cn=Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, email=info@mpier.uni-frankfurt.de, o=Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, c=DE
Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte

IUS COMMUNE

Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte Frankfurt am Main

XXVIII

Herausgegeben von DIETER SIMON
und MICHAEL STOLLEIS

Vittorio Klostermann Frankfurt am Main
2001

Laurence Montazel

La peine privée en France et en Allemagne (XVIème – XIXème siècles)

Essai sur une notion doctrinale commune

Introduction

Les codes pénaux tant allemand que français ont pour point commun de définir les catégories d'infractions par les peines qui leur sont applicables, tendance encore persistante bien qu'atténuée dans le nouveau code pénal français. Jusqu'en 1994, le code français énonce dans son article 1er, «l'infraction que les lois punissent de peines de police est une contravention. L'infraction que les lois punissent de peines correctionnelles est un délit. L'infraction que les lois punissent d'une peine afflictive ou infamante est un crime».[1] La démarche est similaire dans le § 12 du code pénal allemand, bien qu'il soit plus précis quant aux peines applicables: «Verbrechen sind rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit Freiheitsstrafe von einem Jahr oder darüber bedroht sind. Vergehen sind rechtswidrige Taten, die im Mindestmaß mit einer geringeren Freiheitsstrafe oder die mit Geldstrafe bedroht sind.»[2] Par contrecoup, cette approche codificatrice ne laisse aucune place à la peine privée dans la doctrine pénale. En droit contemporain, celle-ci est en effet l'apanage, certes controversé, de la doctrine civiliste.[3]

[1] *Code pénal*, Paris: Litec 1984, p. 1. Le nouveau code pénal scinde la définition en deux articles et y introduit la notion de gravité, pour tenter de rompre ce lien direct de définition entre infraction et peine (*Code pénal*, Paris: Litec 1994, p. 3).

[2] *Strafgesetzbuch*, München: Beck 1998, § 12. La classification tripartite a laissé la place à cette classification bipartite lors de la réforme pénale de 1975.

[3] Les thèses de L. Hugueney (*L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse Paris 1904; et son article: Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XXème siècle, in: *Etudes offertes à G. Ripert*, Paris: LGDJ 1950, tome 2, pp. 249–257) et de P. Jacomet (*Essai sur les sanctions civiles de caractère pénal en droit français*, thèse Paris 1905) ainsi que l'ouvrage de B. Starck (*Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris 1947) font encore référence sur les aspects de cette controverse civiliste.

Pour la période qui nous occupe (16ème – 19ème siècles), la situation est différente, puisque la peine privée trouve droit de cité dans les ouvrages de droit pénal. Cette étude va donc consister à analyser la façon dont la peine privée prenait place dans la doctrine pénale, avant que la correspondance entre classifications, embryonnaire et imparfaite sous l'ancien régime, n'aboutisse à son éviction par le jeu des codifications pénales. C'est replacer la question dans un ensemble plus large qu'à l'habitude, notamment vis-à-vis du processus d'alignement sur un schéma tripartite, des peines, des infractions et des juridictions que la codification a consacré. La manière dont cette tripartition est faite devait logiquement conduire à l'effacement de la peine privée du dispositif doctrinal pénal. Il y a alors eu un simple «glissement» de la matière hors du domaine pénal.

La méthode utilisée se veut dégagée de la subjectivité des auteurs: aucune construction doctrinale n'est exposée et commentée en bloc, dans la mesure où cela pourrait favoriser l'enfermement ou la réduction de l'angle de vue. Il ne s'agit pas d'opter pour la meilleure construction existante à telle ou telle période, mais de comprendre les difficultés auxquelles la construction doctrinale a pu se heurter, comment elle s'est agencée. Les éléments de cette construction sont peu ou prou toujours les mêmes (définitions; composantes des classifications): il suffit donc d'en «démonter» l'échafaudage particulier pour

Loin d'être une question obsolète, cette notion de peine privée a encore été ravivée ultérieurement par la doctrine civiliste (B. Grossfeld, *Die Privatstrafe. Ein Beitrag zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*, Frankfurt am Main, Berlin: Metzner 1961; P. Esmein, Peine ou réparation?, in: *Mélanges P. Roubier*, Paris: Dalloz 1961, tome 2, pp. 37–42; S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris: LGDJ 1995; D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, Paris: LGDJ 1992). En dehors des matières délictuelle et contractuelle, la question de la peine privée a été abordée et très discutée sous l'angle de l'exercice d'un pouvoir de justice privée. Parmi une abondante littérature voir par exemple: J.M. Friedrich, *Die private Strafgewalt. Ihre Zulässigkeit und Möglichkeiten ihrer Begründung*, Diss. Würzburg 1972. Plus spécialement sur la «civilisation» (Zivilisierung) des vols dans les magasins par application d'une peine «privée»: P. Rust, *Ladendiebstahl und «Selbstjustiz»*, Zürich 1972; D. Rössner, *Bagatelldiebstahl und Verbrechenskontrolle. Ein exemplarischer Beitrag zur Entkriminalisierung durch quantitative Begrenzung des Strafrechts*, Diss. Bern, Frankfurt am Main: P. Lang 1976; U. Wolter, Der Alternativ-Entwurf eines Gesetzes gegen Ladendiebstahl und die «actio furti». Einige rechtshistorische Bemerkungen zu einem aktuellen rechtspolitischen Problem, in: *Juristen-Zeitung* 15/16 (1976), pp. 469–473; et l'article en réponse de U. Ebert, Fortschritt oder Rückschritt? Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsgeschichte und Kriminalpolitik, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (1978), pp. 377–412; et, enfin, D. Frehsee, Verhaltenskontrolle zwischen Strafrecht und Zivilrecht, in: *Kriminologisches Journal* (1986), pp. 105–114.

saisir l'attitude et les choix de l'auteur notamment vis-à-vis de la peine privée. Chercher des différences entre les deux pays peut également constituer l'un des buts de cette étude. Mais il faut d'ores et déjà souligner l'extrême variabilité des constructions propre à transcender une telle différenciation: à partir d'éléments plus ou moins communs, s'élabore une infinité de combinaisons, même si des rapprochements, des regroupements sont naturellement possibles. Ce contexte rend difficile l'établissement de conclusions fermes et définitives: seules des tendances peuvent être dégagées.[4]

L'objet de cette étude ne sera pas de livrer, enfin, une définition de la peine privée[5] qui serait supposée satisfaisante: nous ne ferions sans doute alors que rajouter à la polémique et peut-être en serions-nous réduit à reprendre une définition déjà donnée par d'autres chercheurs. Cette définition est évolutive: sa fonction le veut sans doute ainsi. Notre objectif est uniquement de montrer comment elle est insérée dans une construction d'ensemble, par rapport à des définitions et des classifications, et si cette insertion est doctrinalement cohérente, solide: en gros, c'est se demander si elle a réellement sa place quelque part, si elle n'est pas en elle-même trop artificielle pour avoir une quelconque crédibilité. Il ne s'agit plus, par conséquent, comme c'est la tendance dans nombre d'écrits sur cette peine particulière de se concentrer seulement sur cette notion afin de la définir, mais au contraire de la présenter dans un ensemble pour mettre en lumière les difficultés reconnues ou occultées qu'elle déclenche non pas dans la doctrine de droit civil, mais dans le champ pénal.

En conséquence, il s'agit à la fois d'une réflexion sur la doctrine pénale, ses méthodes de construction, ses rapports à la pratique, relativement à un problème donné, et d'une contribution, certes partielle, à l'histoire de la délimitation entre droit pénal et droit civil. A cette fin, il convient d'abord de s'interroger sur les relations existant entre les peines en général et la peine privée, que ce soit du point de vue de la classification ou de la définition (Première partie), et, ensuite, sur

[4] A ce titre, il ne faut pas non plus omettre de signaler que nous avons eu à notre disposition en Allemagne une riche collection de monographies juridiques, ce qui n'a pas été le cas en France. Ces monographies comportent souvent une pagination inhabituelle (par rapport aux usages actuels), voire lacunaire.

[5] Comme M. Cremieux l'a dit, aucun auteur «ne parle le même langage» dès lors qu'il s'agit de définir la peine privée (Réflexions sur la peine privée moderne, in: *Etudes offertes à P. Kayser*, Aix-Marseille: P.U. 1979, tome 1, p. 263).

les liens noués entre la classification des infractions et celle des peines, peine privée comprise (Deuxième partie).

PREMIÈRE PARTIE

Les rapports plus ou moins distanciés entre les peines et la peine privée

La classification doctrinale des peines repose en grande partie sur des couples de notions opposées. Parmi ceux-ci figure celui formé par la peine privée (ou civile) et la peine publique (ou criminelle). Afin de mieux comprendre la cohésion interne de la classification générale des peines, il convient de rechercher quels liens peuvent unir cette division particulière à la classification générale, et si le choix effectué à ce niveau est en correspondance avec la définition générale de la peine retenue (I). Cette démarche peut être approfondie par l'observation de la définition en soi complexe de la peine privée et de ses relations avec la définition générale de la peine (II).

I

La division entre peine privée et peine publique: autonomie ou intégration dans la classification doctrinale des peines ?

Dans sa construction, la science pénale a souvent reconnu une place à la division entre peine privée (ou civile) et peine publique (ou criminelle)[6] dans le système de classification des peines. Cependant, sa position exacte au sein de ce tout ne fait pas l'objet d'une présentation uniforme: trois tendances sont à ce sujet perceptibles. Les auteurs français ou allemands accordent à cette division particulière une place à part entière (A), ou bien ils absorbent celle-ci à l'intérieur d'une autre division binaire jugée plus importante (B). Mais il arrive également que de tels choix soient éludés (C). Reste ensuite à savoir si la définition générale de la peine a pu avoir une incidence sur le choix de classification et si, donc, elle peut être le fondement de ces variations (D).

[6] L'expression «peinliche Strafe» est une création linguistique de la doctrine qui émerge à partir du 14ème siècle sous des dénominations apparentées, lorsque le droit pénal et le droit civil commencent à se distinguer visiblement l'un de l'autre (E. WADLE, Die peinliche Strafe als Instrument des Friedens, in: *Träger und Instrumentarien des Friedens im hohen und späten Mittelalter*, hg. von J. FRIED, Sigmaringen: Thorbecke 1996, p. 237).

A. *La tendance partagée à une division autonome*

Cette première tendance se dégage très nettement chez de grands pénalistes français. Jousse divise les peines, en premier lieu, en fonction des protagonistes du procès pénal, que ce soit, d'une part, l'accusé (peines visant sa personne, son honneur, ses biens; peines capitales, afflictives, infamantes), d'autre part, les juges (peines légales, peines fondées sur l'usage judiciaire, peines arbitraires). C'est sous ce second chef, qu'il introduit «une des principales manières de diviser les peines», c'est-à-dire la division en peine publique et peine privée.[7] Le chapitre suivant intitulé «des peines qui sont en usage en France» se subdivise en deux sections portant respectivement sur les peines publiques et sur les peines privées.[8] Jousse attribue donc bien là à cette distinction une place autonome et prééminente.

Muyart de Vouglans met en avant, tant elle lui parait fondamentale, la différence existant entre le droit de son temps et le droit romain: «mais comme nous avons sur ce point des usages différents de ceux du droit romain, c'est pour éviter la méprise, toujours dangereuse en cette matière, que nous croyons devoir commencer par donner ici une notion sommaire des principes de ce droit par rapport à la division des peines.»[9] Ensuite, il appuie la classification contemporaine des peines directement sur celle des lois, et de cette façon il reconnaît l'autonomie de la division entre peine civile et peine criminelle sans cependant lui attribuer de prééminence directe. Il existe en effet des lois divines, des lois humaines, des lois civiles, des lois criminelles, des lois ecclésiastiques et des lois militaires, et, par une sorte de reflet, des peines divines ou spirituelles, des peines humaines ou temporelles, des peines civiles, des peines criminelles, des peines ecclésiastiques ou canoniques et des peines militaires. Il se sert ensuite de la division entre peines civiles et peines criminelles pour déterminer son champ d'étude par la négative, sans qu'ultérieurement ce soit d'ailleurs le gage d'une parfaite rigueur. Il affirme vouloir se limiter à l'exposé des peines criminelles.[10] Il considère étrangères à son ouvrage «les peines purement civiles et qui sont connues autrement sous le nom de peines d'ordonnance ou de coutume, ou de peines conventionnelles», car «elles portent principale-

[7] Jousse, *Traité de la justice criminelle de France*, Paris 1771, tome 1, p. 38.
[8] Jousse, Traité (n. 7), p. 42 ss.
[9] Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, Paris 1780, p. 50.
[10] Muyart de Vouglans, Les lois criminelles (n. 9), p. 51.

ment sur les biens et elles se prononcent ordinairement dans les tribunaux civils sur la demande des parties intéressées [...]».[11] Cela ne l'empêche aucunement de faire ensuite l'exposé assez large des peines dites pécuniaires, sans cependant jamais utiliser l'expression «peine civile»,[12] et en mettant pourtant indirectement en exergue la division entre celles qui sont infamantes et celles qui ne le sont pas.

Des auteurs allemands ont également accordé une place particulière à cette division binaire des peines. Dans une classification par ordre d'importance, elle s'est vu reconnaître la première place avant même les divisions entre peines ordinaires et peines extraordinaires, peines capitales et peines non capitales.[13] Ou bien, à l'inverse, cette division est invoquée après toutes les autres comme chez Carpzov. D'après ce célèbre pénaliste, les peines capitales et les peines non capitales font l'objet d'une graduation en trois niveaux qui définit leur gravité, et elles sont suivies d'autres distinctions: peines légitimes et peines conventionnelles ou testamentaires; peines ordinaires et peines extraordinaires; enfin, peines civiles et peines criminelles.[14]

Avant la codification, les criminalistes allemands du 19ème siècle reprennent encore, y compris dans sa dimension historique, cette distinction entre peine civile et peine criminelle,[15] ou peine privée et peine publique,[16] pour lui conserver une place majeure et autonome dans leur construction doctrinale.

