sont donc identiques.

(1) La notion de la peine en droit canon est donc celle qu'Ulpien donnait déjà dans le fr. 131, pr. *Dig.*, L, 16 : « *Pœna est noxæ vindicta, omnium delictorum coercitio.* »

(2) c. 63, D. I, *De Pœnitentia*.

(3) Ortolan, *loc cit.*

§ II

Buts de la Peine

32. — Si la nature de la peine est, d'après les textes, la même en droit canon qu'en droit laïque, il n'en est plus ainsi, d'une façon absolue, des fins et des divers buts que le droit canon assigne à la peine, et que poursuit, de son côté, le droit séculier dans l'infliction de ses différents modes de répression. Il est vrai que, dans l'une de ces législations comme dans l'autre, la peine a des fins communes : la répression du délit et l'intimidation. Mais le droit canonique diffère du droit laïque en ce qu'il a aussi souvent voulu la prestation par le condamné de faits laissant supposer son retour au bien et sa soumission aux ordres de l'Église, et dont l'accomplissement lui donne le droit d'exiger la cessation de la peine.

Le droit canon a donné à l'amendement du coupable un rôle que le droit séculier lui a refusé jusque dans les temps modernes. Bien longtemps avant les nouvelles théories de droit pénal de la fin du xviii^e siècle et la naissance des écoles entre lesquelles se partagent les criminalistes actuels, le droit canon avait admis et mis en pratique la maxime du jurisconsulte Paul : *Pœna constituitur in emendationem hominum* (fr. 20, *Dig.*, XLVIII, 19), qui n'a jamais été qu'un

idéal en droit romain (1). Nous aurons à caractériser la nature de l'amendement recherché par le droit canon (2).

33. — L'infliction d'un mal tient à la fois à la nature de la peine et à son but essentiel : la *répression* du délit. Toute peine est *vindicative* par son but (3). Mais elle peut aussi viser à l'amendement du condamné et à l'intimidation de ceux qui seraient tentés de l'imiter. Le droit canonique assigne trois buts à la peine : la *répression* du délit ou le rétablissement de l'ordre, but nécessaire de la peine, l'*intimidation* et l'*amendement* (4). La peine canonique est, suivant les cas, cumulativement ou non, *afflictive*, *exemplaire* et *réformatrice*. Fidèle à notre méthode, nous rapportons quelques textes à l'appui de notre assertion :

1° *But vindicatif de la peine : répression du délit :*

c. 14, X, I, 31 : «... Si nec resipuerit, ab omni mi-

(1) Déjà les moralistes et les écrivains latins souhaitaient l'amendement du coupable par la peine : Sénèque, *De Clementia*, I, §XXII : « In vindicandis injuriis hæc tria lex secuta est, quæ princeps quoque sequi debet, aut ut eum quem punit emendet, aut in pœna ejus ceteros reddat meliores, aut ut, sublatis malis, ceteri securiores vivant » ; Aulu-Gelle, *Nuits attiques*, liv. VI, chap. 14 : « Peccatis puniendis tres sunt rationes : emendatio peccantis, vindicatio læsi, exemplum in vulgus. » Mais la législation romaine s'est toujours bornée, en fait, à poursuivre l'intimidation : « ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit », fr. 31, pr. *Dig.*, XVI, 3 ; 6 § 1, 16 § 10, 28 § 15, *Dig.*, XLVIII, 19 ; Nov. 17, cap. 5, pr. ; Nov. 30, cap. 11, pr.

(2) Meurer, *op. cit.*, p. 22.

(3) « Durch die Verhängungen von Disciplinarstrafen ahndet die kirchliche Gemeinschaft die Verletzungen, die ihr selbst von ihren Mitgliedern zugefügt worden sind. » Lœning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, I, p. 388-389.

(4) Fleury, *Institution au droit ecclésiastique*, II, p. 15.

nisterio ecclesiastico deponendum, adhibito, si necesse fuerit, braccio sæculari *ad tantam insolentiam repellendam.* »

c. 8, X, I, 31 : «... *ad reprimendam malitiam* pœnæ certæ sunt a canonibus constitutæ. »

2^o *Intimidation :*

c. 8, X, III, 35 : «... si vero abbates in corrigendis juxta visitorum mandatum et regularia instituta in se ipsis seu monachis inventi fuerint negligentes, proclamantur et corripantur, et ita puniantur publice in capitulo generali, quod *pœna ipsorum sit aliis in exemplum.* »

c. 1, Clem. I, 9 : «... quod et iidem clerici *metu pœnæ* a suis arceantur insolentiis et alii, *eorum exemplo perterriti, prosilire ad similia pertimescant.* »

c. 1, X, V, 2 : «... *ut unius pœna multorum possit esse correctio* (1). »

C'est dans les idées de vengeance et d'intimidation qu'il faut chercher la source des peines dont le droit canonique frappe parfois des innocents, des personnes étrangères à l'accomplissement du délit, irresponsables de l'infraction en vertu du principe de la personnalité des fautes déjà posé par saint Augustin et Gratien (2). Les délits qui mettent en danger l'existence même de l'Église, qui consistent dans le meurtre

(1) Voir dans le même sens, c. 1, X, V, 26 ; c. 1, D. IV. L'intimidation est poursuivie au nom de l'intérêt public : c. 35, X, V, 39 : « *cum publicæ utilitatis interest ne crimina remaneant impunita* » ; c. 7, X, V, 38 ; 17, X, V, 6.

(2) C. XXIV, q. 3, 1^a pars, *Dictum Gratiani*, et c. 1. Ces textes constatent, sans la résoudre, l'antinomie qui existe entre la punition des innocents et le principe de la personnalité des fautes.

des cardinaux, dans des atteintes à la personne, à la liberté, à l'intégrité corporelle et à la sécurité des clercs, c'est-à-dire les infractions les plus graves par la violation qu'elles comportent des principes de la société ecclésiastique, et qui peuvent être assimilées aux crimes de lèse-majesté de notre ancien droit, emportaient des peines non-seulement à l'égard du coupable, mais de ses enfants. Nous avons ici la preuve manifeste de l'esprit hiérarchique du droit pénal canonique. Aucun moyen n'est injuste ni contraire à l'équité pour assurer la répression des crimes qui blessent les intérêts de l'Église et les principes de son organisation hiérarchique (1):

c. 5, VI^m, V, 9 : «... quod si quis *prædictorum* (2) *filium vel filios habeat, nepotem, vel nepotes per rectam lineam descendentes, beneficiatum seu beneficiatos quovis beneficio, etiamsi pontificalem adeptus vel adepti fuerint dignitatem, sicut eis ipso jure privati: spe promotionis omnino sublata...* » Et le texte indique le motif de sa sévérité : «... *quia dignum est, ut nefandi ratione flagitii ultionis severitas amplius extendatur, et propter enormitatem culparum, plagarum modus exuberet, nec pœnis solitis contentetur: statuimus, ut ad collaterales fratres, videlicet nepotes, et pronepotes talium possit extendere pœnas in hujusmodi nostra constitutione contentas circumscriptio Romani Pontificis prout circumstantiis rationabiles suadebunt.* »

(1) Hinschius, *op. cit.*, V, p. 122, 123, 124.

(2) Il s'agit de personnes coupables du délit de coups et blessures sur la personne d'un cardinal.

c. 12, **X**, V, 37 : «... *Et ne minus vindictæ quam excessus memoria prorogetur*, non solum de præmissis nihil perveniat ad hæredes, sed etiam usque ad quartam generationem posteritatis talium in clericorum collegium nullatenus admittantur, neque in domibus regularibus alicujus prælationis assequantur honorem, nisi cum eis fuerit misericorditer dispensatum (1). »

Non-seulement l'Église punit des *innocents*, mais, toujours dans le but d'intimidation, elle frappe des *morts* d'anathème et les prive de sépulture, pour porter la terreur dans l'esprit des vivants :

c. 5, **X**, V, 7 : « Si quis episcopus heredes instituerit extraneos a consanguinitate sua, vel hæreticos etiam consanguineos aut paganos pertulerit, *saltem post mortem ei anathema dicatur*, atque ejus nomen inter Dei sacerdotes nullo modo recitetur. »

c. 8, **X**, V, 7 : «... Si autem in hoc peccato decesserit (2), neque sub privilegiorum nostrorum quibuscumque indultorum obtentu, neque sub alia quacumque occasione oblatio pro eo fiat, *aut inter Christianos accipiet sepulturam*. »

Il est évident qu'on ne peut considérer la peine infligée à l'innocent, à la mémoire du mort ou à son cadavre comme un *bienfait* octroyé au condamné (3).

(1) Il s'agit de meurtres de prélats commis par des patrons et bénéficiers ecclésiastiques en général. Voir encore c. 1, *Clem.* V. 8.

(2) hæreticus.

(3) Hinschius, *op. cit.*, V, p. 125. Cpr. sur la vengeance et l'intimidation au moyen-âge, Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, VI, p. 645, 646.

3° *Amendement du coupable :*

c. 22, **C. XII**, q. 2 : «... usque ad *emendationem* excommunicationis sit *vindicta* coercendus. »

c. 9, **C. XXIII**, q. 3 : « Justum est, ut, qui divina contemnunt mandata et inobedientes patrum existunt jussionibus, *severioribus corrigantur vindictis*. »

c. 51, **C. XXIII**, q. 4 : « Ea *vindicta* non prohibetur quæ valet ad *correctionem*. »

Du reste, la même peine peut, selon les cas, être infligée, soit dans un but de répression, soit dans un but d'intimidation ou d'amendement, et peut satisfaire en même temps à toutes ces fins. Les textes suivants le prouvent relativement à l'excommunication, et il en est ainsi de toutes les peines :

c. 17, **C. XXIV**, q. 3 : «... Potest, si Deus voluerit, *in correctionem* saluberrimam cedere et proficere. »

c. 18, *ead. causa* : «... In eis, qui diu portati et salubriter *corrigi* noluerint, *tanquam putridæ corporis partes debent ferro excommunicationis abscidi*. »

c. 3, **X**, III, 2 : « Clericos autem in sacris ordinibus constitutos, qui in domibus propriis publice tenent concubinas, ad eas abjurandas nolumus a Tua Paternitate compelli, ne, in eandem fornicationem instinctu diabolicæ fraudis redeuntes, perjurii reatum incurrant. Verum ipsos *per suspensionis et interdicti sententiam* debes arctius cogere, *ut mulieres ipsas a se removeant*, quod de illis sinistra suspicio non possit haberi (1). Et si qui eorum ad ipsas redire vel alias

(1) Ce n'est qu'à défaut d'amendement qu'intervient ici l'intimidation. Il y a dans ce texte un exemple d'aggravation de la peine par l'effet de la récidive.

accipere forte præsumpserint, in aliquos eorum debes perpetuam excommunicationis sententiam proferre, ut alii, *eorum exemplo perterriti*, a similibus arceantur (1). »

Quelle que soit la fin de la peine, sa nature reste la même. Elle consiste toujours dans l'infliction d'un mal, *die Zufügung eines Uebels* (2), et les textes appellent toujours la peine *vindicta*, même lorsqu'elle vise à l'amendement du coupable (3).

34. — Tout en reconnaissant que le droit canonique a donné à l'amendement du coupable un rôle que notre ancien droit pénal lui déniait, il n'en faut pas moins conclure à l'étroite parenté de ces deux législations imbuës des idées de vengeance et d'intimidation, relativement aux principes sur lesquels repose leur système pénal (4). On s'explique ainsi pourquoi les contacts, si fréquents pendant la période monarchique, de la justice ecclésiastique et de la justice séculière n'ont en rien contribué à l'adoucissement des pénalités édictées par notre vieille législation pénale, et l'on comprend qu'aucune réforme relative à la pénalité ne pouvait se faire.

(1) De l'ensemble des textes cités plus haut il résulte que le but de la peine en droit canon n'est pas uniquement l'amendement, comme le soutient Rosshirt, *Geschichte des Rechts im Mittelalter*, Kanonisches Recht, t. I, p. 333, § 230.

(2) Hinschius, *op. cit.*, V, p. 123.

(3) c. 51, C. XXIII, q. 4 ; c. 9, C. XXIII, q. 3 ; c. 22, C. XII, q. 2 ; c. 8 de la *regula Augustini* citée par Löning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, I, p. 361, note 2 : *Convicta vero secundum præpositæ vel presbyteri arbitrium debet emendatoriam sustinere vindictam.*

(4) Contrà, d'Espinaÿ, *op. cit.*, p. 295.

jour sous l'influence du droit canon. Les juridictions ecclésiastiques et séculières eurent des conflits d'attributions, mais les principes qui présidaient dans l'une et l'autre à la répression des infractions ne furent jamais en conflit (1).

Loin de s'opposer aux idées de vengeance et de cruauté qui régnaient dans le droit pénal laïque, l'Église admit des peines essentiellement séculières : l'amende, l'exil, la prison, la confiscation des biens, l'infamie, la flagellation. Le principe « *Ecclesia abhorret a sanguine* » est, en fait, détruit par l'appel au bras séculier, véritable mandat conféré par l'Église au prince dans le but de châtier celui qu'elle a reconnu coupable et de le faire périr par le fer ou le feu, lorsqu'elle juge les peines qu'elle peut prononcer insuffisantes à la répression du crime.

c. 8, X, V, 7 : « Sicut ait Beatus Leo : Licet ecclesiastica disciplina, sacerdotali contenta iudicio, cruentas effugiat ultiões, catholicorum tamen principum constitutionibus adjuvatur. »

c. 14, X, I, 31 : « Si nec sic resipuerit, ab omni ministerio ecclesiastico deponendum, adhibito, si necesse fuerit, *bracchio saeculari ad tantam insolentiam repellendam* (2). »

(1) Cpr. d'Espinay, *op. cit.*, p. 291-292.

(2) c. 9, X, V, 7 ; Gibert, *op. cit.*, p. 56, sur la règle 22 ; Hinschius, *op. cit.*, VI, p. 192 et ss. ; Durand de Maillane, *Dictionnaire de droit canonique et de pratique bénéficiale*, verbo *Bras séculier*, I, p. 331-334. Voir encore Tardif, *Une forme d'invocation au Bras séculier*, dans la nouvelle Revue historique de droit français et étranger, année 1892, p. 98-102.

Et l'alliance du droit canon et du droit séculier est encore confirmée par le fait, de la part des prélats, d'accepter de rendre la justice criminelle et de punir au nom du prince laïque, au nom de l'État, et suivant le droit canon : c. 4, X, V, 17 : *Summarium* : « *Ex principis delegatione possunt prelati de raptu et aliis criminibus judicare : pœnam sanguinis infligere non possunt.* »

Voici maintenant le texte du c. 4 : « In archiepiscopatu tuo dicitur contingere quandoque, quod Sarraceni mulieres Christianas et pueros rapiunt, et eis abuti præsumunt, et quosdam etiam, quod auditu est terribile, interdum occidere non verentur. *Quum autem excessus hujusmodi carissimus in Christo filius noster, illustris rex Siciliæ Willelmus, tibi et aliis episcopis commiserit puniendos, quid de Sarracenis agendum sit, qui fuerint in tam nefario scelere intercepti, tua nos prudentia duxit consulendos* (1). Super quo utique consultationi tuæ taliter respondemus : poteris pœna mulctare, et etiam flagellis afficere, ea tamen moderatione adhibita, quod flagella in vindictam sanguinis minime videantur. Si vero ita fuerit super hoc gravis in vindictam sanguinis quod *mortem vel de-truncationem debeant sustinere, vindictam ipsam reserves regis potestati.* »

La répudiation, par le droit canonique, des sup-

(1) Il ne pouvait être question de punir les Sarrasins, infidèles, d'excommunication, de suspension, d'interdit, peines qui comportent la privation de biens spirituels et par conséquent inefficaces à l'égard de non-catholiques.

plices entraînant l'effusion du sang et usités dans le droit séculier n'exclut donc pas la similitude des principes de ces deux législations en ce qui concerne la répression pénale (1).

(1) Wilda, *das Strafrecht der Germanen*, remarque déjà l'accord du droit germanique et du droit canonique : « *dass das eine und das andere sich wechselzeitig unterstützen sollten* ». p. 530 ; voir des textes ayant trait à l'appel au bras séculier, p. 532. — Mayer, *Geschichte der Strafrechte*, oppose au contraire le droit canon au droit séculier « *das geistliche : Strafrecht aber nur zum Zwecke der Besserung des Sünders ausüben lassen will* », p. 30, 31, 95.

CHAPITRE II

CENSURES, PEINES INDÉTERMINÉES ET SENTENCES PROVISIONNELLES

35. — La distinction des peines canoniques en *peines* proprement dites et en *censures* se relie intimement à l'étude du but de la peine. Elle a été l'œuvre de la doctrine, dès le quinzième et le seizième siècles, mais elle n'a été établie avec précision que par la doctrine du dix-septième siècle (1).

La distinction des peines proprement dites (peines

(1) Sur son développement historique, consulter Hinschius, *op. cit.*, IV, 747-752, qui soutient qu'originellement la peine était toujours vindicative et qu'il n'y avait pas de censure ; IV, p. 831, V, p. 125-130, 641-644. — Gibert, *Usages de l'Église gallicane*, p. 3, 4, 5 repousse formellement cette distinction et emploie le terme de censure comme synonyme de peine spirituelle, p. 1 et 2. Pourtant sa doctrine ne paraît pas absolue ni exempte de contradiction : il est bien forcé, p. 91, de reconnaître, parmi les censures ou peines spirituelles, des *censures in pœnam* et des *censures in emendationem* et l'utilité de cette distinction au point de vue de la nécessité des motivations qui doivent précéder l'infliction des censures *in emendationem*. Voyez encore Gibert, p. 71, Règle II, sur les fins des censures. — Meurer, *op. cit.*, p. 16, nous montre la distinction précitée repoussée encore par Bœhmer, au dix-huitième siècle, dans son *Jus Ecclesiasticum Protestantium*.

vindictives; et des *censures* (1) (peines *médicinales*) n'affecte pas la nature essentiellement vindicative de la peine canonique. La peine *vindicative* est celle où le but de venger l'infraction est le but essentiel, mais non unique, car elle peut aussi servir accessoirement à l'intimidation et à l'amélioration du coupable, tandis que la *censure* ou peine *médicinale* est celle qui, sans cesser d'être vindicative, poursuit *principalement* l'amendement : *die Strafe, welche den Zweck der Besserung als immanenten in sich aufnimmt, deren Handhabung und nähere Anwendung durch Ihn bestimmt wird*, dit M. Hinschius (2). « *Censuræ* oder *pœnæ medicinales*, dit encore M. Meurer (3), sind Kirchenstrafen bei welchen *die Besserung als innerer oder Hauptzweck* mit zum begrifflichen Moment erhoben ist. »

36. — La caractéristique de la censure est que le mal infligé à titre de peine doit cesser quand elle a

(1) Le terme de *censura* n'est pas toujours, dans les textes, synonyme de peine *ad emendationem* : Gibert, *op. cit.*, Règle III, p. 2; Hinschius, *op. cit.*, IV, p. 832, note 5; V, p. 642, note 10.

(2) Hinschius, *op. cit.*, V, 833.

(3) Meurer, *op. cit.*, p. 17; p. 13-24. Contra, Katz, *op. cit.*, p. 52. La doctrine que nous exposons n'est pas admise par les auteurs qui considèrent les peines canoniques comme étant de leur nature des peines *médicinales*, tendant à guérir le coupable de sa faute. Voir en ce sens : Von Bar, *Handbuch des deutschen Strafrechts*, I, 83; Heiner, *Katholisches Kirchenrecht*, II, 79. Dans ce système, la censure est une peine exclusivement *médicinale*, au sens absolu du mot, la peine vindicative est la peine qui, outre sa fin *médicinale*, tend à l'intimidation. Nous avons repoussé l'idée qui est la base de cette théorie en étudiant, au chapitre précédent, la nature de la peine en droit canon et en démontrant que l'élément vindicatif est de l'essence de la peine : p. 57-59, *suprà*.

atteint son but, l'amendement, se traduisant par des faits différents selon les circonstances de la cause. Il en résulte que la censure est une peine dont la durée ne peut être déterminée lors de l'infliction (1). La peine vindicative est, au contraire, déterminée dans sa durée par la loi ou par le juge lors de la condamnation et doit être entièrement subie, indépendamment de toute amélioration morale survenant chez le condamné en cours de peine, comme elle doit cesser, lorsque le temps assigné à la durée de la peine est écoulé, quand même le coupable persisterait dans ses résolutions criminelles. L'amendement, mettant fin à la censure seule, est donc le but essentiel (*Hauptzweck*) de cette peine.

37. — La doctrine généralement reçue ne considère comme censures que les peines spirituelles. La censure est généralement définie : « *Pœna medicinalis, qua homini baptizato delinquenti et contumaci aufertur ab Ecclesia usus quorundam bonorum spiritualium, donec a contumacia recesserit* (2). » Et, pour soutenir que les peines spirituelles seules peuvent être des censures, les auteurs s'appuient sur le c. 20, X, V, 40, qui est loin d'offrir une base solide à leur assertion, car il subordonne sa décision à l'appréciation du juge, libre de considérer comme cen-

(1) Hinschius, *op. cit.*, V, p. 642, note 2.

(2) Icard, *Prælectiones*, III, p. 230-231 ; André, *Dictionnaire de droit canonique*, v^o *Censure*, I, p. 328-329 ; Gibert, *op. cit.*, p. 2, Règle II.

sure la peine qui lui semblera appropriée aux circonstances de la cause :

« *Quærenti, nîd per censuram ecclesiasticam debeat intelligi, cum hujusmodi clausulam in nostris litteris apponimus, respondemus, quod per eam non solum interdicti, sed suspensionis et excommunicationis sententia valet intelligi, NISI JUDEX DISCRETUS, RERUM ET PERSONARUM CIRCUMSTANTIIS INDAGATIS, FERAT, QUAM MAGIS VIDERIT EXPEDIRE (1).* »

Il ne faut donc pas conclure de ce texte que seuls, l'excommunication, la suspension et l'interdit, sont des censures, des peines médicales. A défaut d'autres documents venant, d'une façon formelle, indiquer limitativement les peines qui peuvent être employées comme censures, il faut s'en tenir au principe que toute peine peut être une censure, à l'exception de celles qui sont immédiatement réalisables dans leur intégralité, comme l'amende et la confiscation (2). Tout dépend du but visé par la loi ou le juge dans sa sentence. La peine doit-elle durer jusqu'à l'amendement du coupable, sa durée est-elle indéterminée, on est en présence d'une censure. Aucune peine n'a par essence et nécessairement le caractère de peine médicale. Une peine identique peut donc être tantôt vindicative, tantôt médicale. Ainsi la peine de la suspension, qui a pour effet d'empêcher un clerc de prendre part à la célébration du culte, est vindica-

(1) Hinschius, *op. cit.*, V, p. 126, note 1 ; p. 641.

(2) Hinschius, *op. cit.*, V, 127 : «... welche... aus einem sich in einem Moment verwirklichenden Uebel bestehen.»

tive lorsqu'elle est infligée pour un temps déterminé d'avance, médicinale quand elle est indéterminée dans sa durée et infligée jusqu'à satisfaction offerte à l'Église ou l'accomplissement de la pénitence (1).

M. Hinschius constate à cet égard que l'excommunication majeure, l'interdit personnel, l'excommunication mineure, l'interdit local, la suspension des droits ecclésiastiques dont jouissent les clercs, la privation de la grâce papale, ont été usités comme censures, c'est-à-dire infligés jusqu'à amendement du coupable, satisfaction ou réparation du préjudice causé. Il faut de même accorder à la prison infligée pour un temps indéterminé, jusqu'à amendement du coupable, le caractère de censure ou, si l'on veut réserver cette expression aux peines spirituelles seules, tout au moins celui de peine médicinale (2).

38. — L'étude de la censure ou peine médicinale présente de l'intérêt à deux points de vue : elle permet, d'abord, de se rendre compte de l'amendement auquel tend la peine médicinale, elle offre ensuite la première application, dans l'histoire, des peines et des sentences indéterminées dont s'occupent les

(1) Hinschius, *op. cit.*, IV, p. 755-756 ; Gibert, *op. cit.*, p. 91 ; «... il est sûr de la suspense et de l'interdit qu'elles peuvent être portées *in pœnam*, car elles sont portées pour un temps déterminé pendant lequel elles durent, quoique la personne contre laquelle elles sont portées se soit corrigé » (sic) ; les c. 24, D. LXXXVI ; c. 6, D. LXXXIX, offrent des exemples d'excommunication à temps, d'excommunication employée comme peine vindicative ; elle l'est comme censure dans le c. 20, X, V, 40.

