



HAL
open science

Souveraineté et peine de mort de Jean Bodin à John Locke. Enquête sur les apories théoriques de l'abolitionnisme pénal

Laurent Reverso

► **To cite this version:**

Laurent Reverso. Souveraineté et peine de mort de Jean Bodin à John Locke. Enquête sur les apories théoriques de l'abolitionnisme pénal. Revue Lexsociété, 2024, Revue LexSociété. hal-04567814

HAL Id: hal-04567814

<https://hal.science/hal-04567814>

Submitted on 7 May 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License



**Souveraineté et peine de mort de Jean Bodin à John
Locke. Enquête sur les apories théoriques de
l'abolitionnisme pénal**

in L. REVERSO, C. TZUTZUIANO (dir.), *Souveraineté et peine de mort*, Université de
Toulon, 2021

LAURENT REVERSO

Professeur d'Histoire du droit

Université de Toulon

Centre de Droit et de Politique Comparés Jean-Claude Escarras

UMR-CNRS 7318 DICE

« Vous êtes condamné à mort, bon, ça vous donne un personnage bien spécial. Tout le monde est condamné à mort bien sûr, mais là avec une violence et d'autres gens. Tout le monde veut vous condamner à mort, c'est évident, mais légalement, quoi. Oui, ça, c'est amusant »¹.

Les événements constitués par la parution depuis 2021 d'inédits de Louis-Ferdinand Céline, retrouvés dans des conditions assez romanesques², montrent à quel point la France est pauvre de grands écrivains à proportion qu'elle est riche de prix littéraires médiatiques. Seul Céline -qui est l'avant dernier grand écrivain français, le dernier étant Guy Debord, dans un tout autre style³- est capable, soixante ans après sa disparition, de susciter un tel engouement littéraire. Et seul il est capable de trouver « amusant » le fait d'être condamné à mort. En dehors de la littérature et de la provocation célinienne, la peine de mort n'a rien d'amusant même si elle a été longtemps, jusqu'à ce qu'elle soit exécutée dans la discrétion des prisons à partir de 1939, un spectacle populaire, un divertissement destiné à l'édification du public⁴.

Le lien que cette peine entretient avec le concept de souveraineté est l'objet de l'investigation ici présentée. Ce lien peut paraître d'emblée paradoxal, dans la mesure où la souveraineté au sens moderne a précisément été inventée au XVI^e siècle pour mettre fin à la folie meurtrière des guerres de religion qui ensanglantaient la France et une partie de l'Europe⁵.

¹ « Céline, l'entretien retrouvé », *Le Figaro*, Jeudi 20 avril 2023, page littéraire 2.

² JEROME DUPUIS, « Les trésors retrouvés de Louis-Ferdinand Céline », *Le Monde*, Vendredi 6 août 2021, p.13-15. Deux romans publiés en 2022, *Guerre*, et *Londres*, sont notamment le fruit de ces découvertes.

³ La parution des *Œuvres*, de GUY DEBORD (Paris, Gallimard, 2006), a constitué le seul événement similaire, depuis le début des années 2000 à celui de la parution des romans inédits de Céline. Debord est un grand théoricien, c'est aussi un grand écrivain, ce que montre ces *Œuvres*; JUREMIR MACHADO DA SILVA, « Pour déborder le spectacle : à propos de la réédition des « œuvres » de Guy Debord », *Hermès*, 47-2007/1, p.185-191.

⁴ A titre d'exemple : JEAN TULARD, *Le Monde du crime sous Napoléon 1799-1815*, Paris, Tallandier, 2023 [2017], p.97.

⁵ Ce n'est pas le lieu de discuter ici l'ouvrage du théologien WILLIAM T. CAVANAUGH, *The Myth of Religious Violence. Secular Ideology and the Roots of Modern Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp.123-180, qui prétend exonérer les religions de leur responsabilité historique dans les déchaînements de violence du XVI^e siècle. Il n'explique évidemment pas

Ferdinand de Saussure expliquait que la langue étant un héritage historique, elle n'est absolument pas libre ni choisie. La langue est toujours héritée des générations précédentes⁶. C'est un objet historique. Comme toute institution cependant, la langue connaît des changements. Elle est donc, comme les institutions, le résultat d'un équilibre entre ce qui relève de la tradition et ce qui relève de l'action libre de la société. D'un équilibre, parce que, pour la langue comme les institutions, toute remise en cause radicale, donc création radicale, est à exclure.

Saussure a expliqué que « le signe est dans le cas de s'altérer parce qu'il se continue. Ce qui domine dans toute altération, c'est la persistance de la matière ancienne ; l'infidélité au passé n'est que relative. Voilà pourquoi le principe d'altération se fonde sur le principe de continuité »⁷. En tout cas, on connaît bien le phénomène juridique qui correspond à l'évolution linguistique, même si ce n'est pas toujours ce sur quoi les historiens du droit portent préférentiellement leur attention.

Il en est de même pour le concept de souveraineté⁸. L'exemple de l'histoire du concept de souveraineté est sans aucun doute remarquable et s'inscrit parfaitement dans cette dynamique : au départ, le terme a une signification partielle, elle-même héritée des temps féodaux. A partir du dernier

pourquoi tant d'efforts ont été déployés par les juristes à partir de Jean Bodin pour construire un Etat apte à limiter la folie religieuse, quand bien même la religion n'était pas la seule cause de cette violence, mais la principale. Le fait que la violence puisse aussi être séculière et que dans ce cadre la religion ne soit pas séparable d'autres idéologies porteuses de violence -qui dit le contraire ?- ne prouve évidemment rien en ce qui concerne spécifiquement cette période historique particulière. Cela étant, le livre est plus général et souffre sans doute d'avoir voulu aller de cet aspect général, parfois stimulant, à l'illustration particulière que sont les guerres de religion. Il développe au fond une vision purement américaine, positive, de la religion. En France et en Europe continentale, lieux de la « civilisation étatique » comme le dit si bien Francesco Di Donato, on sait bien que l'État, avec tous ses défauts, vaut mieux que l'absence d'État qui n'aboutit qu'au chaos micro-féodal voire à la guerre civile, en tout cas à la domination sans fard des puissants ; FRANCESCO DI DONATO, *9871 Statualità Civiltà Libertà. Scritti di storia costituzionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2021.

⁶ FERDINAND DE SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, Paris, Payot, 1995 [1916], p.104-108.

⁷ FERDINAND DE SAUSSURE, *Cours de linguistique générale*, op. cit., p.109.

⁸ JEAN-PIERRE MACHELON, « La souveraineté : concept juridique et/ou idée politique », *Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Ganzin*, ERIC GASPARINI (dir.), Paris, La Mémoire du Droit, 2016, p.1005-1024.

tiers du XVI^e siècle la souveraineté a fini, du fait de sa conceptualisation par Jean Bodin, puis de l'approfondissement et de la répétition de cette conceptualisation par d'autres juristes comme Cardin le Bret, Loyseau, Savaron ou Marillac, par avoir un sens que l'on peut aujourd'hui analyser comme étant « classique »⁹. Encore au XXI^e siècle, c'est ce sens-là, classique, qui domine et qui est au cœur de tout le droit public, interne comme international. C'est cette permanence -au-delà de toutes les tentatives des juristes, politistes, acteurs politiques, économiques ou autres- qui explique que toutes les tentatives de dépasser la souveraineté sont structurellement vouées à l'échec : faute d'inventer et d'imposer un nouveau concept pour désigner la structure du pouvoir au sein de l'État (qui est évidemment l'autre aspect de la question, inséparable de la souveraineté), ce sont les mécanismes classiques issus de la théorie de Jean Bodin qui continueront de s'appliquer, y compris dans un rapport d'opposition avec les tentatives de dépassement évoquées.

L'Union Européenne est une illustration hélas éclairante de ce mécanisme. Faute de mettre en place un Etat européen, doté d'une souveraineté, et donc d'abolir les Etats nationaux souverains ou de les transformer en Etats fédérés, à moins d'abolir toute souveraineté et de mettre en place une autre architecture que l'on est bien en peine d'imaginer, ce projet est structurellement voué à l'échec, ou à devenir une instance de domination non démocratique¹⁰. La crise épidémique de 2020-2021 l'a montré de façon assez inquiétante : les Etats, dans ce temps de crise, ont, au moins dans un premier temps, mené une

⁹ On mettra ici de côté certains auteurs anglais et italiens étudiés par QUENTIN SKINNER, « The sovereign state : a genealogy », *Sovereignty in Fragments. The Past, Present and Future of a Contested Concept*, Hent Kelmo-Quentin Skinner (Ed.), New-York, Cambridge University Press, 2010, pp.26-40.

¹⁰ La citoyenneté, intrinsèquement liée à la souveraineté, en est l'illustration claire. Le Traité de Lisbonne, en son article 8 (devenu l'article 9 du Traité sur l'Union Européenne et l'article 20 al. 1 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne), a institué une « citoyenneté européenne » sans abolir les citoyennetés nationales, ce qui relève de l'oxymore juridique. Il s'agit d'une méconnaissance de la logique fondamentale de la souveraineté et même du droit public : « Il est institué une citoyenneté de l'Union. Est citoyen de l'Union toute personne ayant la nationalité d'un État membre. La citoyenneté de l'Union s'ajoute à la citoyenneté nationale et ne la remplace pas ». Sauf les cas très particuliers et d'ailleurs strictement individuels, de double nationalité, cette « double citoyenneté » est, du point de vue de la souveraineté de droit public, dépourvue de sens. Elle peut expliquer, à elle seule, l'impuissance européenne.

politique strictement nationale, le niveau européen n'intervenant que dans un second temps¹¹. Ce sont plutôt les contacts entre France et Allemagne notamment, bilatéraux donc, qui ont abouti à une certaine coopération. Surtout, ce sont les droits fondamentaux, dont on pensait qu'ils étaient un acquis central de l'Union, qui ont le plus souffert de cette situation, avec l'excuse de l'urgence¹².

La question de la peine de mort n'est évidemment pas une question purement juridique, si tant est qu'il existe des questions « purement » juridiques. La peine de mort est une question politique autant que juridique. Pour certains, pour la plupart, elle est aussi une question morale, ce qui complique singulièrement les choses. On essaiera ici de se placer d'un strict point de vue politique et juridique et non moral, tant il est vrai que les considérations morales n'apportent jamais de réponses claires à des questions politiques ou juridiques. En d'autres termes, on se penchera sur les rapports entre l'État, le citoyen, l'utilisation de la violence légitime et le rapport juridiquement et politiquement acceptable entre l'individu et la collectivité. Il se trouve que l'auteur qui a sans doute le plus fait au cours de l'époque moderne pour mettre au centre du débat politique la question de la peine de mort, Cesare Beccaria, a eu l'immense mérite de ne pas traiter cette question d'un point de vue moral, contrairement à nombre de ses thuriféraires passés ou présents, mais d'un point de vue précisément politique et juridique. Il l'a fait en utilisant tous les arguments, plus ou moins efficaces, que sa philosophie personnelle, l'utilitarisme, lui donnait.

¹¹ DOMINIQUE RIETLENG, « L'Union européenne et la pandémie de Covid-19 : de la vertu des crises », *RTD eur.*, 3-2020, p.483-492. Le dossier de ce numéro spécial porte sur « L'Union européenne face à la crise de Covid-19 ». Beaucoup d'observateurs se sont, un peu rapidement à mon sens, félicités des progrès accomplis par l'Union, sortie renforcée de la crise. Il me semble qu'il s'agit d'un trompe-l'œil, l'Union s'étant révélée incapable de réagir au cœur de la crise, et n'ayant repris le dessus en effet, qu'une fois l'apex de celle-ci passé. Cela ne résout d'ailleurs pas la question de l'adhésion des peuples européens à la politique sanitaire de l'Union. Il faut reconnaître que cela est également vrai pour les politiques sanitaires de chacun des États qui ont généré parfois des réactions de fort rejet.