Dans des cas visiblement plus rares mais aussi décelables dans les deux pays, cette première tendance à l'autonomie a pu être poussée à l'extrême, c'est-à-dire aboutir à l'intégration des diverses divisions des

[11] Muyart de Vouglans, Les lois criminelles (n. 9), p. 52.

[12] Muyart de Vouglans, Les lois criminelles (n. 9), p. 81 ss.

[13] Praes.: B. de Moor, Resp.: I. van Teylingen, *De poenis*, Lugduni Batavorum 1756, p. 8 s.

[14] Benedict Carpzov, *Practicae novae rerum criminalium*, Pars tertia, Lipsiae 1723, Question 102, pp. 7–9. Sur la conception des peines chez Carpzov dans la perspective du droit de la police voir K. Härter, Zum Verhältnis von Policey und Strafrecht bei Carpzov, in: *Benedict Carpzov: neue Perspektiven zu einem umstrittenen sächsischen Juristen*, hg. von G. Jerouschek, W. Schild und W. Gropp, Tübingen 2000, pp. 181–225.

[15] K. G. Wächter, *Lehrbuch des römisch-teutschen Strafrechts*, Stuttgart 1825, Bd. 1, pp. 159–161.

[16] A. R. von Feuerbach, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen 1820, p. 254 ss.: avec pour innovation la catégorie de la peine publique dite relative (rétractation, pardon, déclaration sur l'honneur). Köstlin semble plus insister sur la montée de la peine publique et négliger en tant que telle cette division (*System des deutschen Strafrechts*, Tübingen 1855, Bd. 1; Neudruck Aalen: Scientia Verlag 1978, p. 453 ss.).

peines dans celle établie, et alors présentée comme majeure, entre peine civile et peine criminelle.

Lerasle affirme que «les peines sont ou civiles ou criminelles. Les premières sont pécuniaires; on en est quitte en payant une certaine somme convenue ou réglée par les usages. Les criminelles sont légales, mais avec cette différence que les unes sont capitales et les autres ne le sont pas.»[17] Chez Duret, le «tableau ou figure des peines criminelles et civiles par division» parle de lui-même: «l'arbre» général des peines prend ses racines dans cette division jugée première.[18] Berger opte aussi pour la prééminence de cette distinction et subdivise en outre les peines civiles en «peines communes» et peines ecclésiastiques, et les peines criminelles, en peines capitales et peines non capitales.[19] Ce choix doctrinal intervient aussi dans une monographie consacrée à la clause pénale: les peines civiles y sont départagées en peines civiles dites anciennes (droit romain) et peines civiles dites nouvelles (bürgerliche Strafe), en peines légales et peines non légales (peines conventionnelles et peines testamentaires).[20]

La place autonome accordée à la division entre peine privée (ou civile) et peine publique (ou criminelle) revêt donc en Allemagne comme en France un double aspect: soit elle figure à côté des autres divisions, que l'auteur décide ou non d'en traiter, soit son autonomie est tellement affirmée qu'elle absorbe les autres divisions de la peine. Mais la situation parfaitement opposée peut tout aussi bien se produire.

B. *La tendance unilatérale à une division intégrée*

Ce mode de présentation semble être particulier aux auteurs allemands. Il consiste à enchâsser étroitement la division entre peine criminelle et peine civile au sein d'autres divisions de la peine considérées plus importantes et sans doute moins problématiques. On peut en gros discerner deux groupes: le premier où la division entre peine capitale et peine non capitale prend le dessus seule ou avec d'autres; le second où la classification prend pour axe essentiel la division entre peine divine et peine humaine.

[17] Lerasle, *Encyclopédie méthodique*, Paris 1786, tome 6, p. 512.

[18] Duret, *Traité des peines et amendes tant pour les matières criminelles que civiles*, Lyon 1606 (page non numérotée).

[19] Berger, *Electa iurisprudentiae criminalis*, Lipsiae 1706, pp. 15–21.

[20] M. N. Braun, J. E. de Wangenheim, *De poena conventionali maxime in matrimonialibus*, Jena 1707, p. 8 ss.

1er groupe: Chez certains auteurs, seule la division entre peines capitales et peines non capitales apparait, avec toujours pour point de repère le fait que la peine capitale correspond à la mort naturelle et à la mort civile, les peines non capitales regroupant le reste pêle-mêle.[21] Dans une autre monographie encore, la division entre peine légale et peine arbitraire, et entre peine capitale et peine non capitale, sont mises en avant, le détail des peines non capitales intègrant à la fois les peines civiles et les peines criminelles. Il convient de remarquer que les peines criminelles comprennent tant la peine de mort (peine capitale) que les peines corporelles afflictives (peines non capitales), et que les peines dites civiles correspondent uniquement à des peines non capitales.[22] Cela signifie le choix tout à fait subjectif effectué par l'auteur: il aurait tout aussi bien pu choisir la division entre peine criminelle et peine civile comme division dominante. Mais, il est vrai qu'elle entraine avec elle un problème obscur de délimitation.

2ème groupe: La distinction entre peine divine et peine humaine peut faire l'objet d'une présentation qui reste assez générale, ou bien, donne lieu à un approfondissement. Dans le premier cas, Verdhelan se contente de distinguer les peines divines naturelles soit ordinaires soit extraordinaires, et les peines humaines provenant soit d'une convention, soit d'un testament, ou encore de la loi. Dans cette dernière catégorie, sont intégrées les peines civiles et les peines criminelles (capitales ou non; ordinaires ou extraordinaires).[23] On peut là aussi constater que rien n'empêchait l'auteur de prendre d'autres divisions pour axe principal de sa classification.

Dans le second cas, Gutwasser expose un système de classification des peines plus large: il distingue les peines divines naturelles basées sur l'idée de vengeance, les peines divines positives palliant l'insuffisance des premières (peines corporelles soit capitales soit non capitales dirigées contre l'homme naturel; peines douloureuses ou infâmantes contre l'homme civil qui sont capitales ou non), et, enfin, les peines humaines divisées en peines criminelles, peines de police et peines civiles. En outre, les peines criminelles se divisent en peines capitales et non capitales, et en peines ordinaires et extraordinaires.[24] L'auteur

[21] G. D. Locamero, B. Wesselius, *De poenis*, Argentorati 1623, pp. A 3 – B; Q. Schachers, B. à Lengen, *De poenis*, Lipsiae 1654, p. 2 ss.; E. Ottonis, A. van Ruster, *De poenis*, Trajecti ad Rhenum 1724, pp. 6–16.

[22] C. Ziegler, J. F. Hertzog, *De poenis*, Wittebergae 1674, p. G 3v.

[23] D. Verdhelan, *De poenis*, Basilae 1734, p. 6 s.

[24] I. G. Gutwasser, *De poenis earumque modo*, Lipsiae 1785, pp. 7, 11–24.

manifeste la volonté d'être plus complet, mais il n'en résulte pas de conviction plus grande chez le lecteur.

Faire de la division entre peine criminelle et peine civile la division majeure absorbant toutes les autres représente une source de difficultés en raison des problèmes de définition que ces deux types de peines posent. Aussi, cette tendance extrême semble-t-elle relativement isolée.

On peut alors considérer la dominance des autres divisions comme plus usuelles en ce qu'elles constituent un bon moyen de minorer ces difficultés. Celles-ci sont d'ailleurs si bien connues, que certains auteurs ont choisi de les éluder purement et simplement.

C. *Le contournement commun d'une division incertaine*

Cette division entre peine privée et peine publique peut être contournée de plusieurs façons que ce soit chez des auteurs allemands ou des auteurs français. Elle peut être explicitement écartée du champ de classification pour des motifs liés à des questions de définition.[25] Ou encore, elle peut l'être par l'adoption d'une division plus ample entre «peine réparatrice» (*reparatoria poena*) et «peine correctrice» (*emendatoria poena*).[26] La première correspond à la réparation de l'acte commis, au sens du talion: dans le cas de l'homicide, c'est la peine de mort. La deuxième implique une peine plus grave, c'est-à-dire qui va au-delà de cette réparation: ainsi, en matière de parricide, la peine de mort intervient sous une forme plus cruelle (enfermement du condamné et de divers animaux dans un sac jeté à la mer ou dans un cours d'eau). Ces peines sont introduites par les lois civiles,[27] et se scindent elles-mêmes en peines capitales et peines non capitales, en peines ordinaires et peines extraordinaires.[28]

On retrouve cette réaction de contournement chez des auteurs français. Ainsi, Domat divise les peines selon leur nature (pécuniaire, corporelle, etc.), pour ensuite présenter comme deux grands groupes de

[25] Püttmann, *Elementa iuris criminalis*, Lipsiae 1779, p. 39. La division principale est chez cet auteur celle établie entre peines capitales et peines non capitales (p. 30 s.).

[26] G. de Vries, A. van Bredehoff, *De poenis*, Trajecti ad Rhenum 1692, p. 7 s. On trouve chez Ayrault avec une tonalité similaire l'expression de «réparation publique» (*Ordre et instruction judiciaire*, Paris: Cotillon et Cie, Chevalier-Marescq 1881, p. 79 s.; 1ère éd. en 1588).

[27] de Vries, van Bredehoff, De poenis (n. 26), p. 7 s.

[28] de Vries, van Bredehoff, De poenis (n. 26), pp. 8–14.

«peines» applicables, d'une part, la «simple peine» qui venge le public du crime commis et châtie le criminel, d'autre part, la «réparation» du dommage causé (restitution, intérêts civils).[29] De même, Denisart[30] et Ferriere[31] choisissent une classification exclusivement basée sur la nature des peines, et excluent toute allusion à une quelconque division entre peine civile et peine criminelle ainsi qu'à ces appellations elles-mêmes.

En conclusion, il apparait que la division binaire entre peine civile et peine criminelle fait partie du paysage de la science pénale, sans pour autant y obtenir une situation parfaitement stable. Celle-ci oscille d'une place à part à l'intégration totale en passant par des cas d'exclusion plus ou moins radicale du champ de classification. On peut alors se demander si ces variations ont quelque chose à voir avec la définition générale de la peine choisie.

D. *Des choix compartimentés de classification et de définition*

On rencontre deux types de définition de la peine l'une mettant l'accent sur le lien de cause à effet entre l'infraction et la peine, l'autre insistant sur la dimension légale, publique de la peine. Mais elles se rejoignent quant à leur absence d'effets sur la classification des peines.

a) Neutralité de la définition de cause à effet sur le mode de classification des peines: Ce type de définition repose sur l'équilibre général des peines et des récompenses, des vices et des vertus. La terminologie liée à la définition de la peine est bien sûr marquée par l'idée de souffrance que ses finalités sociales soient précisées ou non. «Les peines sont les divers maux que l'on fait souffrir aux criminels [...]».[32] La peine est le châtiment que l'on fait souffrir à ceux qui ont commis quelque crime ou quelque faute.[33]

On retrouve ce type de définition en Allemagne. Même s'il a pu être explicitement affirmé qu'il n'existait pas de définition absolue de la

[29] Domat, *Le droit public suite des lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris: Coignard 1699, tome 5, pp. 175–178.

[30] Denisart, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, Paris: Desaint 1766, tome 3, p. 75 s.

[31] C. J. de Ferriere, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Paris 1740, tome 2, pp. 345–351.

[32] Domat, Le droit public (n. 29), p. 210.

[33] Denisart, Collection (n. 30), p. 75; Ferriere, Dictionnaire (n. 31), p. 345.

peine,[34] à peu près tous les auteurs en proposent une, sorte de synthèse ou simple copie de définitions antérieures, qu'ils considèrent comme étant la plus satisfaisante. La définition en général citée est celle de Grotius: «*malum passionis quod infligitur ob malum actionis*». Cette définition de base est très fréquemment reprise moyennant quelques variantes.

Le choix de ce genre de définition n'a pas d'incidence sur celui de la classification des peines. Elle apparait chez des auteurs qui incluent dans leur classification la division entre peine privée et peine publique,[35] comme chez ceux qui contournent cette distinction particulière.[36]

b) Absence d'effet répulsif de la définition légaliste ou publiciste de la peine à l'égard de la division entre peine privée et peine publique: On retient dans cette catégorie les définitions où il est nommément fait référence à la loi ou au pouvoir souverain. Les auteurs insistent par la terminologie sur un aspect particulier de la définition.

Gutwasser propose une définition légaliste sous la forme suivante: «*Poena est dolor ob legis transgressionem poenalis authoritate legislatoris ad iustitiam eiusdem obtinendam, aut transgressorem et alios emendandos, laesoque reliquisque, quorum interest, satisfaciendum, transgressori inflictus*».[37] Van Bredehoff souligne le lien entre stabilité politique, loi et peine: «*Quemadmodum nulla Resp. sine legibus stabilita esse potest, sic nullae leges sine sanctione, qua poena in delinquentes statuitur, consistere possunt.*»[38] Toutefois contrairement à Gutwasser, il ne retient pas la division entre peine civile et peine criminelle.

Du côté français, ces deux orientations se retrouvent. Muyart de Vouglans se veut légaliste dans sa définition de la peine,[39] tout en reconnaissant l'existence de peines dites purement civiles, il est vrai, hors du champ du droit pénal. Quant à Lerasle, la peine est selon lui «un mal dont le souverain menace ceux de ses sujets qui seront disposés à violer les lois et qu'il leur inflige actuellement et dans une juste

[34] C. G. Robert und Koch, *Ueber civil und criminal Strafen und Verbrechen*, Giessen 1785, p. 5.

[35] I. S. F. de Boehmer, *Elementa iurisprudentiae criminalis*, Halae 1774, p. 223 ss. (mais peines civiles qui ne sont plus en usage); Ziegler, Hertzog, De poenis (n. 22), p. 4r et p. G 3v; de Moor, van Teylingen, De poenis (n. 13), p. 2 et p. 8.

[36] Püttmann, Elementa (n. 25), p. 13.

[37] Gutwasser, De poenis (n. 24), p. 4.

[38] De Vries, van Bredehoff, De poenis (n. 26), p. 5.