(2) Voir sur la distinction des censures et des peines vindicatives et son critérium, Hinschius, *op. cit.*, V, p. 125-130, 641-644.

congrès actuels de l'Union internationale de droit pénal et que des criminalistes éminents veulent faire adopter par les législations pénales modernes. Nous examinerons donc, à propos des censures, leur *but* et leur *durée*.

§ I

L'amendement, but de la censure

39. — Amender un condamné, c'est, selon les idées aujourd'hui en cours, le rendre moralement tel, que la société n'ait plus rien à redouter de lui après sa libération.

Les auteurs se contentent en général d'indiquer l'amendement (*Besserung*) comme fin de la censure, sans chercher à en bien préciser la notion qui se dégage des textes. Il importe cependant de savoir si l'amendement en droit canon est identique à celui que cherche à réaliser le droit pénal moderne.

Les textes ne se servent pas d'une expression unique pour désigner le but de la censure. La censure ou peine médicinale doit durer, selon les cas, « *quousque reatum suum agnoscat et emendet* », « *donec ad pœnitentiam revertantur* », « *donec reddant* », « *usque ad satisfactionem* ». Telles sont les formules les plus usitées :

c. 2, C. XI, q. 1 : « Nullus | iudicium neque presbiterum, neque diaconum, aut clericum ullum, aut juniores ecclesiæ sine licentia Pontifici | per se dis-

tringat aut condemnare præsumat, Quod si fecerit, ab ecclesia, cui injuriam inrogare dinoscitur, *tamdiu sit sequestratus, quousque reatum suum agnoscat et EMENDET.* »

c. 5, X, V, 9 : « A nobis expetiit Tua Fraternitas edoceri, quid de apostatis sit agendum, quum in custodia detinentur, qui minis vel blanditiis nullatenus possunt induci, ut abjectum monachalem habitum reassumant. Ad quod tibi breviter respondemus, quod tales, si volueris, *poteris sub gravi custodia carcerare*, ita quod solummodo vita sibi misera reservetur, *donec a suæ præsumptionis nequitia resipiscant* ».

Concile de Mayence, c. 46, an. 813 (1) : « Magnum malum ebrietatis, unde omnia vitia, modis omnibus præcipimus cavere ; et qui hoc vitare noluerit, *excommunicandum* eum esse decrevimus, USQUE AD EMENDATIONEM CONGRUAM. »

1^{er} Concile d'Orléans, an. 511, c. 7 : « Abbatibus, presbyteris, omnique clero, vel in religionis professione viventibus, sine discussione vel commendatione episcoporum pro petendis beneficiis, ad domnos (2) venire non liceat. Quod si quisquam præsumpserit, *tamdiu loci sui honore et communionem priventur*, DONEC PER PŒNITENTIAM PLENAM EJUS SATISFACTIONEM SACERDOS ACCIPIAT (3). »

Concile de Mayence, c. 53, an. 813 : « Ut episcopi

(1) Labbe et Cossart, *Sacrosancta Concilia*, tome VII, col. 1251.

(2) Dominos.

(3) Labbe et Cossart, *op. cit.*, t. IV, col. 1406.

incestuosos penitus investigare studeant, omnino decrevimus : qui, si pœnitere noluerint, *de ecclesia expellantur*, DONEC AD PœNITENTIAM REVERTANTUR (1). »

c. 5, X, V, 19 : « Quum tu, sicut asseris, manifestos usurarios, scilicet qui in illo peccato decesserint, juxta decretum nostrum, quod nuper in concilio promulgatum est, *communione altaris et ecclesiastica prœceperis sepultura privandos*, DONEC REDDANT QUOD TAM PRAVE RECEPERANT (2) ... »

c. 4, X, III, 2 : « ... Fraternitati Vestræ... mandamus, quatenus clericos vestræ jurisdictionis qui in Subdiaconatu et supra in domibus suis fornicarias habuerint, studiosè monere curetis, ut a se illas... removeant, eas ulterius minime admissuri. Si vero infra 40 dies post communicationem vestram vobis in his forte acquiescere contempserint, eos apostolica auctoritate freti sublato appellationis remedio, ab ecclesiasticis beneficiis *usque ad satisfactionem congruam suspendatis*, et si eas suspensi præsumpserint detinere, ipsos ab eisdem beneficiis perpetuo remove curetis (3). »

Ainsi les textes nous montrent la peine médicinale tendant, soit à assurer l'*emendatio* du coupable, soit à le contraindre ou à la *pœnitentia*, ou à la restitution

(1) Labbe et Cossart, *op. cit.*, t. VII, col. 1252 ; 6^e Concile de Paris, an. 829, livre I, c. 43 : « pœnitentiæ canonicae usque ad SATISFACTIONEM subdatur », Labbe et Cossart, t. VII, col. 1625-1626 ; Hinschius, *op. cit.*, V, 87, note 3 ; Wassersleben, *die Bussordnungen der abendländischen Kirche*, p. 135-136 ; Wilda, *op. cit.*, p. 531.

(2) c. 3, X, V, 19.

(3) c. 21, C. XXIV, q. 3. — Voir sur les différentes fins des censures, Hinschius, *op. cit.*, IV, p. 736, 811 ; V, p. 16, 19, 126, 810.

de biens injustement possédés, ou à la cessation de sa conduite scandaleuse. Telles sont les diverses fins des censures que nous avons pu relever dans les documents juridiques.

Quelquefois ils mentionnent aussi des peines dont la durée n'est pas fixée d'avance par le droit (ce sont des censures par conséquent), ni le but déterminé par le texte qui les édicte :

c. 14, **X**, III, 1 : « A crapula et ebrietate omnes clerici diligenter abstineant, unde vinum sibi temperent, et se vino. Nec ad bibendum quispiam incitetur, quum ebrietas et mentis inducat exsilium et libidinis provocet incentivum. Unde illum abusum penitus decernimus abolendum, quo in quibusdam partibus ad potus æquales suo modo se obligant potatores.... Si quis autem super his se culpabilem exhibuerit, nisi a superiore commonitus satisfecerit, ab officio vel beneficio *suspendatur* (1). »

Dans ces hypothèses le juge appréciera, pour mettre fin à la censure et en donner l'absolution, les circonstances dans lesquelles elle a été infligée. Il exigera, selon les cas, l'accomplissement de la pénitence ou la promesse de faire pénitence, la reconnaissance par le coupable de la faute qu'il a commise (*emendatio*), la cessation de sa mauvaise conduite, la restitution des biens indûment acquis (appelées l'une et l'autre

(1) c. 29, **X**, III, 5. ; c. 2, **X**, III, 23. Cpr. Gibert, *Usages de l'Église Gallicane*, Règle II, p. 25.

satisfactio) ; il choisira l'une des quatre fins que les textes attribuent à la censure (1).

En résumé, il ressort des textes, dont nous aurions pu allonger la liste, que la censure oblige le coupable à faire l'aveu de sa faute, à l'éviter dans l'avenir et à la racheter par la pénitence, et que le droit canonique l'a aussi employée comme mode de contrainte à la restitution de biens mal acquis ou au paiement des obligations, par exemple à l'acquittement de la dîme (c. 5, 15, X, III, 30).

Il y a des chances pour que le condamné, qui satisfait à la censure, soit corrigé et amendé. La reconnaissance de la faute, la restitution de biens indûment acquis, le désir de subir une pénitence ou le fait de la subir, impliquent l'amendement du coupable. Et c'est en ce sens que l'on doit regarder l'amendement comme fin générale de la censure. Mais si l'on pousse plus loin l'analyse, on est obligé de reconnaître que le droit canonique ne considère l'amendement que comme moyen de procurer à l'Église la satisfaction qui lui est due. La reconnaissance, par le coupable, de ses torts, l'acceptation, par lui, d'un mal, d'une peine *vindicative*, pénitence, amende, est la réalisation de l'amendement auquel vise la censure (2).

(1) Hinschius, *op. cit.*, V, p. 16 note 7, p. 67, 73 ; Gibert, Règle III, p. 25-26. — Lorsqu'il s'agit d'une censure encourue à la suite d'une conduite scandaleuse, le juge pourra arbitrairement exiger, en plus de la reconnaissance de la faute, l'accomplissement de la pénitence ou en dispenser. Les c. 2, C. XI, q. 1 ; c. 5, X, V, 9, en effet, n'imposent pas au coupable la pénitence.

(2) Il en résulte que la peine médicinale est une *vindicta* au même titre que les peines vindicatives. Cfr. supra p. 71 ; Hinschius, *op. cit.*, V, p. 128, sur la nature vindicative de la pénitence.

L'amendement du droit canonique est donc essentiellement *satisfactoire* : il efface la faute passée et la répare. Par là il diffère de l'amendement, tel que le conçoivent les théories modernes, débarrassées du dogme de l'expiation. Selon elles, l'amendement est la régénération morale du condamné par la peine, de l'être antisocial rendu apte à la vie sociale. En droit moderne, l'amendement ne consiste pas plus dans l'expiation et la pénitence que dans l'acceptation de la peine, mais dans le fait de vouloir vivre et de vivre honnêtement. Il a trait exclusivement à l'avenir, au moment où le condamné a subi sa peine et rentre dans la société, et non plus au passé, au moment où le coupable se soumet à la condamnation qui le frappe et se dispose à subir la peine. Sans doute, l'Église avait aussi cette notion de l'amendement, concevait cet idéal difficile à réaliser, mais jamais elle ne l'a élevé à la hauteur d'un principe juridique.

40. — La nature de l'amendement en droit canon étant maintenant dégagée et appréciée, il nous est facile de comprendre le développement historique des peines canoniques. Au début l'Église n'eut que des *peines vindicatives*, et avant toutes, l'excommunication, prononcée pour toujours. Le chrétien dont la conduite laissait à désirer était à jamais exclu de la communauté des fidèles. En se soumettant librement à la pénitence que l'évêque lui infligeait sur sa demande, l'excommunié pouvait rentrer dans le sein de la société chrétienne. Mais son amendement n'était jamais forcé. Lorsque l'Église, devenue de plus en plus puissante par le nombre de ses fidèles et l'appui de l'État, se

considéra comme l'organe de la seule religion reconnue par Dieu et comme seule capable de procurer à l'homme le salut, elle s'attribua le droit de forcer ceux qu'elle avait chassés de ses temples à solliciter leur participation à l'exercice du culte, afin de les réconcilier avec Dieu, même malgré eux, et réclama à cet effet souvent le secours du bras séculier (1). La censure, qui est le moyen de contraindre le coupable à satisfaire à l'Église, à faire pénitence envers Dieu, était née (2), et avec elle la notion de l'amendement, telle que nous l'avons définie (3).

§ II

Durée indéterminée de la Censure

41. — Par la censure, comme par la peine vindicative, l'Église veut tirer satisfaction du coupable. Mais cette satisfaction à la vengeance de l'Église n'est pas la même dans les deux cas : elle est indépendante du fait personnel du coupable, dans l'hypothèse d'une peine vindicative ; elle est subordonnée essentiellement à la

(1) Nous en avons un exemple dans une ordonnance du roi saint Louis, de 1228 : «... *compellantur redire ad ecclesiasticam unitatem, ut, quos a malo non retrahit amor Dei, saltem pœna temporaliter compellat. Unde præcipimus quod baiuli nostri omnia bona talium excommunicatorum, mobilia et immobilia, post annum capiant, nec aliquo modo restituant, DONEC PREDICTI ABSOLUTI FUERINT ET ECCLESIAE SATISFACTUM, NEC TUNC ETIAM NISI DE SPECIALI MANDATO NOSTRO.* » Isambert, *Recueil des lois françaises*, t. I, p. 233.

(2) Hinschius, *op. cit.*, IV, p. 756 ; elle apparaît dès le quatrième siècle, surtout en matière disciplinaire.

(3) Cpr. Hinschius, *op. cit.*, V, p. 128, 129, 130, 643, 644.

volonté du condamné, dans l'hypothèse d'une censure. De là l'impossibilité de fixer d'avance la durée de la censure, car on ne peut déterminer le moment où s'opérera dans l'esprit du coupable le revirement qui le contraindra à exécuter la satisfaction qu'on exige de lui.

La censure est donc une peine indéterminée, dans le sens que les criminalistes actuels attribuent à cette expression (1), quoiqu'ils la restreignent d'ordinaire à la prison prononcée par le juge sans durée fixée par la sentence. A ce titre, qui donne à son étude l'intérêt de l'actualité, il faut maintenant apprécier la peine médicinale du droit canonique.

Lorsque la censure a atteint son but : l'*emendatio*, la *pœnitentia*, la *satisfactio*, elle doit cesser. Mais il faut un acte judiciaire qui constate la réalisation de ce but. Relativement aux peines spirituelles, on l'appelle *absolutio*. Il est évident que, dans les mêmes circonstances, une décision judiciaire doit intervenir pour mettre fin à la prison ou à la pénitence prononcées comme censures, mais on ne trouve ici aucun terme consacré d'une façon constante par le droit (2).

(1) Il ne s'agit pas seulement de sentences indéterminées, la censure pouvant aussi frapper le coupable en vertu de la loi seule, de plein droit. Voir sur la distinction des censures et peines *sententia ferenda* et *lata sententia* : Hinschius, *op. cit.*, V, 130-140, 639-654 ; sur la sentence indéterminée dans les théories modernes : *Bulletin de l'union internationale de droit pénal*, année 1896, t. V, p. 62-85 ; Frédéric Lévy, *Des sentences indéterminées*, Thèse pour le Doctorat présentée à la Faculté de Droit de Paris, Paris, Larose et Forcel, 1896.

(2) Hinschius, *op. cit.*, V, p. 676, note 8, p. 677. La Bulle *Illius vices*, § 3, de Paul III, année 1535, fait mention de la *relaxatio carceris* ; *Magnum Bullarium Romanum*, t. II, fol. 712, editio novissima de Laerte Chérubini, 1742, Luxemburgi, 19 vol. in fol. — Quant à la

Dans tous les cas où une peine médicinale est infligée, l'amendement ne suffit donc pas pour en être libéré, mais la sentence absolutoire doit être prononcée sur la preuve que satisfaction a été donnée à l'Église (1).

Les théories nouvelles subordonnent la libération du condamné, sa sortie de prison, à son amendement, dont le juge ne peut fixer à l'avance, dans sa sentence, le moment de la réalisation. Mais la différence de l'amendement qu'elles visent et de l'amendement poursuivi par la censure conduit à des différences capitales entre les théories actuelles et la théorie canonique de la censure.

La peine indéterminée est envisagée par les criminalistes qui la prônent comme un moyen de fortifier la répression dans l'intérêt de la société et d'allonger

sentence qui met fin à la pénitence infligée comme censure, c'est-à-dire pour une durée indéterminée, le synode de Pavie, an. 850, c. 7, l'appelle *reconciliatio pœnitentis*. Ce texte témoigne du caractère satisfactoire de la pénitence faisant fonction de peine médicinale : « Oportet... curam gerere presbiteros, qualiter pœnitentes impositam sibi abstinentiæ fornam custodiant et utrum elemosynarum et aliis remissionem peccatorum promerentibus piis operibus inserviant ; et qua cordis contritione et lamentatione se ipsos afficiant, ut, hac consideratione præmissa, pœnitentis tempus rationabilem possit accipere terminum, et vel extendatur, si pœnitens negligenter injuncta prosecutus est, vel brevietur si desiranter *VENIE PLACATIONEM* studuit promereri. *RECONCILIATIO* vero *pœnitentium*... ab episcopis fieri debet. » Hinschius, *op. cit.*, V, p. 95, note 7 ; Labbe et Cossart, t. VIII, col. 63, 64. — Sur l'absolution de l'excommunication, c. 1, *Clem.* III, 8.

(1) Icard, *Prælectiones*, t. III, p. 280. « Si vero iudicta fuerit duratura usque dum reus satisfactionem congruam præstiterit, iudicis erit declarare an reipsa fuerit satisfactum » ; c. 15, 30, 38, **X**, V, 39 ; Gibert, *op. cit.*, p. 167, 168, 174. — Stremler, *Traité des peines ecclésiastiques, de l'appel et des congrégations romaines*, p. 227-228. Hinschius, *op. cit.*, V, p. 144-156, 667-678. — Sur l'autorité ecclésiastique qui prononce l'absolution : Hinschius, *op. cit.*, V, 360-373.

la durée de la détention des malfaiteurs. La censure, devant cesser lorsque satisfaction est rendue à l'Église, implique une répression moins énergique que la peine vindicative, qui doit être entièrement subie malgré l'accomplissement de la satisfaction et le retour du coupable à de meilleurs sentiments.

Les théories actuelles offrent, de plus, à l'arbitraire un terrain que la théorie canonique de la censure, en cela plus libérale, lui refuse. L'accomplissement de faits extérieurs faciles à constater, venant mettre un terme à la durée de la censure, restreint, pour ne pas dire supprime (1), la faculté d'appréciation du juge à qui compète le droit de prononcer l'absolution. Il est vrai que l'amendement ainsi constaté est surtout extérieur, mais sur quelles bases certaines le juge, dans les nouveaux systèmes relatifs aux sentences indéterminées, s'appuiera-t-il pour déclarer le condamné apte à la vie sociale? Là est l'écueil des théories sur la peine indéterminée, l'obstacle que leurs partisans devront briser pour rallier à leurs opinions les criminalistes vraiment respectueux de la liberté individuelle et ennemis de l'arbitraire, quels que soient ses formes et son but.

42. — Il ne faut pas confondre avec l'indétermination dans la durée, inhérente à la censure, l'indétermination qui résulte des sentences que prononçait

(1) Lorsqu'il s'agit d'une pénitence devant durer *usque ad satisfactionem*, certes le juge a une appréciation arbitraire à faire, mais toujours plus facile à établir que celle qui consisterait à décider de l'amendement interne du coupable et dont les éléments extérieurs font presque entièrement défaut.

l'Inquisition. Lorsque la sentence inquisitoriale infligeait une peine autre que la peine de mort, elle en fixait la durée, mais elle était révocable et provisoire : non seulement la durée de la peine qu'elle infligeait pouvait être postérieurement modifiée (1), mais encore la nature même de la peine, et cela arbitrairement (2). De même, la sentence d'acquiescement n'était jamais définitive et pouvait toujours être rapportée.

La révocabilité des sentences inquisitoriales avait été imaginée comme une mesure de salut public à l'encontre des hérétiques, pour permettre à l'Église de les mettre hors d'état de nuire à son unité.

Par la sentence révocable, le principe *lata sententia*,

(1) Pedro Dorado, *Des contraventions : Définition, répression et procédure*, dans le Bulletin de l'Union internationale de droit pénal, t. VI, 3^e livraison, p. 270-271, année 1897, présente la théorie de la sentence provisionnelle comme conforme au rôle préventif du droit pénal. C'est ressusciter la sentence révocable des juridictions inquisitoriales.

(2) L'idée qui sert de base à la sentence révocable, dans l'Inquisition, est que toute peine autre que la mort est une faveur accordée à l'hérétique, dont par conséquent l'Inquisiteur peut se départir à son bon plaisir, selon les intérêts de la répression. Voir Hiuschius, *op. cit.*, V, p. 491. Cpr. Tanon, *Histoire des Tribunaux de l'Inquisition en France*, p. 431, 432, 433, 443, 545-548. Sur les peines de l'Inquisition, Tanon, *op. cit.*, p. 456 et ss. — Sur la révocabilité des sentences, voir aussi, c. 12, VI, V, 2 : «... illorum, qui, vestris mandatis obediens humiliter, stant propter hæresim in carcere vel muro reclusi, pœnam una cum prælatis, quorum jurisdictioni subsunt, MITIGANDI vel MUTANDI, QUUM VIDERITIS EXPEDIRE... plenam concedimus facultatem ». Les sentences portaient, du reste, mention de la faculté de révocation de l'inquisiteur : « Retinemus autem, nobis et nostris in hoc officio successoribus, plenam et liberam potestatem mitigandi, diminuendi, aggravandi, commutandi, vel etiam remittendi predictam pœnitentiam sive pœnam, nec non sentiendi aliter aliquem vel aliquos de prædictis... » Limborch, *Sententiæ Tolosanæ*, p. 32, rapporté par Tanon, *op. cit.*, p. 432.

desinit esse iudex cessait de s'appliquer (1). La sentence qui prononce une censure respecte, au contraire, ce principe (2). La peine qu'elle inflige est irrévocablement fixée et à l'abri de toute modification ultérieure : la sentence est ici définitive.

(1) Zanchino, *de Hæreticis*, 21, p. 151, cité par Tanon, *op. cit.*, p. 546, note 1 : « *Quia istæ pœnæ sunt arbitrariæ, et per earum impositionem non desinit esse iudex. Cum talis impositio pœnitentiæ non sit definitiva sententiâ....* ». Sur Zanchino, Tanon, *op. cit.*, p. 567-568.

(2) Le juge, qui apprécie s'il a été satisfait à la censure, est lié par la sentence de condamnation ; il vérifie l'exécution du jugement, il ne le modifie pas. Il n'y a pas de dérogation au principe rappelé au texte.

CHAPITRE III

LES PEINES CANONIQUES LA PÉNITENCE, LA PRISON

43. — Les principales peines canoniques sont :

1^o *L'excommunication, majeure ou mineure* suivant l'étendue de ses effets. L'excommunication majeure consiste dans l'exclusion de la communauté des fidèles et prive de tous les biens spirituels ; l'excommunication mineure prive seulement des sacrements et rend le clerc incapable de posséder des bénéfices et de remplir des fonctions ecclésiastiques (1).

L'excommunication majeure interdit aux chrétiens de fréquenter l'excommunié. Prononcée dans des formes solennelles, elle est appelée *anathème* (2).

2^o *L'interdit*. Il prive de la jouissance de certains biens spirituels les clercs et les laïques, mais non de la communion. Il est personnel, local ou mixte, selon

(1) Icard, *Prælectiones*, III, p. 248.

(2) München, *Das Kanonische Strafverfahren und Strafrecht*, II, p. 173.

qu'il frappe une personne, une région déterminée, ou l'une et l'autre à la fois (1).

3° *La suspension*. Cette peine enlève au prêtre l'exercice de tout ou partie des attributs de son ordre et de sa fonction. On distingue la suspension ab ordine, ab officio, a beneficio (2).

4° *La privation du bénéfice* ou de la *fonction ecclésiastique* (*privatio beneficii ou officii*).

5° *La déposition*. La notion de cette peine a subi des variations. D'après le droit établi par les Décrétales du XIII^e siècle, la déposition est la peine qui dépouille à perpétuité le prêtre de sa fonction, des droits qui y sont attachés et de la capacité de revêtir dans l'avenir une fonction ecclésiastique quelconque. Elle lui laisse cependant sa qualité de prêtre et ne l'affranchit pas des devoirs qu'elle lui impose.

6° *La dégradation*. La dégradation est une peine plus grave que la déposition, car elle enlève au prêtre cette qualité et le réduit à la communion des laïques (3).

7° *La pénitence*. Elle est une peine seulement dans les cas où elle est subie à la suite d'une contrainte exercée par l'Église sur le condamné. Aussi M. Hinschius la désigne-t-il du nom de *Zwangsbusse* (4), pour la

(1) Icard, *Prælectiones*, III, p. 273.

(2) Ces trois premières peines sont communément appelées des censures.

(3) Hinschius, *op. cit.*, V, p. 572, sur la déposition ; p. 563, sur la dégradation. — Icard, *op. cit.*, III, 378-383.

(4) Hinschius, *op. cit.*, IV, p. 816-817.

distinguer de la pénitence subie volontairement par le pécheur, au for intérieur, *Busse*.

8° *La prison* ;

9° *La flagellation* ;

10° *L'amende* ;

11° *L'infamie* ;

12° *La confiscation* ;

13° *L'exil* (1).

L'étude particulière des peines canoniques (2) dépasserait les limites de notre travail et n'offrirait aucun intérêt philosophique ou juridique au juriste laïque.

Aussi nous bornerons-nous à présenter dans ce chapitre quelques considérations générales sur le système pénal de l'Église. Nous nous attacherons seulement à l'examen de la pénitence et de la prison. Leur étude ne peut se séparer, car historiquement la prison, en droit canonique, a été imaginée comme peine dans le but de contraindre à l'accomplissement de la pénitence. De plus, la prison est la base de notre système pénal : il importe de savoir si les idées actuelles se retrouvent déjà dans le droit canon.

(1) München, *op. cit.*, II, p. 135.

(2) Sur les peines canoniques voir : Fleury, *Institution au droit ecclésiastique*, tome II, p. 150-179. — De Héricourt, *Loix ecclésiastiques de France*, fol. 350-376 ; München, *op. cit.*, II, p. 116 et s. ; Hinschius, *op. cit.*, V, p. 636-639 ; Vering, *Lehrbuch des katholischen, protestantischen, und orientalischen Kirchenrechts*, p. 717-725.