¹² Ainsi, DANIELLE ROJAS, « L'État de droit en période de Covid-19 : l'Union européenne mise à l'épreuve », *RTD eur.*, 3-2020, p.531-550 ; la question avait été traitée avant même l'épisode du Covid par OLIVIER BEAUD-CECILE GUERIN-BARGUES, *L'état d'urgence. Etude constitutionnelle, historique et critique*, Paris, LGDJ, 2^e éd. 2018. Les juristes, très majoritairement, ont massivement critiqué cette évolution du droit vers le non-droit.

Beccaria n'était pas démocrate ; cela peut surprendre, cela peut agacer tous ceux qui ont besoins de héros pour construire une *histoire sainte* de l'abolition de la peine de mort, mais c'est un fait¹³. Il a été, et est resté toute sa vie un sujet fidèle et dévoué de sa majesté Joseph II, Empereur des Romains, Archiduc d'Autriche, Roi de Hongrie et de Bohême, Souverain de l'État de Milan, dont Beccaria était natif¹⁴. Il a servi, en tant qu'enseignant et en tant qu'administrateur zélé, ce souverain qui, pour être philosophe et réformateur, n'en était pas moins un souverain *absolu*¹⁵. En tout cas, il faut partir des faits, et essayer d'expliquer pourquoi le penseur de l'abolition de la peine de mort, ou que l'on présente un peu simplement comme tel, était aussi un penseur de l'État mais pas de l'État démocratique. En d'autres termes, il s'agit de comprendre comment la question de la peine de mort s'articule avec la question du régime politique, question à laquelle on pourrait tout aussi bien répondre que les deux sont indépendants.

On a souvent voulu retenir de Beccaria la théorisation de l'abolition totale de la peine de mort¹⁶. Mais dans son ouvrage, celle-ci n'est que partielle : elle ne comprend pas les crimes contre la sûreté de l'État, ni l'éventualité de la nécessité impérieuse de l'utiliser à titre dissuasif :

¹³ Ce genre d'histoire sainte du droit pénal a par avance été critiqué par KARL MARX-FRIEDRICH ENGELS, *La sainte famille ou critique de la critique critique contre Bruno Bauer et consorts*, Paris, Editions Sociales, 1969 [1845].

¹⁴ Beccaria l'écrit explicitement dans la préface du *Dei delitti e delle pene (A chi legge)* : « Ho dato un pubblico testimonio della mia religione e della sommissione al mio sovrano colla risposta alle Note ed osservazioni ».

¹⁵ Pour être plus exact, on peut même dire que ce souverain, parce qu'il était philosophe et réformateur, était un souverain absolu. La philosophie réformatrice de Joseph II peut en effet être interprétée comme un instrument de son absolutisme : son pouvoir est d'autant plus incontestable qu'il est fondé rationnellement. A ce sujet, LAURENT REVERSO, *Les Lumières chez les juristes et publicistes lombards au XVIII^e siècle : influence française et spécificité (1749-1791)*, Aix-en-Provence, PUAM, 2004, p.411-494. Autant la question de l'absolutisme réel ou supposé des rois de France a pu être discutée, en particulier par Jean-Louis Thireau, autant le caractère absolu du pouvoir de Joseph II ne fait aucun doute.

¹⁶ Au point que PIERRE LASCOURMES et PIERRETTE PONCELA, « Classer et punir autrement : les incriminations sous l'Ancien Régime et sous la Constituante », *Une autre justice (1789-1799)*, ROBERT BADINTER (dir.), Paris, Fayard, 1989, p.78, écrivent que dans le livre de Beccaria « la peine de mort, mise au rang des « erreurs que recouvre la rouille vénérable des siècles », y est définitivement proscrite ».

« La morte di un cittadino non può credersi necessaria che per due motivi. Il primo, quando anche privo di libertà egli abbia ancora tali relazioni e tal potenza che interessi la sicurezza della nazione ; quando la sua esistenza possa produrre una rivoluzione pericolosa nella forma di governo stabilita. La morte di qualche cittadino divien dunque necessaria quando la nazione recupera o perde la sua libertà, o nel tempo dell'anarchia, quando i disordini stessi tengon luogo di leggi ; ma durante il tranquillo regno delle leggi, in una forma di governo per la quale i voti della nazione siano riuniti, ben munita al di fuori e al di dentro dalla forza e dalla opinione, forse più efficace della forza medesima, dove il comando non è che presso il vero sovrano, dove le ricchezze comprano piaceri e non autorità, io non veggo necessità alcuna di distruggere un cittadino, se non quando la di lui morte fosse il vero ed unico freno per distogliere gli altri dal commettere delitti, secondo motivo per cui può credersi giusta e necessaria la pena di morte »¹⁷.

« On ne peut croire la mort d'un citoyen nécessaire que pour deux motifs. Le premier, quand même privé de liberté il aurait encore de telles relations et une telle puissance qu'il menace la sécurité de la nation ; quand son existence peut produire une révolution périlleuse dans la forme de gouvernement établie. La mort de certains citoyens devient donc nécessaire quand la nation récupère ou perd sa liberté, ou dans un temps d'anarchie, quand les désordres mêmes tiennent lieu de loi ; mais pendant le règne tranquille des lois, dans une forme de gouvernement pour laquelle les vœux de la nation sont réunis, bien munie en dehors et au dedans de la force et de l'opinion, peut-être plus efficace que la forme même, où le commandement ne se trouve qu'auprès du véritable souverain, où les richesses achètent des plaisirs et non l'autorité, je ne vois aucune nécessité de détruire un citoyen, sinon quand sa mort serait le véritable et unique frein pour détourner les autres de la commission de délits, second motif pour lequel on peut croire juste et nécessaire la peine de mort ».

¹⁷ *Des délits et des peines*, § XXVIII.

Ainsi, la défense de l'« ordre nouveau » justifie la peine de mort en matière politique : les artisans de la terreur révolutionnaire sauront s'en souvenir. De plus, la dissuasion pénale peut également justifier selon le marquis milanais cette même peine « pour détourner les autres de la commission de délits ». Bien entendu, tout cela est entouré de précautions : il faut, et la précision n'est sans doute pas purement rhétorique, que la mort soit « le véritable et unique frein » apte à dissuader le reste des citoyens de commettre un délit. Ces cas particuliers sont d'ailleurs rarement commentés, à une notable exception près¹⁸. L'argument selon lequel ces exceptions n'en seraient pas vraiment ne tient pas : il suffisait à Beccaria de ne pas faire d'exception ; mais il les a faites.

Ces exceptions se retrouvent chez tous les admirateurs de Beccaria, y compris Voltaire, et même dans le projet de code pénal de 1791 présenté par Le Pelletier de Saint-Fargeau, ou encore après l'exécution de Louis XVI, dans le projet d'« abolition » par Condorcet¹⁹. Beccaria, de ce point de vue aussi, est donc bien un précurseur de la justice politique révolutionnaire. Il faut le noter, la seconde exception se trouvait déjà chez Rousseau, dont on ne signale pas assez souvent la proximité, de ce point de vue, avec Beccaria²⁰.

Mais ce cas est à l'évidence, dans l'esprit de Beccaria, extrêmement rare,

¹⁸ ANDRE LAINGUI, « La peine de mort au XVIII^e siècle : opinion publique et réalités », *La peine de mort. Droit, histoire, anthropologie, philosophie*, IOANNIS S. PAPADOPOULOS-JACQUES-HENRI ROBERT (dir.), Paris, LGDJ, 2000, pp.111-113. Voir aussi, LAURENT REVERSO, *Les Lumières chez les juristes et publicistes lombards au XVIII^e siècle*, op. cit., p.349-350. PHILIPPE AUDEGEAN, dans la traduction de référence du livre de BECCARIA, *Des délits et des peines*, Lyon, ENS Editions, 2009, explique (notes 193 et 196) que l'abolitionnisme de Beccaria serait sans exception, du fait du contexte et d'une minutieuse analyse lexicographique. Je penche pour une interprétation moins alambiquée. Il faut dire que pour un juriste, la paire principe-exception est très convaincante.

¹⁹ ANDRE LAINGUI, « La peine de mort au XVIII^e siècle : opinion publique et réalités », art. cit., p.111-114 : « Abolissez la peine de mort pour tous les délits privés, en nous réservant d'examiner s'il faut la conserver pour les délits contre l'Etat ».

²⁰ JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Du contrat social*, II, V : « On n'a droit de faire mourir, même pour l'exemple, que celui qu'on ne peut conserver sans danger » ; BRUNO BERNARDI, « Le droit de vie et de mort selon Rousseau : une question mal posée ? », *Revue de métaphysique et de morale*, 37-2003/1, p.101-106. Pour une interprétation mettant au contraire en avant les différences entre Beccaria et Rousseau, considérant Beccaria comme un « abolitionnisme intégral » : PHILIPPE AUDEGEAN-DARIO IPPOLITO, « « La peine de mort n'est donc pas un droit ». La décision abolitionniste de Beccaria », *Histoire de la Justice*, 34-2023/1, p.40-42.

et, en outre, pas du tout adapté à la Lombardie autrichienne de son temps. De plus, il n'est pas possible de faire supporter *ex post* à Beccaria le poids de la justice révolutionnaire française et de sa pratique de la peine de mort²¹. Par contre, on notera que la seconde hypothèse soulevée par le Milanais n'est pas équivalente à la première : la première n'était envisagée que du point de vue de la *nécessité*. La seconde est envisagée à la fois du point de vue de la *nécessité* et de la *justice*. Bien sûr, les conditions sont restrictives, il ne saurait en être autrement dans un ouvrage qui entend limiter drastiquement cette pratique : il faut que la peine de mort soit la seule et véritable solution pour « détourner les autres de la commission de délits ».

La condition que la peine de mort soit « l'unique frein » pour dissuader la commission de délits semble contradictoire avec les développements sur les travaux forcés en public, qui sont précisément conçus pour rendre inutile la peine de mort. Si l'on considère qu'il n'y a pas de logique cachée dans l'ouvrage de Beccaria, parce que faute de document prouvant cette logique cachée, et ce document jusqu'à présent n'existe pas, on ne peut pas réfléchir sur le texte de Beccaria autrement qu'en se limitant à ce qu'il écrit, sauf à penser au moyen d'une logique paranoïaque, la condition du caractère unique du frein constitué par la peine de mort doit être prise au sérieux. Elle doit d'autant plus être prise au sérieux qu'une autre condition cumulative la complète : celle du caractère « véritable » de l'adoption de la peine de mort pour détourner les citoyens de la commission de délits. Ne donnant pas d'exemple concret de ce qu'il entend par là (quels sont les cas dans lesquels concrètement la peine de mort est « le véritable et unique frein pour détourner les autres de la commission de délits »?), il n'est possible que de conjecturer. Mais il est indispensable de le faire : pourquoi, autrement, Beccaria aurait-il laissé ouverte cette possibilité ?