[39] Muyart de Vouglans, Les lois criminelles (n. 9), p. 38 et p. 51.

proportion, lorsqu'ils les violent, indépendamment de la réparation du dommage, dans la vue de quelque bien à venir, et en dernier ressort pour la sûreté et la tranquillité de la société.»[40] Il n'en retient pas moins lui aussi la notion de peine civile.

Ainsi, les types de définition et de classification ne sont pas automatiquement reliés deux par deux: les combinaisons se réalisent somme toute librement. Ce compartimentage ne fait cependant pas en apparence éclater d'incohérence majeure. On aurait certes pu attendre des auteurs légalistes ou publicistes une orientation systématique vers la négation de la peine civile. Mais, si elle n'intervient pas, deux explications paraissent plausibles: soit l'auteur obéit aux nécessités de la définition par opposition (explication formelle), soit il existe un décalage d'évolution entre une définition générale déjà publicisée et une classification restant peu ou prou à l'écart de ce mouvement ascendant (explication de fond confinant au problème de cohérence).

Ces premiers résultats et hypothèses conduisent à mener plus avant l'analyse des divers éléments de la construction doctrinale et de leur articulation, notamment à confronter cette fois-ci la définition de la peine privée et la définition générale de la peine.

II

La peine privée: une inconnue dans l'équation pénale

Le problème de la définition de la peine privée existe également sous l'ancien régime. Face à lui, l'attitude de la doctrine est diversifiée et passe pour ainsi dire d'un extrême à l'autre: la peine privée est reconnue à part entière ou bien son existence est niée en tant que telle (A). D'autre part, elle ne prend que très peu appui sur la définition générale de la peine, dans la mesure où les points de transition explicites entre les deux définitions sont souvent inexistants (B).

A. *La définition de la peine privée entre deux extrêmes*

a) Parmi les auteurs reconnaissant pleinement l'existence de ce type de peine, trois groupes peuvent être discernés.

Un groupe opte pour une définition à contenu large en procédant par énumération. Il se compose essentiellement d'auteurs allemands.

[40] Lerasle, Encyclopédie (n. 17), p. 511.

Carpzov dans sa question 102 délimite les peines criminelles et civiles: «*In foro Saxonico eae solummodo poenae dicuntur criminales, peinliche, quae corpori infliguuntur: veluti mortis poena, fustigatio, manus amputatio, etc. Reliquae vero poenae leviores ut mulcta pecuniaria, poena carceris, vel relegationis, etc. civiles appellantur, bürgliche Straffen.*»[41] Il précise en outre dans sa question 130 que les peines civiles les plus usuelles sont de son temps, l'amende pécuniaire, la prison et la relégation. Il remarque cependant en ce qui concerne la peine d'emprisonnement que les prisons sont souvent «horribles et immondes», ce qui met la vie du condamné en danger: il conçoit donc qu'il existe une limite pratique, au moins partielle, à l'idée que la peine civile ne porte pas atteinte au corps.[42]

Chez Berger, le même critère resurgit: dans le droit saxon et la Caroline, chaque fois qu'une peine n'afflige pas le corps, elle est dite civile.[43] Cette «bürgerliche Straffe» correspond à l'une des peines suivantes: l'amende (Geldbuße ou Geldstrafe), la confiscation des biens, la prison, la relégation, le pilori ou le carcan, l'assignation à résidence au sens large (*confinatio*).[44] Gutwasser donne une variante de cette définition: «*Poena civilis ipsa autem est dolor ob leviora delicta per diminutionem felicitatis externae, tamen sine afflictione corporis excitatus, et huius remotione a poenis criminalibus satis superque*

[41] Carpzov, Practicae (n. 14), p. 12; définition reprise par Suevus, *Practicae novae imperialis saxonicae rerum criminalium Benedicti Carpzovi Synopsis*, Lipsiae 1703, p. 391.

[42] Carpzov, Practicae (n. 14), p. 221. Ultérieurement d'ailleurs, mais dans un autre contexte, la division entre peines afflictives et peines pécuniaires a pu être critiquée, en ce que les unes et les autres poursuivent un seul et même but, infliger un mal au coupable, sous des formes diverses (Kronecker, Beitrag zur Lehre von der Geldstrafe, in: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* 28 [1880], pp. 9–26). Il faut en outre remarquer qu'en droit romain, les peines «privées» (Humbert) étaient essentiellement patrimoniales; elles ne frappaient qu'exceptionnellement la personne du coupable, et dans ce cas, la peine physique ne devait être comprise que comme menace faite pour déboucher sur un rachat de la vengeance (M. Humbert, Les peines en droit romain, in: *Recueil de la société J. Bodin* 55 (1991), pp. 133–183).

[43] Berger, Electa (n. 19), p. 14. Voir aussi en ce sens: Rebhan, Zillesius, *De mulcta von Frevel oder Geltstraff*, Argentorati 1656, p. A 4v; Ziegler, Hertzog, De poenis (n. 22), p. G 3v.

[44] Berger, Electa (n. 19), p. 19 s. On voit là qu'il est impossible de retenir la définition de Hugueney pour lequel la peine «civile» est la peine qui par ses formes, ses procédés se rattache au droit civil (L'idée de peine privée [n. 3], p. 11). Pour notre part, nous avons donc employé l'expression plus large de peine «privée», notamment dans les titres de cet article, et retenu celle de peine «civile» seulement lorsque les auteurs cités l'ont eux-mêmes utilisée. En général, ceux-ci n'expliquent pas leur choix terminologique.

distinctus dividitur.»[45] Cet auteur en plus des peines civiles que les juristes précédents admettent, y rajoute la peine d'infamie.[46]

Un second groupe choisit une définition à contenu réduit, selon deux orientations. Renonçant à une définition par énumération, des auteurs allemands proposent une définition restreinte reposant sur le simple critère de l'intérêt en jeu: «*Poena legalis alia est civilis quae privatum, alia criminalis quae publicum rescipit interesse.*»[47] Une telle définition ne permet pas de déduire ce que l'on peut concrétement y absorber, et ces auteurs ont peut-être justement chercher à contourner la question de sa teneur exacte.

Par contre, d'autres juristes français ou allemands se montrent restrictifs au sens plein du terme. Jousse offre une liste que l'on peut encore juger conséquente, mais qui en tout cas ne comprend aucune peine telle que celles admises par les auteurs allemands du paragraphe précédent: la peine «privée» peut être l'amende honorable, la condamnation à une obligation alimentaire, la défense d'injurier ou de récidiver, la condamnation à des «intérêts civils».[48] Lerasle la réduit lui au strict minimum: c'est une peine pécuniaire dont on se libère par simple paiement.[49] De même, Duret définit la peine civile comme amende: «l'amende adjugée à la partie civile est pour son interest civil et par ce moyen réputée civile».[50]

Du côté allemand, la dissertation de Petersen et Leyser, «*De poena privata*» (1743) désigne une peine de nature purement pécuniaire. Les auteurs de cette monographie cherchent des critères de délimitation entre la peine publique et la peine privée, mais ils n'évoquent dans leur démonstration qu'une peine privée sous forme d'amende, les termes «*mulcta*» et «Busse» étant indifféremment utilisés pour la désigner.[51] Ils se bornent à la présenter comme une peine d'argent versée au profit de la victime, sans qu'une intervention judiciaire soit automatique-

[45] Gutwasser, De poenis (n. 24), p. 30.

[46] Gutwasser, De poenis (n. 24), p. 23.

[47] Verdelhan, De poenis (n. 23), p. 7; même sens: de Moor, van Teylingen, De poenis (n. 13), p. 8.

[48] Jousse, Traité (n. 7), pp. 115–127. En dehors de son contenu, il en donne une définition générique: «les peines privées sont celles qui se prononcent par les juges sur la requête de la partie civile pour la réparation du tort et dommage qui lui a été causé» (idem, p. 38). Ce qui renvoie au problème connu de la délimitation entre peine privée et dommages-intérêts.

[49] Lerasle, Encyclopédie (n. 17), p. 512.

[50] Duret, Traité (n. 18), p. 7v et p. 8.

[51] Leyser, Petersen, *De poena privata*, Vitebergae 1743, p. 3s.

ment nécessaire. Leur mérite est de mettre spécialement en valeur le climat conflictuel qui entoure en pratique cette peine. En effet, afin d'éviter les abus auxquels elle donnait lieu, une loi impériale de 1731 en avait écarté l'application au sein des collèges d'artisans où elle visait à combattre les fraudes à la réglementation de leur métier.[52] Les artisans ont opposé à cette mesure générale une farouche résistance: «*Lugent inprimis opifices poenarum privatarum voluptatem sibi ereptam, ac infinitas artes et nova nomina, quibus eas retineant, ac porro expetant, excogitant.*»[53] C'est dire que la peine dite privée, dans l'acception choisie par ces auteurs, loin de se réduire à des problèmes de construction doctrinale, se trouve au cœur d'un enjeu de taille, l'exercice du pouvoir de punir. Elle s'insére donc directement en négatif dans la stratégie de monopolisation de celui-ci par le pouvoir politique.

Un dernier groupe dont Stelzer est un représentant, apparait à part dans le choix terminologique qu'il fait. Il opére une division plus affinée entre la peine civile située hors du champ pénal (bürgerliche Strafe) et la sanction de droit pénal visant des droits civils (peinlich-bürgerliche Strafe).[54]

b) D'autres auteurs réalisent une assimilation implicite entre la peine civile et d'autres catégories de peines révélée par un recoupement des contenus. «*Poenae non capitales sint quae corpus vel existimationem ladunt*»: les auteurs y englobent, entre autres, la peine du fouet, la relégation, et la peine pécuniaire avec note d'infamie,[55] classées chez d'autres juristes parmi les peines civiles. Leur démarche attire particulièrement l'attention dans la mesure où ils retiennent dans leur définition générale de la peine, des peines ailleurs dites civiles, comme les peines conventionnelles, testamentaires, et l'amende.[56] Cet exemple d'assimilation montre l'image d'une peine civile qui ne serait au fond que le produit d'un démembrement de la catégorie des peines non capitales.

Par recoupement des contenus, la peine civile est implicitement assimilée à la peine pécuniaire. Denisart comprend dans la catégorie des peines pécuniaires, les condamnations à des dommages-intérêts, les réparations civiles, les aumônes, «et autres peines» que l'on peut

[52] Leyser, Petersen, De poena privata (n. 51), p. 7.
[53] Leyser, Petersen, De poena privata (n. 51), p. 7 s.
[54] C. L. Stelzer, *Grundsätze des peinlichen Rechts. Ein Handbuch für practische Rechtsgelehrte*, Erster Theil, Erfurt 1790, p. 140 s.
[55] Vries, van Bredehoff, De poenis (n. 26), p. 10 s. et p. 13.
[56] Vries, van Bredehoff, De poenis (n. 26), p. 5 s.

faire cesser avec de l'argent.[57] Muyart de Vouglans reprend encore cette idée: la peine pécuniaire est toute peine que l'on peut faire cesser avec de l'argent, qu'elle soit ou non infamante.[58] Mais c'est autour de la marque d'infamie que s'opère une distinction: la peine est «purement» pécuniaire lorsqu'elle n'emporte pas infamie (dommages-intérêts, frais et dépens des procès) c'est-à-dire est uniquement introduite pour l'intérêt des particuliers, alors que la peine pécuniaire infamante a, elle, pour objet la réparation publique (confiscation, amende pénale, aumône en matière civile).[59] Une division, certes imparfaite, est ainsi effectuée entre le civil et le pénal, consacrant pour l'essentiel le caractère mixte de la peine en argent.[60] L'auteur retient en outre le terme de «peine» pour désigner tant les dommages-intérêts et les dépens que la réparation civile.[61]

Plus qu'une assimilation, il s'agit d'une substitution, dans la mesure où les trois auteurs évoqués ici n'intégrent pas nommément dans leurs écrits la notion de peine civile ou privée. Elle pourrait être significative d'une perception plus tranchée des sphères civile et pénale, malgré la reconnaissance du caractère mixte de l'amende.

c) La prise de conscience d'un problème de définition complexe amène certains auteurs à une réflexion plus approfondie, mais hérissée d'obstacles paraissant insurmontables.

«*Video et miror saepe quin aliquando indignor, advocatos, iudices et nonnunquam Ictos, in delictorum cöercitione tria haec poenam publicam, poenam privatam, et damni restitutionem, quae maxime inter se sunt diversa, non satis ab invicem distinguere ac separare.*»[62] Forts de cette constatation, ces auteurs veulent d'un point de vue terminologique rester tournés vers le présent,[63] et contestent les critères de délimitation ordinairement invoqués entre peine publique et peine privée: d'une part, celui de l'origine de la peine, d'autre part, celui de l'autorité qui l'inflige. Il est inexact de prétendre que la peine publique est établie par la loi, et la peine privée par une convention, et que la

[57] Denisart, Collection (n. 30), p. 76.

[58] Muyart de Vouglans, Les lois criminelles (n. 9), p. 81; même sens: Rousseaud de la Combe, *Traité des matières criminelles*, Paris 1732, p. 259.

[59] Muyart de Vouglans, Les lois criminelles (n. 9), p. 81.

[60] On la retrouve chez Rousseaud de la Combe: «A l'égard de l'amende, elle est infamante au criminel, mais non au civil» (Traité [n. 58], p. 259).

[61] Rousseaud de la Combe, Traité (n. 58), pp. 86–88.

[62] Leyser, Petersen, De poena (n. 51), p. 1.