§ I

Le système pénal de l'Église

44. — L'Église ne présente pas un système de pénalités invariable, quelle que soit la période historique que l'on étudie. Les peines, dont nous avons plus haut établi la liste, n'ont pas été toujours et ne sont pas toutes aujourd'hui en vigueur.

Il faut distinguer, parmi les peines canoniques, les peines *spirituelles* et les peines *temporelles*, selon qu'elles frappent le coupable dans ses biens spirituels, dans ses droits religieux, ou dans ses biens temporels, dans son corps, dans sa vie, dans ses biens, dans sa liberté (1). L'excommunication, l'interdit, la suspension, la déposition sont, par exemple, des peines spirituelles ; l'amende, la prison, la flagellation, des peines temporelles.

L'Église a pu et peut toujours infliger des peines spirituelles. Aucun obstacle n'a été élevé à cet égard par le pouvoir laïque (2). Il en est autrement pour

(1) Hinschius, *op. cit.*, V, p. 118, note 2 ; c. 2, *Extra*, V, 10 ; 3, *cod. tit.* Les peines temporelles sont *corporelles*, *pécuniaires* ou *mixtes*, selon qu'elles affectent le coupable corporellement, pécuniairement, ou d'une façon et de l'autre simultanément. — Il ne faut pas confondre la distinction des peines spirituelles et temporelles et celle des peines *éternelles* et *temporelles*. Ici, la peine temporelle est celle qui est subie dans ce monde ; la peine éternelle est subie, au contraire, après la mort.

(2) Il arrive même que le droit séculier prononce des peines spirituelles. Cette confusion du domaine de l'État, et du domaine de l'Église existe dans la législation wisigothique : Hinschius, *op. cit.*, IV, p. 848-849.

les peines temporelles. Selon que l'Église est plus ou moins puissante dans l'État, elle exerce son droit de les prononcer avec une liberté plus ou moins grande, et quelquefois même le droit d'infliger des peines temporelles lui est totalement dénié par l'État.

La tendance de l'Église à emprunter au droit séculier ses peines, lorsque l'esprit de la législation canonique est conciliable avec leur application, est digne de remarque. Ainsi le droit canon a connu la flagellation (1), l'amende (2), la confiscation des biens, l'infamie, la tonsure (3), et même la marque au fer chaud (4), les galères (5).

Quant à la peine de mort, si fréquemment usitée dans le droit pénal séculier antérieur à 1789, elle est rarement prononcée par l'Église. Il faut toutefois constater que l'Église n'éleva jamais sa voix en faveur de l'abolition de la peine de mort dans le droit séculier et qu'elle eut, au contraire, recours à l'application du supplice capital pour châtier les crimes canoniques les plus graves, sous la forme de l'*appel au bras séculier*.

(1) Hinschius, *op. cit.*, IV, p. 36, 37, note 7 ; Mayer, *op. cit.*, p. 95.

(2) Tissot, *Le droit pénal étudié dans ses principes*, I, p. 490-491.

(3) Hinschius, *op. cit.*, V, p. 116-117.

(4) Pastoret, *Des lois pénales*, II, p. 82 (3 vol. in-8°, Paris, 1790) ; à Rome, elle consistait dans les armoiries du pape : deux clefs en sautoir. Hinschius, *op. cit.*, V, p. 43 et note 3.

(5) Hinschius, *op. cit.*, V, p. 553. — D'une façon générale, le *Syllabus* de 1864 proclame le droit pour l'Église de prononcer toute peine temporelle, quelle qu'elle soit, en condamnant la proposition : « *Ecclesia vim inferendi pœnam non habet, neque potestatem ullam temporalem directam vel indirectam.* » Voir sur la lutte de l'Église et de l'État en France, relativement aux peines temporelles : de Héricourt, *op. cit.*, p. 36 ; Fleury, *op. cit.*, II, 153, 154.

La doctrine des Pères de l'Église admettait la légitimité de la peine de mort, lorsqu'elle était prononcée par le prince :

c. 51 § 1, C. XXIII, q. 4 : « Magni autem et sancti viri, qui jam optime scirent mortem istam, quæ animam dissolvit a corpore », dit saint Augustin dans un texte rapporté par Gratien, « formidandam non esse, secundum eorum tamen animum qui illam timerent, nonnulla peccata morte punierunt, quod et viventibus utilis metus incuteretur, et illis, qui morte puniebantur, non ipsa mors noceret, sed peccatum, quod augeri potest, si viverent, diminueretur. *Non temere illi judicabant, quibus tale judicium donaverat Deus* (1) ».

Malgré le principe : « *Ecclesia abhorret a sanguine* », l'Église a conscience de la nécessité de la peine de mort, tout en comprenant ce que ce terrible châtiement a de contraire à la loi d'humanité et d'amour qu'elle doit prêcher.

L'appel au bras séculier, devant entraîner la mort du coupable, est le masque dont l'Église couvre la contradiction flagrante de son idéal avec les nécessités sociales. Elle reconnaît par là la légitimité de la peine de mort dans la mesure où elle est nécessaire à sa conservation et à sa défense (2).

(1) Saint Augustin fournit à Gratien des canons contradictoires sur la question : c. 1, 2, 7, C. XXIII, q. 5. Cpr. c. 48, *ead. causa*. Gratien pose (ad c. 48, précité) le principe : « *Patet quod malos non solum flagellari, sed etiam interfici licet.* » Voir encore Gratien, *in fine questionis V*.

(2) Sur la peine de mort en droit canon, Hinschius, *op. cit.*, V, p. 50, 561-563 ; c. 4, X, V, 17 ; c. 9, X, V, 7.

Si l'on considère le droit canon dans son ensemble, on ne peut méconnaître qu'il présente un système de pénalités plus douces que celles des législations séculières avec lesquelles il se trouve tour à tour en contact. Par l'absence des supplices corporels, si fréquemment usités autrefois pour la répression des infractions les moins graves, le droit canon annonce le droit moderne. Mais ce serait se faire une idée fautive des pénalités canoniques que de leur refuser un caractère éminemment afflicatif, qu'elles soient spirituelles ou temporelles. L'Église utilise comme moyen pénal la souffrance qui respecte l'intégrité du corps : le jeûne, le port de chaînes (1), les privations de toutes sortes ; elle fait un usage fréquent de la flagellation. L'excommunication, l'interdit, étaient des peines terribles et rigoureuses par leurs conséquences juridiques et sociales. Le coupable, frappé de peines spirituelles, ne pouvait continuer son genre d'existence antérieur. L'excommunié ne pouvait plus être fréquenté, toutes relations de famille ou d'affaires étaient rompues avec lui, de telle sorte qu'il était contraint à demander l'absolution. Bien plus, le droit séculier lui-même venait encore aggraver les rigueurs de l'excommunication.

45. — Le droit canonique, à la différence des codes modernes, ne présente pas d'échelle des peines et les sources ne permettent pas d'en dresser une véritablement complète et exacte. Il est impossible de

(1) Hinschius, *op. cit.*, V, p. 114, note 3.

résoudre le problème de la gravité respective des peines ecclésiastiques, de trouver un principe quelconque capable d'en formuler la solution (1).

S'il est certain, d'une part, que l'excommunication est plus grave que l'interdit personnel, d'autre part, que la dégradation, la déposition, la perte du bénéfice, les différentes espèces de suspension sont des peines respectivement plus fortes les unes que les autres et sont présentées ici dans un ordre de gravité décroissante, il est impossible d'établir des rapports semblables entre l'excommunication et la déposition, entre l'excommunication et l'interdit local, entre la prison et l'excommunication, pour ne citer que des exemples.

M. Hinschius constate l'impossibilité dans laquelle la doctrine se trouve, d'établir une échelle des peines en droit canon (2). Les motifs de cette impuissance doctrinale sont complexes. Signalons-en quatre :

1° La législation canonique n'a pas seulement puni les délits suivant leur gravité, mais elle a considéré aussi l'intérêt hiérarchique qui s'attache à leur répression et la qualité du coupable, laïque ou clerc, prêtre ou évêque. Il est donc impossible d'inférer de la gravité des délits à la gravité de la peine.

2° De plus, le droit canon ne punit pas le même délit d'une peine constamment la même, mais d'une peine plus ou moins forte selon les circonstances de l'espèce en cause et suivant les besoins du temps.

(1) Cpr. c. 21, C. XXIV, q. 1.

(2) Hinschius, *op. cit.*, V, p. 143-144.

3° Les peines canoniques jouent un rôle que les peines n'ont pas dans le droit moderne : l'une peut servir de contrainte à l'exécution de l'autre ; ainsi, l'excommunication, la suspension, l'interdit, peuvent être édictés dans le but de forcer le coupable à subir une pénitence publique ou à se constituer prisonnier, ou à se soumettre à la flagellation (1). Laquelle des deux peines est alors la plus forte : celle qui sert de contrainte ou celle qui est le but de l'infliction de la première ? Aucune réponse absolue n'est possible.

4° Le droit canon présente souvent un même délit puni à la fois de deux peines, par exemple de l'excommunication et de la prison. C'est la preuve manifeste de l'indépendance respective des peines et de l'absence de rapport de gravité entre l'une et l'autre. Autrement ce cumul ne serait pas nécessaire (2). Il est notamment impossible de trouver une commune mesure entre les peines temporelles et les peines spirituelles.

Une échelle légale des peines n'aurait pas eu, d'ailleurs, d'utilité pratique dans une législation où, comme nous le verrons, la répression était confiée à l'arbitraire du juge, maître d'estimer la peine qui lui paraissait proportionnée au délit (3).

(1) Hinschius, *op. cit.*, V, p. 273 ; 140-143 ; 665-667.

(2) Hinschius, *op. cit.*, p. 272-277. Cpr. Gibert, *op. cit.* : « Un même péché ne doit être puni de deux censures à la fois que si son énormité le requiert. » Règle VI, p. 61 ; c. 24. Apostolorum : « Bis de eodem delicto vindictam non exiget. »

(3) C'est la même raison qui rendait inutile, dans notre ancien droit pénal, la fixation de l'échelle des peines. L'ordonnance du 26 août 1670, sur la procédure criminelle, qui établit d'une façon légale,

46. — Remarquons, en terminant cet aperçu général du système pénal canonique, qu'il y a des peines qui ne peuvent frapper que des prêtres : la déposition, la dégradation, la suspension. Mais les autres peines étaient infligées aux laïques comme aux clercs. L'histoire prouve la fausseté du système de M. Katz qui soutient que l'Église n'a jamais infligé aux laïques que des pénitences à raison de leurs péchés, qu'elle punit les clercs, mais veut seulement amender les laïques. Le droit pénal existe aussi bien à l'égard des laïques qu'à l'égard des clercs : le péché a été distingué du délit pour les uns comme pour les autres (1).

Relativement aux divers modes d'extinction des peines, la prescription seule intéresse le jurisconsulte. L'absolution, la grâce, comportent l'examen de questions trop spéciales pour être étudiées ici. Le droit canonique, qui admet, d'après M. Fournier, la prescription du droit d'accuser en matière criminelle, rejette la prescription comme mode d'extinction de la peine (2).

l'échelle des peines, omet d'y faire figurer la réclusion dans une maison de force, la prison perpétuelle, l'amende. Elle fournissait donc seulement des indications au juge. Voir l'art. 13, titre 25, dans Isambert, *Recueil des lois françaises*, t. XVIII, p. 417.

(1) Katz, *op. cit.*, p. 26, 42, 46. Cpr. Hinschius, *op. cit.*, V, 1-51, *Strafen gegen Laien*.

(2) Fournier, *Les officialités au moyen-âge*, p. 255. La prescription du délit est spéciale à la procédure *per accusationem*. Les textes sur lesquels se fonde M. Fournier sont des textes de droit romain : fr. 29, § 7, *Dig.* XLVIII, 5 ; fr. 10, *Dig.* XLVIII, 9 ; c. 4, *au Code*, 1, 7 ; c. 12, *au Code*, IX, 22. — Cpr. c. 20, X, II, 26. Voir Hinschius, *op. cit.*, V, p. 145, 667, 934 ; Mayer, *op. cit.*, p. 262-263.

§ II

La Pénitence

47. — La pénitence est une peine spéciale au droit canonique. Néanmoins son étude est intéressante parce qu'elle met en relief d'une façon saisissante le caractère de cette législation, qui, revêtant une forme et une apparence religieuses, poursuit au fond les mêmes résultats que les législations séculières, ses contemporaines. La pénitence a été l'âme même de la pénalité canonique, la peine par excellence, celle dont les auteurs modernes vantent la moralité et la douceur. Il importe de se fixer sur le rôle qu'elle a joué dans l'Église et sur sa nature.

48. — Une question préalable se pose, vivement discutée par les canonistes modernes. La pénitence est-elle une peine véritable, appartient-elle au droit pénal ou seulement à la morale ?

Il est impossible de formuler une réponse absolue à la question et il est nécessaire de considérer, pour la résoudre, l'évolution de la pénitence dans le droit canonique.

La pénitence s'y présente avec trois caractères différents. Elle fut d'abord une *composition* (1), dans le sens que l'histoire du droit pénal donne à cette expression. Puis elle devint une *peine*. Enfin elle a été et elle est encore la peine prononcée par le prêtre, au for intérieur, peine d'un caractère exclusivement moral et religieux et par conséquent hors de la sphère du droit pénal.

(1) Von Bar, *op. cit.*, I, p. 74.

I. Dans les premiers siècles de l'Église, la pénitence est essentiellement une *composition* (1) en vertu de laquelle l'excommunié satisfait volontairement à la vengeance divine et à celle de la communauté. L'Église, à ses débuts, ne peut qu'exclure le coupable de son sein, le mettre hors la loi chrétienne en l'excommuniant. Par la pénitence, le coupable vient volontairement satisfaire à l'Église, pour obtenir, comme un bienfait, le droit de rentrer dans la communion des fidèles. Il importe de remarquer que l'Église, c'est-à-dire l'évêque en son nom, pouvait refuser d'accepter la composition. Il y avait, contrairement à l'assertion de M. Huc (2), des crimes inexpiables : l'idolâtrie, la fornication, le meurtre (3), pour lesquels l'excommunication subsistait à jamais.

En tant que composition, la pénitence ne pouvait exister que dans une législation religieuse. La vengeance divine seule pouvait être satisfaite autrement que par la prestation d'une rançon pécuniaire. La pénitence emprunte aussi à son but religieux le caractère qui la distingue des compositions pécuniaires du droit pénal à ses débuts : elle n'est pas le fruit d'une transaction entre le coupable et sa victime ; on ne discute pas avec Dieu : elle est librement imposée

(1) Hinschius, *op. cit.*, IV, p. 696, 715, 740. — On rencontre la pénitence avec le même caractère dans les Lois de Manou : Thonissen, *Études sur le droit criminel des peuples anciens*, t. I, p. 65 et note 2. Cpr. pour les peuples modernes, Tissot, *op. cit.*, I, p. 509.

(2) Huc, *De l'influence du droit canonique sur la législation criminelle*, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, tome XIII, année 1858, p. 441 et ss. — Cpr. Sirmond, *Historia publicæ pœnitentiæ*, p. 1-10.

(3) Hinschius, *op. cit.*, IV, p. 694 ; voir aussi p. 695-698.

par l'évêque, son représentant, qui la fixe à son gré. Elle est subie publiquement (1).

II. Sur le terrain du droit canonique, la même évolution se fait jour que celle présentée par l'histoire du droit pénal laïque. La composition, d'abord facultative, devient obligatoire ; elle se transforme en *peine*. Ce phénomène est accompli, pour la pénitence canonique, au VI^e siècle, à l'époque mérovingienne. L'Église est devenue puissante. Elle contraint à la pénitence et punit, sans avoir besoin de déclarer le coupable hors la loi ou de prononcer l'excommunication à perpétuité. La pénitence n'est plus volontairement offerte par le coupable à l'évêque pour obtenir le rachat de son crime :

Concile de Mayenne, an. 813, c. 53 : « Ut episcopi incestuosos penitus investigare studeant omnino decrevimus: qui, si pœnitere noluerint, de ecclesia expellantur, donec ad pœnitentiam revertantur (2). »

La pénitence, publiquement subie tant qu'elle était une composition, peut être, comme peine, non-seulement subie publiquement, mais encore secrètement

(1) Lœning, *op. cit.*, I, p. 186 ; la pénitence n'est plus publique, depuis le V^e siècle, quand elle frappe un clerc.

(2) Labbe et Cossart, *op. cit.*, t. VII, col. 1252 ; voir des textes dans Hinschius, *op. cit.*, V, p. 87 note 3 ; Hohenaltheim, an. 906, c. 21, dans Pertz, *Monumenta Germaniæ, leges*, II, fol. 558 : « Erchengario et ejus complicitibus... quia... in regem manus mittere pertemptaverant et episcopum suum... solo comprehendunt sacrilegiumque in ecclesiasticis rebus perpetraverunt, hanc pœnitentiam eis injungimus, ut sæculum relinquunt, arma deponant, in monasterium eant, ibi jugiter pœniteant omnibus diebus vitæ suæ. » Lœning, *op. cit.*, I, p. 471. La pénitence était subie après « *monitiones* » (Hinschius, *op. cit.*, V, 118-123) invitant le coupable à s'y soumettre sous peine d'excommunication ou de toute autre censure.

sous la forme de l'emprisonnement, et alors elle est accomplie ordinairement dans les monastères.

Peu à peu, à partir du xiv^e siècle surtout, la pénitence publique tombe en désuétude, malgré les prescriptions des conciles ; la pénitence secrète seule subsiste (1).

III. La pénitence offre aussi ce trait caractéristique d'être la peine du for intérieur, la seule que le confesseur prononce au tribunal de la confession. Ici la pénitence n'est plus une peine, dans l'acception juridique du mot, parce qu'elle n'est pas imposée au pécheur, mais sollicitée et acceptée par lui. Elle paraît plutôt être une composition avec la vengeance de Dieu : « Il ne faut pas confondre les peines proprement dites, dit Stremler (2), avec les pénitences sacramentelles. La peine est du for extérieur, la pénitence du for intérieur. La peine tend à la vindicte publique, au châtement de la faute ; la pénitence tend à la satisfaction qu'on doit à Dieu pour le péché. La pénitence n'exempte pas de la peine ; elle exige l'acceptation volontaire de celui à qui elle a été imposée,

(1) D'Espinay, *op. cit.*, p. 232. — Remarquons qu'une fois la pénitence devenue peine, les compositions ne disparurent pas du droit canonique. Comme on composait pour se soustraire à l'excommunication, on se racheta, dans la suite, de la pénitence par le paiement d'aumônes ou d'amendes. Ces compositions pécuniaires furent fréquemment usitées dès le ix^e siècle : Hinschius, *op. cit.*, V, p. 105 et ss.

(2) Stremler, *op. cit.*, p. 6. Cpr. Fournier, *les officialités au moyen-âge*, p. 259. Voir sur la pénitence : Hergenröther, *Histoire de l'Église*, III, p. 145-149 ; IV, p. 357-367 ; traduction Bélet, dans la Bibliothèque théologique du XIX^e siècle, 4 vol. in-8°, Paris, 1888, Palmé.

la peine s'impose par la force, même à ceux qui la repoussent (1).»

Ainsi la pénitence est en droit canon suivant les époques et la juridiction qui l'inflige : 1° une composition ; 2° une peine ; 3° une peine sacramentelle.

49. — Nous avons vu que la pénitence était subie publiquement ou secrètement. Infligée sous cette dernière forme, elle consiste dans des jeûnes, dans une vie de continence et de privations, pour l'observation de laquelle le coupable est souvent incarcéré. Son étude se confond alors avec celle de la prison (2).

Sans entrer dans le détail des divers degrés de la pénitence publique, par lesquels les pénitents devaient successivement passer, citons un passage d'un ancien auteur qui nous paraît donner de la pénitence publique une idée suffisamment exacte : « Cette pénitence consistoit dans une longue suite de jeûnes, de prosternements, de mortifications et d'autres exercices qu'on jugeoit propres pour attirer sur les pécheurs la miséricorde de Dieu. On régloit, comme dit Tertul-

(1) Corvin : *Jus canonicum per aphorismos strictim explicatum*, p. 468 : « Pœnitentia est quedam dolentis vindicta, puniens in se, quod dolet commisisse », contra, von Bar, *op. cit.*, I, 73.

(2) Nous ne parlons que de la pénitence usitée comme peine ou composition. Le for intérieur sort des limites de notre étude et par conséquent aussi la pénitence sacramentelle. Disons cependant que les auteurs sont partagés sur la question de savoir si celle-ci pouvait être subie publiquement. Sirmond la montre publique, même au for pénitentiel, pour les péchés publics ; Sirmond, *Historia pœnitentiæ publicæ*, p. 32 et ss., 72 et ss. Vering, *Lehrbuch des katholischen, protestantischen und orientalischen Kirchenrechts*, p. 708, signale l'existence, dans les livres pénitentiels, de pénitences publiques pour des péchés ou infractions du for interne. Contra Hinschius, *op. cit.*, V, p. 92-93.

lien, leur vivre et leur vêtement. On leur ordonnoit d'être toujours dans le sac et dans la cendre, de laisser devenir leur corps sale sans en prendre soin ; d'avoir l'esprit abattu par un regret et un ressentiment extrêmes de leurs péchés ; de corriger les fautes de leur vie passée en les considérant et les repassant dans leur mémoire avec douleur, de ne vivre d'aucune chose que de pain et d'eau toute pure, comme pour soutenir l'âme et non le corps ; d'entretenir souvent et de nourrir en quelque sorte les prières par le jeûne ; de gémir, de pleurer, de crier jour et nuit devant Dieu ; de se jeter aux pieds des prêtres, de se mettre à genoux devant les serviteurs de Dieu et de supplier tous les enfants de l'Église de vouloir être leurs intercesseurs envers lui (1). »

La pénitence publique ne peut être prononcée que par l'évêque (2) qui seul a juridiction au for externe. Elle est infligée pour les délits publics seuls. C'est du moins la règle qui s'établit au ix^e siècle, d'après M. Hinschius, qui entend par délits publics ceux qui peuvent être prouvés autrement que par la confession du coupable au for intérieur (3). L'évêque

(1) *Déffense de la discipline qui s'observe dans le diocèse de Sens touchant l'imposition de la pénitence publique pour les péchés publics*, p. 10 ; sur les degrés de la pénitence publique : p. 11-12 et ss. 1 vol. in-8°, Sens, 1673, sans nom d'auteur. V. encore sur les quatre degrés de la pénitence publique, *fletus, auditio, substratio, consistentia*, Alteserra, *Ecclesiasticæ jurisdictionis vindiciæ adversus Caroli Fevreti et aliorum tractatus de abusu*, lib. IX, p. 48-52, Parisiis, 1 vol. in-4°, 1702.

(2) c. 12, X, V, 31.

(3) c. 7, X, V, 38 ; Hinschius, *op. cit.*, V, p. 92-93, note 1 ; p. 100 note 7.

peut, selon les circonstances, commuer la pénitence publique en une pénitence secrète (1). La durée maxima de la pénitence publique était, en général, de sept ans (2).

La pénitence publique entraînait certaines incapacités, notamment celle de porter les armes et de contracter mariage (3).

50. — Considérée dans sa nature, la pénitence, publique ou secrète, est la peine vindicative par excellence. C'est celle que l'Église inflige de préférence à toute autre peine, celle dont les autres ne sont souvent que les substituts, pour employer le langage des auteurs modernes.

c. 20, C. XXIV, q. 3 : *Itaque censuimus, homicidas et falsos testes a communione ecclesiastica submovendos, nisi pœnitentiæ satisfactione crimina admissa diluerint.*

(1) Hinschius, *op. cit.*, V, p. 635, note 4. *Concile de Trente*, chap. 8, de la session 24, de *reformatione*, Longeas a Coriolano, *Summa Conciliorum omnium*, fol. 698, Paris, 1645, 1 vol. in-fol.

(2) Gratien, C. XXXIII, q. 2, 5^e pars ; c. 11, *eod. causa*. Il y avait divers moyens d'abrèger la durée des pénitences. Ainsi la célébration d'une messe peut être substituée à douze jours de pénitence ; celle de dix messes remplace quatre mois de pénitence. Voir l'*Editio S. Bonifacii* rapportée dans Martène et Durand, *Veterum scriptorum et monumentorum historicorum, dogmaticorum, moralium, amplissima collectio*, t. VII, fol. 48-49. Paris, 1733, 9 vol. in-fol.

(3) *Dictum Gratiani* sur le c. 11, C. XXXIII, q. 2 : « Generaliter enim canonica auctoritate pœnitentes prohibentur ad sæcularem militiam redire, vel matrimonia contrahere. » Toutefois cette règle comportait des atténuations, notamment à raison du « lapsus juvenilis incontinentiæ ». Voir c., 12, 13, 14, 16, C. XXXIII, q. 2 ; Esmein, *le mariage en droit canonique*, t. II, p. 400-401. Paris, 1891. Larose et Forcel, 2 vol. in-8°. Voir encore sur les effets de la pénitence, en général, C. XXXVI, q. 2, *Dictum Gratiani* 2^e pars ; c. 10, 11, *eadem causa*, Gratien, q. 2, *in fine*.