Sans aucun doute, Beccaria entend limiter drastiquement les cas possibles de peine de mort, mais le relativisme de ce passage du chapitre sur la peine de mort ne doit pas être sous-estimé. Il aurait pu, comme pour la torture,

²¹ ERIC DE MARI, *La Mise hors de la loi sous la Révolution Française (19 mars 1793-An III)*, Paris, LGDJ, 2015, montre la *relative* modération de la pratique des exécutions sous la Révolution, pratique qui est tout de même d'une intensité exceptionnelle par rapport à des périodes de paix civile.

ne laisser aucune place à la nuance. Il se trouve qu'il a au contraire laissé une ouverture, certes limitée mais bien réelle. Il s'agit d'ailleurs d'une ouverture passionnante à analyser, précisément parce dès le début du chapitre, Beccaria a posé que « la peine de mort n'est donc pas un *droit* », dans la mesure où elle ne saurait résulter de la souveraineté issue du Contrat social (les citoyens n'ont pu consentir à se faire tuer en renonçant à leur liberté absolue de l'état pré-social, la disproportion est trop grande)²². Il est possible que Beccaria ait ici anticipé les états de non-droit que la modernité juridique connaît sous la forme du droit de l'exception²³ ; il n'a pas laissée ouverte la possibilité de relier la peine de mort à la souveraineté d'institution, qui est celle du début du chapitre puisque clairement il a entendu séparer la peine de mort de la souveraineté instituant le pouvoir. Inversement, il semble que la souveraineté d'exercice²⁴, celle qui concrètement règne -l'impératrice Marie-Thérèse en 1764- puisse entrer dans les cas évoqués par Beccaria. Un élément semble bien confirmer cette piste puisque Beccaria emploie le terme de souverain à plusieurs reprises au sens de monarque régnant, distingué des sujets, parfois de la nation, et non de souverain abstrait instituant la communauté politique²⁵. Sans cette séparation, que parfois il

²² CESARE BECCARIA, *Des délits et des peines*, § XXVIII : « Quel peut bien être le droit que s'attribuent les hommes de trucider leurs semblables ? Certainement pas celui dont résultent la souveraineté et les lois. Elles ne sont qu'une somme de toutes petites portions de la liberté privée de chacun. Elles représentent la volonté générale, qui est l'agrégat des volontés particulières. Qui a jamais voulu laisser à l'arbitraire d'autres hommes le droit de le tuer ? Comment dans le plus petit sacrifice de la liberté de chacun peut-il jamais y avoir celui du plus grand de tous les biens, la vie ? ».

²³ GIORGIO AGAMBEN, *Etat d'exception. Homo Sacer II 1*, Paris, Seuil, 2003 ; LUDOVIC HENNEBEL, « L'exceptionnalisme américain », *Libertés et exceptionnalismes nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p.137-154.

²⁴ Au sens actuel des deux premiers alinéas de l'article 3 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « La souveraineté nationale appartient au peuple qui l'exerce par ses représentants et par la voie du référendum. Aucune section du peuple ni aucun individu ne peut s'en attribuer l'exercice » ; cet article est notamment sollicité par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 97-394 DC du 31 décembre 1997 : FLORENCE CHALTIEL, « Commentaire de la décision du conseil constitutionnel relative au traité d'Amsterdam », *Revue du marché commun et de l'Union européenne (Revue de l'Union Européenne)*, 415-1998, p.73-84.

²⁵ CESARE BECCARIA, *Des délits et des peines*, Introduction : « Les véritables relations entre le souverain et ses sujets » ; § III. : « Le souverain, qui représente la société même » ; §. XV : « et il y aura des sujets plus forts que le souverain ! ». Il ne s'agit que d'un échantillon.

semble nier²⁶, ce qui n'apporte pas beaucoup de clarté à son raisonnement, il n'y aurait pas de possibilité de distinguer les deux types, ou pour mieux dire les deux moments, de la souveraineté. Il reste la possibilité d'un double discours et une logique cachée évitant de prendre de front la logique de la souveraineté. Il semble plutôt au contraire que Beccaria ait été incapable (comme tout le monde à son époque) de penser théoriquement l'abolition de la souveraineté, raison pour laquelle il a été « contaminé » par la logique de cette dernière et a été mécaniquement contraint de laisser la porte ouverte à la peine de mort.

Comme chacun sait, la peine de mort a été *officiellement* abolie en France par la loi du 9 octobre 1981²⁷. Son interdiction juridique est *apparemment* renforcée par la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne de décembre 2000 qui en l'alinéa 2 de son article 2 proclame que « nul ne peut être condamné à la peine de mort, ni exécuté ».

De même que le protocole n°13 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances du 3 mai 2002, prenant acte de ce que les textes européens en vigueur n'interdisaient pas le recours à la peine de mort en cas de guerre, proclame à destination de l'avenir et de l'histoire (du moins ses rédacteurs le pensaient-ils sans doute) que : « Les Etats membres du Conseil de l'Europe, signataires du présent Protocole [...] résolus à faire *le pas ultime* afin d'abolir la peine de mort en toutes circonstances, sont convenus de ce qui suit : Article 1 – Abolition de la peine de mort. La peine de mort est abolie. Nul ne peut être condamné à une telle peine ni exécuté ». Le juriste prudent se méfie des grandes déclarations, surtout lorsqu'elles frisent le ridicule²⁸.

²⁶ Ainsi, CESARE BECCARIA, *Des délits et des peines*, §. III : « Le souverain, qui représente la société même, ne peut former que des lois générales obligeant tous ses membres, mais non juger que l'un d'entre eux a violé le contrat social, puisqu'alors la nation se diviserait en deux parties, l'une représentée par le souverain, qui affirme la violation du contrat, et l'autre par l'accusé, qui la nie » ; §. IV : « Le souverain, c'est-à-dire le dépositaire des volontés actuelles de tous ».

²⁷ PHILIPPE ASTRUC-ERIC GHERARDI, *L'abolition de la peine capitale en France*, Paris, Armand Colin, 2011. Les auteurs présentent l'abolition comme un processus « chaotique et inéluctable », les deux termes n'étant peut-être pas compatibles. En tout cas, le fait de présenter l'abolition *médiatique* de la peine capitale comme « inéluctable » est une des sources du problème de son maintien bien *réel*.

²⁸ Souligné par moi ; il n'est pas inutile de préciser que cette formule n'est pas un trait d'humour

La loi constitutionnelle du 23 février 2007, qui a inséré le grave et laconique article 66-1 dans la Constitution du 5 octobre 1958 (« Nul ne peut être condamné à la peine de mort »), dont le vote a été rendu nécessaire par la Décision n° 2005-524/525 DC du 13 octobre 2005 du Conseil constitutionnel concernant l'adoption du deuxième protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort, adopté à New York le 15 décembre 1989, a encore renforcé cette abolition²⁹.

Le 30 novembre 2017 néanmoins, le ministre des armées -nom qui remplace la républicaine appellation de ministre de la défense depuis l'élection d'Emmanuel Macron³⁰-Florence Parly, alors en fonction, a confirmé sur BFM TV et RMC³¹, à la suite d'une question du journaliste Jean-Jacques Bourdin, que la France continuait de pratiquer des exécutions extra-judiciaires contre des jihadistes français engagés en Syrie et en Irak ; autrement dit, elle a confirmé que des exécutions, en dehors de tout cadre juridique, étaient *pratiquées* par l'État français, sur ordre du président de la République. On le savait depuis le mandat

de ma part mais bien une citation du texte réel. Cette image du *pas ultime* fait irrésistiblement penser au pas qui fait tomber de la falaise. Cette contamination du droit par une vision crypto-religieuse, eschatologique, est évidemment la cause du ridicule. Prendre la décision d'abolir la peine de mort est une décision d'un tout autre sérieux. Et il faut être bien naïf pour croire que l'abolition pourrait être « définitive », sauf à faire sienne une vision eschatologique de l'histoire, qu'il vaut mieux laisser aux religieux, et sauf à ne pas comprendre que la lutte pour le progrès humain est une lutte sans fin.

²⁹ PAOLO PASSAGLIA, *L'abolition de la peine de mort. Une étude comparée*, Pisa, Mnemosyne, 2012, p.86-87 ; DELPHINE CHALUS, « Quel intérêt à l'abolition constitutionnelle de la peine capitale en France », *RFDC*, 71-2007/3, p.471-498.

Ministre des armées est le titre pris par le ministre de la défense sous les mandats du général De Gaulle et sous la présidence de Georges Pompidou. Rappelons qu'en 1958, et quoi que l'on en pense sur le fond, la mise en place de la V^e République est le fruit d'un coup d'état. Auparavant, traditionnellement, les ministres chargés de la défense ont pour titre « ministre de la guerre », « ministre de la défense » (parfois « défense nationale ») ou encore « ministre de la défense nationale et de la guerre » ; sous la IV^e République on trouve aussi « ministre de la défense nationale et des forces armées ». De novembre 1945 à juin 1946, toujours dans une atmosphère de coup d'état, Edmond Michelet a été aussi « ministre des armées ». Ce titre est donc tout sauf anodin.

³¹ <http://www.bfmtv.com/mediaplayer/video/florence-parly-face-a-jean-jacques-bourdin-en-direct-1008499.html> Consulté le 25 janvier 2024. L'extrait est entre 13'55 et 15'15.

de Nicolas Sarkozy et celui de François Hollande, puisque l'ouvrage de Vincent Nouzille, *Les tueurs de la République*, l'a abondamment documenté³² et puisque François Hollande l'a officiellement déclaré dans le bien nommé *Un président ne devrait pas dire ça*, mais c'est la première fois que cela est confirmé de vive voix, par un politique en fonction³³.

Les choses sont claires semble-t-il. La France, sous la présidence d'Emmanuel Macron, continue d'appliquer la peine de mort³⁴, qui plus est extra-judiciaire, à l'égard de certains de ses ressortissants engagés dans la lutte armée, pour éviter qu'ils ne reviennent sur le sol national, où ils seraient évidemment très difficilement gérables, ce qui est une autre question. On ne portera pas ici de jugement moral sur ces exécutions, sur lesquelles en tout état de cause il est impossible d'être bien informé, on se contentera simplement d'essayer de comprendre les mécanismes. On ne peut non plus s'étonner sérieusement d'un tel état de fait. Déjà en 1988, Guy Debord avait expliqué que le caractère désormais totalitaire de la société spectaculaire marchande impliquait logiquement l'élimination de toute opposition, y compris par l'assassinat : « Il y a toujours un plus grand nombre d'hommes formés pour agir dans le secret [...]. Ce sont des détachements spéciaux d'hommes armés d'archives réservées, c'est-à-dire d'observations et d'analyses secrètes. Et d'autres sont armés de diverses techniques pour l'exploitation et la manipulation de ces affaires secrètes. Enfin, quand il s'agit de leurs branches « Action », ils peuvent

³² VINCENT NOUZILLE, *Les tueurs de la République. Assassinats et opérations spéciales des services secrets*, Paris, Fayard, 2^e éd. 2020 [2015]. XAVIER LATOUR, « La pratique française des exécutions extrajudiciaires », *Annuaire du Droit de la Sécurité et de la Défense*, 2016, p.263-279. L'auteur exprime fort bien la logique de la souveraineté dans son rapport avec l'État de droit, lorsqu'il écrit que « L'exécution est une forme d'expression absolue de la souveraineté dont l'État ne peut pas se passer. Cependant, la mort extrajudiciaire doit s'inscrire dans un minimum de droit ».

³³ GERARD DAVET-FABRICE LHOMME, " *Un président ne devrait pas dire ça* " *Les secrets d'un quinquennat*, Paris, Stock, 2016, p.487-489. Voir aussi l'article de VINCENT NOUZILLE, « Comment Macron mène ses guerres secrètes », *Le Figaro (site web)*, Vendredi 25 septembre 2020. Pour une analyse rationnelle : MICHEL TERESTCHENKO-AUBERI EDLER, « Pour les démocraties, la question n'est hélas plus de juger les combattants fanatisés, mais de les exterminer », *Le Monde*, Dimanche 1^{er} - Lundi 2 Décembre 2019, p.19

³⁴ XAVIER LATOUR, « « La pratique française des exécutions extrajudiciaires », art. cit., p.263, a raison d'assimiler les exécutions extra-judiciaires et la peine de mort, même si techniquement, du point de vue procédural, la peine de mort est moins arbitraire...

également être équipés d'autres capacités de simplification des problèmes étudiés »³⁵. Si la chose n'était pas assez claire, il complétait : « Depuis longtemps, on s'est habitué partout à voir exécuter sommairement toutes sortes de gens. Les terroristes connus, ou considérés comme tels, sont combattus ouvertement d'une manière terroriste »³⁶. Le *spectacle* de l'abolition masque mal la réalité ordinaire de la mort arbitraire, arbitraire non pas du point de vue des cibles choisies, qui relèvent parfois de la raison d'État et souvent de la raison du Capital, mais du point de vue du droit et de la procédure en tant que garante du droit. Du reste, le passage d'un droit pénal libéral à un droit pénal de la dangerosité est un symptôme confirmant l'amenuisement progressif des libertés individuelles au profit d'une répression toujours plus préventive³⁷.