[63] Leyser, Petersen, De poena (n. 51), p. 3.

peine publique est infligée par l'autorité judiciaire alors que l'application d'une peine privée ne nécessite jamais son recours.[64] Sur ce dernier point, ils rapportent un exemple concret sur lequel ils expriment leur avis. Au mois de décembre 1734, un paysan a été accusé d'avoir commis des actes contraires au réglement villageois (Dorfordnung). Ce réglement prévoyait pour peine une amende sous forme d'un tonneau de cervoise offert à la communauté. Devant le refus du contrevenant de leur remettre directement ce tonneau, les villageois se sont rendus en groupe à la taverne pour y consommer la valeur dudit tonneau, et ont ordonné au cabaretier de mettre le paiement de son prix sur le compte du contrevenant. Les choses auraient pu en rester là et le paysan aurait pu payer le cabaretier, mais le magistrat du lieu ayant été informé de l'affaire, a accusé le village entier de violation de l'autorité publique, et leur a refusé le droit de percevoir une telle amende. Leyser et Petersen discutent ces deux prises de position, ne donnant raison ni aux villageois en ce qu'ils ont exigé le tonneau contre le gré du coupable, ni au magistrat en ce qu'il a poursuivi ceux-là de sa propre initiative et sans jugement. Ils proposent une solution moyenne: «der Richter und die Gemeinde mögen zwar, wenn jemand sich der in der Dorff-Ordnung gesetzten Straffe freywillig unterwürffet, solche von ihm annehmen, hingegen, wenn dieser sich derselben weigert sich keiner Untersuchung noch eines Erkenntnüsses anmassen, vielweniger das zur Straffe gesetzte Bier auf dessen Rechnung eigenmächtig hohlen, sondern müssen rechtlichen Ausspruchs gewarten.»[65] En définitive, ils ne reconnaissent donc aucun critère vraiment stable de définition.

Un autre auteur manifeste lui aussi ses doutes, et laisse les lecteurs face à l'incertitude. Robert estime que la peine criminelle est une notion relative, et que le recours à la Carolina n'en facilite pas une compré-

[64] Leyser, Petersen, De poena (n. 51), p. 4.

[65] Leyser, Petersen, De poena (n. 51), p. 4 s. En France, à partir du 13ème siècle, l'idée que le roi est source et garant suprême de toute justice a beaucoup progressé, et s'est concrétisée tant par les textes que par la pratique judiciaire. Cependant, l'usage des compositions pécuniaires a persisté jusqu'au 18ème siècle, et même ultérieurement, manifestant la résistance du corps social à l'omniprésence judiciaire. Ainsi, «[...] le premier réflexe des particuliers concernés par un délit était de s'arranger entre eux, pour éviter à tout prix l'intrusion de la justice publique, c'est-à-dire de l'Etat, dans leurs affaires – et ceci valait même en cas d'infractions graves, y compris les meurtres» (J. M. Carbasse, Philippe III le Hardi et les «mauvaises coutumes» pénales de Gascogne. À propos de l'ordonnance de juillet 1280, in: *Hommages à G. Boulvert*, Nice 1987, p. 157).

hension immédiate.[66] L'interprétation de ce texte s'avère sur ce plan nécessaire. Il attire en premier lieu l'attention sur un problème terminologique: les termes «peinlich» et «*criminalis*» ne sont pas synonymes, c'est-à-dire qu'il existe un fossé difficile à combler entre le droit germanique et le droit romain; la doctrine est mal armée pour reconstituer avec précision les évolutions pratiques, et procède par assimilation terminologique pour arriver à une synthèse et des conceptions unifiées. Selon l'auteur, la Caroline comprend des peines publiques qui sont non seulement des peines criminelles mais aussi des peines civiles, comme en témoigne dans divers textes pénaux l'expression «bürgerlich zu strafen».[67] Il récuse par conséquent les juristes qui établissent une équivalence parfaite entre les termes «criminelle» et «publique».[68] A partir de la Caroline, il définit la peine civile comme toute peine pécuniaire et peine de prison à temps, et la peine criminelle comme la peine de mort, la peine affligeant le corps, la perte de l'honneur, la confiscation des biens.[69]

A la suite de la monographie de Robert, des lettres de Koch ont été publiées et contiennent des objections contre la thèse du premier. Effectivement, d'après Koch, en distinguant les sens romain et actuel de l'expression «peine civile», celle-ci ne ressort plus désormais du champ pénal. Cette peine, qu'il réduit au sens romain à la forme d'une amende perçue par la partie lésée (Geldstrafe), n'est plus usuelle en Allemagne, et il relève, pour étayer cette opinion, que le fisc en prend souvent une partie à la victime, notamment pour rémunération du travail judiciaire.[70] D'après lui, la peine civile encore en usage ne peut être prononcée que par le juge civil. L'idée d'une peine civile au sens actuel prononcée pour une infraction criminelle par un juge criminel correspond à un cas de figure impossible, contrairement à ce que pense Robert et à son interprétation de la Caroline.[71]

[66] Robert, De diverso poenarum genere ex mente CCC indeque oriente discrimine inter delicta civilia et criminalia nequaquam negligendo, Marburg 15 août 1779, in: Robert, Koch, *Ueber civil und criminal Strafen* (n. 34), p. 5.

[67] Robert, Koch, *Ueber civil und criminal Strafen* (n. 34), p. 37.

[68] Robert, Koch, *Ueber civil und criminal Strafen* (n. 34), p. 63.

[69] Robert, Koch, *Ueber civil und criminal Strafen* (n. 34), p. 49.

[70] Koch, in: Robert, Koch, *Ueber civil und criminal Strafen* (n. 34), p. 78. Même sens: Boehmer, Elementa (n. 35), p. 227.

[71] Koch, in: Robert, Koch, *Ueber civil und criminal Strafen* (n. 34), p. 80; «Die CCC ist also gar nicht für, sondern vielmehr wider ihn, und wirft sein ganzes Gebäude über den Haufen» (p. 94).

Cette dernière opinion rejoint celle de juristes français prônant l'idée que toute peine est nécessairement une peine publique. Il peut s'agir d'une affirmation directe: «*Non ergo poena est omne id malum, quod quis sola autoritate publica indictum patitur*»; complétée plus loin: «*Nam cum gravis fit omnis poena publica, etiam levissima, quia est publica.*»[72] Ou bien, comme chez Ayrault, elle prend la forme d'une remarque particulière: «les bannissements et amendes honorables sont peines proprement inventées pour le contentement des familles et néanmoins ce sont peines publiques, et peines qui touchent au corps.»[73]

Cette dernière catégorie d'auteurs mise à part, on peut en conclure que le signe distinctif de la peine privée est d'être un mixage de deux autres groupes identifiés de peines (peines non capitales; peines pécuniaires): elle n'a pas d'identité propre. Ses identités d'emprunt la consolident d'un certain point de vue, mais apportent naturellement en germe un ferment de dissolution. C'est là le propre d'une catégorie construite de toutes pièces par la doctrine, et la raison de sa durée: sa «faiblesse» laisse la porte ouverte à une permanente reconstruction de son contenu, plus aisément que s'il s'agissait d'une catégorie rigide par essence difficile à mouvoir, et donc susceptible de disparaître facilement. C'est ce que montre aussi sa confrontation avec la définition générale de la peine.

B. *La fragile articulation entre définition générale de la peine et peine privée*

La construction doctrinale peut être à cet égard réalisée par juxtaposition, c'est-à-dire sans rapport notable entre les deux définitions. Ziegler et Hertzog conçoivent la peine civile comme expréssement assimilée à la peine non capitale, ce qui rejoint sans accroc la définition générale d'une peine «châtiment ou vengeance du délit» qu'exige essentiellement le bien public.[74]

Dans l'ouvrage de Boehmer, la juxtaposition s'effectue aussi, mais en sens inverse. En effet, il précise dans sa définition générale, que la peine est infligée pour l'utilité commune des citoyens,[75] et que sa division majeure la répartit entre les catégories de peine capitale et

[72] M. Z. Boxhorn, *Dissertatio II. De poenis*, Helmstadt 1673, p. 19 s.
[73] Ayrault, Ordre et instruction (n. 26), p. 80.
[74] Ziegler, Hertzog, De poenis (n. 22), p. 4v.
[75] Boehmer, Elementa (n. 35), p. 223.

peine non capitale. Il affirme concernant cette dernière catégorie, qu'il s'agit de peines criminelles, même si la Carolina a nommé improprement certaines de ces peines, peines civiles. Il évite ainsi un heurt évident avec sa définition de la véritable peine civile, qui selon lui se caractérise par le fait qu'elle est uniquement prononcée en faveur et pour l'utilité des parties, comme la peine du double ou du quadruple.[76]

Quant à Jousse, il définit les peines comme «les diverses punitions qu'on fait souffrir aux malfaiteurs, soit pour les corriger, soit pour les châtier de leurs crimes, et empêcher qu'ils n'y retombent».[77] De cette façon, les peines civiles telles qu'il les entend (amende honorable, condamnation à des intérêts civils, défense d'injurier ou de récidiver) se juxtaposent d'elles-mêmes à la définition générale, les termes de celle-ci étant pour ce faire suffisamment larges.[78]

Ces trois exemples montrent l'absence d'effort particulier fait pour coordonner des définitions distinctes mais liées l'une à l'autre par la force des choses. Pour ces auteurs, elles sont censées se soutenir spontanément pour assurer la solidité de l'édifice doctrinal.

D'autres auteurs estiment que cela ne va pas de soi, puisqu'ils cherchent à articuler tant bien que mal ces éléments, soit dans un cadre général, soit dans un cadre particulier (amende; peine conventionnelle ou testamentaire).

Dans le premier cas, la technique de la définition «à niveaux» de la peine a été utilisée, que l'expression peine privée (ou civile) apparaisse ou non. L'inspiration d'une telle graduation provient sans doute à cette période de l'œuvre de Carpzov dont la première édition paraît en 1635. Ce pénaliste a usé de cette méthode pour détailler et ordonner les peines capitales et les peines non capitales, avant de définir successivement les peines légitimes, les peines conventionnelles et les peines testamentaires.[79]

La graduation a été reprise sous un angle différent par la suite: elle fonde une définition générale articulée autour de l'origine identifiée de la peine (loi, convention, testament) et intégre d'emblée des composantes susceptibles d'être classées parmi les peines civiles. Ainsi, Vries et van Bredehoff discernent trois niveaux de définition: la peine au sens

[76] Boehmer, Elementa (n. 35), p. 227.

[77] Jousse, Traité (n. 7), p. 36.

[78] Jousse, Traité (n. 7), p. 115.

[79] Carpzov, Practicae (n. 14), p. 9: *summi gradus* = peines capitales; *medii vero gradus* = peines capitales qui ne sont pas des peines de sang; *infimi vero gradus* = peines non capitales correspondant partiellement à la peine civile de sa question 130.

large (peine conventionnelle ou testamentaire), la peine au sens strict (amende), enfin, la peine au sens le plus strict, c'est-à-dire «*poenae interpretatio est cum supplicium dicitur: quo sensu commode definiri potest delicti eique adaequata coercitio ad publicam tranquillitatem et nocentium terrorem praecipue constituta*».[80] De Moor et van Teylingen remarquent que la notion de peine est plus large que celle que l'on rattache simplement au délit, et concernent les domaines contractuel et testamentaire.[81] Mais dans ces deux ouvrages, l'effort d'articulation ne va pas plus loin: le contenu des peines exposé par la suite, que ce soit celui de la peine civile (de Moor / van Teylingen) ou de la peine non capitale (Vries / van Bredehoff), n'est rattaché en aucune manière à la définition générale donnée en premier lieu; l'effort de coordination des divers éléments peut par conséquent être jugé imparfait.

Une autre technique œuvre dans le même sens: l'introduction d'un détail de définition peut fournir un lien plus ou moins net entre définition générale et définition particulière. Ainsi, Gutwasser reprend de sa définition générale le terme «*dolor*» pour définir la peine civile.[82] Dans un genre similaire Gruner affirme que le terme de «peine» est indissociable de la notion de «mal», et plus loin que «*in definiendam enim poena publica ob oculos habent emolumentum indirectum, h. e. effectum eius mali, quod poenae privatae constituenda emolumentum directum, puta, hoc ipsum, quod praestur, h e. lucrum pecuniarium*».[83] Mais cette liaison est affaiblie chez cet auteur par une vision plutôt mixte de la peine et cela sous deux rapports: premièrement, en établissant une division entre forme et cause de la peine,[84] deuxièmement, en évoquant le cas de la peine dite «semi-privée».[85]

De façon plus marquée, Verdelhan aprés avoir présenté la peine comme un «mal physique», précise «*per malum physicum intelligimus quidquid nos dolore afficere potest. Tales sunt corporis cruciatus, famae vel bonorum amissio.*»[86] Mais, plus loin, il reprend en outre la technique de la définition graduée des peines en fonction de leur

[80] Vries, van Bredehoff, De poenis (n. 26), p. 6.
[81] De Moor, van Teylingen, De poenis (n. 13), p. 3.
[82] Gutwasser, De poenis (n. 24), p. 4 et p. 30.
[83] C. G. A. Gruner, *De poenis Romanorum privatis earumque usu hodierno*, Lipsiae 1805, p. 9.
[84] Gruner, De poenis Romanorum (n. 83), p. 6.
[85] Gruner, De poenis Romanorum (n. 83), p. 10 s.: lorsque la peine revient au magistrat ou au fisc princier dans le cadre d'une juridiction patrimoniale.
[86] Verdelhan, De poenis (n. 23), p. 5.

origine (convention; testament; loi qui génére des peines civiles et des peines criminelles). Lerasle en vient lui aussi à affirmer l'idée que la peine est un mal au sens large: «ce mal peut être de différentes natures, selon qu'il affecte la vie, le corps, l'estime ou les biens. Ce mal peut consister dans quelque travail pénible, ou bien à souffrir quelque chose de fâcheux».[87] Le lien, la recherche d'une articulation entre les deux définitions, provient donc d'une définition générique de la peine plus précise quant à la notion de mal infligé, ne faisant pas du corps la seule référence de la peine.

Dans le second cas, les efforts d'articulation sont plus nets et consistants. Ils ont trait à la question de savoir si l'amende, la peine conventionnelle, la peine testamentaire sont respectivement des peines.