La pénitence est essentiellement une satisfaction ; elle conserve comme peine ce caractère qu'elle tient de son origine dans le droit canonique, où, nous le rappelons, elle apparut comme une composition (1). Les textes le mettent parfaitement en relief, qu'ils visent la pénitence comme peine du for extérieur ou du for intérieur.

Concile de Trente, sess. 14, c. 8, *de Pœnitentia* : « Habeant autem præ oculis ut *satisfactio non sit tantum ad novæ vitæ custodiam et infirmitatis medicamentum, sed enim ad præteritorum peccatorum VINDICTAM et CASTIGATIONEM* (2). »

VI^e Concile de Paris, an. 829, lib. I, cap. 43 : « Abbatissa quæ... viduam aut virginem velare præsumat congrua ab episcopo suo correctione coerceatur et *pœnitentiæ canonicæ usque ad SATISFACTIONEM* subdatur (3). »

Le but satisfactoire domine donc celui de l'amendement du coupable, qui ne vient qu'en considération subsidiaire, et la pénitence n'est pas, par essence, comme le soutient von Bar, une peine médicinale (4).

L'analyse de la pénitence confirme les idées que nous avons émises sur la distinction des peines vin-

(1) Hinschius, *op. cit.*, IV, p. 816 et ss., 820 ; V, 85, 86, 88, 89, 99 note 7, 644.

(2) Réginald commente ainsi ce texte dans sa *Praxis*, lib. VII, cap. 5, sect. 1, nu. 49, t. I, fol. 325 : « Confessorem... debere curare, ut non modo *medicinalis*, sed etiam *satisfactoria* sit pœnitentia. » c. 20, C. XXIV, q. 3 : «... pœnitentiæ satisfactione... » cité supra, p. 103 ; c. 63, D. I, *de Pœnitentia*.

(3) Labbe et Cossart, *op. cit.*, t. VII, col. 1625.

(4) Von Bar, *op. cit.*, I, 73.

dicatives et des censures et sur le but des censures. Imposée, soit pour un temps déterminé, soit pour une durée indéterminée, la pénitence est toujours une *vindicta*. Infligée comme censure, elle doit durer « *usque ad satisfactionem* » (1). La satisfaction, but de l'exercice de la *vindicta*, est toujours la fin de la pénitence qui, par conséquent, a pour but seulement l'amendement satisfactoire, et non l'amendement que cherchent à réaliser les théories modernes.

La pénitence est la réalisation de l'expiation. Elle est un retour au passé ; elle ne regarde pas l'avenir. Décider qu'elle durera jusqu'à satisfaction, jusqu'à ce que Dieu soit vengé, décider qu'elle se prolongera pendant toute la vie du coupable (2), c'est déclarer le crime, tantôt expiable, tantôt inexpiable avant la mort, c'est toujours viser le même résultat : la satisfaction de Dieu et de l'Église. Le coupable peut être corrigé, amendé, sans avoir fait pénitence suffisante. Il faut donc regarder, comme une perversion de la notion de pénitence, l'infliction de cette peine *usque ad correctionem* :

(1) Voir p. 104, note 3, supra. Grégoire de Tours, *Historiæ ecclesiasticæ Francorum*, lib. IX, § 41 : « ut qui in talibus excessibus videntur deprehendi, non solum excommunicatione, verum etiam pœnitentiæ satisfactione debent coerceri. » Edition Guadet et Taranne, Paris, 1836, 2 vol. in-8°, t. II, p. 198.

(2) Concile de Frioul, année 796, c. 8, cité par Hinschius, *op. cit.*, V. p. 85, note 10 : « qui... furtivas vel interdictas nuptias contrahere præsumpsit et proximi cognationis fuerint inventi, separentur et ipsi et cunctis diebus vitæ suæ sub pœnitentiæ lamento persistent ; atque ad secundas nuptias nunquam ille vel illa perveniant, alieni a communionis gratia judicentur. » Il ne peut s'agir, dans le cas de la pénitence infligée à perpétuité, que d'un amendement devant Dieu et non devant la société, dans laquelle on ne doit plus vivre.

c. 21, D. L : «... ita, ut, cum eos pœnitentia correxerit, rescripti in matriculo gradum suum dignitatemque recipiant. »

51. — Au point de vue moral (1), la pénitence présente une supériorité évidente sur toutes les autres pénalités. Subie secrètement et infligée dans le but d'amender le coupable vis-à-vis de la société, elle est la peine idéale. Mais la pénitence publique est, au point de vue social, éminemment dangereuse et déprimante pour le coupable, qu'elle note véritablement d'infamie, même après la cessation de la peine. Elle sacrifie celui qu'elle frappe dans un but d'intimidation et d'exemplarité : « duplex fructus pœnitentiæ publicæ : *venia* delicti et *exemplum* (2). » Elle est la réfutation par les faits de l'opinion de M. Huc, qui soutient que l'Église proscrit la publicité dans l'exécution de la peine (3).

§ III

La Prison

52. — Relativement à la flagellation, à l'exil, l'amende, l'infamie, peines temporelles usitées tant par les juges laïques que par les juges ecclésiastiques,

(1) Les canons s'efforcent d'obtenir la vraie pénitence, par opposition à la pénitence simulée par le coupable : c. 23, D. L ; c. 1, C. XV, q. 6. Mais l'appréciation du juge devait nécessairement se baser sur la conduite extérieure du pénitent.

(2) Sirmond, *Historia publicæ pœnitentiæ*, p. 1 et 2.

(3) Huc, *article cité*, Revue critique de législation et de jurisprudence, t. XIII, année 1858, p. 463.

l'Église s'est bornée à recevoir les principes du droit séculier et à limiter l'emploi de la flagellation dans la mesure où l'autorise la règle humanitaire : « *Ecclesia abhorret a sanguine* (1). »

Mais il est une peine temporelle qui mérite les méditations du criminaliste : la prison. Son développement dans le droit canonique fait assister à l'évolution des idées et des théories modernes sur la pénalité et le système pénitentiaire. Là apparaît, plus qu'en toute autre matière, le profond fossé qui sépare le droit canonique de notre ancien droit pénal, le droit pénal moderne du droit pénal en vigueur sous l'ancien régime. Les idées sur le droit de punir, la nature de la peine et ses buts divers, peuvent encore être les mêmes aujourd'hui qu'autrefois : leur réalisation ne se fait plus de la même façon. Le système pénal n'est plus le même, et la modification qu'il a subie est d'origine canonique.

Le droit romain, auquel le droit canon a emprunté l'amende, la flagellation, l'exil, proscrivait l'application, comme peine, de la prison : « *Carcer enim, ad continendos homines, non ad puniendos, haberi debet* », dit le jurisconsulte Ulpien (2). La prison, en droit

(1) c. 3, X, V, 20 ; München, *op. cit.*, II, p. 116.

(2) fr. 8 § 9, *Dig.* XLVIII, 19. Pourtant le droit romain connaissait la peine des *lautumini*, prisons souterraines, fr. 1 § 4, *Dig.*, XI, 5. Mais il ne faut pas confondre la peine des *vincula*, qui ressemble à nos travaux forcés, avec la prison. Les condamnés aux *vincula* étaient astreints, chargés de chaînes, à des travaux au profit de l'État, notamment relatifs à l'exploitation des mines. Cpr. Mayer, *op. cit.*, p. 105 ; München, *op. cit.*, II, p. 102. — Quant à l'*ergastulum*, c'était une prison domestique, soustraite au contrôle de la puissance publique,

romain, n'était qu'un moyen de garder l'accusé jusqu'à sa comparution en justice et l'exécution de la condamnation, et servait uniquement de détention préventive. Aussi Ulpien s'élève-t-il contre l'usage des présidents des provinces, de condamner à la prison, soit avec, soit sans chaînes, et le considère-t-il comme un excès de pouvoir : «... Solent... in carcere continendos damnare, aut ut in vinculis continentur; sed id eos facere non oportet, nam hujusmodi pœnæ interdictæ sunt (1). » Tel est encore le principe, à l'époque de Justinien (2). On conçoit, d'ailleurs, que les Romains, doués d'un merveilleux sens pratique, n'aient pas connu l'infliction de la prison comme peine : l'entretien de prisonniers, condamnés au repos forcé, était contraire à leurs idées économiques (3).

53. — Ce que l'esprit romain ne concevait pas et ne pouvait pas réaliser, l'esprit chrétien l'éleva à la hauteur d'une institution juridique. La prison, tout en

un mode de répression disciplinaire dont usait le maître à l'égard de ses esclaves. — Voir sur la prison dans les législations égyptienne, hébraïque et grecque, Mayer, *op. cit.*, p. 98 et s.; Tissot, *op. cit.*, I, p. 367.

(1) fr. 8 § 9, *Dig.* XLVIII, 19.

(2) Les δεζάρια, endroits qui correspondent aux sacristies, n'étaient pas des prisons pour les condamnés, mais des lieux de détention préventive; la Nouvelle 79, de Justinien, chap. 3, qui les mentionne, en fournit aussi la preuve : « Exsecutores... retrudantur in locis quæ decaneta nuncupantur, pœnas competentes passuri »; Hinschius, *op. cit.*, IV, p. 737, note 4, p. 738.

(3) Pline le Jeune, *Epistolæ*, lib. X, Epist. XI : « Eosdem rursus a republica pasci otiosos inutile; non pasci, etiam periculosum æstimabam. »

conservant son rôle de détention préventive (1), devint une peine.

Lorsque la pénitence, originellement composition facultative offerte par le coupable, devint forcée et par conséquent une peine, un puissant moyen d'assurer son exécution fut la réclusion dans un monastère (2). La réclusion est, en effet, éminemment propre à l'accomplissement de la pénitence : elle place l'homme seul en face de sa faute, le soumet à l'empire de sa conscience et à la douleur du remords, en éloignant de lui les distractions et les occupations du monde extérieur. Temporelle par son mode d'exécution, puisqu'elle prive de la liberté, bien temporel, la prison est éminemment spirituelle par son but. C'est sous la forme de réclusion dans un monastère que la prison fut, à l'origine, employée comme peine, et que nous la voyons prononcée, dès le VI^e siècle, par les Églises burgonde, franque et wisigothique (3).

Nous étudierons la forme selon laquelle la peine de l'emprisonnement était subie, le régime pénitentiaire, la différence qui existe entre l'emprisonne-

(1) c. 3, X, V, 20 : « Ad audientiam nostram, te significante, per venit quod quosdam perversos clericos... *carcerali custodia mancipaveris, quid faciendum tibi de ipsis, a Sede Apostolica duxisti consilium inquirendum* » ; c. 5, X, V, 9 : cette décrétale mentionne aussi l'application de la prison comme peine.

(2) La pénitence est alors secrète. La pénitence publique fut de même imposée sous la menace de l'excommunication ou d'autres peines spirituelles.

(3) Sous l'empire des mêmes idées religieuses, Justinien ordonnait, à la même époque, la réclusion, dans un monastère, de la femme adultère ; Nouvelle 134, cap. 10 ; Lœning, *op. cit.*, II, p. 495. — Sur la prison au VIII^e siècle, Monod, *Les mœurs judiciaires au VIII^e siècle*, dans la Revue historique, t. XXXV, septembre-décembre 1887, p. 12, note 1 ; Hinschius, *op. cit.*, V, p. 82, note 1.

ment du droit canonique et l'emprisonnement du droit moderne.

54. — Il est difficile d'avoir des détails précis, fournis directement par les textes, sur le mode d'exécution de l'emprisonnement, sur les lieux dans lesquels il doit être subi, sur le régime du détenu. Ce n'est qu'en comparant entre elles les expressions dont se servent les documents juridiques pour désigner la forme de l'emprisonnement, en les interprétant, qu'on peut ébaucher la théorie canonique de l'emprisonnement.

La peine de la prison ne se présente pas toujours dans les textes avec le même aspect ; elle ne se subit pas toujours dans les mêmes conditions. Leur interprétation ne permet pas, en effet, de conclure à l'unité de caractère de cette peine. Tantôt elle est une « *detrusio in monasterium* », tantôt elle est, à proprement parler, le « *carcer* » et subie dans des locaux spéciaux.

Jusqu'au XIII^e siècle, elle revêt, d'une façon générale, la forme de réclusion dans un monastère. La situation du condamné n'est toutefois pas toujours la même. Il peut être contraint d'embrasser la profession monastique, simplement détenu dans un monastère sans désignation d'un local spécial, ou encore enfermé dans un endroit restreint et déterminé du couvent. Les textes suivants nous indiquent ces diverses situations :

1^o Concile d'Oviédo, c. 2, année 1115 (1) : « ...ita-

(1) Hinschius, *op. cit.*, V, p. 104, note 7.

pœniteat ut *in monasterio* SIT MONACHUS SUB REGULA BENEDICTI.... ». Dans l'hypothèse où le condamné doit se faire moine, la peine est nécessairement perpétuelle.

2° D'autres fois, la prison consiste simplement dans la réclusion dans un monastère ; les textes ne font pas mention d'un lieu spécial affecté à la détention (1) et n'impliquent pas l'entrée du condamné dans la profession monastique. Les Décrétales présentent de nombreuses dispositions conçues en ce sens :

c. 4, X, V, 31 : « Quicumque autem illa incontinentia, quæ contra naturam est... deprehensi fuerint laborare, si clerici fuerint, dejiciantur a clero, vel *ad agendam pœnitentiam in monasterium detrudantur...* (2). »

3° D'autres textes prononcent la détention dans un endroit restreint du monastère : *cella, ergastulum* :

II^e concile de Tours, an 567, c. 19 : « ... ab episcopo in civitate *retrudantur in CELLAM, ibique mense integro panem cum aqua manducent...* » (3).

Metz, c. 9, année 888, « ... Sancta constituit synodus ut (duæ sanctimoniales propter facinus suum)... *intra monasterium in ERGASTULO ponerentur parvo pane et aqua brevi cum abundantia divi verbi, usque ad satisfactionem fruerentur...* » (4).

(1) Synode de Hohenaltheim, cap. 21, an. 906 : « ... hanc pœnitentiam injungimus ut... *in monasterium eant, ibi jugiter pœnitent omnibus diebus vitæ suæ* » ; dans Pertz, *Monumenta Germaniæ historica, Leges*, t. II, fol. 558.

(2) c. 2, X, V, 16 ; c. 7, D. L. ; c. 10, D. LXXXI. Hinschius, *op. cit.*, textes cités, V, p. 87, note 1.

(3) Labbe et Cossart, *op. cit.*, t. V, col. 858.

(4) Labbe et Cossart, *op. cit.*, t. IX, col. 415.

c. 30, C. XXIII, q. 8 : «... *sub perpetuo quoque damnationis teneatur ERGASTULO religatus* (1). »

La réclusion dans un monastère, plus ou moins rigoureuse selon les cas, comme nous le voyons, a été le droit commun jusqu'au XIII^e siècle. Les deux textes suivants le prouvent : la *Constitutio Papiensis* de l'année 832 : «... *Et si habet episcopus in sua parochia monasterium, ibi mittantur* » (2), la décrétale d'Innocent III, insérée dans le recueil des Décrétales de Grégoire IX, c. 35, X, V, 39. Cette décrétale, de l'an 1203, est une réponse à l'évêque de Londres, qui consulte le Saint-Siège sur le point de savoir s'il peut user, à l'égard de clercs (3), d'un mode de détention laissant moins de chance d'évasion au prisonnier que la réclusion dans un monastère. C'est donc que cette dernière était la règle générale.

Mais, peu à peu, la prison perd son caractère de « *detrusio in monasterium* ». Elle tend à ne plus être une simple pénitence subie dans un monastère, l'assujettissement forcé à la vie monastique pendant un certain temps ou à perpétuité. La prison, exécutée dans les locaux à ce affectés du monastère, acquiert

(1) Le monastère était quelquefois situé au loin : à la détention se joignaient alors les rigueurs de l'exil « *exilii perpetui ergastulo religentur* », c. 13, in fine, C. XXVI, q. 5. — Voir aussi sur l'*ergastulum*, c. 11, c. 17, C. XXVII, q. 1.

(2) Constitution de l'empereur Lothaire I, promulguée à Pavie, Pertz, *Leges*, I, fol. 360.

(3) c. 35, X, V, 39, clercs « *qui tute non possunt monasteriis ad agendam pœnitentiam deputari, quoniam, quum non pœniteant de commissis, opportunitate fugiendi captata carcerem fugerent claustrum... si... arctè possint custodie mancipari* ». L'*arcta custodia*, opposée à la détention *in monasterio*, est une prison spéciale, dépendant entièrement de l'évêché, la prison épiscopale.

une existence indépendante. Elle est de plus en plus fréquemment subie dans les « *carceres* » (1), bâtiments soumis à l'autorité de l'évêque seul et distincts des couvents :

c. 1, C. XV, q. 6 : « ... alios dicunt *carceribus* et *ergastulis* retrudi, ut saltem his terrii insidiis Domini sacerdotes suis faveant voluntatibus. »

Confiée, au début, à la surveillance de l'autorité *régulière*, l'exécution de la prison relève maintenant de l'autorité ecclésiastique *séculière* qui a infligé la peine. Commencée par les évêques, désireux de fortifier la répression et d'aggraver le régime pénitentiaire des monastères, cette évolution fut consommée par l'exemption, accordée par les papes aux monastères, de la juridiction épiscopale. Les évêques, ne pouvant plus envoyer les condamnés subir leur peine dans les couvents, durent faire construire des prisons. Les prisons épiscopales, simples lieux de détention préventive à l'origine, étaient naturellement désignées pour servir aussi à l'exécution de la peine (2).

A la fin du XIII^e siècle, une décrétale de Boniface VIII (3) présente encore cette affectation de la

(1) c. 2, § 2, C. XXVII, q. 1 : « ... et *carceribus* tradenda... ». Le mot *carcer* désigne aussi, mais rarement, la prison du monastère. Voir le texte cité page 112, note 3, supra.

(2) Hinschius, *op. cit.*, V, p. 83, note 8 ; 84, notes 5 et 6 ; Huc, *article précité*, dans la *Revue critique* de 1858, p. 464. Le c. 5, X. V., 9, nous montre les prisons épiscopales servant à la fois de détention préventive et de peine : « *Quid de apostatis sit agendum, quum in custodia detinentur... ; poteris sub gravi custodia carcerare, ita quod solummodo vita sibi misera reservetur.* » *Clem.* 1, V, 6, sur les incarcérations abusives des évêques.

(3) Pape de 1294 à 1303.

prison épiscopale comme une innovation. Elle ne consacre certainement pas une innovation radicale consistant dans l'introduction, en droit canon, de la prison en général, usitée comme peine, puisqu'elle était ainsi employée dès le VI^e siècle :

c. 3, VI^o, V, 9 : « *Quamvis ad REORUM CUSTODIAM, non ad PÆNAM carcer specialiter esse noscatur : nos tamen non improbamus, si subjectos tibi clericos confessos de criminibus seu convictos, eorum excessibus, et personis ceterisque circumstantiis provida deliberatione pensatis, in perpetuum vel ad tempus, prout videris expedire, carceri mancipēs ad pœnitentiam peragendam* ».

Une autre décrétale, de Clément V (1), confirme les progrès qui se sont accomplis pendant le cours du XIII^e siècle :

c. 1, Clem, V, 3 : « *...Duro tamen tradere carceri sive arcto, qui MAGIS AD PÆNAM quam ad CUSTODIAM videatur...* »

Il est curieux de noter, en passant, le langage des textes : il s'explique par le fait que la prison, dépouillée de sa forme monastique, apparaît véritablement comme une institution nouvelle.

L'évolution est terminée à la fin du XIII^e siècle : la prison épiscopale est une peine (2).

A cette *sécularisation* (3) du mode d'exécution de la

(1) Pape de 1305 à 1314.

(2) Emeric, *De comparatione juris civilis et canonici tractatus, de Carcere*, comparatio 1, p. 90.

(3) Puisque la peine est subie sous la surveillance de l'autorité séculière ecclésiastique.

peine correspond un changement dans l'esprit de notre institution. La prison conserve sa nature et son but éminemment pénitentiels, spirituels si l'on veut; mais la privation temporelle de la liberté, qu'elle entraîne, est aussi considérée parfois comme une fin de la peine, destinée à être un moyen de défense sociale, indépendamment de toute pénitence subie par le condamné (1). Comme dans beaucoup d'institutions juridiques, la forme a ici influé sur le fond et modifié l'idée originaire.

L'Église fit un usage fréquent de la prison, notamment pour la répression de l'hérésie (2). Elle la prononce, comme notre code pénal, à temps, pour des durées de 3 jours, 1 mois, 6 mois, etc. Mais le droit canonique diffère du droit pénal français moderne en ce qu'il admet la prison perpétuelle (3).

Notons que la prison sert aussi de contrainte par corps pour le paiement des amendes, comme en droit actuel :

(1) Mayer, *op. cit.*, p. 106, exagère quand il présente la prison canonique toujours infligée « *ad penitentiam peragendam* », c. 3, VI^{to}, V, 9; c. 27, § 1, X, V, 40; cfr., c. 1, § 4, C. XV, q. 6.

(2) c. 15, X, V, 7; c. 1, 7, VI^{to}, V, 2. La prison est souvent appelée *immuratio murus*, c. 1, Clém., V, 3: « Sane quia circa custodiam carcerum hæreticalium, qui *muri* quibusdam partibus vulgariter nuncupantur... » Sur la prison dans l'Inquisition et l'emmurement: H. C. Lea, *A. History of the Inquisition of the middle ages*, t. I, p. 373, 484, 487, 3 vol. in-8°, New-York, 1888. Sur les cas d'application de la prison en général: c. 10, C. XXVI, q. 5.; Hinschius, *op. cit.*, V, p. 82, notes 1 et 3; Von Bar, *op. cit.*, I, p. 79 § 336.

(3) Voir les textes dans Hinschius, *op. cit.*, V, p. 553, 554, 555, 629, 630, 631, dans les notes. Ainsi le concile de Tours de 1583, c. 14, prononce la prison pour six mois et un an; celui de Paris, tenu en 1210, l'inflige à perpétuité; le concile de Rouen de 1445, c. 6, pour un mois. (Concile de Tours, dans Labbé et Cossart, *op. cit.*, t. XV, col. 1032.)

c. 1, *Extravag. commun.*, V, 6 : « *quod si ad præfatam pœnam pecuniariam exsolvendam delinquentium ipsorum facultates non sufficiant, poterit discreti moderatio iudicis pœnam hanc in aliam (puta carceris)... commutare.*

Sous l'influence des progrès de la puissance civile et des restrictions qu'elle vint apporter peu à peu aux pouvoirs et à la compétence des juridictions ecclésiastiques, la prison reprit la forme sous laquelle elle était apparue en droit canonique et, du reste, toujours appliquée, quoique plus rarement depuis le XIII^e siècle, celle de la réclusion dans un monastère. Au dix-septième siècle, en France, la prison perpétuelle ne peut plus être prononcée par l'official, et la prison temporaire doit, autant que possible, être infligée sous la forme qu'elle n'avait jamais entièrement abandonnée, d'une réclusion dans un monastère (1).

55. — De l'exposé de l'histoire de la prison en droit canon, il résulte que l'on ne peut voir en elle une peine d'un caractère fixe et immuable et qu'elle se présente, à une même époque, sous des aspects divers. Il en résulte aussi qu'il n'y a pas en droit canon un régime pénitentiaire invariable, auquel doivent être soumis les prisonniers ; il est néces-

(1) Concile de Bordeaux, de 1624, cap. 15, § 1. «... vel in monasterium ad vilia ministeria præstanda detrudantur... » Labbe et Cossart, *op. cit.*, t. XV, col. 1671 ; Hinschius, *op. cit.*, V, p. 632 ; de Héricourt, *Loix ecclésiastiques*, fol. 373, notes 1 et 2 ; Muyart de Vouglans, *Instruction criminelle sur les Loix et Ordonnances du Royaume*, partie III, p. 66.

sairement différent selon que la peine est la réclusion pure et simple dans un monastère, la réclusion dans une cellule du monastère ou dans la prison épiscopale.

Le régime pénitentiaire, en droit canonique, consiste essentiellement dans des privations de nourriture et de bien-être corporel en général. Les jeûnes, la privation totale ou partielle de tous les aliments qui ne sont pas nécessaires à la stricte conservation de l'existence, la nourriture au pain de douleur et à l'eau d'angoisse, pendant tout ou partie de la peine : telles sont les souffrances imposées au condamné (1).