Cette question doit être placée sur le plan de la *logique*, pas sur le plan de la morale donc du caractère souhaitable ou non de cette abolition. Étant entendu que l'abolition comme la restauration de la peine de mort est évidemment possible, il suffit d'un vote du législateur (on laisse de côté la question de la supériorité des normes européennes, qui d'ailleurs sur une question aussi fondamentale, n'aboutirait qu'à un bras de fer dont le pays votant une loi prévoyant la peine de mort sortirait vainqueur, pour peu que ses gouvernants aient une forte volonté). Il s'agit donc de confronter l'abolition de la peine capitale avec la logique interne de l'État moderne, tel qu'il s'est constitué à partir du XVI^e siècle. C'est au prix de cet effort que l'on pourra peut-être expliquer pourquoi, chez Beccaria, la peine de mort n'est pas abolie de façon radicale, et pourquoi l'État français actuel n'y arrive pas davantage³⁸. En d'autres termes, ce que l'on voudrait ici montrer, c'est que la nature même de la notion de souveraineté est consubstantielle de la peine de mort, quand bien même elle serait limitée. En ce qui concerne l'État contemporain, cela ne peut signifier

³⁵ GUY DEBORD, *Commentaires sur la société du spectacle*, Paris, Gallimard, 1988, § XVIII p.58

³⁶ GUY DEBORD, *Commentaires sur la société du spectacle*, op. cit., p.59.

³⁷ Pour une vision synthétique mais efficace : JULIE ALIX, « Aux confins de la répression pénale », *D.*, 13-2020, p.273.

³⁸ Pourquoi également, plusieurs décennies après l'abolition de cette peine en France, son rétablissement reste souhaité en 2023 par 51 % des français. Voir le sondage Ipsos *Fractures françaises 2023 : tableau d'une France en colère* : <https://www.ipsos.com/fr-fr/fractures-francaises-2023-tableau-dune-france-en-colere>

qu'une chose : que l'abolition radicale de la peine de mort suppose l'abolition radicale de la souveraineté qui est son fondement, et l'invention d'un autre type de pouvoir politique (ou de non-pouvoir non-politique) dont on ne voit jusqu'à présent aucun exemple concret³⁹. En ce sens, la peine de mort ne constitue pas un « excès de pouvoir »⁴⁰, parce que, au contraire, « la peine de mort appartient à la souveraineté »⁴¹. Ainsi, « l'abolition de la peine de mort en 1981 marque alors le renoncement Étatique à une technologie de pouvoir, à la fois par l'incompatibilité proclamée entre démocratie et pouvoir de tuer, mais surtout parce que ce pouvoir s'est déjà recomposé dans les formes multiples du thanatopouvoir »⁴². Les exécutions extra-judiciaires montrent bien que l'État a pu renoncer à la peine de mort parce qu'il contrôle toujours la mort des citoyens, par d'autres moyens⁴³.

On écartera d'emblée (mais non *a priori*) l'idée selon laquelle la peine de mort, en soi, ou par nature, serait une prérogative de l'État. L'État royal médiéval qui repose sur l'énumération patiente, et en permanence enrichie, des cas dans lesquels la souveraineté royale s'applique, n'est pas le même que l'État moderne dont la souveraineté est définie de façon abstraite et générale. L'articulation entre pouvoir et souveraineté, autrement dit, prend un tour radicalement nouveau dans la seconde moitié du XVI^e siècle, parce qu'à ce moment-là de l'histoire de France⁴⁴, les extrémistes, catholiques et protestants,

³⁹ Il n'est pas question ici de faire l'inventaire de toutes les tentatives, parfois intéressantes, de dépasser l'État-Nation, voire l'État tout court, dans un contexte de mondialisation des questions sociales, environnementales, etc. On peut renvoyer à l'ouvrage *Dynamiques de la souveraineté. Communautés et organisations politiques face à la souveraineté*, GABRIEL BLOUIN GENEST-YVES PALAU-PIERRE VERCAUTEREN (dir.), Paris, EMS Editions, 2022. Il suffit de signaler que quelles que soient les critiques à l'égard du concept de souveraineté, aucunes n'arrivent à y substituer un concept opérant. Critiquer n'est pas construire. Pour une vision critique de cette critique : OLIVIER BEAUD, « Peut-il y avoir encore un pouvoir souverain ? », *Le pouvoir*, PIERRE DELVOLLE (dir.), Paris, PUF, 2022, pp.133 et ss.

⁴⁰ JEAN-CLAUDE MONOD, *L'art de ne pas être trop gouverné*, Paris, Seuil, 2019, p.147.

⁴¹ EMMANUEL TAÏEB, « La peine de mort en République : un "faire mourir" souverain ? », *Quaderni* 62/2006-2007 (n° spécial « Le thanatopouvoir. Politiques de la mort »), p.18.

⁴² Idem, p.25.

⁴³ A ce sujet, EMMANUEL TAÏEB-DOMINIQUE MEMMI, « Les recompositions du « faire mourir » : vers une biopolitique d'institution », *Sociétés contemporaines*, 75-2009/3, p.5-15.

⁴⁴ Mais aussi, ce n'est pas un hasard de l'histoire d'Angleterre ; voir KAREN FIORENTINO, *Les*

ont prétendu remettre en cause par la violence cette souveraineté, au nom de leurs délires religieux, en théorisant le régicide, autrement dit le coup d'État pour raisons religieuses⁴⁵. Face à cette folie religieuse par nature ennemie de tout ordre politique et juridique, les juristes français, au premier rang desquels Jean Bodin, ont élaboré en reprenant des éléments classiques, mais en leur donnant une valeur nouvelle, une théorie générale de la souveraineté, dont nous sommes encore très largement tributaires⁴⁶.

L'origine médiévale exacte (quelle est la première occurrence du terme en latin et en français, dans quel contexte, avec quel sens exact, etc.) du terme même de souveraineté⁴⁷ ne fait que très rarement l'objet d'une enquête ou

monarchomaques britanniques, Aix-en-Provence, PUAM, 2003.

⁴⁵ MONIQUE COTTRET, « La justification catholique du tyrannicide », *Parlement[s]. Revue d'histoire politique*, 3-2010, pp.107-117 ; ERIC DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, Paris, LGDJ, 1999, p.20-36 ; PAUL-ALEXIS MELLET, *Les traités monarchomaques. Confusion des temps, résistance armée et monarchie parfaite (1560-1600)*, Genève, Droz, 2007 ; HENRI MOREL, « La théorie du contrat chez les monarchomaques », *Etudes offertes à Pierre Kayser*, T. 2, Aix-en-Provence, PUAM, 1979, pp.285-301. Un exemple bien connu réside dans [HUBERT LANGUET-PHILIPPE DUPLESSIS-MORNAY], *De la puissance légitime du prince sur le peuple, et du peuple sur le prince, Traité très utile et digne de lecture en ce temps, écrit en latin par Estienne Iunnius Brutus, et nouvellement traduit en françois*, slnd, 1581 (traduction du *Vindiciae contra tyrannos* paru en 1579). Il ne me semble pas convaincant de considérer les théories monarchomaques comme des idées politiques révolutionnaires. Il me semble que ce sont plutôt des idées religieuses habillées d'un vernis d'idées politiques, par exemple la souveraineté originelle du peuple. Que ces idées aient ensuite vécu leur vie propre, indépendamment de leur contexte d'origine, et aient préparé les théories du droit naturel moderne est au contraire recevable ; QUENTIN SKINNER, « The sovereign state : a genealogy », art. cit., p.32-33 & 37-40.

⁴⁶ On n'abordera pas ici la question complexe du rapport de Bodin à la religion : DIEGO QUAGLIONI, « Jean Bodin nicodemita ? Simulazione e dissimulazione religiosa nelle aggiunte latine alla « République » », *Jean Bodin. Actes du Colloque Interdisciplinaire d'Angers (24 au 27 mai 1984)*, Angers, Presses de l'Université d'Angers, 1985, p.183-198.

⁴⁷ Après avoir échangé sur le sujet avec mon collègue, ami et éminent médiéviste Pierre-Anne Forcadet, il est apparu que cela devrait faire l'objet d'une recherche collective. Acceptons-en l'augure. En l'état de mes recherches personnelles, la première occurrence d'un mot (*superanus*), qui à travers *superanitas* deviendra *souveraineté* est repérable aux alentours de l'an mil, dans un cartulaire de l'Abbaye de Saint Victor de Marseille ; la première du français *sovrainetez* est repérable, mais isolée et dans un contexte religieux, dans le Psautier d'Oxford au début du XII^e siècle. Ce n'est qu'au XIII^e, notamment chez Philippe de Beaumanoir que l'usage des mots *souverain* et *souveraineté*, devient commun, dans un sens juridique et politique qui annonce

même d'un rappel⁴⁸. Quand cette enquête est menée, c'est parfois de façon incorrecte, même chez de grands auteurs⁴⁹. Au XIV^e siècle encore, lorsque le roi Charles V veut faire respecter sa souveraineté, il avance que « ce sont les droits de souveraineté et de ressort, et autres droits royaux au roi notre seigneur, seul et pour le tout, et de ceux-ci et dépendances de ceux-ci, et de tous autres droits royaux et de souveraineté, qui par exprès ici ne peuvent être exprimés », mais il énumère ensuite les dix-sept points compris dans ce droit de souveraineté (lèse-majesté et monnaie par exemple)⁵⁰. Dans la première moitié du XVI^e siècle

celui qui sera forgé par Jean Bodin ; au même moment, *superanus* perd son sens concret, pour prendre un sens juridique et politique. Ce ne sont là que pistes. Voir PIERRE-ANNE FORCADET, « Origines de l'appel judiciaire et naissance de la souveraineté royale au XIII^e siècle », *Les cours d'appel ; origines, histoire et enjeux contemporains*, LAURENCE SOULA (dir.), PUR, 2016, p.45-51.

⁴⁸ Ainsi ALBERT RIGAUDIERE, « L'invention de la souveraineté », *Pouvoirs*, 67-1993, p.5-20 est muet sur la question. De même OLIVIER BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, 1994, qui, il est vrai ne commence son enquête qu'avec l'œuvre de Bodin ; DENIS BARANGER, « The apparition of sovereignty », *Sovereignty in Fragments. The Past, Present and Future of a Contested Concept*, op. cit., p.47-63, traite de l'apparition du concept à l'époque moderne, non de ses prémices médiévales ; JEAN-PIERRE MACHELON, « La souveraineté : concept juridique et/ou idée politique », art. cit., p.1005-1006 est plus disert, renvoyant au *Trésor de la langue française*, qui donne pour première occurrence le psautier d'Oxford au début du XII^e siècle. Il s'agit sans doute de la première occurrence du terme en français, comme le Psautier d'Oxford est la première traduction en français médiéval du Psautier : IAN SHORT, MARIA CARERI, CHRISTINE RUBY, « Les Psautiers d'Oxford et de Saint Albans : liens de parenté », *Romania*, 509-510/2010-128, p.29-30. Voir aussi HELMUT QUARITSCH, *Souveränität. Entstehung und Entwicklung des Begriffs in Frankreich und Deutschland vom 13. Jh. bis 1806*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986, p.13 ; EELCO NICOLAAS VAN KLEFFENS, « Sovereignty in international law », *RCADI*, 1953-82/1, p.9 et ss. Ce dernier article est à ma connaissance celui qui aborde le plus largement la question de l'origine de la souveraineté.

⁴⁹ Ainsi RAYMOND CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Tome I, Paris Sirey, 1920 [reprint CNRS 1962], p.72-79, qui partait d'une lecture approfondie de Loyseau, pour remonter ensuite aux *Etablissements de Saint Louis*, puis à Beaumanoir pour revenir à Loyseau et enfin conclure que « toute cette évolution vient aboutir à la célèbre définition de Bodin ». Définition citée qui est d'ailleurs celle de l'État et non de la souveraineté... Sur Carré de Malberg et la souveraineté, avec une insistance sur la question de la personnalité juridique de l'État : ERIC MAULIN, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, Paris, PUF, 2003, p.89-138.