En ce qui concerne l'amende, il semble que ce soit le problème le moins aigu: «la peine qui est un mot général comprend aussi l'amende, et la peine est autant du corps et de la réputation qu'on appelle existimationem, qu'elle est pécuniaire; au lieu que l'amende et mulcte est seulement pécuniaire.»[88] Cela n'exclut pas des distinctions qui peuvent fragiliser ce lien à première vue simple. Perrier différencie l'amende judicielle et l'amende conventionnelle. D'après lui, cette dernière n'est pas assimilable à une peine: elle constitue la condition d'un contrat, alors que «la peine est fille de l'indignation».[89] Il emploie cependant ensuite l'expression «stipuler une peine», lorsqu'il rapporte la teneur d'une affaire jugée au Parlement de Dijon le 9 février 1670. Un seigneur confronté à l'absence de paiement d'un cens qui lui était dû, demandait en justice la condamnation à autant d'amendes que d'années de cens non payées. Le censitaire n'entendait lui payer qu'une seule amende. La décision de justice a donné raison au seigneur, et Perrier commente que cela est conforme à la disposition du droit civil qui a permis aux seigneurs censiers de stipuler «ces fortes peines pour rendre les censitaires plus exacts à payer».[90] Par conséquent, cet auteur reconnait que cette catégorie d'amende n'est qu'une «peine» relevant du droit civil, mais non une peine au sens général, malgré son

[87] Lerasle, Encyclopédie (n. 17), p. 511.

[88] Bornier, *Conférence des ordonnances de Louis XIV*, Paris 1760, tome 2, p. 272; même sens: J. C. Falckners, J. M. Kalenberger, *De mulctis*, Jenae 1675, p. A 4v.

[89] F. Perrier, *Arrests notables du parlement de Dijon*, tome 1, Dijon 1735, question LXXXIII, p. 215.

[90] Perrier, Arrests notables (n. 89), p. 214.

affirmation initiale «l'amende est une peine».[91] Il y a donc une faille dans l'articulation pour ce qui concerne l'amende conventionnelle: les définitions apparaissent incompatibles, car la définition générale est implicitement considérée comme étant celle de la peine publique, au sens de peine rattachée au droit pénal.

On retrouve ce problème d'articulation et de différenciation, lorsqu'il s'agit de déterminer si l'amende peut être convertie en peine corporelle. Bornier estime qu'elle peut l'être «s'il est question d'un crime grave, si la somme est notable, et si le condamné est de vile et basse extraction [...] même quoique l'amende soit adjugée au roi».[92] Papon fait observer les limites de cette convertibilité: les docteurs sont divisés quand il s'agit d'une amende adjugée à la partie civile, les uns optant pour la conversion car elle résulte d'une disposition tout à fait générale, les autres s'y refusant. Papon dit à ce sujet qu'il convient d'adopter l'interprétation la plus humaine que l'on peut, et se rallie donc au second camp.[93] Cet ensemble peine / amende forme par conséquent une unité dynamique dont le processus d'articulation s'accompagne simultanément d'un processus de différenciation.

Falckners et Kalenberger insistent sur le fait que l'amende est une peine mixte tant civile que criminelle[94] et remarquent que la limite du quadruple est souvent outrepassée, notamment parce que l'amende est partagée entre le fisc et la partie lésée, ce qui met en lumière une autre sorte de mixité.[95] Ces auteurs procèdent également à une intégration totale dans la construction pénaliste, tout en traçant une délimitation sans que la cohérence d'ensemble paraisse en pâtir.

[91] Perrier, Arrests notables (n. 89), p. 215. Par contre, il n'est pas nécessaire que le mot peine figure expréssement dans la clause pénale, mais il suffit que les parties aient voulu ajouter cette peine au contrat (Lauterbach, Reuss, *De poena conventionali*, Tubingae 1666, p. 6).

[92] Bornier, Conférence (n. 88), p. 134. C'est l'idée que celui qui est trop pauvre pour pouvoir payer une peine pécuniaire est soumis à une peine corporelle parce que les délits ne doivent pas rester impunis (Locamero, Wesselius, De poenis [n. 21], p. B 3).

[93] Papon, *Recueil d'arrests notables des cours souveraines de France*, 4ème éd. 1562; ici rééd. du 17ème siècle, p. 1337 s.

[94] Falckners, Kalenberger, De mulctis (n. 88), p. Bv. Sur cette mixité de la peine en argent dans une perspective historique d'ensemble voir: H. Rüping, Geldstrafe und Busse. Zur Entwicklung der öffentlichen Strafe, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (1973), pp. 672–695.

[95] Falckners, Kalenberger, De mulctis (n. 88), p. C 4v. Cette répartition mixte de l'amende existait dans certaines coutumes, par exemple en Champagne pour les coups et blessures, où elle prévoyait que l'amende serait versée tantôt à la victime, tantôt au seigneur, ou aux deux à la fois (H. Benveniste, Le système des amendes pénales en France au Moyen Age: une première mise en perspective, in: *RHD* [1992], p. 19).

La réaction de Rebhan et Zillesius est sur ce point tout à fait opposée: ils reconnaissent la mixité de l'amende, dans la mesure où elle est commune aux actions civile et pénale,[96] et qu'elle peut être partagée à égalité ou non entre le fisc et la partie lésée, mais ils la qualifient d'un point de vue général de peine civile soit judiciaire, soit conventionnelle,[97] et s'évertuent à dresser une liste de différences entre elle et la définition générique de la peine. Ils insistent entre autres sur le fait que l'amende ne peut être que pécuniaire, qu'elle n'entraine pas en elle-même l'infamie, qu'elle n'est imposée que par l'arbitraire du juge, qu'elle est prononcée là où la peine n'est pas spécialement prévue par un texte légal, qu'elle est attribuée à qui elle est adjugée, y compris à un particulier, que si elle dépasse ce qui est prescrit elle est nulle de droit, qu'elle ne peut être imposée pour un délit que dans une limite de trois fois par an, etc.[98]

Toutes ces différences minorent l'idée qu'ils expriment d'abord, selon laquelle la peine est le genre, l'amende l'espèce. L'effort d'articulation est dénué d'une véritable force, et la construction ne doit son équilibre réel qu'à une juxtaposition.

Deuxièmement, la question s'est posée de savoir si la peine (non plus sous l'expression «amende») conventionnelle[99] ou testamentaire est ou non une peine. Selon Braun et de Wangenheim, «*haec conventionalis poena non est, quia malum actionis non praecessit, quia a volente exigitur, cum prius in eam consenserit, quia locum supplet ejus quod interest*»: les peines conventionnelles et testamentaires sont des peines civiles arbitraires.[100] Käuferus en décide de même relativement à la peine testamentaire: la «peine ordinaire» est enchaînée au fait d'une faute, à la commission d'un délit, or il n'est pas dans le pouvoir d'un testateur d'infliger un châtiment pour une faute, ce que seule une autorité supérieure peut faire, laquelle a seule entre ses mains le pouvoir arbitraire de statuer sur les délits.[101] Cette peine testamen-

[96] Rebhan, Zillesius, De mulcta (n. 43), p. B 4v.

[97] Rebhan, Zillesius, De mulcta (n. 43), p. A 4 – Bv.

[98] Rebhan, Zillesius, De mulcta (n. 43), p. E 2 s.; idée de dissemblance aussi chez de Moor, van Teylingen, De poenis (n. 13), p. Av.

[99] Lauterbach, Reuss, *De poena* (n. 91), p. 9: la peine conventionnelle peut être toutes les choses qui sont dans le commerce, soit corporelles, soit incorporelles.

[100] Braun, de Wangenheim, *De poena* (n. 20), p. 10.

[101] E. F. Käuferus, *De poena testamentaria*, Öttingâ-Svevus 1703, p. 20. De même, J. F. W. de Neumann affirme que la peine conventionnelle n'est pas à proprement parler une peine, sinon par abus de langage, car l'obligation issue d'une convention a pour origine un fait licite et celle issue du délit un fait illicite (*De delictis et poenis principum commentatio*, Francofurti ad Moenum 1753, p. 165).

taire est assimilable à une peine conventionnelle, c'est-à-dire une peine privée et pécuniaire, alors que la peine judiciaire est habituellement publique et il n'est pas rare qu'elle afflige le corps et prive de la vie.[102] Hellfeld et Evers reprennent la définition générale de Grotius,[103] et considèrent au contraire que la peine conventionnelle est une peine, car elle suppose une mauvaise action, c'est-à-dire la violation d'une promesse par dol ou par faute.[104]

Le premier groupe de juristes refuse d'emboîter la peine conventionnelle dans la définition générale de la peine, alors que le second fait l'inverse: tous recherchent à articuler les deux éléments, soit par la négative, soit par l'affirmative, et les résultats sont bien sûr totalement opposés. L'explication suivante serait plausible: les deux premiers réduisent tacitement la définition générale de la peine à celle de la peine publique, ce qui va de pair avec le choix d'une conception plus tranchée des rapports entre le domaine pénal et le domaine civil.

Au 19ème siècle, une vague de monographies reprend cette interrogation sur le caractère pénal de la peine conventionnelle, y compris après 1871, la doctrine étant encore dans l'expectative d'une codification civile. Ces monographies ne peuvent être vraiment rangées dans le camp de la doctrine pénale, soit qu'elles annoncent d'emblée traiter de la matière des obligations, soit qu'elles se situent nettement à la frontière des droits civil et pénal (Neuenfeldt; Pergament). Mais les avis sont toujours divergents: la peine conventionnelle est une peine, c'est-à-dire est jugée pleinement intégrable à la définition générale de la peine;[105] ou tout au contraire, elle ne peut pas être une peine au sens technique du terme;[106] ou enfin, c'est une peine privée, c'est-à-dire une «variante affaiblie de la peine».[107] Autour du même débat, se pose la

[102] KÄUFERUS, De poena testamentaria (n. 101), p. 20.

[103] I. A. HELLFELD, N. H. EVERS, *De effectu poenae conventionalis sponsalibus adiectae*, Ienae 1760, p. 19.

[104] HELLFELD, EVERS, De effectu poenae (n. 103), p. 20 s.

[105] Très clairement en ce sens: O. WENDT, Rechtssatz und Dogma. Theorie und Praxis, in: *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts* 22 (1884), pp. 397–414.

[106] F. VON LISZT, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, Leipzig 1884, p. 230 s.: car il n'y a ni infraction pénale, ni entrée en jeu des tribunaux pénaux pour son application.

[107] W. SJÖGREN, *Ueber die römische Conventionalstrafe und die Strafklauseln der fränkischen Urkunden*, Berlin: Heymanns 1896. Sans l'expression «peine privée», mais aussi dans le sens d'une peine ayant un caractère à part: Bernhard qui relève en outre l'absence de filiation de la clause pénale avec le droit romain (tout comme G. GIRARD, *De la stipulatio poenae en droit romain. De la clause pénale en droit français*, thèse Paris

question d'une délimitation de la peine conventionnelle et des dommages et intérêts, et du caractère cumulatif ou alternatif de leur relation.[108]

La peine privée, notamment sous sa forme pécuniaire correspond bien à l'idée de rétribution,[109] d'autant plus dans le cadre d'une métaphore contractuelle développée sous l'ancien régime pour légitimer le droit pénal: la violation de la loi représente une rupture du contrat social.[110] La peine pourrait donc être analysée dans ce cadre métaphorique comme une sorte de peine conventionnelle. Paradoxalement pourtant, la vraie peine conventionnelle n'est pas admise sans difficulté au rang de peine. Il y a une rupture de raisonnement dans le passage du général au particulier tenant à la nature des éléments en cause.[111] Au-delà de cette remarque particulière, les rapports entretenus entre définition générale de la peine et peine privée confirment

1877, p. 115) et le fait que le succès particulier de cette peine à une période de l'histoire était directement lié aux carences de l'organisation judiciaire et de la procédure (J. B. Bernhard, *Von der Conventionalstrafe*, Würzburg 1843, p. 4 et p. 12). Ce débat a survécu en France jusqu'à nos jours, en dépit de la codification civile: pour le caractère de peine privée, cfr. D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, Paris: LGDJ 1992; contra: P. Jacomet, Essai sur les sanctions civiles (n. 3).

[108] M. Pergament, *Konventionalstrafe und Interesse in Verhältnis zu einander*, Berlin: Prager 1896; O. Neuenfeldt, *Ist die Conventionalstrafe ihrem Grundprincipe nach Strafe oder Ersatzleistung?*, Berlin: Puttkammer und Mühlrecht 1885; A. Randa, *Zur Lehre von den Zinzen und der Conventionalstrafe*, Wien: Manz 1869. En France, c'est avec Dumoulin au 16ème siècle que s'est opérée la fusion du droit canon et du droit civil, en mettant en avant le concept réparateur de la clause pénale (A. Fliniaux, L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du Moyen Age [origine des articles 1152, 1226 et s. du code civil français], in: *Mélanges P. Fournier*, Paris 1929, p. 246). Voir en outre et plus généralement sur la distinction entre dommages-intérêts et peine privée: H. Lange, *Schadenersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie*, Münster, Köln 1955.

[109] L'expiation et la rétribution sont deux formes de l'équivalence que représente la peine. La rétribution est un équivalent symbolique et imparfait visant à garantir le respect de la règle (P. Poncela, Introduction à une approche philosophique de la sanction, in: *Archives de politique criminelle* 7 [1984], p. 55).

[110] K. Seelmann, Gaetano Filangieri und die Proportionalität von Straftat und Strafe, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 97 (1985), pp. 246 et 248; K. Seelmann, Vertragsmetaphern zur Legitimation des Strafens im 18. Jahrhundert, in: *Die Bedeutung der Wörter. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Festschrift S. Gagnér zum 70. Geburtstag*, hg. von M. Stolleis, München: Beck 1991, pp. 441–459.

[111] Ce qui est à l'image de la rupture entre inspiration civiliste et raisonnement politique après le 16ème siècle (H. Mohnhaupt, «Europa» und «ius publicum» im 17. und 18. Jahrhundert, in: *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für H. Coing zum 70. Geburtstag*, [Jus Commune Sonderheft 17], Frankfurt am Main: Klostermann 1982, p. 208).

dans leur ensemble les conclusions dégagées relativement aux classifications des peines. Les liens entre classification des infractions et classification des peines ne semblent pas non plus pouvoir vraiment assurer la solidité de l'édifice.

DEUXIÈME PARTIE

Les liens naissants entre classification des infractions et classification des peines: la peine privée, gageure doctrinale?