Quatre observations peuvent être dégagées de l'ensemble des textes :

1° L'Église a adopté le système de l'isolement cellulaire des prisonniers (*cella, ergastulum, carcer*), « *ut alterutrum vel per se vel per alios pervertere nequeant* », dit le canon 23 du concile de Béziers tenu en 1246 (2). Elle recourt cependant à l'emprisonnement en commun, soit par suite des nécessités pratiques, soit pour rendre moins dure la détention. Ainsi les hérétiques étaient condamnés au *murus arctus* ou *arctissimus*, emprisonnement cellulaire, ou au *murus largus*, emprisonnement en commun, selon que leur crime présentait plus ou moins de gravité (3).

(1) c. 27, X, V, 40 : «... in perpetuum carcerum ad agendam pœnitentiam includas, pane doloris et aqua] angustia sustentandum. » Les pénitents publics étaient obligés de supporter les mêmes souffrances. Il est naturel que la prison, destinée à suppléer la pénitence publique, les comporte aussi. Hinschius, *op. cit.*, IV, p. 819, note 5.

(2) Labbe et Cossart, *op. cit.*, t. XI, pars I, col. 691 : « *separatim et occulte camerulis fiant... et eos enormis rigor carceris non exstinguat...* ».

(3) Tanon, *Histoire des Tribunaux de l'Inquisition*, p. 486.

2° Un caractère général du régime pénitentiaire de l'Église est le repos forcé dans lequel est laissé le prisonnier (1). L'Église ne connaît pas le principe actuel de l'obligation du condamné au travail. Les textes ne font pas allusion à une obligation de ce genre, et l'opinion contraire de M. Hinschius, qui considère les « *ergastula* » de l'Église wisigothique comme des établissements de détention où le travail était obligatoire, est une simple conjecture (2). Le travail est, en principe, contraire à l'idée de la pénitence canonique, pour l'accomplissement de laquelle la prison est infligée. Travailler, c'est participer à la vie du siècle, à laquelle le pénitent doit être soustrait pour penser uniquement à l'expiation de sa faute.

3° Le régime de l'emprisonnement peut être déterminé par le juge, selon les circonstances de la cause, dans sa sentence et n'échappe pas à ses prescriptions, comme dans le droit pénal français actuel.

XI^e concile de Tolède, c. 7, an. 675 : « Quotiescumque quilibet ex subditis corrigendus est, aut publica a sacerdote debet disciplina curari, aut si aliter rectoribus placet, duorum vel trium fratrum

(1) Il faut faire une réserve au cas où, la peine consistant à prendre l'état monastique, le condamné est tenu de participer aux travaux des moines de son monastère.

(2) Hinschius, *op. cit.*, IV, p. 816, note 1. Cet auteur se fonde uniquement sur le sens du mot « *ergastulum* ». Cet argument ne prouve pas assez ou il prouve trop. D'une part, *ergastulum* est employé comme synonyme de *carcer* et signifie simplement cachot ; d'autre part, il faudrait logiquement admettre la détention avec travail forcé chaque fois que les textes mentionnent l'*ergastulum*. Or M. Hinschius lui-même la restreint à la prison wisigothique. München, *op. cit.*, II, p. 112 : « die Zwangsarbeiten... werden nicht erwähnt. »

spiritualium testimonio peculiariter adhibito, et modus criminis agnoscat et *modus pœnitentiæ* irrogetur; ita tamen, ut si exsilio vel retrusione dignum eum esse qui deliquit, iudicium peculiare decreverit, *modus pœnitentiæ* quem coram tribus fratribus sacerdos transgressori indixerit, speciali debeat ejus, qui sententiam protulit, manus propriæ subscriptione notari, sicque fiet, ut nec transgressores sine testimonio excidia vitæ suæ incurrant, nec rectores accusatos se de quorumlibet interemptionibus erubescant (1). »

Concile d'Aix-la-Chapelle, an. 816 ou 817, c. 134 (2):
« ... sit locus intra claustra canonicorum, sicut in multis locis noscitur esse, quo ad tempus retrudantur et secundum modum culpæ castigentur. »

Il ne faut donc pas s'étonner de voir les décisions des conciles fixer, en même temps que la peine, le régime pénitentiel afférent: « septem diebus carceris, *abstracto vino* plectetur », « per integrum mensis spatium carceri mancipabitur et *tribus diebus in hebdomada panis et aquæ jejunió* affligendus... », « mulctetur unius mensis carcere absque remissione; *ter in hebdomada affligendus in pane et aqua* (3). »

4° Les frais occasionnés par l'entretien des condam-

(1) Labbe et Cossart, *op. cit.*, tome VI, col. 550.

(2) Labbe et Cossart, *op. cit.*, t. VII, col. 1400.

(3) Hinschius, *op. cit.*, V, 630, note 2; Synode de Salzbourg, de l'an 1569, constit. XXIX, cap. 3; constit. XLVI, cap. 4; constit. LVI, dans Hartzheim, *Concilia germaniæ*, t. VII, fol. 312, 351, 361, 362. (Coloniæ Augustæ Agrippinensium, 1767, 11 vol. in-fol.) Cpr. Bulletin de l'Union internationale de droit pénal, t. V, année 1896, p. 85-121.

nés et leur nourriture sont, en général, mis à leur charge. Tel est, au moins, le principe établi par l'Inquisition vis-à-vis des hérétiques emprisonnés. Leurs biens étaient confisqués et souvent vendus ; leur valeur devait, en partie, subvenir à leur entretien. A défaut de ressources, ils étaient nourris aux frais de l'évêque (1). La *Constitutio Papiensis* implique déjà, en 832, la reconnaissance de la même règle : l'entretien du condamné supporté par ses biens propres (2).

Nous devons au droit inquisitorial la connaissance de quelques détails concernant le personnel chargé de la surveillance des prisons et qui peuvent être vraisemblablement étendus au personnel des prisons épiscopales, en général. Il est probable que les évêques astreignaient les gardiens de leurs prisons à la prestation du serment exigé par la Clémentine 1 § 2 et 3, V, 3, des gardiens des prisons inquisitoriales «... : Antequam suum officium exsequantur, jurabunt ad sancta Dei Evangelia corporaliter a se tacta, quod in custodia immuratorum et aliorum pro crimine supradicto in sua custodia positorum et ponendorum *omnem*

(1) Hinschius, *op. cit.*, V. 468-471 et notes.

(2) Il s'agit dans le texte que nous allons rapporter, d'un diocèse où il n'y a pas de monastère pour recevoir les clercs condamnés à la réclusion par l'évêque : «... tunc præcipiat episcopus, ut illi tales habitent in illa plebe, unde sunt, et si res proprias habuerint, eligant sibi talem patronum qui de ipsis rebus victum et vestimentum eis ministrat. Ipsi.... in eodem loco ubi sibi constitutum est, suam poenitentiam jugiter agant. Quod si hoc non observaverint, in tali loco recludantur, ubi, velint nolint, in poenitentia vivant ». V. p. 112, note 1, *suprà*.

diligentiam et sollicitudinem, quam poterunt, fideliter adhibebunt (1) ».

Tels sont, brièvement indiqués, les traits les plus saillants de l'emprisonnement, en droit canon. Ils nous le représentent comme une peine moralisatrice et plus douce que les mutilations et les supplices corporels de l'ancien droit. Il serait exagéré cependant de conférer, d'une façon générale, à la prison ecclésiastique le brevet d'humanité que mérite la prison organisée par les lois françaises actuelles. Loin de vanter sa douceur et de comparer ses bienfaits aux supplices horribles du droit laïque, les auteurs la jugent extrêmement rigoureuse et trop dure.

Tiraqueau, en effet, la déclare : « *pœna omnium miserrima atque molestissima, ut quæ nobis rem auferat omnium contra gravissimam atque pretiosissimam, libertatem dico, rem inæstimabilem* » et rapporte l'opinion de Balde : « *non minus atrocem injuriam facere qui alterum in cacerem trudit, quam qui illum interimit (2)* » Emeric compare la prison perpétuelle à la mort : « *Hæc pœna perpetui carceris æquiparatur morti (3)* », dit-il, et Fagnan déclare qu'on ne pouvait vivre plus de 6 à 8 jours dans les prisons

(1) Les gardiens des prisons, dans notre ancien droit, sont astreints au même serment professionnel. Voir la déclaration du 11 juin 1724, rapportée par Muyart de Vouglans, *Instruction criminelle*, partie I, p. 256. Cfr. aussi la loi des 16-29 septembre 1791, titre XIV, art. 3, Duvergier, *Lois, Décrets et Ordonnances*, III, p. 346.

(2) Tiraqueau, *op. cit.*, causa XL1, nu. 2, t. I, fol. 159.

(3) Emeric, *op. cit.*, Comparatio I, de carcere, p. 90.

épiscopales de France (1). Il faut conclure de là que l'organisation des prisons, leur surveillance et l'entretien des prisonniers, étaient loin d'être réglés d'une façon parfaite.

56. — En opposition avec le droit canonique, conservant au prisonnier l'intégrité de son corps et, en principe, la vie, lui promettant la nourriture nécessaire à sa subsistance, le droit laïque persistait dans ses peines barbares et cruelles et refusait de suivre le droit canon en édictant, lui aussi, la peine de la prison. Julius Clarus, un des criminalistes les plus renommés du moyen-âge (2), atteste formellement que la prison n'est pas une peine en droit laïque (3), et Muyart de Vouglans, à la veille de la Révolution, nous montre encore la prison affectée, en règle générale, à la simple détention préventive (4).

(1) Fagnan, *Jus canonicum sive commentaria ad quinque libros Decretalium*. Commentaria ad lib. V. Decretalium, ad. cap. 27, tit. 36, t. III, fol. 358, nu. 9.

(2) 1525-1575.

(3) Julius Clarus, *Liber quintus sententiarum receptorum. Practica, criminalis*, quæstio LXX, nu. 4, fol. 244.

(4) Sur les cas où la prison tenait lieu de peine : commutation de la peine de mort en prison perpétuelle ; remplacement de la peine des galères et du bannissement perpétuel à l'égard des femmes, répression des injures commises par les gentilshommes ; et sur la contrainte par corps pour le paiement des dettes et des amendes, voir Muyart de Vouglans : *Institutes au droit criminel*, p. 134, 137, 286, 295 ; *Instruction criminelle*, I^{re} partie, p. 279, III^e partie, p. 65, 66, 67. Cfr. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. VI, p. 697 et suiv., sur les prisons du moyen-âge ; Desmaze, *les Pénalités anciennes*, p. 232, 1 vol. in 8°, Paris, Plon, 1866 ; Albéric Allard, *Histoire de la justice criminelle au XVI^e siècle*, p. 364 ; Huc, *op. cit.* p. 465. Lacombe, *Recueil de jurisprudence canonique, v^o Peines ecclésiastiques*, fol. 47. — Le régime de la détention pré-

Si le droit civil refuse à la prison le caractère de peine, si l'on ne trouve chez nos anciens criminalistes aucune proposition tendant à le lui conférer d'une façon générale et aucune critique du système pénal en vigueur, cela tient surtout à ce que la prison leur apparaissait comme un mode de faire pénitence et conséquemment comme une peine essentiellement ecclésiastique. Les idées de pénitence, de prison, de réclusion dans un monastère, sont indissolublement liées l'une à l'autre dans leur esprit. Le droit laïque, écartant le principe même de la pénitence, devait écarter de ses pénalités la prison, mode de l'accomplir (1).

Aussi ne faut-il pas s'étonner de voir encore Filangieri (2) n'admettre, parmi les réformes qu'il veut introduire dans la législation criminelle, la prison que

ventive du droit laïque était semblable à celui de la prison usitée comme peine, en droit canonique, régime du pain et de l'eau, etc. Les Ordonnances s'efforcèrent d'adoucir la rigueur de la détention préventive, Ordonnance du 26 août 1670, titre XIII, art. 1, 25, 28, Isambert, *op. cit.*, t. XVIII, p. 393, 396; Déclaration du 30 août 1780, Isambert, *op. cit.*, t. XXVI, p. 376-379. Cfr. Pastoret, *Des lois pénales*, t. p. 106, II, p. 109.

(1) Il ne faut pas chercher la raison du non-usage de la prison comme peine dans la nature de la peine laïque. La peine du droit canonique, comme celle du droit séculier, est une satisfaction à la vindicte publique. Contrin, Mazeau, *de l'influence du droit canonique sur la législation française*, p. 93; Dijon, 1888 (Darantière), brochure in-8°. M. Maury, *L'ancienne législation criminelle*, expose d'autres raisons qui contribuèrent à faire de la prison, dans l'ancien droit, un mode de détention préventive et non d'exécution de la peine, dans la *Revue des Deux-Mondes*, numéro du 1^{er} octobre 1877, t. XXIII, p. 610-611.

(2) Filangieri, *la Science de la législation*, t. II, p. 29-31, 3 vol. in-8°, Paris, 1840. (Traduction française.) (Filangieri, philosophe italien, 1752-1788.)

pour de légers délits et pour quatre mois au plus, et Beccaria (1) reprocher à l'emprisonnement son défaut de publicité et d'exemplarité.

Le droit intermédiaire innove donc en établissant la pénalité de l'emprisonnement, de la détention et de la gêne ou isolement cellulaire (2). Mais en devenant ainsi une institution du droit pénal séculier, l'emprisonnement se dépouille de son caractère pénitentiel et se sécularise. L'idée de la pénitence et de l'amendement vis-à-vis de Dieu disparaît pour faire place à l'idée de la régénération morale du condamné vis-à-vis de la société. La prison (emprisonnement et réclusion) n'est plus perpétuelle et infligée dans l'attente de la mort. Le régime pénitentiaire établi par le droit intermédiaire et le droit actuel est la preuve évidente de la transformation du caractère de la peine. Des principes nouveaux le régissent. Le travail est déclaré obligatoire pour le condamné, soit à l'emprisonnement, soit à la réclusion; il est loisible au détenu de se procurer quelques adoucissements sur le produit de son travail, le pain de douleur et l'eau d'angoisse ne sont plus les seuls moyens de subsistance que la loi lui accorde; le séjour en

(1) Beccaria, *Traité et des délits des peines*, traduit de l'italien par Morellet, p. 101-102; Paris, 1 vol. in-8°, 1797.

(2) Décret des 19-22 juillet 1791, Titre II, art. 1 à 6, dans Duvergier, *Lois, Décrets, Ordonnances et Règlements*, t. III, p. 137; décret des 25 septembre-6 octobre 1791, art. 6, 10, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 23, 26, Duvergier, *op.cit.*, III, p. 403; Code des délits et des peines, du 3 Brumaire an IV, art. 570, 578, 580; Duvergier, t. VIII, p. 318, 319. Arrêté du 28 Ventôse an IX, Cfr Desmaze, *Les pénalités anciennes*, p. 284 et ss. — Articles 21 et 40 du Code pénal.

prison ne consiste plus dans des mortifications continues, au mépris des exigences légitimes de la santé physique, et les locaux pénitentiaires doivent être organisés selon les règles de l'hygiène.

Il y a donc une différence profonde entre l'emprisonnement du droit canonique et celui du droit pénal moderne. Sans nier l'influence du droit canonique en notre matière, il y a une erreur évidente à conclure d'une façon absolue, comme M. Molimier, « que le système pénitentiaire de l'Église est sagement ordonné et à la hauteur des enseignements de la science moderne » et qu'il poursuit le même but que le système pénitentiaire actuel : l'amendement du coupable (4).

(1) Molinier, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, mis au courant par Vidal, I, p. 130-131.

QUATRIÈME PARTIE

DE L'APPLICATION DE LA PEINE AU DÉLIT

57. — Après avoir étudié le délit et la peine en eux-mêmes, il nous reste à examiner les principes qui régissent l'application de la peine au délit. Mettant aux prises le droit pénal canonique avec la réalité, avec le fait accompli, nous avons à montrer comment, une infraction ayant été commise, elle est réprimée.

En général, la peine est déterminée par la loi ou par le juge selon les pouvoirs que la loi lui confère et infligée au coupable par une sentence judiciaire : l'infliction de la peine se fait par un jugement. Le droit canonique offre une exception à cette règle, la seule que nous connaissions : il importe donc de distinguer dans cette législation le mode d'*infliction* du mode de *détermination* de la peine.

La peine canonique peut frapper le coupable *de plein droit* ou en vertu d'un *jugement*. La doctrine distingue, en conséquence, les peines « *latæ sententiæ* », vis-à-vis desquelles la loi tient lieu de sentence

prononcée, et les peines « *ferendæ sententiæ* », de sentence à prononcer (1).

La peine « *latæ sententiæ* » apparaît comme une aggravation de sévérité (2). C'est une menace permanente qui se réalise par le fait même de l'accomplissement de l'acte incriminé :

c. 2, X, III, 23 : « *Si quis autem contra promissa de cetero venire presumpserit, ab administratione spiritualium et temporalium NOVERIT SE SUSPENSUM.* »

c. 2, X, III, 28 : « *Quicumque autem hujus edicti contradictor, convulsor ac temerator extiterit, gladio anathematis SUBJACEAT.* »

La peine *latæ sententiæ* se reconnaît à la manière dont elle est formulée par la loi. Souvent la loi emploie à cet effet les expressions *ipso jure*, *ipso facto* et, d'une manière générale, ses termes excluent la nécessité de l'intervention judiciaire (3).

(1) Huguenin, *op. cit.*, II, p. 242; Icard, *op. cit.*, III, p. 210-212; Vering, *Lehrbuch des Râtholischen... Kirchenrechts*, p. 714. D'après Hinschius, *op. cit.*, V, p. 133, note 9, non-seulement les peines qui sont généralement désignées sous le nom de censures (excommunication, interdit, suspension), mais encore les « *pœnæ vindicativæ* » sont tributaires de cette distinction, dont l'origine remonte à la fin du viii^e siècle; cfr. Hinschius, *op. cit.*, V, p. 130-140, 646-665.

(2) Gibert, *op. cit.*, Règle VII, p. 62 : « La censure de sentence à prononcer a pour matière des péchés moindres que ceux qui sont la matière propre de la censure de sentence prononcée ». Cfr. la règle V, p. 60, qui exige la consommation de l'action visée par la peine « *latæ sententiæ* ». Sinon, elle n'est pas punie de plein droit.

(3) Cfr. Gibert, *op. cit.*, p. 19-24. Voici, comme élément de comparaison, un texte prononçant une peine *ferendæ sententiæ* : c. 2, X, V, 3 : « *Qui alium in Ecclesia ordinatum, per pecuniam expulerit, canque sibi taliter vendicaverit, omnimodo deponatur.* » Cpr. c. 2, VI^o, V, 2 ; sur la durée des peines *latæ sententiæ*, Gibert, *op. cit.*, règle IX, p. 101.

La peine *latæ sententiæ* est déterminée et infligée par la loi. Elle est « *lata a jure, non ab homine* (1) ». L'infliction légale de la peine implique sa détermination légale.

Il faut, pour que la peine *latæ sententiæ* frappe le coupable au for extérieur, que le délit soit susceptible d'être prouvé. Sinon, c'est-à-dire au cas de délit occulte, le coupable n'est puni que *pro foro interno* (2).

Les peines de plein droit, atteignant le délinquant indépendamment de toute condamnation judiciaire, sont inconnues tant de notre ancienne législation pénale que de notre droit actuel. Il nous suffit d'avoir signalé ici leur existence en droit canonique (3).

58. — Les peines *ferendæ sententiæ*, les seules dont nous devons nous occuper, supposent l'intervention du juge. L'office du juge peut consister, soit dans l'infliction de la peine déterminée d'avance par le droit, soit dans l'infliction d'une peine déterminée par le juge lui-même, eu égard aux circonstances de

(1) On dit souvent, au cas de peine *latæ sententiæ*, que le coupable est frappé « *sententia canonis* », par opposition à la peine infligée « *sententia judicis* ». c. 1, VI^o, l. 17; c. 22, VI^o, V, 11. Hinschius, *op. cit.*, V, p. 132. Cpr. : Icard, *op. cit.*, III, p. 209, 210; Huguenin, *op. cit.*, II, p. 241-242.

(2) Stremmer, *Traité des peines ecclésiastiques*, p. 67 et suiv.; Icard, *op. cit.*, III, p. 212; Tilloy, *Traité théorique et pratique de droit canonique*, II, p. 271.

(3) Aussi négligeons-nous l'examen de la controverse relative à la nécessité d'une *sententia declaratoria* pour obliger le coupable à se soumettre à certaines peines *latæ sententiæ*. Cfr. Hinschius, *op. cit.*, V, p. 652 et notes. — C'était du reste une maxime, dans notre ancien droit, que : « *toutes peines requièrent déclaration* ». Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel*, partie VIII, p. 281.

la cause. Deux principes régissent l'application de la peine au délit en droit canon :

1° La peine est déterminée d'après la qualité du délit :

« *Indubitatum est, penes Ecclesiam semper fuisse auctoritatem imponendi pœnas sive pœnitentias pro QUALITATE CRIMINUM et conditione pœnitentium* (1). »

2° Cette détermination est opérée par le juge, eu égard aux circonstances de la cause.

« *Cum crimina sint secundum proportionis mensuram punienda, dit Covarruvias, et hæc varie contingat ratione loci, temporis, personæ et quantitatis: nec a lege certum quid statui possit, quin judicis recti et prudentis arbitrio multa relinquatur: constat plane, judicem posse proprio judicio et sententia legis pœnam vel augere, vel minuere, etiamsi lex certam pœnam statuerit* (2). »

Deux questions doivent donc être examinées: 1° l'appréciation des circonstances du délit, de la « *qualitas criminis* » ; 2° ses conséquences au point de vue de la détermination de la peine.

(1) Van Espen, *Jus ecclesiasticum universum*, de Pœnis ecclesiasticis et censuris, t. II, fol. 360, § I.

(2) Covarruvias, *Opera omnia*, lib. IX, cap. 9, de Pœnis modoque carum, n. 8, t. II, fol. 157.

CHAPITRE PREMIER

L'APPRÉCIATION DES CIRCONSTANCES DU DÉLIT

59. — L'élément moral et l'élément matériel du délit ne se rencontrent pas dans un délit déterminé, dans le vol par exemple, toujours avec le même caractère et avec un degré de force constant (1). De même tous les délits du même genre ne troublent pas au même degré l'ordre social.

Il importe donc d'avoir égard dans l'infliction de la peine, non-seulement à la culpabilité impliquée par le délit, à celle d'un voleur, d'un meurtrier en général, mais encore à la culpabilité spéciale du voleur, du meurtrier traduit en justice, étant donnés les faits particuliers de la cause : « Cavendum est, dit Cicéron, ne major poena quam culpa sit (2). »

Le droit romain avait déjà posé le principe que les

(1) Cfr. *suprà*, p. 50-51.

(2) Cicéron, *de Officiis*, I, 25.

délits « *consideranda sunt causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate et eventu* » (1). Le droit canonique professe la même doctrine, attestée par la réception dans le Décret de Gratien, du principe romain (2). En subordonnant l'existence du délit à celle de l'intention criminelle, le droit canon doit aussi tenir compte des événements qui peuvent l'affecter (3).

A toutes les époques, le droit canon s'est efforcé de prendre en considération les circonstances du délit (4). Il n'en présente pourtant pas la théorie scientifique. Pour juger des développements qu'elle a pris et de son importance, il faut pénétrer sur le terrain de la théologie morale qui nous la fournit. La confusion, jusqu'au XII^e siècle, du for externe et du for interne (5); l'infliction d'une même peine, la pénitence, au for pénitentiel et au for externe (6), nous autorisent à faire cette incursion.

(1) Fr. 16 § 1, *Dig.* XLVIII, 19.

(2) c. 19 § 1, D. III, *de Pœnitentia*; cfr. d'autres textes empruntés au droit romain: c. 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, *cad. dist.*

(3) c. 10, C. XV, q. 1. Cpr. Proal; *Le crime et la peine*, p. 369. Paris, 1892, 1 vol. in-8°, c. 4, C. XIV, q. 6. — Von Bar observe avec raison que l'on doit à l'Église une meilleure appréciation de l'élément subjectif du délit et de la faute, *op. cit.*, 1, p. 73, 86.

(4) c. 6, X, V, 12; c. 3, X, V, 38, décrétales d'Alexandre III; München, *das kanonische Strafverfahren und Strafrecht*, 1, p. 94.

(5) Van Espen, *op. cit.*, t. II, fol. 369, § II-VI. La présence de textes ayant trait à la théologie morale, dans le recueil de Gratien, est la preuve évidente de cette confusion: c. 1, 2, 3, 4, 5, D. I, *de Pœnitentia*; c. 36, 37, 38, *cad. dist.* Les textes, empruntés à l'Écriture ou aux Pères de l'Église, ne doivent pas être regardés comme ayant une valeur juridique absolue.