⁵⁰ « Instruction pour la conservation des droits de souveraineté, de ressort et autres droits royaux, dans la ville et baronnie de Montpellier, cédées au roi de Navarre », 8 mai 1372, *Ordonnances des roys de France de la troisième race, recueillies par ordre chronologique*, Vol. 5, Paris, De l'imprimerie royale, 1736, p.479-480.

encore, Jean Ferrault, Barthélémy de Chasseneuz et Charles de Grassaille continuent d'énumérer les *regalia* des rois de France : « Ferrault énumère vingt privilèges et prérogatives du roi de France, Chasseneuz en connaît deux cent huit et Grassaille y ajoute encore un très grand nombre pour les classer en quarante rubriques »⁵¹.

Mais malgré ce souci presque scientifique de classification, ces auteurs n'élaborent pas comme le fera Bodin une *théorie* de la souveraineté : classifier n'est pas théoriser et faire de la pensée de ces auteurs les origines de la théorie moderne de la souveraineté est peut-être une erreur de perspective⁵². En réalité, ils sont plutôt les derniers représentants d'une tradition médiévale en train de s'éteindre et sont étrangers à la véritable *révolution* qui prendra corps à partir de 1576. Ils ne constituent pas les origines de la théorie moderne de la souveraineté parce que cette théorie naît dans la forge incandescente de la guerre civile et des

⁵¹ LOTHAR SCHILLING, « La comparaison dans le discours juridico-politique français du XVI^e siècle », *Comparaisons, raisons, raisons d'État. Les Politiques de la république des lettres au tournant du XVII^e siècle*, ARMELLE LEFEBVRE (dir.), München, R. Oldenbourg Verlag, 2010, p.16-17 ; voir aussi GUILLAUME LEYTE, « Charles de Grassaille et la monarchie française », *Pensée politique et droit*, Aix-en-Provence, PUAM, 1998, p.315-326 ; Idem, « Le monde et sa représentation d'après le *Catalogus gloriae mundi* de Barthélémy de Chasseneuz, *Le Concept de représentation dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, PUAM, 2003, p.33-44 ; ENZO SCIACCA, « Ferrault, Chasseneuz e Grassaille. Alle origini della teoria della sovranità nel pensiero politico moderno », *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, Vol. 6, Mailand, 1985, p.695-752 ; sur ces trois auteurs, voir les notices respectives dans le *Dictionnaire historique des juristes français XII^e-XX^e siècle*, Paris, PUF, 2007.

⁵² ENZO SCIACCA, *Le radici teoriche dell'assolutismo nel pensiero politico francese del primo Cinquecento*, Milano, Giuffrè, 1975, pp.51-69, montre que les premiers absolutistes français, Jean Ferrault en particulier, restent les héritiers des problématiques médiévales, même si ce dernier affirme que « le roi ne reconnaît pas de supérieur au temporel », contre le pape et contre l'empereur. Ferrault continue d'énumérer les *privilegia* du roi ; on suivra ici OLIVIER BEAUD, *La puissance de l'État*, op. cit., p.29-52, qui avait lui-même lu attentivement JEAN-LOUIS THIREAU et son *Charles du Moulin (1500-1566). Étude sur les sources, les méthodes, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, Genève, Droz, 1980. Dans cet ouvrage, d'ailleurs, Jean-Louis Thireau défendait une thèse modérée sur l'éventuelle apparition de la souveraineté avant Bodin dont il pensait qu'il n'était pas évident que cette théorie ait été inconnue auparavant (p.215). L'auteur, dans son célèbre article « L'absolutisme monarchique a-t-il existé ? », *RFHIP*, 6-1997, repris dans *Jus et Consuetudo. Recueil d'articles réunis en hommage*, ANNE DOBIGNY-REVERSO, XAVIER PREVOST, NICOLAS WAREMBOURG (dir.), Paris, Garnier, 2020, pp.404-405, montre cependant que l'œuvre de Jean Bodin constitue une rupture avec ses prédécesseurs. On défend ici une thèse plus radicale, celle d'une rupture révolutionnaire.

guerres de religion ; cette forge est certes alimentée avec des matériaux existants, mais elle les transforme profondément. La théorie de la souveraineté a donc surtout en commun avec les droits de la souveraineté l'apparence de l'appellation⁵³. Cette conviction de l'originalité profonde de Bodin, de son caractère « révolutionnaire », et l'enquête philologique menée sur l'apparition et l'usage du mot depuis le XI^e siècle, expliquent que l'on ne puisse souscrire au fait de faire remonter la notion de souveraineté avant cette période et l'usage moderne avant 1576⁵⁴.

Le caractère empirique de la conception de la souveraineté telle qu'elle apparaît dans l'instruction de Charles V, n'empêche pas que l'application des peines dépende de cette souveraineté encore empirique. Dans ce texte, le roi de France confie au Gouverneur Arnaut de Lar la charge de gouverner en son nom la ville de Montpellier et ses environs, dans le contexte d'un conflit avec le roi de Navarre. Cela implique que « aura ledit Gouverneur et non autre, la connaissance et punition des crimes de lèse-majesté, de toutes infractions de sauvegarde du roi, du forgeage de fausse monnaie, et de toutes transgressions des ordonnances royales faites sur le fait des monnaies, de tout port d'armes notables et invisibles »⁵⁵. Autrement dit, le fait que le Gouverneur ait « la connaissance, la garde et conservation » des « droits royaux et de

⁵³ VITTOR IVO COMPARATO, *Cardin le Bret. « Royauté » et « ordre » nel pensiero di un consigliere del '600*, Firenze, Olschki, 1969, p.124-125.

⁵⁴ C'est ainsi qu'il ne paraît pas pertinent d'utiliser une expression comme « quelque chose d'équivalent à la souveraineté » pour désigner une situation antique ; de même que l'idée selon laquelle la souveraineté, dans l'Antiquité et au Moyen-Age, « ne pouvait être pensée que négativement » révèle une auto-projection moderne sur une situation ne connaissant pas, en effet, le concept de souveraineté, sans s'en porter plus mal : CAMILLE AYNES, *La privation des droits civiques et politiques. L'apport du droit pénal à une théorie de la citoyenneté*, Paris, Dalloz, 2022, p.1-2 (s'appuie, à tort, sur Yan Thomas qui distinguait soigneusement les deux et montrait que ce n'est qu'au XVI^e siècle que souveraineté et majesté se confondirent). Ces formules sont toutefois intéressantes en ce qu'elles révèlent la difficulté à appréhender les époques archaïques avec un vocabulaire et des concepts modernes et la difficulté des juristes actuels à sortir du concept de souveraineté, ce qui est par ailleurs compréhensible étant donné que tout le droit public est construit à partir de lui.

⁵⁵ « Instruction pour la conservation des droits de souveraineté, de ressort et autres droits royaux, dans la ville et baronnie de Montpellier, cédées au roi de Navarre », 8 mai 1372, cit., p.479.

souveraineté » implique qu'il ait le pouvoir de réprimer par la peine de mort, un certain nombre d'atteintes à la majesté royale. Bien entendu, à cette époque, un certain nombre de seigneurs haut-justiciers ont encore la même compétence, même si le roi de France lutte efficacement pour les en déposséder. Néanmoins, la faculté du roi est supérieure comme en témoigne en négatif par l'interdiction faite aux personnes susceptibles de rendre la justice pour des raisons liées à la féodalité et non à la souveraineté, de connaître du cas d'une personne déjà graciée par le roi : « au roi appartient seul et pour le tout, de faire rémission de crimes et rappeaux de bans. Si le roi a fait grâce ou rémission de crime, avant condamnation ou bannissement, il s'ensuit que nul autre seigneur ou nul autre baron, ne peut plus connaître du cas, ni s'y entremettre en aucune manière »⁵⁶.

Quelles que soient les incertitudes concernant les origines du concept de souveraineté, il n'apparaît pas dans les sources qu'il existe un lien entre ce qu'est la souveraineté avant la révolution bodinienne et la peine de mort. Les deux coexistent bien entendu, mais on ne trouve pas trace d'un auteur faisant de lien logique entre les deux.

« Mais il n'est point inutile, pour montrer comment la théorie moderne de la souveraineté n'est au fond qu'une création de l'ancien régime, de citer quelques-uns des passages les plus caractéristiques des trois juristes qui ont le mieux exposé les principes du droit public monarchique »⁵⁷. Cette déclaration d'intention formulée par Léon Duguit il y a guère plus d'un siècle dans *Les transformations du droit public*, est exactement la perspective suivie dans le travail ici présenté, à part que l'on ne se limitera pas aux juristes mis en exergue par Duguit, soient, dans cet ordre, Loyseau, Domat, Bodin et Le Bret (ils étaient donc, comme les mousquetaires, quatre !).

A partir de Jean Bodin, il est clair que la problématique est renouvelée, parce que le sens du mot souveraineté évolue. Définir précisément la souveraineté comme « puissance absolue et perpétuelle d'une République », alors que jusque-là personne n'avait pris la peine de le faire est en soi une évolution révolutionnaire. Cela entraîne mécaniquement un renouvellement

⁵⁶ Idem, p.480.

⁵⁷ LEON DUGUIT, *Les transformations du droit privé*, Paris, Armand Colin, 1913, p.7.

du lien existant entre peine de mort et souveraineté. Ce lien, en soi, est l'objet de réflexions de la part des principaux juristes et penseurs politiques.

De ces réflexions émergent d'abord une conceptualisation des rapports entre souveraineté et peine de mort qui sont de l'ordre des justifications (I.).

De cette conceptualisation des rationalisations de l'origine du droit de prononcer la peine capitale, émergent différentes constatations de l'existence du lien entre souveraineté et peine de mort, qui relèvent des justifications de l'ordre (II.).

I. L'ordre des justifications

Les justifications de la peine de mort par la souveraineté reposent parfois sur des arguments affirmatifs, parfois sur des arguments réfutatifs.

A. Les arguments affirmatifs

Le premier des arguments affirmatifs est une justification théologique du lien entre la souveraineté et la peine de mort. Le second argument affirmatif est contractualiste.

***La justification théologique du lien entre souveraineté et peine de mort**

« Que le roi est souverain, et ne tient sa Couronne que de Dieu seul » ou encore « que le roi son souverain seigneur, ne reconnaît point de supérieur que Dieu seul », voilà des formules banales dans le contexte de l'absolutisme, quoique exprimées avec la plus grande clarté par Jean Savaron⁵⁸. La préoccupation centrale de Savaron est de réaffirmer, dans le plus pur style gallican, l'impossibilité pour le pape de s'ingérer dans les affaires temporelles du

⁵⁸ JEAN SAVARON, *Traicté de la souverainete du roy, et de son royaume. A messieurs les deputez de la noblesse*, Paris, Pierre Chevalier, 1615, p.6-7. JOSEPH MEYNIEL, *Le Président Jean Savaron. Ses Théories, ses Ouvrages*, Thèse Droit Paris, Bonvalot-Jouve, 1906, p.182 & 185 ss.

roi de France⁵⁹. Lorsque Savaron s'adresse à Louis XIII en 1615 dans l'introduction de son *Second traité de la souveraineté du roi*, il écrit : « Sire, Dieu vous a fait naître roi souverain et absolu, ne reconnaissant supérieur au temporel de votre royaume que Dieu seul, et non autre »⁶⁰. Il s'agit d'une manière classique de définir la souveraineté par le fait pour le roi de France de ne reconnaître aucun supérieur au temporel. Cette définition recoupe la double acception de la souveraineté, externe et interne, d'indépendance à l'égard des autres Etats et de puissance suprême à l'égard des citoyens ou sujets⁶¹.

Comme on le verra, Savaron n'aborde la question de la peine de mort que de façon implicite, mais cette structure verticale et descendante de la souveraineté permet l'inclusion de cette peine de façon logique.