Sous l'ancien régime déjà, en l'absence de codification pénale générale, se perçoit en doctrine, certes de façon tout à fait imparfaite, une tendance à relier dans un but de définition les types d'infractions et les types de peines applicables. Cette correspondance simplificatrice n'a pas le caractère abouti de nos codes pénaux, mais l'idée en est déjà plus ou moins présente.[112] Or, la première étape de ce processus se trouve dans le choix d'une classification des infractions (I), le tout étant de savoir par rapport à notre problème, si la division choisie va favoriser ou non dans l'équivalence l'intégration de la peine privée, notamment en retenant la notion de délit privé (II).

I

Les «délits» entre classification bipartite et classification tripartite

Le système pénal d'ancien régime est dépourvu de principes uniformes de classement et paraît par conséquent très inorganisé.[113] En particulier, la classification des infractions est opérée en doctrine suivant divers critères qui génèrent de nombreuses divisions très éloignées de la tripartition législative contemporaine.[114] Toutefois, si on retient la

[112] La législation d'ancien régime ne fixait que rarement une peine précise pour un crime particulier, et les catégories de crimes atroces, très atroces, etc. étaient trop vagues pour dégager la certitude de la peine. La doctrine catalane, par exemple, ignorait une quelconque échelle des peines (B. Durand, La détermination de la peine chez les criminalistes catalans du XVIème au XVIIIème siècle. Logique juridique ou effet des mentalités?, in: *Recueil de mémoires et travaux publié par la société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*, fasc. 15, Montpellier 1991, p. 17 s.).

[113] Lascoumes, Poncela, Lenoël, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, Paris: Hachette 1989, p. 28 s.

[114] Lascoumes et Poncela, Classer et punir autrement. Les incriminations sous l'ancien régime et sous la Constituante, in: *Une autre justice*, sous la dir. de R. Badinter, (Histoire de la justice 2), Paris: Fayard 1989, pp. 73–104. Le problème de

classification la plus schématique basée sur la gravité, l'intensité de l'infraction, on discerne déjà deux courants, certes non exclusifs, soit bipartite, soit tripartite. C'est à partir du 16ème siècle qu'a commencé ce mouvement de hiérarchisation, qui s'est ensuite diversifié sans néanmoins atteindre une netteté rigoureuse.[115] Il s'agit donc tout d'abord de présenter ces deux courants naissants, l'un attaché plus ou moins au modèle romain (A), l'autre s'en émancipant (B), avant de chercher quel lien ceux-ci pouvaient entretenir avec les peines.

A. *Le bipartisme comme «réminiscence» romaine*

La notion et l'expression de «délit privé», contrairement à celles de «peine privée»,[116] prend sa source dans le droit romain. Les docteurs vont donc, pour les uns, reprendre l'opposition entre ce type de délit et le délit public et pour les autres, y substituer d'autres divisions binaires.

Le droit romain comporte quatre délits privés (*furtum*, *rapina*, *damnum injuria datum*, *injuria*), «*per haec enim principaliter res privata offenditur, secundario tamen etiam res publica*».[117] Cette définition par le critère de l'intérêt atteint peut se voir adjoindre une précision terminologique supplémentaire: «*Publica delicta quae proprie* [...] *seu crimina vocantur, sunt: quibus non tam privatae vitae commoditas affligitur, quam tota Respublica seu publicus status laeditur. Privata quae absolute* [...] *seu maleficia dicuntur, sunt: quae principaliter non ad statum Reipublicae sed ad incommodum privati alicujus, puta hujus vel illius cives tendunt.*»[118] Pour Streit, la défini-

la classification y est traité sous un autre angle que le notre, notamment sans lien avec la peine privée.

[115] J. M. Carbasse, *Introduction historique au droit pénal*, Paris: PUF 1990, pp. 251–253 (hiérarchisation crime/délit). La différenciation entre cas criminels (haute justice) et cas civils (comprenant outre les affaires civiles des infractions uniquement frappées de peines pécuniaires) forme une base plus ancienne, déjà perceptible fin 11ème siècle – 12ème siècle (Koch, L'origine de la haute et de la moyenne justice dans l'Ouest et le Nord de la France, in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 21 [1953], pp. 420–458).

[116] Le mot «poena» a été utilisé en droit romain, sans qu'il y ait de désignation technique d'ensemble pour différencier le groupe des peines privées et celui des peines publiques (Mommsen, *Römisches Strafrecht*, 1ère éd. 1899; rééd. Graz 1955, p. 899).

[117] J. Cramer, A. Herman, *Quaestiones juris controversi de privatis delictis*, Jenae 1606, p. A 2r.

[118] J. Weccii, J. M. Brandes, *De privatis delictis*, Helmstadt 1638, p. A 2; même genre de définition chez Nienborch par enchaînement direct entre définition générale du délit et sa division entre privé et public (*De delictis tum privatis tum publicis*, Basileae 1645, p. A 2r).

tion du délit public se résume à un autre critère: «*Alii itaque crimen publicum hoc modo definiunt: est delictum, quod speciali lege publicum effectum est. Quapropter intrinsece et suapte natura nullum crimen est publicum, sed recipit denominationem hanc a forma extrinseca, puta dispositione legis, facinus aliquod in classem delictorum publicorum referentis. Hinc licet crimen aliquod suapta natura fit valde atrox, si tamen lex nulla suppetat, quae incensum delictorum publicorum id referat, non censetur publicum.*»[119]

En référence aux quatre délits privés énumérés,[120] il est en général admis que seule l'*actio injuriarum* a fait l'objet d'une réception en Allemagne, seule action effective ayant pour objectif une «peine privée», et qu'elle a été supprimée pour l'essentiel au 19ème siècle dans les droits locaux, et définitivement par le code pénal impérial de 1871. Elle a en outre fait l'objet d'un débat chez les romanistes allemands du 19ème siècle concernant la place exacte à lui accorder soit dans le champ du droit civil, soit dans celui du droit pénal, et a finalement amené à une situation encore ambiguë dans la jurisprudence du 20ème siècle avec des dommages-intérêts outrepassant la valeur objective du dommage, c'est-à-dire en admettant un aspect pénal aux sommes imparties.[121]

D'autres auteurs utilisent une nouvelle terminologie pour classer les délits selon leur gravité. Berger se trouve pour ainsi dire dans une situation intermédiaire en ce qu'il rappelle la distinction entre le «délit privé» et le «délit public» à partir de ce qui est lésé, mais il rajoute une différenciation entre «délit léger» et «délit atroce ou grave» basée sur la peine applicable.[122] Une variante se manifeste sous les qualificatifs «mineur» et «majeur»: «*Omnia autem delicta sunt vel maiora vel minora priora dicuntur in specie criminalia, peinliche Verbrechen: posteriora vero leviora, levia Frevel.*»[123]

119 J. P. Streit, *De delictis*, Erfordiae 1735, p. 2v.

120 Gaudemet, *Droit privé romain*, Montchrestien: Domat 1998, p. 270 s.: certains délits privés comme l'iniuria et le vol sont devenus délits publics sous le coup d'une évolution du droit romain lui-même.

121 E. Kaufmann, Dogmatische und rechtspolitische Grundlagen des § 253 BGB, in: *Archiv für die civilistische Praxis* 1963, pp. 421–439. Sur la controverse d'ancien régime concernant la réception des peines privées en Allemagne cf: H. J. Wieling, *Interesse und Privatstrafe vom Mittelalter bis zum bürgerlichen Gesetzbuch*, Köln, Wien: Böhlau 1970, p. 245 s. C'est donc un aspect non repris dans notre recherche, l'axe de celle-ci ne l'exigeant d'ailleurs pas.

122 Berger, Electa (n. 19), p. 13 s.

123 J. G. Leuchs, *De delictis levioribus*, Altorfii 1782, p. 7.

Du côté français, la prise de position vis-à-vis du droit romain est en la matière mitigée. Elle peut être purement et simplement rejetée: «ces différences de crimes privés et publics, de crimes ordinaires et extraordinaires sont abrogées par notre usage et notre pratique, qui n'a retenu du droit romain à cet égard que la dernière division des crimes en capitaux et non capitaux; parce que parmi nous, tous les crimes se poursuivent par la voie extraordinaire [...]».[124] Ou bien elle peut être maintenue, mais dans une autre acception: la distinction n'est pas «de notre usage de la même manière que dans le droit romain», néanmoins, «nous avons conservé ces expressions de crimes publics et délits privés dans un autre sens et un autre usage». C'est-à-dire que d'un point de vue procédural, tous les crimes et délits sont publics, mais si certains ne blessent que l'ordre public, d'autres font en plus du tort à des particuliers, comme par exemple le vol.[125] On retrouve, en outre, des distinctions binaires basées sur la gravité de l'infraction (grave / léger; atroce / léger) comme en Allemagne,[126] ou bien sur l'instruction (grand criminel / petit criminel).[127]

Dans l'ouvrage de Robert, il est usé encore d'une autre dénomination: «délit civil» et «délit criminel» ou «cause civile» et «cause criminelle».[128] Stadler présente un cas particulier dans la mesure où il critique vivement la classification tripartite, tout en admettant les difficultés de la classification bipartite. «Die Eintheilung in Verbrechen, Vergehen und Polizeiübertretungen scheint uns vorzüglich deswegen unpassend, weil weder die Wissenschaft, noch der gemeine Sprachgebrauch, mit diesen verschiedenen Ausdrücken Merkmale verbindet, durch welche sie durchgreifend von einander geschieden werden könnten. Was in dem einen Lehr- oder Gesetzbuch Vergehen heisst, wird in dem andern Polizeiübertretung genannt und umge-

[124] Lange, *La nouvelle pratique civile, criminelle et bénéficiale ou le nouveau praticien français*, Paris 1741, tome 2, p. 3; même sens: Ferriere, Dictionnaire (n. 31), p. 475; Lerasle, Encyclopédie (n. 17), tome 3, Paris 1783, pp. 426–428.

[125] Domat, Le droit public (n. 29), tome 4, pp. 168–175. Même sens: Jousse, Traité (n. 7), p. 4 s.

[126] Lerasle, Encyclopédie (n. 17), tome 3, p. 589; Muyart de Vouglans, Les lois criminelles (n. 9), p. 4; Jousse, Traité (n. 7), p. 4 s.; Ferriere, Dictionnaire (n. 31), p. 452 et p. 475.

[127] Muyart de Vouglans, Les lois criminelles (n. 9), p. 4; Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel*, Paris 1757, p. 29; Rousseaud de la Combe, Traité (n. 58), p. 195.

[128] Robert, De diverso poenarum (n. 66).

kehrt.»[129] Quant à la division bipartite entre «Staatsverbrechen» et «Privatverbrechen», elle domine les textes législatifs anciens et contemporains, même si elle n'y apparaît pas explicitement et ne correspond plus à l'identique au découpage romain entre délit public et délit privé.[130] Mais du fait qu'il s'agit aussi d'une classification doctrinale, elle ne peut donner entière satisfaction: «Dass aber jene Klassification, sobald sie im Leben zur Anwendung kommen sollte, eben so unpassend als gefährlich sey, hat die Erfahrung hinlänglich gezeigt.»[131]

B. *L'émancipation vers le tripartisme*

Le passage au tripartisme peut s'appuyer sur une négation du bipartisme d'inspiration romaine: «[...] *palam est, omnia delicta hodie publica esse, et nulla privata amplius dari*».[132] Neumann évoque l'influence du droit canonique à laquelle a pu puiser cette évolution: pour ce droit, aucun délit n'est «privé».[133]

Carpzov est présenté traditionnellement comme l'initiateur du mouvement tripartite,[134] sous l'influence de la doctrine italienne: il affirme «*ita namque Dd. vulgo distinguunt inter delicta levia; gravia seu atrocia; gravissima seu atrocissima*».[135] A partir de là, sont apparues quelques variantes terminologiques. Cretschmer, tout en reprenant des divisions binaires dont celle entre délit privé et délit public, se tourne toutefois résolument vers un découpage en trois: délit

[129] J. Stadler, *Ueber die Eintheilung der Verbrechen in Staats- und Privatverbrechen*, Heidelberg 1823, p. 32.

[130] Stadler, Eintheilung (n. 129), p. 19 s.

[131] Stadler, Eintheilung (n. 129), p. 34.

[132] Graunius, *De supervacua delictorum divisione in publica et privata moribus nostris*, Ienae 1756, p. 26; Püttmann, Elementa (n. 25), p. 14; E. Tenzel, A. F. de Gudenus, *De iure principis circa delicta eorumque poenas*, Francof. et Lipsiae 1752, p. 7; J. C. E. von Quistorp, *Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts*, tome 1, 1796, p. 30.

[133] J. F. W. Neumann, De delictis (n. 101), p. 13. Cette «publicisation» d'inspiration canoniste converge avec l'idée développée à l'époque que le délinquant s'avère de plus en plus explicitement être l'ennemi de l'Etat, donc de tous et de chacun en particulier selon la fiction du contrat social (P. Poncela, Par la peine, dissuader ou rétribuer, in: *Archives de philosophie du droit* 1981, p. 63; J. Pinatel, La pensée criminologique aux 17ème et 18ème siècles, in: *Revue de sciences criminelles* 1 (1978), p. 409).

[134] *StGB Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 1985, § 12, p. 218; C. Roxin, *Strafrecht*, Bd. 1, München:Beck 1994, p. 209 s.

[135] Carpzov, Practicae (n. 14), p. 13.

«léger», délit «atroce», délit «très atroce».[136] Püttmann discerne les crimes atroces, les crimes simples et les crimes très légers.[137] Enfin, on trouve chez Gutwasser une variation complète autour de ce qui est «atroce». Il en précise les trois degrés: «très atroce», «atroce», et «moins atroce».[138]

Au 19ème siècle, la classification tripartite se trouve consacrée par les codes pénaux français (1810) et allemand (1871), la doctrine restant toutefois critique jusqu'à nos jours.[139] Sur ce premier point, le bilan qui s'impose est celui de l'existence d'une classification des délits non uniformisée malgré les efforts de mise en ordre doctrinaux. C'est dans ce cadre diversifié que va prendre place ou non le lien doctrinal entre le délit et la peine.