(6) Hinschius, *op. cit.*, V, p. 113, note 2, déclare à propos du c. 8, X, V, 38: « da diese stelle nicht blos auf die in Folge der Beichte auferlegte Busse bezogen werden kann ». (Décrétale d'Innocent III, de l'an 1201.)

Tout en distinguant soigneusement le délit du péché, le droit canonique de la théologie, on ne peut méconnaître la grande affinité de ces deux sciences, tributaires l'une et l'autre de la morale et longtemps confondues. L'appréciation du péché, en effet, se pose au for intérieur dans les mêmes conditions que celle du délit au for extérieur. Ici comme là, il faut déterminer le degré de culpabilité du pécheur ou du délinquant, le degré de gravité de l'infraction, à la fois souvent péché et délit. Il est donc naturel que les mêmes règles soient observées dans les deux fors. Les opinions des théologiens sont invoquées par les canonistes et par les criminalistes du droit laïque. Nous avons ici la preuve manifeste de l'influence de la théologie sur la formation de la théorie juridique des circonstances du délit, soit du droit canon, soit du droit séculier (1).

(1) Ainsi les criminalistes du moyen-âge écrivent indifféremment *peccatum*, *delictum*, *crimen* et appuient leurs opinions sur des citations empruntées aux casuistes et prodiguées avec une profusion toute scolastique. Julius Clarus se fonde sur l'avis du jésuite Mariana et le c. 3, X, V, 18, pour justifier le vol « *necessitate* » : « Quandoque etiam excusatur quis a pœna furti propter necessitatem, nam tempore extremæ necessitatis licitum est furari et est communis opinio, ut dicit Mariana in c. si quis propter... » (Clarus, *op. cit.*, lib. V, *sententiarum*, § furtum, nu. 24, fol. 25) ; Tiraqueau, *op. cit.*, causa XXXIII, n° 4, t. I, fol. 139, 140. Tiraqueau étudie la folie d'après les théologiens, causa II, nu. 3, t. I, fol. 11, et résoud d'après eux, la situation, au point de vue pénal, du *furiosus sua culpa*, causa II nu. 5, *loc. cit.* Voir encore Tiraqueau, sur la récidive, causa X, nu. 7, t. I, fol. 36 ; sur le *dormiens*, causa V, nu. 9 et 10, t. I, fol. 20, 21 ; sur la « *multitudo delinquentium* », causa XLVII, nu. 11, t. I, fol. 196. — Mais les criminalistes laïques ont parfois aussi battu en brèche les opinions des Théologiens (Clarus, lib. V, *Sententiarum*, § Homicidium, nu. 50, fol. 41 ; Tiraqueau, *op. cit.*, Causa XIII, n° 13, t. I, fol. 51). — Voir aussi un exemple de l'alliance de la théologie et du droit pénal

Se restreindre aux textes juridiques et aux écrits des canonistes serait donc se condamner à n'avoir que des idées incomplètes et par conséquent inexactes sur la matière.

Il importe de donner quelques détails sur la notion de la circonstance et les classifications des circonstances en théologie avant d'aborder le droit canonique.

60. — La théorie théologique des circonstances des actes humains fait partie d'une des théories les plus importantes de la théologie morale, celle du volontaire et de l'involontaire. Elle est exposée par saint Thomas d'Aquin dans sa célèbre *Somme théologique*. Les traités des scolastiques relatifs à l'étude des cas de conscience et les ouvrages concernant l'administration de la Pénitence exposent aussi les éléments de cette théorie (1).

Les circonstances sont définies par saint Thomas comme étant « les accidents individuels des actes humains ». *Circumstantiæ sunt accidentia individualia humanorum actuum* (2).

L'acte humain est de sa nature volontaire. Accidentellement, toutefois, il peut être involontaire. D'après saint Thomas, la violence et la crainte peuvent le

dans le *Mirror of justices*, d'André Hornes, qui adopte la classification théologique des péchés mortels et véniels : Tissot, *Le droit pénal étudié dans ses principes*, I, p. 376 et ss. ; Glasson, *Histoire du droit et des institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre*, III, p. 585, 594.

(1) Saint Thomas, *Summa totius Theologiæ*, Prima pars secundæ partis, notamment, questiones VI, VII, t. I, p. 23, 30. — De Moya, *Questiones selectæ in principibus Theologiæ moralibus tractatibus, disputatio tertia de circumstantiis peccatorum*. — Cfr. Réginald, *Praxis*, lib. XIV, cap. 2, nu. 7, 8, t. I, fol. 719.

(2) Saint Thomas, *op. cit.*, qu. VII, art. 1, t. I, p. 28.

rendre involontaire (1). Le libre arbitre, qui préside à l'accomplissement de l'acte humain, peut exister avec des degrés divers et parfois aussi faire défaut. Pour juger de la bonté ou de la malice de l'acte, la théologie doit considérer les accidents, les circonstances qui l'accompagnent (2).

61. — Les différentes circonstances sont groupées par saint Thomas sous les questions suivantes : *Quis, quid, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando, circa quod* (3). Les traités de théologie morale et les ouvrages destinés aux confesseurs consacrent des développements spéciaux à l'étude de chacune de ces questions et des circonstances correspondantes. Ainsi, à propos de la question ou circonstance générique *quis*, ils examinent les différentes particularités tenant à la personne du pécheur, son âge, son sexe, sa condition sociale, la crainte, l'ignorance dont il peut avoir été le jouet, la maladie sous l'empire de laquelle il a pu pécher (*infirmetas*), la criminalité de ses intentions (*malitia*) (4).

S'il est possible de déterminer les différents genres des circonstances, l'infinie variété des espèces empêche de dresser une liste limitative de toutes les circons-

(1) Saint Thomas, *op. cit.*, quæst. VI, art. 5, 6, t. I, p. 25-26.

(2) Réginald, *Praxis*, lib. XIV, cap. 2, nu. 13, t. I, fol. 721; Gibert, *Usages de l'Église gallicane*, p. 63, règle IX.

(3) Saint Thomas, *op. cit.*, Ia Secundæ, qu. VII, art. 3, t. I, p. 29; cfr. c. 19 § 1, D. III, de *Pœnitentia*, p. 152 supra, note 2.

(4) Réginald, *Praxis*, lib. XIV, cap. 2, nu. 9 et ss, t. I, fol. 720; sur l'ignorance et l'âge, lib. XIV, cap. 2, nu. 29, t. I, fol. 725. — Cfr. Gibert, *op. cit.*, p. 65, règle XI.

tances qui peuvent affecter, soit le péché, soit le délit. Les casuistes ne l'ont point tenté et les textes de droit se bornent à énumérer les principales circonstances et à poser d'une façon générale le principe de l'appréciation des circonstances :

c. 6, X, V, 12: «... In excessibus singulorum, non solum *quantitas* et *qualitas* delicti, sed *etas*, *scientia* et *sexus* atque *conditio delinquentis* sunt attendenda, et non solum secundum prædicta, sed secundum *locum et tempus*, quo delictum committitur, unicuique pœnitentia debet indici.... »

c. 8, X, V, 38: «... Ceterum quum pœnitentia non tam secundum *quantitatem excessus*, quam *pœnitentis contritionem* per discreti sacerdotis arbitrium sit moderanda, pensata *qualitate personæ* super fornicatione, adulterio, homicidio, perjurio et aliis criminibus, *CONSIDERATIS CIRCUMSTANTIBUS OMNIBUS*, et *præsertim novitate Livoniensi Ecclesiæ*, competentem pœnitentiam delinquentibus imponatis.... »

Un manuscrit publié en 1892 par l'historien américain Lea et dont l'*incipit* est libellé de la façon suivante : « Incipiunt formæ Romanæ curiæ compositæ a magistro Thomasio bonæ memoriæ presbitero Cardinali. Super casibus pœnitentiæ », contient des clauses de style insérées dans les décisions de la *Pénitencerie papale* touchant l'appréciation des circonstances (1). On rencontre souvent, en effet, les formules : *qui de facto et facti circumstantiis potest habere notitiam* (2),

(1) H. C. Lea, *A Formulary of the Papal Penitentiary in the thirteenth century*, Philadelphia, 1892, 1 vol. in-8°.

(2) Lea, *op. cit.*, p. 28, 35, 36, 37, 38, 139, 143, 145.

quia de facto, etc (1), *quatenus consideratis circumstantiis universis eo moderamine* (2), et d'autres du même genre dont les termes sont aussi compréhensifs que possible (3).

Du reste, les circonstances, dont les textes juridiques prescrivent l'appréciation, visent, non-seulement le délit proprement dit, mais aussi la *causa*, c'est-à-dire l'affaire portée devant la justice : « *Pro delicti qualitate et causæ, secundum tuum arbitrium punire procures* », dit le c. 4, X, I, 29. Il en est ainsi, par exemple, de l'aveu (Tiraqueau, *op.cit.*, Causa XXX, t.I, fol. 117-121), du repentir, considéré avec exagération comme une excuse absolutoire (Tiraqueau, *op. cit.*, Causa XXVIII, t. I, fol. 111-113) (4).

62. — Les théologiens ont établi diverses classifications des circonstances. Nous en signalerons deux.

On trouve, chez les casuistes, l'origine de la distinction des circonstances en circonstances aggravantes et atténuantes que consacre encore notre Code pénal (5). Le P. Réginald, auteur d'un ouvrage touchant l'administration de la Pénitence, classe, en effet, les circonstances en circonstances *minuentes* et circonstances *augentes liberum arbitrium aut pecca-*

(1) Lea, *op. cit.*, p. 54, 55.

(2) Lea, *op. cit.*, p. 24.

(3) Lea, *op. cit.*, p. 33, 126, 164.

(4) c. 11, VI*, V, 2. Hinschius, *op. cit.*, V, p. 488, note 1. Farinacius, lib. V, *pars 1 fragmentorum criminalium* v° Clericus, nu. 358 et sa.; cfr. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, VI, p. 641.

(5) Cfr. notamment, art. 381 et 463 du Code pénal.

tum (1). Diminuent, par exemple, le libre arbitre et par suite le péché, la crainte, la maladie (2). Il y a des circonstances qui diminuent le péché sans atteindre le libre arbitre : la bonne fin du péché (3). La mauvaise foi (*malitia*) ou le dol, la préméditation augmentent, au contraire, la gravité du péché (4).

Les casuistes distinguent aussi les circonstances selon qu'elles ont pour effet de *non mutare* ou *mutare speciem peccati*, selon que le péché, affecté par elles, reste ou non le même. Ainsi la quantité de la chose volée, quelle qu'elle soit, ne change pas l'espèce du péché, qui est toujours un vol. Il en est autrement du vol d'objets sacrés ou commis dans une église : il devient par là un sacrilège. Il y a *mutatio speciei* quand le péché est contraire à plusieurs préceptes de la loi morale ou divine ; quand il ne viole qu'un précepte, le péché reste de la même espèce. Dans l'exemple précédent, il y a violation du précepte qui défend de voler et de celui qui commande le respect des choses

(1) Réginald, *Praxis fori pœnitentialis ad directionem confessorii in usu sui sacri muneris*, lib. XIV, cap. 3, nu. 15, t. I, fol. 721-722. Il y a aussi des circonstances qui excusent du péché et le justifient, cfr. *suprà*, p. 38-43.

(2) Réginald, *op. cit.*, lib. XIV, cap. 5, nu. 50, t. I, fol. 625.

(3) Réginald, *op. cit.*, lib. XIV, cap. 5, nu. 47, t. I, fol. 624.

(4) On distingue aussi les circonstances *minuentes in finitum et in infinitum*, et les circonstances *augentes in finitum et in infinitum*, selon qu'elles laissent au péché sa qualité de péché véniel ou mortel, l'aggravant ou l'atténuant *in finitum* ; qu'elles le font dégénérer de péché mortel en péché véniel ou l'aggravent en le rendant mortel, de véniel qu'il était, considéré en lui-même. Cette subdivision n'a d'intérêt qu'en théologie : la confession des péchés mortels est seule exigée, (*Concile de Trente*, Session XIV, c. 5, *de Reformatione*, Longeas, *Summa Conciliorum*, fol. 660

et des lieux consacrés à Dieu (1) : telle est la circonstance qui détermine la transformation du vol en sacrilège.

63. — Il nous reste à étudier les circonstances du délit d'après les textes juridiques, à signaler les principales applications de la théorie théologique des circonstances et les formes qu'elles revêtent.

Les circonstances du délit sont nettement mises en relief dans les Pénitentiels, qui s'ingénient à prévoir les diverses circonstances dans lesquelles les infractions peuvent être commises et les conséquences qu'elles entraînent relativement à l'application de la peine. Les Pénitentiels appartiennent à une période où la distinction du for intérieur et du for extérieur n'existait pas encore. Ils sont contemporains des lois germaniques, dont précisément la caractéristique est la prévision excessive des nuances dont le délit est susceptible, et sont le reflet des mêmes idées (2).

(1) Réginald, *op. cit.*, lib. XIV, cap. 3, nu. 17, 18, t. I, fol. 722. Le concile de Trente soumet à la nécessité de la confession les circonstances *mutantes speciem peccati*. (Session XIV de Reformatione, c. 5. Longeas, *op. cit.*, fol. 659-660. Il y a, au contraire, controverse pour les circonstances *non mutantes speciem*, que le texte précité ne vise pas expressément. Cfr. Réginald, *op. cit.*, lib. VI, cap. 4, nu. 126 et suiv., t. I, fol. 302. Pascal, X^e Provinciale, *Œuvres complètes*, t. I, p. 99. Sarpi, *Histoire du Concile de Trente*, traduct. Le Courayer, t. II, p. 85, 88, 3 vol. in-4°, Amsterdam, 1751. De Moya, *questiones selectæ in præcipuis Theologiæ moralis tractatibus*, Disputatio III^a, de Circumstantiis peccatorum, p. 153.

(2) Sur l'évolution de la théorie des circonstances, Tissot, *op. cit.*, I, p. 73 ; II, p. 831, 888. — Thonissen, *Histoire du droit criminel des peuples anciens*, I, p. 12, 58. Lasserre, *Étude sur les cas de non-culpabilité et d'excuse en matière pénale*, p. 160 et ss. ; Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, III, p. 544. — Pour le droit germanique, voir Wilda, *das Strafrecht der Germanen*, notamment p. 573, 644, 648, 649, 652, 699, 700, 701.

Toutefois leur esprit est différent. Tandis que les législations franque et germanique s'attachent surtout à l'analyse de l'élément matériel du délit, les Pénitentiels se préoccupent de fixer le rôle de l'élément intentionnel aussi exactement que possible (1). Mais ils ne contiennent aucune généralisation théorique, aucune classification des circonstances.

Citons quelques canons pénitentiels, pour donner une idée de la physionomie générale des Pénitentiels :

c. 5, lib. IV, du *Pénitentiel d'Halitgaire* : « Si qua femina, furore zeli accensa, flagellis vulneraverit ancillam suam, ita ut infra diem animam cruciatu effundat, et quod incertum sit, *voluntate* an *casu* occiderit. Si voluntate, post septem annos ; si casu, post quinquennii tempora, ac legitima pœnitentia a communione placuit abstineri. Quod si intra tempora constituta fuerit infirmata, accipiat communionem (2). »

c. 13 du *Pénitentiel de Bède* (3) : « Qui occiderit

(1) Cfr. c. 4, C. XIV, q. 6. — Les Pénitentiels fixent parfois, comme les lois barbares, des tarifs de compositions pécuniaires : Voir, parmi les *canones hibernenses* rapportés par Wasserscheleben, *die Bussordnungen der abendländischen Kirche*, les. c. 1, 3, 4, p. 140-141.

(2) Canisius, *Thesaurus monumentorum ecclesiasticorum et historicorum sive lectiones antiquæ*, t. II, pars II, vol. 3, fol. 110. Cfr. art. 309 et *rs.* du Code pénal.

(3) Bède, *de remediis peccatorum*, dans Migne, *Patrologie latine* t. XCIV, col. 570-571 ; rapporté par Wilda, *das Strafrecht der Germanen*, p. 180, note 1. L'influence germanique est évidente dans ce texte ; il punit l'homicide casuel aussi bien que celui commis *in bello publico* et envisage la pénitence comme un moyen, non-seulement d'expier le délit, mais de le réparer. Cpr. Frank, *die casuelle Tötung in den Volksrechten*, notamment p. 11-21 ; dissertatio inau-

laicum odii meditatione vel possidendi hereditatem ejus, quatuor annos pœniteat; qui pro vindicta fratris hominem occiderit, unum annum pœniteat, et sequentibus duobus annis tres quadragesimas ac legitimas ferias; qui per iram et rixam subitam hominem occiderit, tres annos aut quatuor pœniteat; qui casu, unum annum pœnitat, qui in bello publico, X dies pœniteat ».

Avec la désuétude des pénitentiels, les circonstances du délit et leurs conséquences pénales ne sont plus déterminées d'avance d'une façon légale; elles sont appréciées par le juge dans chaque affaire qui lui est soumise. Les monuments juridiques, les diverses collections du *Corpus juris canonici*, nous montrent les papes, répondant par leurs décrétales aux consultations des évêques touchant l'appréciation des circonstances d'une affaire à juger et la détermination de leurs conséquences pénales. Ils nous transmettent aussi des textes empruntés aux œuvres des Pères de l'Église (1). Mais les règles qu'ils contiennent, d'un caractère surtout doctrinal, sont loin d'avoir la portée et la valeur juridiques des décisions papales, véritables rescrits semblables à ceux adressés par les

guratis, Berlin, 1890. La doctrine canonique postérieure est que l'homicide casuel n'est puni qu'en cas de faute : « Homicidium casuale non imputatur ei qui dedit operam rei licite nec fuit in culpa. » c. 47, D. L; c. 6, C. XV, q. 1; sommaire du c. 13, X, V, 12; c. 7, 8, 9, 12, 14, 22, 23, X, V, 12. Concile de Trente, Sess. XIV, cap. 7, de Reformatione, Longeas, *Summa Conciliorum*, fol. 666. — Sur la pénitence comme mode de réparation d'une injure faite à Dieu sans intention de la commettre, c. 28, D. II, De consecratione,

(1) c. 1, D. V, de Pœnitentia.

empereurs romains aux juges et aux magistrats impériaux à l'occasion d'un litige déterminé. Elles sont l'expression vivante de la pratique, la « *viva vox juris canonici* ».

Nous allons donner quelques exemples des circonstances atténuantes ou aggravantes admises en droit canon (1).

I. Diminuent l'imputabilité et par suite la peine :

1° *L'ivresse*. c. 9, C. XV, q. 1 : « Inebriaverunt Loth filie ejus et se nescienti miscuerunt. Quapropter culpandus est quidem, non tamen quantum ille incestus, sed quantum illa meretur *ebrietas* ». (Saint Augustin, *Contra Faustum*, lib. XXII, cap. 44) (2). Et Réginald justifie cette solution : « Ita esse peccatum ut non excedat malitiam causæ in qua sola fuerit volitum (3). »

2° La *contrainte* et la *crainte* :

c. 5, X, I, 40 (Décrétale adressée par Innocent III à l'archevêque de Drontheim, 1200 ?) :

(1) L'expression « *circumstantiæ aggravantes* » se rencontre fréquemment dans les écrits des casuistes et des canonistes. Mais on n'y trouve pas celle de « *circumstantiæ attenuantes* ». Les auteurs disent *circumstantiæ minuentes peccatum*. La *Summa aurea* d'Hostiensis exprime aussi leur effet en employant l'expression « *extenuant delictum* », Hostiensis, *Summa Aurea*, fol. 400, nu. 11. — Cfr. sur les circonstances atténuantes et aggravantes en droit canon, Labroquère, *De l'influence du droit canonique sur la législation criminelle*, p. 39, 40. (Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de Bastia, le 3 novembre 1877, dont nous devons un exemplaire à l'obligeance de l'auteur. Qu'il accepte ici tous nos remerciements.)

(2) Saint Augustin, *Opera*, t. VIII, fol. 386, de l'édition des Bénédictins de Saint-Maur.

(3) Réginald, *op. cit.*, lib. XI, cap. 1, n° 9, t. I, fol. 615; Hinschius, *op. cit.*, V, p. 921.

«.. In primo casu (per *coactionem* adstrictus) talem non credimus excommunicatione teneri, cum magis pati quam agere convincatur. In secundo (per *metum* inductus), licet *metus attenuet* culpam, quia tamen non eam prorsus excludit, cum pro nullo metu debet quis mortale peccatum incurrere, excommunicationis labe credimus inquinari (1). »

c. 110, C. XI, q. 3 : « Sanctis quippe canonibus cautum constat, ut quicumque excommunicatis communicaverit excommunicetur. Ipsius tamen pœnitentiæ atque absolutionis modos eo moderamine decernimus, ut quicumque seu *ignorantia*, seu *timore*, seu *necessitate negotii cujusquam maximi et maxime necessari* eorum se convictu, oratione, salutatione, osculove contaminaverint, cum minoris pœnitentiæ medicina societatis nostræ participium sortiantur. Eos vero, qui aut *spontanee*, aut *negligenter* inciderint, sub ea volumus disciplinæ coercionem suscipi, ut ceteris metus incutiatur (2). »

3^o *La multitude des délinquants* : c. 4, X, V, 27 : «... Fraternalitati tuæ per Apostolica Scripta præcipiendo mandamus, quatenus, rei veritate diligentius inquisita, *si XL solummodo vel pauciores in his deliquisse constiterit*, omnes in perpetuum ab officio sacerdotali deponas, si vero *multitudinem magnam in*

(1) Cfr. *Décrétales de Grégoire IX*, lib. 1, tit. 40, *de his quæ vi metusve causa fiunt*, et le sommaire du c. 6, *hoc titul.*, qui adopte la doctrine romaine : « *Metum passo non subvenitur, si non fuit talis qui cadere potuit in constantem virum.* » Sur la fréquentation des excommuniés par crainte, nécessité, etc, Hinschius, *op. cit.*, V, p. 5, 6.

(2) c. 102, C. XI, q. 3.

hoc peccasse cognoveris, eos, quos magis causam delicti esse constiterit, perpetua depositione condemnas, et alios, qui non tantum deliquerunt, ab officio ad tempus suspendas, et omnibus pœnitentiam secundum discretionem tibi a Deo datam injungas. »

4° *L'âge*. L'âge est une cause d'irresponsabilité au for externe c'est-à-dire à l'égard du délit, jusqu'à 7 ans, mais non à l'égard du péché, au for interne (1). Il constitue une circonstance atténuante du délit jusqu'à 14 ans et même jusqu'à 20 ans (2).

c. 1, X, V, 23 : « Pueris grandiusculis peccatum (3) nolunt attribuere quidam, nisi ab annis XIV, quum pubescere cœperint. Quod merito crederemus, si nulla essent peccata, nisi quæ membris genitalibus admittuntur. Quis non audeat affirmare, furta, mendacia et perjuria non esse peccata? At his plena est puerilis ætas; *quamvis in eis non ita, ut in majoribus, punienda videantur* (4). »

(1) Réginald, *Praxis fori pœnitentialis*, lib. IV, cap. 1, n° 1, t. I, fol. 165-166.

(2) Réginald, *op. cit.*, lib. VI, cap. 2, n° 50, t. I, fol. 286 : « Non esse pœna legis usitata puniendos, sed arbitrio iudicis. »

(3) *Peccatum* est synonyme de *delictum* dans ce texte ; ce chapitre est en effet placé sous la rubrique « de delictis puerorum ».

(4) Cpr. le c. 2, *hoc titulo*, qui semble être en contradiction avec le cap. 1 : « In pueris relinqui solet inultum quod in aliis provecioris ætatis humanæ leges dicunt severius corrigendum. » Mais le sommaire est conforme à l'esprit du cap. 1 : « Puer non debet ita severe puniri, sicut major », et le cap. 2 doit s'entendre, ou des enfants âgés de moins de sept ans, ou être considéré comme abrogé par le cap. 1, qui lui est postérieur en date. — Voir d'autres exemples de circonstances atténuantes dans les c. 1, 2, 3, 4, 14, 23, X, V, 39. — Cfr. München, *das kanonische Strafverfahren und Strafrecht*, I, p. 95 ; Du Boys, *Histoire du droit criminel de la France*, I, p. 86-91, 2 vol. in-8°, Paris, 1874.