La conception de la souveraineté que Cardin le Bret développe en 1632 dans *De la souveraineté du roy* est également marquée par l'aspect religieux. « Quant à moi, écrit-il, j'estime qu'on ne doit attribuer le nom et la qualité d'une Souveraineté parfaite et accomplie, qu'à celles qui ne dépendent que de Dieu seul, et qui ne sont sujettes qu'à ses lois. C'est par cette marque que l'on doit distinguer les puissances absolument souveraines d'avec celles dont le pouvoir est limité »⁶². En somme, Le Bret absolutise la théorie bodinienne de la souveraineté, là où l'Angevin admettait parfaitement qu'il y ait pu avoir, dans l'histoire, des souverainetés d'une autre nature que la souveraineté de droit divin⁶³.

⁵⁹ Sur le gallicanisme de Savaron : JOSEPH MEYNIEL, *Le Président Jean Savaron. Ses Théories, ses Ouvrages*, op. cit., p.290.

⁶⁰ JEAN SAVARON, *Second traité de la souveraineté du roy. Au Roy Tres-Chrestien Loys XIII*, Paris, Pierre Chevalier, 1615, p.3 ; VITTOR IVO COMPARATO, *Cardin le Bret. « Royauté » et « ordre » nel pensiero di un consigliere del '600*, op. cit., p.95-96.

⁶¹ RAYMOND CARRE DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Tome I, op. cit., p.70-71.

⁶² CARDIN LE BRET, *De la souveraineté du roy*, Paris, Toussaints du Bray, 1632, p.9-10 ; sur les sources religieuses de l'absolutisme de Cardin le Bret : GILBERT PICOT, *Cardin le Bret (1558-1655) et la Doctrine de la Souveraineté*, Thèse Droit Nancy, Nancy, Société d'Impressions Typographiques, 1948, p.74-84. Sur sa doctrine de la souveraineté dans son lien avec la religion : op. cit., p.98-101. Sur le contexte de la pénétration de la doctrine du droit divin dans celle de la souveraineté, VITTOR IVO COMPARATO, *Cardin le Bret. « Royauté » et « ordre » nel pensiero di un consigliere del '600*, op. cit., p.81-97.

⁶³ Ainsi pour l'époque romaine républicaine, Bodin concluait que c'était le peuple romain qui était souverain, thèse un peu excessive mais qui montrait bien que pour lui la souveraineté

Appliquer la peine de mort est assurément un attribut de la souveraineté pour Cardin Le Bret : il prend ainsi l'exemple du roi de Danemark, qui, lors du serment de son couronnement promet de ne pas condamner à mort un noble, attribution qui relève du Sénat⁶⁴, et qui en outre laisse à la noblesse de son pays le droit de condamner à mort sans appel leurs vassaux. Le Bret explique que « certes il y a grande apparence de soutenir que ce roi ne soit pas entièrement souverain, puisque par ce serment il remet à ses vassaux les principaux droits de la souveraineté »⁶⁵. Par contre poursuit-il, le roi de France, qui ne tient son « sceptre que de Dieu seul », dispose d'une jouissance « de tous les droits que l'on attribue à la souveraineté parfaite et absolue »⁶⁶ ; dont la peine de mort évidemment. L'appel, en France, reste possible devant le roi, y compris pour des sentences rendues par des seigneurs haut-justiciers, comme on peut le lire chez Loyseau⁶⁷.

L'argument théologique une fois de plus vient au secours de la politique ; c'est sans doute cette alliance du théologique et du politique qui fit écrire à Carl Schmitt que par nature « tous les concepts prégnants de la théorie moderne de l'État sont des concepts théologiques sécularisés » et qui lui fit

n'était pas obligatoirement d'origine divine. LAURENT REVERSO, « La souveraineté du peuple romain dans la République de Jean Bodin », *Les représentations du droit romain en Europe aux Temps Modernes*, Actes de la Table ronde (Aix-en-Provence 13 octobre 2006), Aix-en-Provence, PUAM, 2007, p.83-99.

⁶⁴ *Sénat* est le terme employé par Le Bret, mais il s'agit probablement du *Rigsråd*, le conseil de gouvernement danois. Sur les institutions du Danemark à l'époque moderne : JACQUES BOUINEAU, *Traité d'histoire européenne des institutions (XVII^e -XX^e siècle)*, Tome II, Paris, Litec, 2009, p.331-340.

⁶⁵ CARDIN LE BRET, *De la souveraineté du roy*, op. cit., pp.11-12. De ce point de vue, Cardin Le Bret s'écarte donc de Bodin, qui distinguait bien la substance de la souveraineté (sa nature, donnée par la fameuse définition comme « puissance absolue et perpétuelle d'une république ») et son exercice (qui peut être indirect, et donc faire l'objet d'une commission). A ce propos, CARLSCHMITT, *Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988 [1922, 1969], p.51 ; Idem, *La dictature*, Paris, Seuil, 2000 [1^{re} éd. 1921], p.42-43 ; VITTOR IVO COMPARATO, *Cardin le Bret. « Royauté » et « ordre » nel pensiero di un consigliere del '600*, op. cit., pp.120-121 ; GILBERT PICOT, *Cardin le Bret (1558-1655) et la Doctrine de la Souveraineté*, op. cit., p.98-99.

⁶⁶ CARDIN LE BRET, *De la souveraineté du roy*, op.cit., p.12. Sur Cardin le Bret et le serment du sacre : GILBERT PICOT, *Cardin le Bret (1558-1655) et la Doctrine de la Souveraineté*, op. cit., p.203 et ss.

⁶⁷ BRIGITTE BASDEVANT-GAUDEMET, *Charles Loyseau (1564-1627) théoricien de la puissance publique*, Paris, Economica, 1976, p. 207-208 & 212.

croire, à tort, que le droit suivait la même logique⁶⁸. Le mérite de cette argumentation réside en tout cas dans la mise en lumière du caractère irrationnel de la notion de souveraineté. La prise en compte de ce caractère irrationnel de la souveraineté, et au-delà sans doute du politique, est une piste pour la compréhension du lien entre peine de mort et souveraineté.

Ce lien entre politique et théologie se retrouve chez Hugo Grotius, qui publie en 1625 son *De iure belli ac pacis*, dont le dédicataire n'est autre que Louis XIII. Si l'on retient à juste titre la contribution fondamentale de Grotius à la naissance du droit international public et à la théorie du droit naturel moderne, il est moins courant de souligner que son ouvrage sur le *Droit de la guerre et de la paix* contient deux chapitres consacrés au droit pénal⁶⁹. Le chapitre XX du livre II s'intitule ainsi « de la punition » tandis que le chapitre XXI s'intitule « de la communication du châtiment ». Ce sont ainsi pas moins de 130 pages de l'édition française de 1688 qui sont consacrées au droit pénal.

Grotius n'est certes pas un absolutiste et c'est la raison pour laquelle il est primordial de confronter sa pensée à celle des absolutistes, pour déterminer si c'est la forme absolutiste de la souveraineté qui explique, ou non, la centralité de la peine de mort⁷⁰. Pour Grotius la souveraineté repose sur le droit naturel de se défendre. Le droit de punir quant à lui est une conséquence de cette conception de la souveraineté⁷¹. En ce qui concerne la justification de la peine de mort, elle est essentiellement théologique : Dieu qui punit dans l'au-delà peut aussi bien punir dans la vie terrestre, et permettre au magistrat de punir, y

⁶⁸ CARL SCHMITT, *Théologie politique*, op. cit., pp.46-61. Il est évident que la position de Schmitt sur la question (théologique) de la possibilité d'une théologie politique n'est pas à mettre sur le même plan que ses positions d'analyse du phénomène politique et du phénomène juridique. Son talent manipulateur particulier consiste précisément à lier des phénomènes qu'il faudrait commencer par analyser séparément.

⁶⁹ ROBERT LEGROS, « Une lecture pénale de Grotius », *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, 73-1987, p.424-457.

⁷⁰ La conception de la souveraineté développée par Grotius est complexe, oscillant entre fondement monarchique et populaire. On notera pour la question ici traitée qu'elle repose sur le droit naturel de se défendre. Elle est expliquée par GUSTAFF VAN NIFTERIK, « Sovereignty », *The Cambridge Companion to Hugo Grotius*, RANDALL LESAFFER-JANNE E. NIJMAN (éd.), Cambridge-New-York, Cambridge University Press, 2021, p.178-197.

⁷¹ DENNIS KLIMCHUK, « Punishment and Crime », *The Cambridge Companion to Hugo Grotius*, op. cit., p.540.

compris par une sentence capitale, en quelque sorte en son nom⁷². Du reste, cette justification même laisse le champ à la grâce puisque si le souverain est apte à faire la loi qui condamne, il n'est pas lui-même lié par la loi, qu'il peut abroger, et peut donc par conséquent gracier un coupable, lui pardonner comme Dieu peut pardonner⁷³.

Autre illustration chez l'un des plus grands criminalistes européens du XVII^e siècle, Benedikt Carpzow. Ce juriste saxon sera raillé par Beccaria dans sa fameuse préface à *Des délits et des peines*. Mais il n'est pas certain que le Milanais l'ait lu de façon très approfondie ; il est vrai que Carpzow consacrait de longs développements à la torture, alors que Beccaria en démontrera logiquement l'inanité. Dans son maître-ouvrage de 1635, *Practica nova imperialis Saxonica rerum criminalium*, après avoir dans les deux premiers livres écrit un traité de droit pénal spécial, envisageant successivement les crimes et leur punition, il faisait la théorie du crime dans le livre suivant. La question 101 en particulier, qui ouvre le troisième livre est la suivante : « *An poenas capitales facinorosis hominibus irrogare liceat Magistratui Christiano ?* »⁷⁴. C'est peut-

⁷² HUGO GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Tome second, Amsterdam-La Haye, Abraham Wolfgang-Adrian Moetjens, 1688, p.480. En dépit de ce genre d'affirmation, fréquente chez Grotius, il continue souvent d'être présenté comme étant à l'origine d'une conception séculière du droit naturel, tout en appuyant ses raisonnements sur une « minimal version of Christianity » : BENJAMIN STRAUMANN, « Is Modern Liberty Ancient ? Roman Remedies and Natural Rights in Hugo Grotius's Early Works on Natural Law », *Law and History Review*, 27-2009, p.62 (rééd. LARRY MAY and EMILY MCGILL, *Grotius and Law*, Farnham, Ashgate Publishing, 2014, p.208) ; J. B. SCHNEEWIND, « Natural law restated : Suarez and Grotius », *The Invention of Autonomy : A History of Modern Moral Philosophy*, New-York, Cambridge University Press, 1998, p.67-70 (rééd. LARRY MAY and EMILY MCGILL, *Grotius and Law*, op. cit., pp.108-111).

⁷³ HUGO GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Tome second, op. cit., p.493-494.

BENEDICT CARPZOW, *Practicae novae imperialis saxonicae rerum criminalium*, Pars III, Wittebergae, Michaelis Wendt, 1646, p.1 : « Est-il permis pour un magistrat chrétien d'infliger la peine capitale à des hommes criminels » ; sur Carpzow et sa justification de la peine de mort fondée sur l'Ancien Testament, en ce qui concerne l'homicide en général, l'homicide sur mineur ou encore en cas de crime de lèse-majesté humaine et divine, on doit renvoyer à RAINER POLLEY, *Die Lehre vom gerechten Strafmass bei Karl Ferdinand Hommel (AD 1722-1781) und Benedikt Carpzow (AD 1595-1666)*, Thèse droit Kiel, Mölln, Darmstadt, 1972, p.29-31, 39-41, 44-45 & 53-54 ; MARIA GIGLIOLA DI RENZO VILLATA, « Avant Beccaria. La culture juridique à l'épreuve du temps », *Le bonheur du plus grand nombre. Beccaria et les Lumières*, P. AUDEGEAN, C. DEL VENTO, P. MUSITELLI, X. TABET (dir.), Lyon, ENS éditions, 2017, spéc. p.58, insiste surtout sur

être ce titre que raille indirectement Beccaria dans la préface des *Delitti e delle pene*, quand il s'en prend aux « farraginosi volumi di privati ed oscuri interpreti » formant la tradition d'opinions qu'une partie de l'Europe ose appeler lois. Même si *facinorosi* existe en italien et a le même sens qu'en latin (violents, criminels, fauteurs de troubles), il n'est pas exclu que *farraginosi* fasse écho à *facinorosis*, terme récurrent chez Carpzow, ce qui serait assez dans la veine de l'humour particulier du marquis milanais, par ailleurs auteur d'un intéressant essai *Sur la nature du style*⁷⁵.