II
La liaison encore incertaine entre classification des délits et classification des peines

La relation entre ces classifications oscille entre plusieurs stades de développement, de l'inexistence (A) au lien direct (B), laissant mettre en doute l'affirmation d'une synonymie entre la distinction «délit public – délit privé» et la distinction «peine publique – peine privée».[140] Cela refléte finalement les incertitudes ou variations d'ordre pratique (C).

A. *Un lien inexistant ou rejeté*

Nienborch, par exemple, s'il reconnaît les deux types de délits (public et privé), n'en établit pas pour autant un parallèle avec les types de peine: aucune liaison n'est créée à ce niveau.[141] L'attitude de Koch relève d'une autre démarche, puisqu'il s'agit pour lui de proposer un critère efficace de délimitation entre les infractions criminelles et civiles:

[136] Cretschmer, *Delictis et poenis universitatum*, Altdorf 1680, p. 7.

[137] Püttmann, Elementa (n. 25), p. 15.

[138] Gutwasser, De poenis (n. 24), p. 59. Il faut noter que la notion de crime atroce correspond à l'idée qu'il existe des délinquants pervers incorrigibles (A. Laingui, L'homme criminel dans l'ancien droit, in: *Revue de sciences criminelles* 1 [1983], pp. 15–35).

[139] Voir par exemple: J. Mouly, La classification tripartite des infractions dans la législation contemporaine, in: *Revue de sciences criminelles* 1 (1982), pp. 3–40; E. Heinitz, Empfiehlt sich die Dreiteilung der Straftaten auch für ein neues Strafgesetzbuch?, in: *Materialen zur Strafrechtsreform* 1 (1954), pp. 55–67.

[140] L. Hugueney, L'idée de peine privée (n. 3), p. 6 (supposition de cette synonymie).

[141] Nienborch, De delictis (n. 118), p. A 2.

«Doch kann ich nicht bergen, dass bey der Frage: welches sind dann die Criminal= und Civilverbrechen? mehr auf die Verordnung der Gesetze, Landes-Verordnungen und errichtete Recesse zwischen dem Cent= und Vogtey=Herrn, als auf die Strafe des Verbrechens gesehen werden müsse. Im Zweifel ist allemal die Vermuthung, dass das Verbrechen, ein Criminalverbrechen sey; weil die bürgerliche Gerichtsbarkeit sich nur gleichsam per modum exceptionis über einige geringfügige Verbrechen erstrekt, und für die peinliche Gerichtsbarkeit die Regel streitet.»[142] Kees lui relève que dans un système d'arbitraire des peines, on ne peut pas établir la division entre délit atroce et délit léger en se référant aux peines appliquées: l'atrocité est intrinséque au délit ou résulte d'une disposition de la loi.[143]

B. *Un lien direct ou indirect*

Au titre d'une correspondance indirecte entre délit et peine, on peut retenir deux auteurs qui s'en réfèrent avant tout à la séparation entre l'action au civil et l'action au criminel. Pour Weccii et Brandes, l'action est étroitement liée au type de résultat escompté (vengeance publique ou satisfaction d'un intérêt particulier), étant entendu que pour les délits privés, on peut agir au civil mais aussi parfois au criminel.[144]

Il s'agit d'un lien médiatisé entre le délit et la peine par le type d'action intenté: «*Et licet aliud quoad differentiam actionis civilis et criminalis usu fori Saxon. fit introductum, ubi criminales dicuntur, quae corpus affligunt sc. poena mortis, fustigatio, manus amputatio, etc. Reliquae vero poenae leviores v.g. mulcta pecuniaria, poena carceris vel relegationis etc. civiles habeantur.*»[145] Quant à la correspondance directe entre délit et peine, elle apparaît comme la transposition doctrinale d'un principe qui s'impose au juge: le juge doit en effet observer un principe de proportionnalité entre la peine et le délit; «*quo delictum est gravius, eo gravior, quo levius eo mitior debet esse*

[142] Koch, Briefe vom 10. Juni 1779, in: Robert und Koch, Ueber civil und criminal Strafen (n. 34), p. 81.

[143] L'ampleur du délit est avant tout une question de quantité et de qualité de l'acte. Cet auteur a en outre une conception stricte du délit: il en exclut la matière contractuelle et testamentaire donc les peines y afférentes, contrairement à d'autres juristes (I. F. Keesio, *De discrimine inter delicta atrocia et levia*, Lipsiae 1791, pp. 3–11; p. 16 s.).

[144] Weccii, Brandes, De privatis delictis (n. 118), p. A 2v.

[145] Tenzel, de Gudenus, De iure principis (n. 132), p. 6 s.

poena.»[146] Ce mécanisme s'applique aussi dans un cadre tripartite: il existe des crimes graves ou atroces, très atroces, et légers: «et ce sont ces différences de qualification qui augmentent ou diminuent les peines que mérite chaque crime».[147]

Ainsi, la peine est étroitement intégrée à la définition du délit: lorsque la peine est civile, le délit est dit léger; quand la peine est corporelle et afflictive ou bien ultime, le délit est dit atroce.[148] Ce lien peut être exprimé sans qualifier a priori exactement la peine: les délits mineurs sont considérés tels tant «*ratione poenae*» que «*ratione modi delinquendi*».[149] La classification en trois, nouvelle venue de la systématisation doctrinale, génére elle aussi une classification reflétant ce découpage. Carpzov qualifie de léger, atroce, très atroce à la fois le délit et la peine, en insistant cependant sur la division entre atroce et très atroce dans la mesure où cela a une incidence par exemple quant à l'usage de la torture.[150] Les délits légers (*levia*) sont ceux dont les peines ne sont pas criminelles, c'est-à-dire pas corporellement afflictives; les délits atroces (*atrocia*) ceux dont la peine est la mort naturelle ou civile; les délits très atroces (*atrocissima*) ceux dont la peine est en règle générale plus grave que le supplice de la mort simple.[151] On retrouve cette démarche dans un autre cadre terminologique: les délits capitaux qui sont punis de la peine de mort sont en général dits simples, ceux qui entraînent une peine capitale plus sévère (roue, feu, etc.) sont dits atroces ou très atroces, et ceux auquel n'est pas appliqué la peine de mort sont dits plus légers.[152]

[146] Verdelhan, De poenis (n. 23), p. 13. Au-delà de la question de proportionalité, la force de ce lien entre le délit et la peine a pu être nuancée. Si par principe aucun délit ne doit rester impuni, son lien à la peine ne s'insère pas moins dans un cadre particulier où sont pris en compte différents facteurs (détenteur du pouvoir de punir; facteurs de variation de la peine; équité; possibilité de rémission) (J. Reinhardo, J. G. Kirchmer, *An obligatio ad poenam delictis sit intrinseca*, Gissae-Hassorum 1698).

[147] Rousseaud de la Combe, Traité (n. 58), p. 257.

[148] Berger, Electa (n. 19), p. 14; Lerasle, Encyclopédie (n. 17), tome 3, p. 589. Dans le même esprit: Quistorp, Grundsätze (n. 132), p. 34. Dans une dissertation, la peine se trouve également au centre du partage entre cause civile (peine privée dérivant soit d'un contrat, soit d'un délit) et cause criminelle (peine corporelle afflictive ou peine pécuniaire versée au fisc) (H. C. Gerdessen, A. Droysen, *An et quando causa criminalis praeferanda civili?*, Gryphiswaldiae 1707, pp. A 2v – A 4).

[149] Leuchs, De delictis (n. 123), p. 13.

[150] Carpzov, Practicae (n. 14), p. 13 s.

[151] Cretschmer, Delictis (n. 136), p. 7.

[152] Püttmann, Elementa (n. 25), p. 15.

Quant à Hagen, il propose la correspondance entre une classification des infractions tripartite et une classification des peines bipartite: aux deux catégories crimes publics – crimes et délits extraordinaires s'appliquent des peines publiques et à la classe des délits privés, une peine privée.[153] Là encore, les combinaisons s'effectuent librement, et ne débouchent pas sur une doctrine unifiée.

C. *La fragilité incontestable de ce lien eu égard à la pratique*

Cette fragilité de la construction doctrinale est due à divers facteurs de variabilité, dont certains auteurs d'ancien régime ont eu particulièrement conscience, et qui ouvriraient certainement des perspectives intéressantes de recherche dans les archives judiciaires.

En premier lieu, la variabilité dans l'espace joue un rôle déstabilisant pour la doctrine. D'une province allemande à l'autre, se manifestent des différences de classification. On ne peut ainsi pas établir fermement ce qu'est la distinction entre peine privée et peine criminelle, dans la mesure où il est tout aussi difficile de définir celle existant entre les causes civiles et criminelles car leur délimitation varie d'une province à l'autre; la Caroline permet en effet aux Grands d'Allemagne de fixer ces limites à leur gré, ce qui entraîne une diversité telle que les peines tenues à un endroit pour criminelles, ne le sont pas dans d'autres lieux.[154] Robert est obligé de constater que l'étude de la doctrine de son temps ne mène elle-même à aucun principe certain et ferme,[155] c'est-à-dire qu'elle se trouve dans l'incapacité de surmonter le morcellement de la pratique par une sorte de consensus pouvant avoir un effet moteur. La difficulté consiste notamment en ce que les docteurs prennent pour les uns seulement la peine comme critère de division,

[153] E. de Hagen, *De quaestione: Quale sit discrimen inter delicta publica, tam ordinaria quam extraordinaria, atque privata, ex principis juris romani*, Gottingae 1832, p. 33 s. Sa classification est très contestée à raison d'erreurs terminologiques par Birnbaum (Bemerkungen über die römische Unterscheidung der delicta publica und privata, mit Beziehung auf die Abhandlung von v. Hagen über diesen Gegenstand, in: *Archiv des Criminalrechts*, N.F. [1835], drittes Stück, pp. 321–341). Il avait déjà eu l'occasion de souligner le caractère pour ainsi dire non linéaire des qualifications: «der Unterschied zwischen poena publica und privata beziehe sich eben so wenig wie der zwischen accusatio publica und privata immer auf den zwischen judicium publicum et privatum» (Ueber den Unterschied zwischen crimen und delictum bei den Römern, und die ihnen zugeschriebene Eintheilung der Verbrechen in publica und privata, in: *Neues Archiv des Criminalrechts* 8 [1825], viertes Stück, p. 655).

[154] Robert, De diverso poenarum (n. 66), p. 6 s.

[155] Robert, De diverso poenarum (n. 66), p. 16.

pour les autres d'autres éléments. Outre les erreurs de méthode, Robert leur adresse le reproche suivant: ces hommes ont statué sans raison que parmi les causes mineures se rattachaient à la justice civile celles dont la peine n'excédait pas soit dix, soit cinq, ou bien quatre thalers; ils diffèrent donc entre eux et sans justification quant à la détermination de cette somme-limite. Il précise qu'à ce niveau la diversité provient directement des droits particuliers auxquels chacun s'est référé. Le droit saxon établit que les peines dont les délits mineurs sont poursuivis n'excédent pas dix thalers. Et si on évoque le droit germanique ancien, le juge civil ne pouvait exiger au maximum que des amendes de soixante solidums: là, Robert pose le problème crucial de la valeur actuelle exacte de ces solidums difficile à déterminer.[156] Le morcellement est tel qu'au sein d'une seule et même province, le taux des peines pécuniaires applicables par la justice civile varie,[157] et que la somme de dix thalers n'a pas de signification réelle pour un essai de systématisation doctrinale. Le repère de la classification des délits s'effondre donc.

Leuchs traite également de ce genre de question. Il part du même point de départ: «*Iura provincialia statutaque quam maxime in enumerandis delictis levioribus variant.*»[158] Il donne comme exemple local le droit alémanique qui prévoit en matière de vol que «den Diub sal man hahen. Geschicht aber ain Diubhait, diu minner ist, denn fünf Schilling, diu gehoert ze hute und ze hare»,[159] ce qui renvoie encore à un problème monétaire. D'autre part, Leuchs attire l'attention sur le cas limite du stupre: «*stuprum voluntarium, non quidem quoad poenam inter delicta minora reterri posse, videtur: quia plerumque in hoc crimine, mulcta gravior dictatur: attamen dum nec delictis maioribus accenseri potest; non incongrum erit, illud minoribus aequiparare.*»[160] Enfin, cet auteur met en lumière l'absence d'uniformité de l'organisation judiciaire et de la répartition des compétences. «*Quod autem iurisdictionem generalem attinet; in plerisque Germaniae regio-*

[156] Robert, De diverso poenarum (n. 66), p. 18 s.

[157] Robert, De diverso poenarum (n. 66), p. 20.

[158] Leuchs, De delictis (n. 123), p. 14.

[159] Leuchs, De delictis (n. 123), p. 14; sur la peine du vol et sa minoration, cfr. quelques dissertations extraites d'une «vague» monographique concernant les délits privés: J. Ornitz, J. Kirchmayr, *De privatis delictis*, 1610; V. Riemer, J. A. von der Trenck, *De privatis delictis*, 1622; H. Grossen und P. J. Lindener, *De privatis delictis eorumque actionibus et poenis*, 1638.

[160] Leuchs, De delictis (n. 123), p. 14.

nibus coercitio delictorum levium ad iurisdictionem inferiorem seu vogteiam refertur»: c'est le cas par exemple en Saxe et en Bavière.[161] «*Sed nec plane defunt alia in Germaniae territoria, in quibus fines utriusque iurisdictionis, civilis nempe et criminalis, non accurate reguntur: vel modo ad hanc, modo ad illam iurisdictionis speciem, prouti res id postulare videtur, haec delicta minora referuntur: vel in quibus denique quaedam saltim delicta leviora iurisdictioni superiori subesse statutum est.*»[162] Un troisième cas de figure existe encore: «*In variis terris peculiaria constituta sunt iudicia, quae nomine principis in causis delictorum minorum ius dicunt*».[163] Cette absence d'unité peut donc rejaillir à la fois sur la qualification du délit comme de sa peine.