II. Parmi les circonstances qui aggravent la culpabilité et la peine, mentionnons :

1° La *récidive*. Elle témoigne d'une intention criminelle persistante et anormale. M. Katz a soutenu que la récidive n'est pas en droit canon une cause d'aggravation de la culpabilité ou de la peine (1), mais son opinion, restée isolée, est formellement contredite par les textes. Malgré l'assertion contraire de M. Katz, la remise du récidiviste ou du relaps au pouvoir séculier est une véritable aggravation de la peine (3). L'Église, impuissante à le punir, en donne le mandat au pouvoir civil.

c. 10, X, II, 1 : «... A Nobis itaque fuit ex parte Tua quæsitum, utrum liceat regi vel alicui sæculari personæ judicare clericos cujuscunque ordinis, sive in furto, sive in homicidio, vel perjurio, seu quibuscunque fuerint criminibus deprehensi. Consultationi Tue taliter respondemus, quod, si clericus *in quocunque* ordine constitutus in furto, vel homicidio, vel perjurio, seu alio mortali crimine fuerit deprehensus legitime atque convictus, *ab ecclesiastico judice deponendus est. Qui si depositus incorrigibilis fuerit, excommunicari debet, deinde contumacia crescente anathematis mucrone feriri. Postmodum vero, si in profundum malorum veniens contempserit, quum Ecclesia non habet ultra quid faciat, ne possit esse ultra perditio plurimorum, per sæcularem comprimendus est*

(1) Katz, *Ein Grundriss des kanonischen Strafrechts*, p. 55. Contra Hinschius, *das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten*, V, p. 949, notes 2 et 3 ; p. 948, 949, 950, et les notes. sur la récidive en général. Mayer, *Geschichte der Strafrechte*, p. 300, 301.

potestatem, ita quod ei deputetur exsilium, vel alia legitima pœna inferatur (1). »

Il ne faut pas confondre la récidive, qui suppose essentiellement une condamnation antérieure au second délit, avec le concours de délits. Le concours de délits est régi en droit canon par la règle déjà admise en droit romain : *quot delicta, tot pœnæ* (2) : « *Ea, quæ frequenti prævaricatione iterantur, frequent sententia condemnantur* (3). »

2° La *préméditation* (4). Ainsi l'homicide *sponte, vel odio, vel possidende hereditatis causa*, est plus sévèrement réprimé que l'homicide *pro vindicta parentum, pro vindicta fratris, per iram subitam aut rixam, jussu domini, casu* (5).

3° Le caractère sacré de l'objet du délit ou du lieu où il est commis.

(1) Le droit canonique, comme le droit français, n'exige pas, pour qu'il y ait récidive, un délit de même espèce que celui qui a motivé la première condamnation. Cfr. art. 56, 57, 58, C. pénal. Voir encore sur la récidive en droit canonique. c. 2, C. XV, q. 8; c. 43, C. XXIII, q. 5; c. 9, X, V, 7; c. 2, X, V, 34; c. 4, VI, V, 2. Le c. 29, C. XXIII, q. 4, vise l'application de la règle *Non bis in idem*, il n'a pas trait à la récidive. — Au for intérieur, la récidive est également une cause d'aggravation de la peine, Réginald, *Praxis*, lib. XIV, cap. 7., n° 52, t. 1, fol. 730, mais elle n'est pas une cause de refus péremptoire d'absolution, Réginald, *op. cit.*, lib. II, cap. 8, n° 102-104, t. 1, fol. 112, 113.

(2) fr. 2, *Dig.* XLVII, 1; c. 9, au code, IX, 2.

(3) c. 1, X, V, 37, et le sommaire : *toties puniendus est criminosis quoties delictum iterat*. Katz, *op. cit.*, p. 54; München, *op. cit.*, II, p. 99; Hinschius, *op. cit.*, V, p. 944-949.

(4) c. 13 du Pénitentiel de Bède, p. 141, *suprà*.

(5) Voir à cet égard les canons pénitentiels approuvés par saint Charles Borromée, archevêque de Milan (1538-1584), dans ses *Instructions aux confesseurs*, p. 190, 191 et ss.

c, 5, C. XVII, q. 4: « Omnes *Ecclesiarum raptores* atque *suarum facultatum alienatores* a liminibus ejusdem matris *Ecclesie* anathematizamus, Apostolica Auctoritate pellimus, damnamus atque SACRILEGOS esse judicamus... (1).»

(1) La *position* du coupable est une cause d'aggravation ou d'atténuation de la peine selon les cas: L'esclave est puni autrement que l'homme libre, c. 10, C. XXVI, q. 5; l'évêque châtié plus sévèrement que le simple clerc: c. 28, D. II, de *consecratione*; la haute situation du coupable rend son crime plus grave.

CHAPITRE II

CONSÉQUENCES DE L'APPRÉCIATION DES CIRCONSTANCES DU DÉLIT AU POINT DE VUE DU MODE DE DÉTERMINATION DE LA PEINE.

64. — Les circonstances du délit, étant d'une variété infinie, ne peuvent être prévues toutes d'avance par les canons, ni leurs conséquences pénales déterminées d'une façon invariable par eux. La culpabilité, pour un délit déterminé, ne peut être fixée par la loi, d'une façon absolue. Elle doit être appréciée par le juge dans les cas particuliers sur lesquels il est appelé à statuer.

Il en résulte que la peine, devant être graduée selon la culpabilité du délinquant, doit aussi être déterminée par le juge et que la peine fixée d'avance par les canons doit pouvoir être modifiée par lui lorsque les circonstances de la cause ne sont pas celles prévues par la loi. L'appréciation de la culpabilité et la détermination de la peine doivent être l'œuvre du juge (1).

(1) Ces idées sont parfaitement dégagées par Réginald : «... *Ratio statuendi quando gravis et quando levis injuria per peccatum inferatur, nulla generali et certa regula dari potest, propter varietatem cir-*

L'histoire du droit pénal atteste, dans toutes les législations, le triomphe du principe de l'arbitraire des peines et la défaite du principe de la fixité des peines ou des peines légales, s'imposant au juge quelles que soient les circonstances qui accompagnent, en fait, l'infraction prévue par la loi. A Rome, la procédure des *questiones perpetue*, aboutissant à l'infliction de la pénalité légale, disparaît peu à peu devant la procédure des *cognitiones extraordinarie* qui permet au juge de prononcer une peine arbitraire (1). Les tarifs de compositions pécuniaires édictés par la loi salique tombent en désuétude lors de l'établissement des Francs en Gaule (2). Dans notre ancien droit, la procédure accusatoire est peu à peu abandonnée pour la procédure inquisitoire qui confère au juge les pouvoirs les plus larges relative-

cumstantiarum quibus vestiri potest, ac subinde mutari: ut videre facile est in furto, quo gravis injuria censetur fieri, non modo cum fuerit rei notabilis valoris; sed etiam cum rei modici quidem valoris, sed quam persona, cui surripitur, tanti faciat, ut ex illius jactura magnam concipiat molestiam; vel inde necessitatem patiatür, quia pauper est.... Cum ergo in actibus singularibus nulla sit circumstantiarum constantia, sed perpetua mutatio, judicium de gravitate vel levitate injuriæ, quæ per illos infertur peccando, *relinquitur viro prudenti faciendum*, congruenter iis quæ, ex communi doctrina, in proxime precedenti libro tradita sunt de circumstantiis, aut jam factum petendum est ab authoribus qui de tali re scripserint », *Praxis fori pœnitentiæ*, lib. XV, cap. 5, n° 36, t. I, fol. 737.

(1) fr. 13, *Dig.*, XLVIII, 19. — De Valroger, *le droit pénal de Rome*, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1860, t. XVI, p. 102.

(2) Wilda, *das Strafrecht der Germanen*, p. 443, 490, 491, 493, 507. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, II, p. 551-552. Thonissen, *L'organisation judiciaire, le droit pénal et la procédure de la loi salique*, p. 254; 1 vol. in-8°, Bruxelles et Paris, 1882.

ment à la détermination de la peine et, à la veille de la Révolution, le principe de l'arbitraire des peines a pour seul tempérament le système des preuves légales (1). Aujourd'hui encore, après avoir été battu en brèche dans le droit intermédiaire, il est « introduit dans notre législation sous le nom de circonstances atténuantes. Il y marche avec assurance, comme un exilé réintégré dans ses anciens domaines (2). »

Le droit canonique consacre le principe de l'arbitraire des peines, soit qu'il abandonne entièrement leur détermination à l'arbitrage du juge, soit que la loi canonique fasse d'avance cette détermination. Dans ce dernier cas, les peines peuvent être aggravées ou atténuées par le juge selon les circonstances de la cause. Il importe d'examiner la forme des dispositions pénales avant d'étudier les pouvoirs du juge.

65. — Les dispositions qui subordonnent la détermination de la peine à l'arbitrage du juge sont nombreuses. Les documents les plus anciens en contiennent. Elles sont souvent formulées en même temps que la règle imposant au juge l'appréciation des circonstances de la cause.

Concile de Worms, c. 25, an. 868: « Pœnitentibus secundum differentiam peccatorum *sacerdotis arbitrio* pœnitentiæ decernuntur. Debet itaque sacerdos

(1) Esmein, *Histoire de la procédure criminelle*, p. 260-283, notamment 265-266.

(2) Chassan, *Du système des circonstances atténuantes*, *Revue française et étrangère de législation*, 1841, p. 461.

in pœnitentia danda singulorum causas singulatim considerare, originem quoque modumque culparum et affectus gemitusque delinquentium diligenter examinare manifesteque cognoscere, temporum etiam et personarum, locorum quoque et ætatum qualitates inspicere, ut etiam pro consideratione locorum, ætatum vel temporum, seu pro qualitate delictorum atque gemituum uniuscujusque delinquentis a sacris regulis oculos non reflectat (1). »

c. 10, X, III, 41 : « ... Prælati autem hujusmodi mandati *graviter* punire non differant transgressores (2). »

Les canons, de même que les décrétales des Papes, déterminent aussi fréquemment la peine qui doit être prononcée par le juge :

c. 4, X, III, 38 : « Præterea, quia in tantum quorundam laïcorum processit audacia, ut, episcoporum auctoritate neglecta, clericos instituant in ecclesiis et removeant, etiam quum voluerint, possessionem quoque atque alia ecclesiastica bona pro sua voluntate plerumque distribuunt, et tam ecclesias ipsas quam homines earum talliis et exactionibus gravare præsumant, ipsos, qui amodo ista præsumpserint,

(1) Labbe et Cossart, *op. cit.*, VIII, col. 950; voir les c. 5 et 22 du Concile d'Ancyre, tenu en 314, Labbe et Cossart, *op. cit.*, I, col. 1458 et 1469. Schmitz: *das Pœnitentiale romanum mit historischer Einleitung*, dans les *Archiv für Katholisches Kirchenrecht*, janvier-février 1875, p. 7; Schmitz, *die Bussbücher der Bussdisciplin der Kirche*, p. 110-125; 1 vol. in-8°, Mayence, 1883.

(2) c. 4, X, IV, 1 : « ... sed ut pœnitentiam agat de illicito juramento, monitione præmissa, *ecclesiastica districtione* compellas » ; c. 32, X, III, 30 : « ..., ad id, si necesse fuerit, per *censuram ecclesiasticam* compellantur. »

anathemati decernimus feriendos. Presbyter autem sive clericus qui ecclesiam per laicos sine proprii episcopi auctoritate receperit, communionem privetur, et si perstiterit, a ministerio deponatur (1). »

Lorsque la peine est laissée par le canon à l'appréciation du juge, elle est appelée *arbitraire* ; lorsqu'elle est déterminée par le canon, elle est dite légale ou *ordinaire* (2).

La peine légale n'est pas toujours déterminée, comme dans le texte précédent, avec une précision absolue. La détermination légale de la peine se combine souvent avec la détermination arbitraire du juge, limitée alors dans une certaine mesure par la loi elle-même. Ce genre de peines est donc intermédiaire entre la peine légale, établie d'une façon précise, et la peine arbitraire, laissée par la loi à la discrétion du juge. Un exemple nous en est fourni par le c. 2, X, V, 21, qui inflige une pénitence avec maximum et minimum déterminés : « Mandamus, quatenus.... talem ei pro expiatione illius delicti poenitentiam imponas, quod *per annum* et amplius, si tibi visum fuerit, ita tamen, *quod biennium non excedat*, eum ab altaris ministerio præcipias abstinere... »

Les textes qui fixent à la fois le maximum et le minimum de la peine sont rares (3). D'ordinaire, ils se

(1) Renferment des dispositions de ce genre les c. 5, X, III, 4 ; c. 2, X, III, 22 ; c. 15, X, III, 30 ; c. 1, X, V, 4 ; c. 3, X, V, 5.

(2) Stremmer, *Traité des peines ecclésiastiques*, p. 25-26 ; München *op. cit.*, II, p. 98. — Cfr. Katz, *Ein Grundriss des kanonischen Strafrechts*, p. 24-25.

(3) Katz, *op. cit.*, p. 25, note 1. Voir concile de Tours, tenu en 1583, canon 13, dans Hardouin, *Acta conciliorum et epistolæ decretales ac constitutiones summorum Pontificum*, t. X, col. 1417 ; Parisiis, 1714, 12 vol. in-fol.

bornent seulement à déterminer le minimum de la peine, laissant au juge la faculté de prononcer une peine plus grave, selon les circonstances de la cause.

c. 3, **X**, IV, 3: « ... per *triennium* ab officio suspendatur, *gravius* puniendus si culpæ qualitas postulerit (1) ».

Les canons et les décrétales édictent aussi des peines sous la forme alternative, parmi lesquelles le juge peut choisir librement, et se contentent souvent de déterminer la nature de la peine sans en fixer la durée (2). Parfois même les canons infligent simultanément une peine fixée par eux et une peine arbitraire :

Concile d'Aix, tenu en 1585 : « Ut beneficiati seu mansionarii ab eorum ecclesiis et civitate recedere non audeant sine licentia capituli et legitima causa duntaxat concedenda : pœna privationis distributionum *unius hebdomadie* pro qualibet vice et die quo abfuerint, et *alia arbitraria* quæ eugeatur crescente contumacia, ut capitulo videbitur expedire et alias juxta S. Concilii Tridentini decreta (3). »

En alliant l'arbitraire du juge avec la fixation légale de la peine, le législateur canonique reconnaît l'influence des circonstances du délit sur la détermi-

(1) Concile de Trente, Sess. XXV, c. 14, de *Reformatione*, Longeas, *Summa Conciliorum*, fol. 715, 716; voir aussi c. 1, **X**, III, 44. « ... *Tribus mensibus* ab officio suspendatur : et si per eum incuriam aliquid nefandum inde contigerit, *graviori* subiaceat ultioni », c. 4, **X**, III, 50.

(2) Hinschius, *op. cit.*, IV, p. 736, 810, 811, 813; V, 549, note 5, 554, note 1, 555, note 3, 579-580, 626-627, rapporte des textes qui édictent les peines de la prison, de la suspension, de l'amende, sans en déterminer la durée ou la quotité.

(3) Hardouin, *Acta Conciliorum*, tome X, col. 1559.

nation de la culpabilité et de la peine et avoue son impuissance à les prévoir toutes.

66. — Il nous reste à traiter des pouvoirs du juge dans la détermination de la peine. A cet égard, on peut étendre au droit canon la maxime formulée dans notre ancien droit par Muyart de Vouglans : « *En ce Royaume les peines sont arbitraires* (1) ».

Lorsque la détermination de la peine n'est pas faite par les canons ou est abandonnée par eux à l'arbitraire du juge, celui-ci jouit de l'*arbitrium regulatum* (2), c'est-à-dire qu'il doit statuer conformément au droit, à la raison et à l'équité, limites plus théoriques que pratiques à son droit. Mais il ne peut inventer de peines nouvelles et doit prononcer une peine admise par les canons. (3)

Lorsque la peine est déterminée par le canon, le juge n'est pas pour cela obligé de la prononcer ou de restreindre son arbitraire dans les limites légales. Il ne faut pas attribuer une valeur absolue au c. 4 § 1, X, I, 29 (4) : « si tale fuerit negotium, quod certa

(1) Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel*, partie VIII, p. 281.

(2) C'est ainsi que les criminalistes du moyen-âge qualifient l'*arbitrium* du juge criminel. Farinacius le définit : « *Concessio a lege, vel ab homine judici data, qua idem iudex, secundum id quod iure, ratione et æquitate sentiat suam possit perferre sententiam.* » Farinacius, *liber V*, pars I, *fragmentorum criminalium*, n° *arbitrium*, fol. 20. Reiffenstuel, *Jus canonicum*, lib. V, tit. 37, fol. 209, n° 11. Cpr. c. 12, 14, *dictum Gratiani* sur le c. 16, C. XXVI, q. 7; c. 9, 10, D. XLV.

(3) c. 46, C. XI, 9, 1 : « *Si quis vero contra hoc fecerit, canonum subjaceat correctionibus.* » ; c. 45, *ead. causa* ; Hinschius, *op. cit.*, IV, 836 et note 3. — Cfr. Gibert, *Usages de l'Église Gallicane*, Règle XX, p. 41.

(4) Cette décrétale exprime l'état du droit canon au moment où elle a été écrite ; son auteur est le Pape Alexandre III (1159-1181), c'est-à-dire qu'elle date d'une époque où la procédure inquisitoire n'existait pas encore. Voir *infra* p. 157 et suiv.

exinde pœna in canouibus exprimat, eamdem infligas, alioquin ipsos pro delicti qualitate et causæ secundum tuum arbitrium punire procures. » Corvinus formule le principe : (1) « *(Judices)... possunt... si causa subsit, pœnam vel augere vel minuere, vel etiam prorsus remittere* », dont la jurisprudence canonique s'est toujours inspirée.

Ce principe a toujours été observé quant à l'infliction de la pénitence (2). En règle générale, la détermination de la durée de la pénitence est abandonnée à la prudence du juge : « *Episcopi arbitrio pro qualitate peccati pœnitentiæ tempora distribuuntur.* » Tel est l'état du droit lors de la rédaction du décret de Gratien (3), état déjà signalé par les Pénitentiels et les conciles des premiers siècles de l'Église. Les livres pénitentiels ont pour but, il est vrai, de déterminer la pénitence correspondante aux diverses infractions qu'ils prévoient, mais la peine qu'ils édictent

(1) Corvinus, *Jus canonicum per aphorismos strictim explicatum*, p. 466 ; Hinschius, *op. cit.*, IV, 836.

(2) c. 5, D, I, *de Pœnitentia* ; c. 2, 3, 4, 6, 7, 8, *ead. dist.* — Hinschius, *op. cit.*, V, p. 86 et notes. Pénitentiel d'Haligaire, lib. III, can. 1 : « *Pœnitentibus secundum differentia peccatorum Episcopi arbitrio pœnitentiæ tempora decernantur* », dans Canisius, *op. cit.*, tome II, pars II, vol. III, fol. 105. L'arbitraire de la pénitence existait aussi au profit des abbés en vertu de la plupart des règles monastiques : Lœning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, I, p. 361, II, p. 434, 436, 440-442, 478.

(3) Note de Basnage sur le pénitentiel d'Haligaire : « *Assignat tamen ipse ex canonibus tempora et annos pœnitentiæ secundum casus et crimina, ut videre possis in libro quinto, sed leges illæ generales pendebant ex arbitrio Præsulum secundum circumstantias judicantium* ». Canisius, *Antiquæ lectiones*, t. II, pars II, vol. III, fol. 86.

ne s'impose pas au juge (1). Ce sont des œuvres d'un caractère privé (2). Ils n'offrent au juge que des conseils, des règles directrices dans le choix de la pénitence et la détermination de sa durée. Les canons pénitentiels sont seulement obligatoires pour le juge quand ils sont revêtus de la sanction épiscopale et même, dans ces hypothèses, la durée des pénitences déterminées par les canons et leur mode d'exécution peuvent être modifiés par le juge (3). Le pape Alexandre II accorde au juge le droit de diminuer, au nom de la miséricorde, la pénitence fixée par les canons : « Quæ in canonibus determinata est pœnitentia, est omnino observanda, sed *miseriçordiæ gratia, quæ nulla lege concluditur*, nullo temporis spatio cohercetur, non est pie pœnitentibus deneganda. Pastoralis itaque discretionis est unius cujusque constrictionem cordis et doloris affectum magis quam temporis spatium attendere et pro meritis operum fructuque pœnitentiæ misericordiæ oleum adhibere (4). »

(1) Il s'agit de la pénitence subie publiquement ou sous la forme d'une réclusion dans un monastère.

(2) Sauf le *Pœnitentiale Romanum*, suivant une opinion vivement soutenue : Schmitz, *das Pœnitentiale romanum*, Archiv. für Katholisches Kirchenrecht, janvier-fevrier 1875, p. 7 ; Schmitz, *die Bussbücher der Bussdisciplin der Kirche*, p. 167-186 ; Vering, *Geschichte der Pœnitentialbücher*, dans les Archiv. für Katholisches Kirchenrecht, janvier-fevrier 1873, p. 209 et note 1.

(3) Bède, *Præfatio de Remediis peccatorum*, citée dans le lib. 1, cap. 1 et 304 du *Libellus de ecclesiasticis disciplinis*, de Reginon ; Migne, *Patrologie latine*, t. CXXXI, col. 252-253 ; Wilda, *das Strafrecht der Germanen*, p. 535 ; Hinschius, *op. cit.*, V, p. 90-95 ; Wasserschleben, *die Bussordnungen der abendländischen Kirche*, p. 34, 53, 77 et 88 ; 83, 96 ; Schmitz, *article précité*, p. 7-9 ; Vering, *loc. cit.* ; Lœning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, I, p. 267, 338 ; Pascal, *Œuvres complètes*, II, p. 152-153 — p. 140-141, *suprà*.

(4) Lettre d'Alexandre II à Stéphane, évêque d'Auvergne, de l'an 1066/1067, Lœwenfeld, *Epistolæ Pontificum Romanorum ineditæ*, n° 112, p. 55-56.

Les pénitentiels tombent, du reste, en désuétude (1) et la coutume est de laisser à l'arbitrage du juge la détermination de la pénitence ; aussi ne faut-il pas s'étonner de voir les décrétales déterminer à la fois les peines des délits et conférer au juge la faculté de prononcer la pénitence convenable, d'après les faits de la cause (2). Les pénitences déterminées ne se rencontrent guère que dans les canons pénitentiels insérés par Gratien dans son Décret ou sanctionnés par les décrétales des Papes (3).

Relativement aux peines autres que la pénitence, les pouvoirs du juge ont varié suivant le mode de procédure employé et suivant les époques.

Jusqu'au milieu du XIII^e siècle, la procédure accusatoire est le mode normal de procéder en matière criminelle (4). Le juge doit prononcer la peine légale,

(1) Tissot, *Le droit pénal étudié dans ses principes*, I, p. 73.

(2) c. 4, X, V, 27, voir p. 143, *suprà* ; c. 6 *pr.*, X, V, 12 et sommaire de ce chapitre : « in pœnitentia imponenda iudex debet attendere circumstantias ex quibus augetur vel minuitur delictum ». Exemples de canons pénitentiels rapportés soit par Gratien, soit dans les décrétales : c. 1, 2, 3, C. XXII, q. 5 ; c. 6, X, V, 36 ; c. 1, X, V, 21 ; 3, X, V, 18 ; 2, X, V, 12 ; c. 2, X, III, 17 ; c. 27, C. XVII, q. 4.

(3) Quant aux pénitences imposées au for pénitentiel, elles sont toujours arbitrairement fixées par le confesseur. Il peut prendre pour guides, dans cette détermination de la peine, les canons pénitentiels : saint Charles Borromée, *Instructions aux confesseurs*, p. 61-62 ; Réginald, *op. cit.*, lib. VII, cap. 5, n. 46, 48, 53, t. I, fol. 325-327 ; Julius Clarus, *liber quintus sententiarum receptorum*, qu. LXXXIII, fol. 248 ; Corvin, *ius canonicum per aphorismos strictim explicatum*, lib. II, tit. 6, p. 95 ; Menochius, *de arbitrariis iudicum questionibus et causis*, casus 317, nu. 4, fol. 414 ; casus 391, nu. 6, fol. 398. *Concile de Trente*, Session XIV, cap. 8, de *Pœnitentia*, Longeas, *Summa Conciliorum*, fol. 661.

(4) Sur les différents modes de procédure usités en droit canonique, c. 31, X, V, 3 ; P. Fournier, *Les officialités au moyen âge*,

à moins qu'il n'ait le droit de *dispenser* de l'application de la loi qui l'édicte (1). Le droit de dispense est, dans la législation canonique, un attribut du pouvoir législatif, exercé par le législateur à l'occasion de faits dont il connaît comme juge. Il compète, en principe, à l'autorité dont émane la loi applicable à la cause et à elle seule. Ainsi la dispense des lois canoniques promulguées par le pape ne peut être accordée que par lui, sauf dans les cas où il concède aux évêques le droit de la prononcer (2). Telle est la doctrine en vigueur jusqu'au XII^e siècle : le texte cité plus bas en est l'application certaine. Le juge ne paraît pas avoir joui du pouvoir d'augmenter la peine légale et il ne peut exercer dans sa plénitude le droit de la diminuer selon les circonstances : telle est la conclusion à laquelle nous conduit l'examen des textes recueillis dans les diverses collections du *Corpus juris canonici*.