Dans ses développements, Carpzow s'en prend notamment à des théologiens protestants, qui, à l'instar de Valentin Weigel (1533-1588), avaient implicitement contesté toute possibilité de mettre à mort un criminel, en s'appuyant sur les Écritures et en soutenant que le péché, librement consenti, n'existait pas pour Dieu et n'exigeait pas de réparation. Contre ces positions hérétiques, Carpzow rappelait en s'appuyant sur Saint Augustin, que si le sixième commandement prohibait la vengeance et le meurtre privés, la peine de mort prononcée par un magistrat avait pour but la paix publique et était donc permise par Dieu⁷⁶. Ce dernier, en outre, conservait la faculté de pardonner, alors que la faculté privée du magistrat de pardonner intérieurement, n'empêchait pas la punition du crime⁷⁷. De façon générale, le royaume de Dieu et celui des hommes ne sauraient être confondus, ce que font ceux qui contestent le droit de punir humain⁷⁸. Par ailleurs, le devoir d'amour du prochain n'est pas contradictoire avec le fait que les lois soient l'instrument de punition utilisé par les magistrats. Ces derniers se sont vu attribuer le *ius gladii* par Dieu, et le Christ ne le leur a pas enlevé, il l'a seulement soustrait à la *temeritas* privée et à la vengeance personnelle⁷⁹.

la continuité entre les prédécesseurs de Beccaria et celui-ci, présenté sous l'angle de ce dont il hérite plutôt que sous l'angle de son caractère innovant.

⁷⁵ A ce sujet : LAURENT REVERSO, *LES Lumières chez les juristes et publicistes lombards au XVIII^e siècle*, op. cit., p.258-260 ; CESARE BECCARIA, *Recherches concernant la nature du style*, Paris, Editions Rue d'Ulm/Presses de l'ENS, 2001 [1770].

⁷⁶ BENEDICT CARPZOW, *Practicae novae imperialis saxonicae rerum criminalium*, Pars III, op. cit., Quaest. CI, § 42, p.7.

⁷⁷ Idem, Quaest. CI, § 43, p.7.

⁷⁸ Idem, Quaest. CI, § 44, p.7.

⁷⁹ Idem, Quaest. CI, §§ 45 & 49, p.7-8..

C'est un autre point de vue qui anime Jean Domat. Dans le livre III de son *Droit public*, intitulé *Des crimes et délits*, et publié posthume en 1697, la justification de la peine de mort est la conséquence de la structure théologique du christianisme, et de sa séparation radicale entre le temporel et le spirituel. Pour Domat, la peine de mort, d'un point de vue théologique, ne pose pas de problème : lorsque gouvernement spirituel et temporel se confondaient, « dans les temps où il plut à Dieu de gouverner lui-même d'une manière visible le peuple qu'il s'était choisi, et de mêler le gouvernement spirituel et temporel par la loi divine qu'il donna à Moïse, il y établit la peine de mort contre plusieurs crimes ». Lorsque, dans un second temps, Dieu sépara les deux gouvernements, la peine de mort a subsisté car « il l'a laissée aux Puissances temporelles, pour maintenir autant qu'il se peut, l'ordre de la société »⁸⁰. La notion d'« ordre de la société », constitue le pivot de la pensée du juriste clermontois en matière pénale, au point que le plan du Livre III du *Droit public* soit construit précisément en fonction de la partie de l'ordre de la société que le crime blesse ; par exemple, les crimes qui blessent Dieu, font l'objet du titre premier consacré aux « hérésies, blasphèmes, sacrilèges et autres impiétés », tandis que les crimes qui blessent le prince et l'État constituent des crimes de lèse-majesté, objet du titre II, etc⁸¹.

On saisit alors ainsi pourquoi les magistrats d'Ancien Régime pensaient sincèrement rendre des sentences à l'instar de Dieu, comme le disait Egidio Bossi (1488-1546) et après lui le Sénat de Milan qui affirmait que *Senatus Principis personam sustinet* et par conséquent disait juger *tamquam Deus, divino quoddam afflatu*, agir *ut princeps* et encore se définir ainsi : *lege positiva solutus est*⁸². Toutes ces maximes et bien d'autres encore sont comme le rappelait Adriano Cavanna, « continuellement citées par les juristes, comme les bribes

⁸⁰ JEAN DOMAT, *Le droit public*, in *Les loix civiles dans leur ordre naturel, Le droit public, et Legum delectus*, Tome II, Livre I, Titre II, Section II, §I, Paris, Aux Dépens de la Société, 1745, [1697], p.192.

⁸¹ Idem, p.194 : « Le caractère commun, qui fait tous les crimes et tous les délits, est qu'ils blessent l'ordre de la société des hommes d'une manière qui offense le public, et qui par là mérite quelque châtement ». Idem, p.195 et ss.

⁸² Le Sénat soutient la personne du Prince ; à l'instar de Dieu ; comme sous l'inspiration divine ; comme le prince ; il est la seule loi positive.

d'une litanie »⁸³. Ce Sénat de Milan dont les jugements *pro lege accipiuntur*, n'avait en outre pas d'obligation de motivation, « les motifs restant enfouis dans la conscience du juge ». De la même manière, Jean Papon affirmait en 1566 que les arrêts du Parlement de Paris « que lon allegue & tient pour loy certaine »⁸⁴ et dont il publiait un recueil devenu fameux, « sont consacrez en perpetuité, & alleguez pour loy, & pour estre suiuz sans contredit, & sans y mettre ny motif, ny raison »⁸⁵. Ce même Papon qui expliquait que si le savoir juridique était tiré de l'expérience et de la formation juridique « es escolles : esquelles se lisent les loix », en revanche « l'interpretation est incongne ailleurs que en ladite Court » qui recèle en outre « dix mille secretz pour le reiglement de tous bons affaires ». En somme, les Parlements, et notamment celui de Paris, exercent la souveraineté pour le prince, qui l'exerce pour le compte de Dieu, ce que Francesco Di Donato appelle à juste titre la « médiation patriarcale »⁸⁶. Jean Papon, on peut le noter, développait par ailleurs une généalogie de la société civile et de la souveraineté dans laquelle le contrat et la religion tenaient une place importante⁸⁷ et Jean Bart a montré que

⁸³ ADRIANO CAVANNA, « La conscience du juge dans le *stylus iudicandi* du Sénat de Milan », *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, JEAN-MARIE CARBASSE et LAURENCE DEPAMBOUR-TARRIDE (dir.), Paris, Puf, 1999, p.238.

⁸⁴ IEHAN PAPON, *Recueil d'arrestz notables des courts souveraines de France*, Lyon, Iehan de Tournes, 1556, p.16. GERALDINE CAZALS, « Jean Papon humaniste. La mise en ordre du droit et les enjeux du renouvellement de la pensée juridique moderne », *Droit et humanisme. Autour de Jean Papon, juriste forézien*, MIREILLE DELMAS-MARTY, ANTOINE JEAMMAUD, OLIVIER LECLERC (dir.), Paris, Classiques Garnier, 2015, p.15-18, a montré que la réception de Papon a été pour le moins contrastée.

⁸⁵ Cela s'explique par la volonté de trouver une logique d'ensemble à des décisions parfois disparates : GERALDINE CAZALS, « Jean Papon humaniste. La mise en ordre du droit et les enjeux du renouvellement de la pensée juridique moderne », art. cit., p.20-24 ; ADRIANO CAVANNA, « La conscience du juge dans le *stylus iudicandi* du Sénat de Milan », art. cit., p.239 ; IEHAN PAPON, *Recueil d'arrestz notables des courts souveraines de France*, op. cit., p.14.

⁸⁶ IEHAN PAPON, *Recueil d'arrestz notables des courts souveraines de France*, op. cit., pp.15-16. FRANCESCO DI DONATO, *La rinascita dello Stato. Dal conflitto magistratura-politica alla civilizzazione istituzionale europea*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp.70 et ss. ; Idem, « De la médiation patriarcale à la médiation bureaucratique. Considération sur le « gouvernement des juges » », *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Tropper*, DENYS DE BECHILLON-PIERRE BRUNET-VERONIQUE CHAMPEIL-DESPLATS-ERIC MILLARD (dir.), Paris, Economica, 2006, p.387-406.

⁸⁷ LAURENT PFISTER, « Les trois notaires de Jean Papon, une systématisation du droit », *Droit et humanisme. Autour de Jean Papon, juriste forézien*, op. cit., p.82-83.

l'humanisme, notamment celui de Papon, avait contribué à la formation de l'absolutisme⁸⁸. Animé par une conscience chrétienne profonde, les juristes de l'Ancien Régime se considèrent eux-mêmes comme des interprètes de la volonté divine : et de même que la volonté divine est toujours juste mais pas toujours immédiatement compréhensible, les jugements des cours souveraines obéissent à des considérations cachées, mais fondées en conscience⁸⁹. A Milan le Sénat juge *tamquam Deus*⁹⁰, pour Grotius, le magistrat peut condamner à mort, tout comme Dieu.

Ce lien ne doit pas surprendre : le dernier tiers du XVI^e siècle avait été marqué par la parution de plusieurs ouvrages niant l'immédiateté du lien entre Dieu et Roi, ce qui est une chose, mais surtout en avaient profité pour théoriser la reprise du pouvoir par le véritable souverain -le peuple- y compris par la violence. Sous la plume d'extrémistes comme le catholique Jean Boucher ou les protestants Hubert Languet et Philippe Duplessis-Mornay, la contestation de la « tyrannie » royale, en réalité l'opposition d'Henri III et Henri IV à leurs délires religieux, allait de pair avec de véritables appels au meurtre. On comprend que, contre cet extrémisme destructeur, les penseurs de la souveraineté aient pris sous les règnes suivants un tournant absolutiste, tant sur le plan politique que religieux. Ils ne voulaient tout simplement plus vivre les guerres de religions attisées par des fanatiques irresponsables.

***La justification contractualiste du lien entre souveraineté et peine de mort**

Si la pensée de Grotius reste imprégnée elle-aussi, de religion, il n'est pas surprenant d'y voir se développer une vision du droit pénal qui n'est qu'une institutionnalisation d'une sorte de loi immanente de justice divine, en vertu de laquelle tous ceux qui commettent un péché ou un crime doivent être punis. La

⁸⁸ JEAN BART, « Humanisme et absolutisme », *Droit et humanisme. Autour de Jean Papon, juriste forézien*, op. cit., p.133-147.

⁸⁹ JEAN-MARIE CARBASSE, « Le juge entre la loi et la justice : approches médiévales », *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, op. cit., p.68-69.

⁹⁰ ADRIANO CAVANNA, « La conscience du juge dans le *stylus iudicandi* du Sénat de Milan », art. cit., p.242.

nature met, selon lui, parmi les choses « licites, et non injustes, cette maxime, que quiconque a fait du mal, doit souffrir du mal »⁹¹. Une pratique mimétique que les pénalistes qualifient de fonction rétributive de la peine⁹². Néanmoins, pour Grotius c'est une logique contractuelle qui préside au droit de punir : le coupable aurait ainsi par avance consenti à « s'obliger volontairement à la peine » du fait de la logique même du mimétisme entre crime et punition⁹³.