En second lieu, il y a une variabilité des délimitations tenant aux personnes, que ce soit les parties ou le juge. L'enjeu de la distinction entre peine publique et peine privée, ce sont les frais du litige. Dans le cas de la peine publique, il est possible de faire une dénonciation et de s'exonérer de cette manière de ces frais. Cette possibilité est en pratique dévoyée: «*At, qui poenam privatam damnive restitutionem petunt, solent quidem etiam, ut a sumptu se liberent, delationes factitare, ac, ut magis imponant, primo loco poenam publicam poscere, ac in fine libelli, ut sibi etiam satisfiat, quasi obiter adlinire.*»[164] Par conséquent, le lien entre délit et peine se brouille et rend difficile une perception concrète de la délimitation.

D'autre part, le mécanisme de la conversion des procès établi dans l'ordonnance de 1670 (titre XX: «De la conversion des procès civils en procès criminels et de la réception en procès ordinaire») remet à l'arbitraire du juge le classement des causes entre le civil et le criminel.[165] C'est pour cela que l'on dit communément que «le délit ne rend pas la cause criminelle, mais seulement la manière de procéder».[166] Le critère amenant à civiliser un procès est la légéreté

[161] Leuchs, De delictis (n. 123), p. 22.

[162] Leuchs, De delictis (n. 123), p. 23; par exemple en Franconie.

[163] Leuchs, De delictis (n. 123), p. 24; par exemple dans l'Electorat palatin et dans le territoire de Brandenburg-Culmbach.

[164] Leyser, Petersen, De poena privata (n. 51), p. 5.

[165] F. de Boutaric affirme qu'il «est difficile de marquer précisément les cas dans lesquels un juge peut user de la liberté que lui donne l'ordonnance de civiliser un procès qui a commencé par la voye criminelle» (*Explication de l'ordonnance de Louis XIV sur les matières criminelles*, tome 2, Toulouse 1743, p. 251). La conversion en procès civil relève «de la probité, des lumières et prudences» des juges (Rousseaud de la Combe, Traité [n. 58], p. 200).

[166] Bornier, Conférence (n. 88), p. 251.

du délit, c'est-à-dire le fait qu'il ne mérite aucune peine afflictive,[167] comme par exemple les injures verbales légères, l'expiliation d'hoirie quand l'accusé est la veuve,[168] ou encore en matière réelle quand l'accusé ne nie pas et se dit dans son droit (fait de chasse ou de pêche, bornes arrachées, etc); et vice versa, un procès civil peut être converti en procès criminel s'il s'avère que le fait en cause peut donner lieu à quelque peine corporelle.[169] Certaines règles fixent des limites au mécanisme, mais cela n'empêche pas que des difficultés pratiques surgissent, que seuls les juges peuvent résoudre. Notamment, les parties peuvent choisir la voie criminelle artificiellement afin de contourner une procédure civile moins avantageuse pour elles sur certains plans.[170]

Il est en résumé une règle qui s'impose: «Les juges ne doivent pas se prêter aisément à admettre et à favoriser des procédures criminelles» précisément pour les infractions légères comme les injures verbales: il doit en être jugé sur le champ à l'audience.[171] Force est donc de constater que les choix ne sont également à ce niveau ni uniformes, ni propres en tous leurs aspects à l'un ou l'autre pays. Si le lien entre l'infraction et la peine n'est pas général, la peine privée ne perd rien en tant que telle dans ce processus, puisqu'elle n'en est pas par principe écartée. Il n'y a pas ici de compartimentage, et on pourrait en déduire que la peine privée se voit offrir, de ce fait, par la doctrine un point d'ancrage plus solide du côté de la classification des délits. Mais une telle conclusion serait trop théorique pour être exacte. Définir la peine par la compétence ou par le délit (ou vice versa) revient à la même

[167] Lerasle, Encyclopédie (n. 17), tome 2, p. 632; Muyart de Vouglans, Les lois criminelles (n. 9), p. 643. Si les ordonnances des 15ème et 16ème siècles se voulaient déjà unanimes sur le critère de la faible gravité du cas, la pratique en a été cependant extensive (C. Plessix-Buisset, *Le criminel devant ses juges en Bretagne aux 16ème et 17ème siècles*, Paris: Maloine 1988, p. 427 s.).

[168] Le Brun de la Rochette, *Le procez criminel*, Lyon 1693, p. 30.

[169] Bornier, Conférence (n. 88), p. 251; Muyart de Vouglans, Institutes (n. 127), p. 291; avec cependant l'alternative de la mise hors de cour.

[170] Lerasle, Encyclopédie (n. 17), tome 2, p. 633: par exemple dans les cas où la preuve testimoniale est interdite par la loi civile. Boutaric, Explication (n. 165), p. 252: pour les avantages de la procédure pénale: déposition des témoins sur les faits de la plainte avant que la preuve en soit ordonnée, choix par le plaignant des commissaires qui vont ouïr les témoins sans que le défendeur puisse récuser ceux-là, les témoins sont entendus sans que le défendeur voit recevoir le serment.

[171] Jousse, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance criminelle d'août 1670*, Paris 1763, p. 409; en ce sens, il est considéré que ces matières ne peuvent faire l'objet de procès extraordinaires ni donc être converties en procès civils: Rousseaud de la Combe, Traité (n. 58), p. 199.

incertitude, la compétence et le délit n'ayant pas eux-mêmes de fixité.[172] Seule la codification permettra une stabilisation de chacun de ces éléments, mais au prix d'une éviction de la peine privée hors du champ strictement pénal. Ce phénoméne n'est que la suite logique de ce manque d'attaches véritables de la peine privée aux autres éléments pénaux de classification et de définition: la doctrine ne lui a ainsi assurée qu'une survie limitée dans un champ défini.

Conclusion générale

Cette conclusion générale ne peut être ferme dans la mesure où la doctrine «avoue» ses incertitudes et ses carences face à une réalité difficile à saisir et à intégrer dans une contruction «théorique». La réalité pénale apparait comme un univers en mouvement où le passé juridique ne constitue pas en soi une aide (telle l'utilisation d'une terminologie fixe, «peine privée» – «peine civile», face à une organisation judiciaire et une procédure évolutives) et où toute notion se veut en conséquence elle-même mouvante: la doctrine se doit d'essayer de saisir ce mouvement, sans cependant parvenir à la fixité souhaitée.

Toujours est-il, cette première exploration mène à une sorte de paradoxe. Sur ce sujet complexe de la peine privée, les doctrines française et allemande utilisent des bases en partie commune (droit romain, droit canon), mais n'arrivent visiblement ni à former une doctrine véritablement commune, ni à forger des doctrines propres à chaque pays que ce soit par leurs méthodes de construction, ou leurs opinions de fond, malgré les quelques divergences relevées.

Ni doctrine commune, ni doctrines «nationales»: il existe bien ici une sorte de «no man's land» doctrinal. Les seuls courants qui arrivent à départager ces doctrines leur sont extérieurs: le degré de centralisation du pouvoir, notamment sur le plan judiciaire; l'intervention d'une codification et les choix faits à cette occasion. On apparait donc loin d'une doctrine «motrice», source de droit.

[172] La lecture des documents d'ancien régime montre finalement qu'aucun critère servant habituellement à la définition de la peine privée n'est vraiment fiable: ni l'intérêt protégé (difficulté du partage entre l'intérêt particulier et l'intérêt public devenu prédominant en matière pénale), ni le mode de poursuite (progrès de la procédure inquisitoire), ni la personne à qui est versée la peine privée (de moins en moins à la partie lésée), ni le juge qui la prononce (incertitude de la répartition des compétences), ni encore sa nature pécuniaire (admission sous ce terme d'autres peines n'affligeant pas le corps, sûrement en rapport avec la compétence de juridictions inférieures traitant à la fois d'affaires *civiles* et de petits délits).

Sur la qualification que l'on pourrait donner à ce résultat, là encore, la conclusion est pour ainsi dire mitigée: il y a certes échec, puisque la doctrine pénale tend à utiliser des méthodes issues des sciences de la nature (subdivisions multiples; classifications),[173] et entreprend donc une démarche rationnelle et «rationalisante». Or, le résultat obtenu est loin d'être probant. Toutefois, la doctrine peut compter une réussite à son actif: elle a contribué à la diffusion et à la transmission de la notion de peine privée, malgré les difficultés conceptuelles. Au cours du temps, cette notion a ainsi pu continuer à connaître une fortune doctrinale certaine, malgré les controverses.

Vu la faible intégration de cette notion au sein des structures doctrinales, l'explication de son extraordinaire longévité raméne vers le rôle, la fonction qu'elle a remplie et remplit encore. D'une part, elle correspond à une zone intermédiaire et adoucie de pénalité qui constitue soit un contrepoids à l'intérieur d'un système pénal sévère cependant animé dès le 16ème siècle (suppression des mutilations corporelles sauf exception) par un courant d'humanisation des peines,[174] soit une sorte de correctif nécessaire à la sphère du droit civil. D'autre part, elle présente l'un des visages de l'arbitraire,[175] jusque dans nos sociétés modernes, que ce soit l'arbitraire du juge ou l'arbitraire des parties. Au travers de cette double fonction, c'est la composante subjective de la peine privée qui transparaît. En effet, à notre avis, l'adoucissement du droit pénal en tant que tel n'explique pas entièrement le succès de la peine privée:[176] son mauvais «arrimage» au sein de la doctrine pénale d'ancien régime fournit une clef essentielle de son développement dans le champ de la doctrine civile, et s'articule sur cette composante subjective. La peine privée, tournée au moins par principe vers la victime, introduit une dimension subjective dans la

[173] B. Durand, Intuitions, tentations et raisons de la doctrine pénale française d'ancien régime (XVIème–XVIIIème siècles), in: *Mélanges van Caenegem, La formation du droit et ses auteurs*, éd. par S. Dauchy, J. Monballyu et A. Wijffels, Bruxelles 1997, p. 192 et p. 196.

[174] Grotius, dont la définition générale de la peine a été sans cesse reprise, illustre bien ce courant (G. Simson, Hugo Grotius und die Funktion der Strafe, in: *Festschrift für G. Blau zum 70. Geburtstag*, Berlin, New York: de Gruyter 1985, pp. 651–663). Dans un cadre plus général: J. Regge, Die Kriminalstrafe in den deutschen Rechten des 17. bis 19. Jahrhunderts, in: *Recueil de la société J. Bodin* 57 (1989), pp. 227–273.

[175] Sous l'ancien régime, l'adage selon lequel toute peine est arbitraire, a été reçu sans discussion par la doctrine française au 16ème siècle (B. Schnapper, Les peines arbitraires du 13ème au 18ème siècle. Doctrines savantes et usages français, in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 42 [1974], p. 110).

[176] Hugueney, L'idée de peine privée (n. 3), p. 73.

sanction pénale et ensuite dans le champ d'un droit civil jugé «trop objectif».[177] Au-delà des défauts de construction doctrinale, on peut émettre, dans cet esprit, l'hypothèse de l'inutilité peu à peu dégagée de la peine privée dans le champ pénal, d'une part, en raison du développement d'un système de peine étatisé,[178] d'autre part, parce que le système pénal sécrète lui-même ses propres mécanismes internes de subjectivation (intime conviction dont le progrès s'amorce dès la fin du 16ème siècle; principe de proportionalité; individualisation des peines). Cette évolution est directement reliée au changement de regard porté sur le délinquant, déjà sous l'ancien régime: elle résulte de courants croisés, voire contradictoires, qui forment un nouvel équilibre interne rendant inutile la notion ou le symbole de la peine privée dans la doctrine pénale.

En effet, le délinquant est non seulement de plus en plus perçu comme un ennemi de l'Etat, mais aussi comme un être humain à l'image de Dieu. Cet équilibre nouveau en formation n'a finalement pas sauvé la peine privée d'un processus de «civilisation»: la peine privée finit dans le domaine pénal par être supplantée en tant que source de subjectivité mais retrouve ce rôle, certes controversé, en matière civile.[179]

Au total, la notion de peine privée constitue une sorte d'élément mobile et à contenu variable, dont la doctrine s'est servi pour

[177] C'est l'idée que la peine étatique a rendu possible la pleine objectivation de la peine (Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: *Von der Rache zur Zweckstrafe. 100 Jahre Marburger Programm von F. von Liszt*, neu hg. von H. Ostendorf, Frankfurt am Main: Metzner 1982, p. 31). Et c'est d'ailleurs sous cet angle que s'exerce ensuite la critique de Ihering dans le champ civil: la pratique moderne a aboli les peines privées du droit romain, ce qui signifie que l'injustice subjective a été en Allemagne refoulée au niveau de l'injustice objective (Ihering, *La lutte pour le droit*, Paris: Chevalier Marescq 1890, p. 102 s.). Cet «excès» d'objectivité se trouve semble-t-il à l'origine du réveil en Allemagne d'un débat devenu sporadique et somme toute purement théorique chez les Pandectistes, concernant le maintien des peines privées (Hugueney, L'idée de peine privée [n. 3], pp. 42–44; Jacomet, Essai [n. 3], pp. 11–14).

[178] Signe d'ojectivation croissante, déjà sous l'ancien régime comme on le remarque pour les amendes que les parties voient de plus en plus leur échapper avec l'évolution vers la procédure inquisitoire. Voir par exemple en ce sens: Chr. M. G. ten Raa, La composition de la justice maiorale de Grez – Brabant Wallon – au début du XVIème siècle, in: *La justice dans tous les Etats bourguignons et les régions voisines aux Xvème–XVIème siècles. Institutions, procédure, mentalités*, sous la dir. de J. M. Cauchies, Neuchâtel 1990, p. 54.

[179] La peine privée pourrait ainsi offrir un nouvel aspect et un autre sens à la «propension naturelle (de la peine) à s'autogérer» discernée par J. Carbonnier (La peine décrochée du délit, in: *Mélanges R. Legros*, Bruxelles 1985, pp. 23–34), puisqu'elle témoigne de sa mobilité certaine par rapport au délit.

«stigmatiser» ou «ordonner» certaines fonctions, ce qui explique son absence de point d'ancrage définitif, condition même de son existence et de sa survie.