Une décrétale du pape Alexandre III, de l'an 1180, vient à l'appui de notre assertion : « Porro, si clericus alicui sponte duellum obtulerit, vel si oblatum susceperit et subierit, sive victor, sive victus fuerit, de rigore juris est merito deponendus. Sed quantumcunque ejus in hoc gravis sit et enormis exces-

p. 233-288 ; Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, p. 66-78 ; Allard, *Histoire de la justice criminelle au XVII^e siècle*, p. 139-141.

(1) Stiegler, *Dispensation und Dispensationswesen*, p. 48 ; Voir notamment encore p. 31-32, 40-41, 47, et note 3. Inauguraldissertation, brochure in-8°, Mainz, 1897.

(2) Esmein, *Le mariage en droit canonique*, II, p. 316-329.

sus, evadere potest depositionis sententiam, si cum ipso suus episcopus duxerit misericorditer *dispensandum*, dummodo ex ipso duello homicidium vel membrorum diminutio non fuerit subsecuta. » (c. 1, X, V, 14) (1).

La création de la procédure inquisitoire eut pour effet de permettre au juge, dans cette procédure, d'abaisser la peine eu égard aux circonstances de la cause (2) et d'écarter les règles trop restrictives de la dispense. L'opposition faite par le c. 21, X, V, 1, entre la procédure *per accusationem* et celle *per inquisitionem* met en relief ce caractère de la nouvelle procédure : « ... Quo casu erit, sicut in accusationis iudicio, procedendum ; alioquin, secundum personæ merita et qualitatem excessus pœnam poterit iudicantis discretio moderare. » Remarquons d'après ce texte que le juge *de inquisitione* peut prononcer la peine à laquelle aboutirait l'accusation et n'est pas, en principe, obligé d'infliger une peine plus douce (3).

On conçoit l'extension des pouvoirs du juge dans la procédure inquisitoire : maître de la poursuite, il est aussi maître de la peine. Dans l'accusation, au contraire, l'intervention de l'accusateur, demandant

(1) c. 2, X, V, 14 : « Poterit tamen cum eo circa habendum beneficium misericorditer *dispensari* », décrétale du pape Célestin III, 1191.

(2) Elle se place dans les dernières années du douzième siècle (1198-1199). L'innovation est due au pape Innocent III, c. 1, X, III, 12 ; c. 10, X, V, 34 ; c. 31, X, V, 3. Voir Fournier, *Les officialités au moyen-âge*, p. 266-270.

(3) Hinschius, *op. cit.*, V, p. 354, note 1. Voir cependant les c. 30, 32, X, V, 3, en vertu desquels la peine de la simonie n'est pas la peine à laquelle aboutit l'accusation, mais une peine plus douce. Quoi qu'il en soit, il résulte, tant du c. 21, X, V, 1, que des textes

l'infliction de la 'peine légale, oblige le juge à la prononcer s'il reconnaît fondée l'action pénale intentée. Le droit de l'accusateur à l'application de la loi enlève au juge le droit de la modifier, soit en plus, soit en moins (1).

Peu à peu l'inquisition devient la procédure normale. Elle confère au juge le droit, non-seulement de diminuer, de modérer la peine légale, mais d'infliger une peine arbitraire (2) et par conséquent d'augmenter la peine légale. La tendance de l'inquisition à aboutir à l'infliction de peines spéciales, plus douces que celles de l'accusation, disparaît. La peine légale s'applique à la procédure *per inquisitionem* comme à la procédure *per accusationem*, sauf au juge de l'inquisition à user de son pouvoir arbitraire : « QUALITERCUMQUE AGATUR ad pœnam », dit Durantis, « *si certa pœna super crimine, de quo agitur, in jure statuta est, infligenda est* (3). »

Grâce à l'influence toujours croissante de la procédure inquisitoire, les pouvoirs du juge de l'accusation arrivent à égaler, en fait, ceux du juge *de inquisitione*.

cités ici, que l'on ne peut affirmer, d'une façon absolue et générale, que « la peine à laquelle aboutit la procédure d'inquisition n'est point celle à laquelle aboutirait pour le même délit la procédure d'accusation » et qu'elle « conduit à une peine plus douce, *pœna medicinalis* ». La déposition édictée par le c. 21, X, V, 1, tantôt obligatoirement, tantôt facultativement, est une peine vindicative. Contrà, Fournier, *Les officialités au moyen-âge*, p. 274.

(1) Le juge de l'inquisition remplit son office « *non tanquam... accusator et iudex, sed quasi denunciante fama vel deferente clamore* ». c. 24, X, V, 1.

(2) Corvin, *op. cit.*, p. 460.

(3) Durantis, *Speculum juris*, lib III, § de inquisitione, fol. 39, nu. 7. D'après M. Allard, *Histoire de la justice criminelle au XVI^e siècle*, p. 394, Durantis composa cet ouvrage en 1271.

A la fin du XIII^e siècle, cette évolution est accomplie. Les auteurs de l'époque en font foi : « *Ordinariam* aut pœnam non licet judici minuere : quia facti quidem quæstio est — *nisi forte causa cognita* : quia tunc potest *augere* et *minuere*. Augere, quando multis grassantibus opus est exemplo, ut pœna unius sit metus aliorum. Minuere, cum persona delinquens honesta est et non deliquit nisi semel (1). » Les *causæ* d'atténuation et d'aggravation de la peine étant laissées à l'appréciation du juge, la peine de la procédure accusatoire devenait arbitraire (2).

Ce n'est donc qu'à partir de la fin du XIII^e siècle que le juge a, d'une façon générale, dans la législation canonique, le droit d'aggraver ou d'atténuer la peine fixée par la loi. Le principe précité de Corvin (3) exprime, pour les peines autres que la pénitence, l'état du droit canonique depuis cette époque jusqu'à nos jours. Les pouvoirs du juge dans la procédure accusatoire et dans la procédure inquisitoire sont désormais les mêmes (4).

(1) Durantis, *Speculum juris*, lib III, § de accusatione, fol. 9, nu. 4. Henrici cardinalis Hostiensis (Henri de Ségusio, cardinal d'Ostie, † 1281), *Summa aurea*, fol. 336-337, nu. 12.

(2) M. Fournier oppose à tort, *op. cit.*, p. 250, 274, à notre avis, les pouvoirs restreints du juge dans la procédure *per accusationem* à ceux plus larges du juge dans l'inquisition, puisqu'il accorde au premier le droit de modifier la peine légale *causa cognita*. L'évolution, que nous avons essayé de montrer, des pouvoirs du juge dans ces deux modes de procédure, n'est pas signalée dans son ouvrage.

(3) P. 155, *suprà*.

(4) Aussi la désuétude rapide de l'accusation se conçoit. Ses résultats étant ceux de l'inquisition, il dut se trouver bien peu de personnes désireuses d'assumer la responsabilité du rôle d'accusateur et de se soumettre éventuellement à la peine de la calomnie. Fournier, *les officialités au moyen âge*, p. 231 ; *Causa II*, q. 2, du décret de Gratien.

67. — Le droit d'aggraver et d'atténuer la peine légale ou ordinaire compète à tous les juges ecclésiastiques, inférieurs et supérieurs, ordinaires et délégués. L'appréciation des circonstances de la cause leur est déférée avec la cause elle-même ; ils doivent être libres d'en déterminer les conséquences pénales (1).

Les circonstances auxquelles est attaché l'effet de diminuer ou d'augmenter la peine n'ont jamais été limitativement déterminées par le droit. L'interprétation scolastique des lois romaines et canoniques donne naissance à de nombreuses causes d'atténuation ou d'aggravation des peines, plus arbitraires les unes que les autres (2).

Ainsi, soit que la loi abandonne la détermination de la peine au juge, soit qu'elle fasse elle-même cette détermination, les pouvoirs du juge sont les mêmes, aussi peu limités dans le second cas que dans le premier.

(1) Reiffenstuel, *Jus canonicum universum*, livre V, fol. 299-300, nu. 7-15 ; Fagnan, *Jus canonicum*, ad cap. 13, **X**, l, 31, lib. 1, fol. 532-533, n^o 24-30. Sur la juridiction ordinaire et déléguée, Icard, *Prælectiones*, 1, p. 463-465. — Quant aux peines *latæ sententiæ* qui sont l'objet d'une sentence purement déclaratoire, le juge ne peut les modifier que s'il a le pouvoir d'en dispenser, Fagnan, *loc. cit.* supra. — La distinction des pouvoirs des juges inférieurs et supérieurs est signalée, dans notre ancien droit français, par Jousse, Muyart de Vouglans, comme par les criminalistes du moyen-âge. Aucun auteur moderne, à notre connaissance, n'a cherché à la dégager et à l'apprécier ; Jousse, *Traité de la justice criminelle de France*, II, p. 595-596 ; Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel*, part. 1, p. 23 ; Clarus, *liber quintus sententiarum receptorum*, qu. LXXXV, n^o 10, fol. 176 ; Menochius, *op. cit.*, qu. XCVI, n^o 18 et ss., fol. 102 ; Réginald, *Praxis*, lib. XXV, cap. 54, n^o 643-655, t. II, fol. 588-589.

(2) Voir notamment dans Tiraqueau, *op. cit.*, la dénonciation du père par le fils ou réciproquement celle du fils par le père, cause XIX, t. I, fol. 62 ; les relations d'amitié entre le juge et l'accusé, cause XXII,

La doctrine canonique, les auteurs, ont bien tenté de restreindre les pouvoirs arbitraires du juge. Farinacius exige que le juge ne prononce l'excommunication ou la déposition que pour des cas graves, mais, en somme, la gravité de ces cas dépend de l'appréciation faite par le juge (1). Rousseaud de la Combe subordonne l'infliction de « l'excommunication, de l'interdiction à perpétuité des saints ordres et de l'incapacité d'en recevoir d'autres » à l'existence « d'un canon ou d'une règle expresse reçue dans l'Église et qui y soit en vigueur, ou du moins dans la province ecclésiastiques... et il n'est pas permis aux juges d'Église, selon lui, de les prononcer arbitrairement et de les établir de nouveau pour en faire l'application (2). » Mais de Héricourt, auteur contemporain de Rousseaud de la Combe, n'apporte aucune limite au pouvoir du juge de modifier la peine légale ou ordinaire (3) et la pratique n'en reconnut jamais.

La garantie normale accordée au condamné contre

n° 4, t. I, fol. 65; cause XVI, t. I, fol. 58-59, l'amitié du juge et d'un tiers au procès, cause XVII, t. I, fol. 60; la noblesse de l'accusé, cause XXXI, t. I, fol. 121-137; la pauvreté, cause XXXIII, t. I, fol. 138-144; la *vicinitas*, les relations de voisinage, cause XXIII, n° 1, t. I, fol. 96; à côté d'autres circonstances atténuantes plus rationnelles, comme les bons antécédents de l'accusé, cause LI, n° 1, t. I, fol. 214; l'intérêt des non-délinquants, cause XLVIII, t. I, fol. 197-198; la longueur de la détention préventive, cause XXI, n° 1, t. I, fol. 159.

(1) Farinacius, *Fragmentorum criminalium*, 1^{re} pars, t. II, pars 3, lib. V, *Praxis criminalis*, V° *Clericus*, fol. 40 et s.; V° *Excommunicatio*, fol. 112 et ss.; V° *Extensio*, fol. 121-122; Hinschius, *op. cit.*, VI, p. 26, note 3.

(2) Rousseaud de la Combe, *Jurisprudence canonique*, v° *Official*, fol. 22. Un auteur moderne, l'abbé Stremler, soutient que le juge n'a jamais le droit d'aggraver les peines ordinaires, mais qu'il peut seulement les diminuer ou les adoucir dans certains cas. Stremler, *traité des peines ecclésiastiques*, p. 25, 26.

(3) De Héricourt, *Les lois ecclésiastiques de France*, fol. 387, § XLIII.

le pouvoir arbitraire du juge est la faculté d'interjeter appel. Mais le droit canon semble la lui refuser quand la peine prononcée était la peine légale (1). L'institution de l'appel est intimement liée au développement de la peine arbitraire.

(1) Loening, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, 1, p. 382 ; Fagnan, *op. cit.*, ad cap. 13, X, l. 31, fol. 532, nu. 18 ; Reiffenstuel, lib. II, tit. 11, nu. 300-302, fol. 438 : « non admitti appellationem a legitima correctione » ; lib. V, tit. 1, nu. 503, fol. 60 ; Cujas, *Opera posthuma*, tome III, ad libros II, III, IV, decretalium Gregorii Noni recitationes solemnes ; ad cap. 3, lib. II, tit. 28, fol. 174, E. (Cujacii Opera, Lutetiae, 1658) ; Huguenin, *Expositio methodica juris canonici*, II, p. 221.

CONCLUSION

68. — Notre travail nous amène à conclure à l'étroite parenté des principes du droit pénal canonique et de notre ancienne législation criminelle.

Le délit n'est pas nécessairement prévu par la loi: la règle *nullum crimen sine lege* n'existe pas plus dans le droit canon que dans notre ancien droit.

La peine apparaît dans les deux législations comme une *vindicta*, l'exercice de la vengeance divine ou publique. Elle poursuit l'intimidation, l'exemplarité, la satisfaction due à Dieu et aux hommes et quelquefois, mais seulement en droit canon, l'amendement du coupable (1).

La vengeance conduit à l'arbitraire dans la répression lorsqu'elle peut être exercée librement. Il en est ainsi de la vengeance publique exercée par l'État. Elle n'est pas, comme la vengeance privée, soumise au frein des compositions pécuniaires imposées aux

(1) Cpr. von Wüchster, *Deutsches Strafrecht*, p. 19. 1 vol. in-8°, Leipzig, 1881.

particuliers par la puissance publique dans des vues de bon ordre social (1). La vengeance que l'Église exerce au nom de Dieu aboutit aussi à conférer au juge un pouvoir répressif arbitraire. La justice divine prend en considération toutes les circonstances qui peuvent influencer sur la moralité de l'acte. Il est impossible d'enfermer l'appréciation du juge dans des limites qu'il ne doit pas dépasser et de fixer légalement la peine nécessairement méritée par le délit, abstraction faite des divers éléments de la cause. Le système des peines arbitraires, adopté par l'ancien droit français et le droit canonique, est la conséquence de leurs principes.

Relativement à l'appréciation des circonstances atténuantes et aggravantes de l'infraction, à l'influence de celles-ci sur la détermination judiciaire de la peine, l'ancien droit n'a guère fait que reproduire les décisions de la jurisprudence canonique. Il suffit, pour s'en convaincre, de remarquer sur quelles autorités nos anciens criminalistes fondent et appuient leurs décisions. Tiraqueau et Menochius, Muyart de Vouglans et Jousse, invoquent les opinions des théologiens, des casuistes et des canonistes, et la fusion du droit pénal canonique et du droit séculier est surtout apparente dans les œuvres des célèbres

(1) Cpr. M. Glasson : « On aurait pu, dit-il, avec un pareil système (celui qui fonde le droit de punir sur la vengeance et la nécessité d'épouvanter par l'horreur des supplices) établir des peines plus ou moins fixes, plus ou moins égales pour tous et d'une sévérité en rapport avec la gravité du crime. » *Histoire du droit et des institutions de la France*, VI, p. 646. Nous croyons cette remarque vraie pour le système de la vengeance privée, contrôlée par l'État, non pour celui de la vengeance publique.

criminalistes italiens, Julius Clarus et Farinacius, dont l'influence a été grande sur les travaux de nos anciens jurisconsultes (1). C'est donc avec raison qu'Ortolan fait figurer le droit canonique parmi les éléments de notre ancien droit pénal et les sources de notre droit, surtout en ce qui concerne « l'appréciation de divers cas, de divers degrés de culpabilité, de divers principes relatifs aux peines » (2). Le droit pénal actuel, qui limite d'une façon précise le pouvoir arbitraire du juge dans l'infliction de la peine, consacre encore le système empirique des circonstances atténuantes et aggravantes du droit canonique (3).

A côté de ces rapports de l'ancien droit et du droit canonique, cette législation présente aussi des institutions animées d'un esprit semblable à celui dont s'inspirent les partisans actuels des sentences indéterminées. L'exploration des annales du droit pénal, selon l'expression de Thonissen que nous rapportons

(1) V. note 1, p. 133, *suprà*.

(2) Ortolan, *Sources de notre ancien droit pénal*, dans la Revue de législation et de jurisprudence, 1848, t. XXXI, p. 37.

(3) Carrara, *Programme d'un cours de droit criminel fait à l'Université de Pise*, traduction Baret, p. 381 et ss. (1 vol. in-8°, Paris, 1876), critique le système des circonstances atténuantes du droit actuel qui ne tient pas un compte séparé des éléments diminuant le degré de l'imputation et de ceux qui motivent l'adoucissement de la peine sans altérer le degré d'imputation du délit. — Faustin-Hélie, *du système des circonstances atténuantes*, Revue de législation, 1843, t. XVII, p. 112-118 ; Lucchini, *Le droit pénal et les nouvelles théories*, p. 146, 147, 151, 152, trad. Prudhomme, Paris, 1 vol. in-8°, 1892. Cpr. Pedro Dorado, partisan de l'arbitraire illimité du juge, *Des contraventions*, Bulletin de l'Union internationale de droit pénal, vol. VI, p. 263 et ss.

au début de cette étude (1), doit nous mettre en garde contre la résurrection d'une institution inquisitoriale, la sentence révocable et provisionnelle, odieuse par le pouvoir arbitraire qu'elle confère au juge. Elle nous enseigne aussi la véritable nature de l'amendement visé par la censure et nous révèle son insuffisance au point de vue de la régénération morale et sociale du condamné.

Constatons enfin que l'esprit du droit pénal canonique n'est pas celui de la morale évangélique. L'influence de la religion sur le droit pénal n'est pas assez puissante pour épargner à l'Église la naissance des conflits qui s'élèvent souvent entre la loi morale et les exigences de la vie sociale dans toutes les législations (2). L'Église a sacrifié l'application de la loi sublime de charité et d'amour, promulguée par Moïse dans le Décalogue et prêchée par Jésus-Christ, à la nécessité dans laquelle elle s'est trouvée, comme société constituée, de défendre son intégrité et la foi qu'elle professe. Elle puise sa justification dans l'essence même de la vie sociale qu'elle veut régir.

Aussi le droit canonique est-il distinct de la morale au même titre que le droit des différents États (3). Il n'est pas la consécration juridique des préceptes de

(1) *Introduction*, p. 11, *suprà*.

(2) Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. V, p. 274-275.

(3) Le traité « *de ultimo fine juris canonicis et civilis* », de Fortunius Garcia, reconnaît l'identité de leur but : *humana felicitas*, c'est-à-dire aussi le maintien de l'ordre social : *conservatio foederis humani*. Zilettus, *Tra ctatus universi juris*, t. I, fol. 107-108, nu. 1-11.

la conscience et de la loi morale, sanctionnés seulement au for intérieur. L'erreur fréquente des auteurs a été de généraliser les principes du for intérieur en étendant leur portée au droit pénal canonique (1).

(1) Ainsi Du Boys, *Histoire du droit criminel des peuples modernes*, I, p. 422, indique parmi les caractères du système pénitentiaire de l'Église l'acquiescement du coupable à la peine, quelle qu'elle soit. Il s'agit ici seulement des pénitences volontairement acceptées par le pécheur après sa confession et non des pénitences imposées sous peine d'excommunication ou sous la forme de la réclusion dans un monastère. Cfr. encore Huc, *De l'Influence du droit canonique sur la législation criminelle*, Revue critique, 1858, t. XIII, p. 465-466, qui oppose à tort le droit canon à l'ancien droit pénal français.

TABLE DES MATIÈRES

| | |
|---|-------|
| INTRODUCTION.. | I-IX |
| BIBLIOGRAPHIE . | X-XIV |
| PREMIÈRE PARTIE. — FONDEMENT DU DROIT DE PUNIR..... | |
| | 1 |
| DEUXIÈME PARTIE. — LE DÉLIT..... | |
| | 12 |
| CHAPITRE PREMIER. — Distinction du délit et du péché | |
| | 12 |
| § I. — Définition du péché et du délit... | 15 |
| § II. — Le for intérieur et le for extérieur | 18 |
| § III. — Les péchés, les délits, leurs classi- fications | 20 |
| § IV. — Domaine du droit pénal canonique | 28 |
| CHAPITRE II. — Les éléments du délit..... | |
| | 32 |
| § I. — Élément juridique | 33 |
| § II. — Élément moral. | 36 |
| § III. — Élément externe | 46 |
| TROISIÈME PARTIE. — LA PEINE..... | |
| | 53 |
| CHAPITRE PREMIER. — De la Peine canonique en général..... | |
| | 53 |
| § I. — Nature de la peine..... | 53 |
| § II. — Buts de la peine..... | 60 |

| | |
|--|-----|
| CHAPITRE II. — Les censures, les peines indé- | |
| terminées et les sentences provision- | |
| nelles..... | 70 |
| § I. — L'amendement, but de la censure.. | 73 |
| § II. — Durée indéterminée de la censure.. | 81 |
| CHAPITRE III. — Les peines canoniques, la péni- | |
| tence, la prison..... | 87 |
| § I. — Du système pénal de l'Église..... | 90 |
| § II. — La pénitence..... | 97 |
| § III. — La prison..... | 106 |
| QUATRIÈME PARTIE. — DE L'APPLICATION | |
| DE LA PEINE AU DÉLIT..... | 127 |
| CHAPITRE I. — L'appréciation des circonstances | |
| au délit..... | 131 |
| CHAPITRE II. — Conséquences de l'appréciation | |
| des circonstances au point de vue | |
| du mode de détermination de la | |
| peine..... | 148 |
| CONCLUSION..... | 165 |

ADDITIONS ET CORRECTIONS

- INTRODUCTION, page I, note 2, ligne 2, *au lieu de* : vel approbavit, lire aut approbavit.
- Page V, ligne 28, *au lieu de* : par des législations, lire par certaines législations.
- Page V, ligne 31, *au lieu de* : théorie les, théorie des.
- BIBLIOGRAPHIE, page XI, *au lieu de* : Hergenrother, Hergenröther.
- Page XIII, *au lieu de* : Grundris, Grundriss, et partout, *au lieu de* : Kanonischen, kanonischen.
- Page XIV, *au lieu de* : saint Thomas, saint Thomas.
- Page 1, ligne 2, *au lieu de* : Le souverain, le Souverain.
- Page 5, note 1, ajouter : cfr. *Extra Com.* 4, V, 9 (1473), où l'on peut lire la formule rapportée au texte.
- Page 9, ligne 20, après desiderant mettre une,.
- Page 16, ligne 17, *au lieu de* : pœnam, lire pœnam.
- Page 20, lignes 5 et 6, *au lieu de* : le for extérieur, les délits, lire : si le for extérieur connaît des délits,
- Page 20, note 3, *au lieu de* : Bussordnugen, lire Bussordnungen.
- Page 22, ligne 6, *au lieu de* : ante, lire aut.
- Page 24, note 2, ligne 1, *au lieu de* : 690. lire 680.
- Page 25, ligne 12, ce Proœmium est la Bulle Rex pacificus.
- Page 33, ligne 11, après : légal, ajouter : et.
- Page 33, ligne 12, supprimer : et.
- Page 34, ligne 3, *au lieu de* C. 3, c. XXXII, lire c. 3, C. XXXII.
- Page 35, lignes 2 et 3. Il s'agit de la glose sur les mots *ab uxore*, du c. 4, C. XXXII, q. 4 (et non du canon 3, comme le texte l'indique). Elle est ainsi conçue : « simplicem fornicationem esse *canonicum crimen*, id est, per *canones*, non per *leges* esse crimen. » Et la glose sur *de lege*, sous le canon 5, *ead. causa* précise le sens de *lex* : « verbo *legi*, elle ajoute : *naturali vel consuetudinaria* : vel, id est, *dispositioni divinae*. La *lex consuetudinaria* est, en d'autres termes, la coutume.
- Page 36, la première phrase a une portée qu'il faut restreindre. Il y a des infractions non-intentionnelles en droit canon, où exceptionnellement l'intention criminelle n'est pas exigée de leur auteur : Ex. : l'homicide par imprudence. Voir aussi p. 37, 140, note 3.
- Page 38, note 3, ligne 3, avant Cui, ouvrir une parenthèse.
- Page 40, ligne 15, *au lieu de* segestes, segetes.
- Page 57, ligne 1, après hung ajouter : oder Verletzung von Rechtsgütern als nothwendig.
- Page 70, ligne 2, *au lieu de* relic, lie.
- Page 111, ligne 24, *au lieu de* abundantia, abundantia.
- Page 128, note 1, ligne 2, *au lieu de* Ratholischen... Kirchenrechts, lire : Katholischen... Kirchenrechts.
- Page 154, note 2, ligne 5, *au lieu de* v, v^e.
- Page 172, ligne 14, *au lieu de* au, lire : du.