Si le droit de punir résulte, comme dirait Montesquieu, « de la nature des choses », la détermination du titulaire du droit de punir, elle, ne dépend pas directement d'un déterminisme naturel. Grotius se contente de dire que « la nature fait assez voir qu'il est très convenable que cela se fasse par une personne supérieure »⁹⁴. Cette personne supérieure n'est autre que l'autorité publique en général. « Il faut savoir de plus, que les Rois ou ceux qui ont la même autorité qu'eux, ont droit de punir et de venger non seulement les injures, qu'on leur aurait fait ou à leurs sujets, mais même les offenses, qui ne les touchent point en particulier »⁹⁵. En effet, ajoute-t-il, la liberté que chacun a, avant même l'institution des Etats et des cours de justice, « de procurer le bien de la société humaine par le moyen du châtement, est après l'établissement des Etats et des juridictions demeurées aux puissances supérieures, non proprement parce qu'elles commandent aux autres, mais en effet parce qu'elles n'obéissent à personne »⁹⁶.

S'il y a un auteur chez qui l'on s'attend à trouver le lien le plus fort entre peine de mort et souveraineté, c'est bien Thomas Hobbes. Il n'en est rien. Non que l'on ne puisse repérer chez Hobbes un tel lien, il existe bien ; mais plusieurs

⁹¹ HUGO GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Tome second, op. cit., p.449.

⁹² Pour une présentation simple et synthétique : MICHEL VAN DE KERCHOVE, « Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », *Informations sociales*, 127-2005/7, p.22-31

⁹³ HUGO GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Tome second, op. cit., p.452. Sur la logique contractuelle de la pensée de Grotius en général : BENJAMIN STRAUMANN, « Is Modern Liberty Ancient ? Roman Remedies and Natural Rights in Hugo Grotius's Early Works on Natural Law », art. cit., pp.81 ss. ; HERSCH LAUTERPACHT, « The Grotian Tradition in International Law », *British Yearbook of International Law*, 23-1946, p.24-26 (rééd. LARRY MAY and EMILY MCGILL, *Grotius and Law*, op. cit., p.492-494).

⁹⁴ HUGO GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Tome second, op. cit., p.453.

⁹⁵ Idem, p.512.

⁹⁶ Idem, p.512-513.

facteurs expliquent que ce lien ne soit pas au cœur de la pensée de l'Anglais en la matière.

Tout d'abord, il faut signaler que ce dernier utilise assez rarement le concept de souveraineté lorsqu'il est question de droit pénal en général et de peine de mort en particulier, alors que le terme « souverain » est lui le plus souvent associé à cette thématique, tant dans le *Léviathan* que dans *Le citoyen*. Il en est de même dans un ouvrage moins connu, *Les éléments du droit naturel et politique*, qui d'ailleurs concerne très peu la question pénale. De façon générale, si le concept de souveraineté est bien présent, l'architecture des ouvrages de Hobbes n'y fait pas référence. Dans *Le citoyen* en particulier, la deuxième partie est intitulée en latin « imperium », en anglais « dominion », et la traduction française, étrange, est « empire ». En tout cas, pas « souveraineté »⁹⁷. Sur le fond, Hobbes définit en réalité la souveraineté à partir du Souverain. Il suffit ici de rappeler que la distinction essentielle en la matière est, dans le *Léviathan*, la distinction entre République d'institution et République d'acquisition ; la première étant le fruit d'un accord consistant à permettre au Souverain de représenter les sujets, la seconde étant celle dans laquelle le pouvoir souverain est acquis par la force. Or, ces deux types de Républiques sont définies par Hobbes à partir des pouvoirs conférés à chaque fois au souverain et de la manière dont ces pouvoirs sont conférés⁹⁸. En d'autres termes, il définit d'abord le souverain et ses pouvoirs, pour ensuite seulement, en arriver au concept général de souveraineté. Il ne s'agit pas de dire que Hobbes ne connaît pas ou mal le concept de souveraineté, il s'agit de souligner que celui-ci est second par rapport au Souverain. Ce qui n'est pas le cas chez Jean Bodin, qui, lui, part du concept général de souveraineté pour l'appliquer ensuite aux différentes situations. C'est une première explication.

Théologie et politique sont évidemment au cœur de la pensée d'un des pères de l'absolutisme, mais ce lien repose sur une pensée contractualiste de l'Etat. Thomas Hobbes ne doute pas que le pouvoir souverain soit dénué de toute limite⁹⁹. Tant le *Citoyen*, en 1642, que le *Léviathan*, en 1651 en attestent.

⁹⁷ La version latine est divisée en trois parties : « Libertas », « Imperium » et « Religio » ; en anglais « Liberty », « Dominion » et « Religion ».

⁹⁸ *Léviathan*, 2, 18, & 2, 20, trad. FRANÇOIS TRICAUD, Paris, Sirey, 1971 [1651], p.179 & 207.

⁹⁹ *Le citoyen*, 2, II, 6 : « Mais, afin que je ne sois pas obligé d'éplucher par le menu tout le droit des souverains, je produirai ici seulement les passages qui établissent en bloc et d'un seul trait

Les conséquences d'un pouvoir illimité sont toujours préférables selon Hobbes à celles de son absence¹⁰⁰. Le pessimisme foncier de sa pensée, issue d'une vision d'un être humain toujours prompt à céder à ses passions et ses pulsions, explique ce choix en faveur d'un pouvoir absolu. Vision qui influencera Louis XIV comme l'a montré le professeur Thireau¹⁰¹.

L'illustration de cette idée, chez un auteur obsédé par l'obéissance des sujets à l'égard du Souverain, est logique : le Souverain n'est pas lié par la loi, y compris celle qu'il lui-même promulguée¹⁰². La peine de mort, cependant, ne dépend pas selon Hobbes de la loi du Souverain, la loi civile, mais bien de la loi de nature. Le Souverain en effet, sujet de Dieu, n'est soumis qu'aux lois de nature, qui comprennent le droit de vie ou de mort pour le Souverain. La conséquence de ce droit de vie ou de mort est immense : elle implique que le Souverain, même s'il donne l'ordre d'exécuter un innocent, ne commet pas une injustice. Une telle action dit Hobbes, est contraire à l'équité, c'est une injustice à l'égard de Dieu, pas à l'égard des hommes. En effet, « rien de ce que le représentant souverain peut faire à un sujet ne peut, à quelque titre que ce soit, être proprement nommé injustice »¹⁰³. Les sujets ont donné tous les pouvoirs au Souverain en échange de leur sécurité personnelle, pour échapper à la guerre de tous contre tous ; ils ne peuvent en modérer les conséquences¹⁰⁴. Ayant adhéré à un contrat formant l'Etat, ils doivent en accepter les effets, aussi extrêmes soient-ils.

La peine de mort est tout autant justifiée sur le plan théologique selon lui. A propos du sixième commandement, Hobbes, après avoir rappelé que dans le livre de l'Exode (35, 2), Dieu avait prescrit à Moïse de mettre à mort quiconque aurait travaillé le jour du sabbat, tout en mettant au centre du sixième commandement l'interdiction de tuer (Exode, 20, 13 : « Tu ne tueras pas »), explique donc : « Qu'est-ce donc qui est défendu ? Ceci seulement, que

toute leur puissance ; tels que sont ceux qui commandent aux sujets de rendre à leurs princes légitimes une simple et absolue obéissance ». Aucun contrôle même religieux ne peut dépasser cette puissance souveraine (Hobbes vise le pape en particulier) : *Le citoyen*, 2, 6, 11-12.

¹⁰⁰ *Léviathan*, 2, 20, & 2, 29, pp. 219 & 343-344.

¹⁰¹ JEAN-LOUIS THIREAU, *Les idées politiques de Louis XIV*, Paris, PUF, 1973, p. 47-49.

¹⁰² *Léviathan*, 2, 26 ; 2, 27, & 2, 29, p. 283, 323 & 346 ; 2, 26 : « Le souverain d'une République (qu'il s'agisse d'une assemblée ou d'un individu) n'est pas assujéti aux lois civiles ».

Léviathan, 2, 21, p. 225.

¹⁰⁴ *Léviathan*, 2, 17, p. 173 & 177-178.

personne n'entreprenne de tuer quelqu'autre à qui il n'a pas droit d'ôter la vie, c'est-à-dire, que personne ne tue sans que la charge de cette exécution ne lui appartienne. De sorte que la loi de Christ ordonne touchant le meurtre, et par conséquent touchant toutes les offenses qu'on peut faire à un homme, et touchant l'imposition des peines, de n'obéir qu'à l'État »¹⁰⁵. Là encore, dans la logique hobbesienne, la formation de l'État, l'invention contractuelle de la souveraineté, rejoint le pouvoir du souverain, ou de ceux qui sont investis par lui de ce pouvoir (ceux qui en auront « la charge ») de donner la mort.

Les arguments théologiques ou contractualistes permettent donc la justification de la peine de mort, le lien avec la souveraineté étant explicite ou implicite. Ce sont des arguments qui affirment la légitimité de la peine. D'autres arguments sont réfutatifs, c'est-à-dire qu'ils reposent sur la gestion d'un paradoxe ou interviennent en dépit de la logique immédiate.

B. Les arguments réfutatifs

Ces arguments négatifs interviennent pour pallier les déficits logiques du maintien de la peine de mort, que ce soit du point de vue contractualiste ou de celui de l'objectif de correction du condamné.

***La justification de la peine de mort en dépit de l'objectif de correction du condamné**

Pour Grotius, le but de la peine, très banalement, d'un point de vue chrétien, repose sur la condamnation de la vengeance¹⁰⁶ dont les conséquences logiques sont l'amendement du coupable et la prévention¹⁰⁷.

Mais l'objectif de correction du criminel n'était pas compatible avec la peine de mort. C'est ce que Grotius ne manque pas de relever ; mais c'est pour

¹⁰⁵ *Le citoyen*, 3, 17, 10.

¹⁰⁶ HUGO GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Tome second, op. cit., p.454-459 & 471-478 ; JULES BASDEVANT, « Hugo Grotius », *Les fondateurs du droit international*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2014 [1904], p.165.

¹⁰⁷ HUGO GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Tome second, op. cit., p.459-460.

souligner dans la foulée que certains ne sont pas amendables, étant « de ces esprits perdus, et dont la guérison est désespérée » dans la mesure où « ils deviendront encore plus méchants qu'ils ne sont, si on leur laisse la vie »¹⁰⁸. L'autre raison possible justifiant le châtement suprême n'est autre que la dissuasion, puisqu'avec supplices publics dit-il, « la peine d'un seul donne de la crainte au reste »¹⁰⁹. De ce point de vue, on trouve chez Grotius l'origine d'une idée de Beccaria, selon laquelle la longueur et la publicité du supplice constituent un exemple et ont donc un effet dissuasif, davantage que la peine capitale¹¹⁰.

Mais Grotius, pour son époque, se révèle d'une assez grande modération puisqu'il ajoute *in fine* que la difficulté de prouver « un tel abandonnement au mal » implique que « la charité nous porte à ne jamais désespérer de personne ; en sorte même que le châtement qui aurait cette fin pour motif, ne doit être employé que très rarement »¹¹¹. Cela explique l'impératif de la proportionnalité entre le crime et la peine et la préoccupation pour la motivation du coupable. En effet selon Grotius, « nul n'est méchant sans sujet, ou si en effet il s'en trouve, qui se plaisent à être méchants sans avoir d'autre vue que la méchanceté, ils passent les bornes de l'inclination humaine »¹¹². Le crime est le résultat d'un dépassement de la raison par la passion ; pour condamner un criminel, il faut donc mesurer son discernement, « aussi est-ce une maxime constante, que plus le jugement de celui qui se porte au mal est aveuglé, et les raisons qui l'éblouissent sont naturelles, c'est-à-dire violentes et comme inévitables, plus le crime qu'il commet est moins considérable »¹¹³.

Si le lien entre souveraineté et peine de mort n'est pas spécifiquement développé par Hobbes, c'est du fait d'une particularité de sa pensée sur la peine

¹⁰⁸ Idem, p.462, 481-483.

¹⁰⁹ Idem, p.469.

¹¹⁰ Idem, p.482 ; CESARE BECCARIA, *Des délits et des peines*, §.XXVIII : « Ce n'est pas le spectacle terrible mais passager de la mort d'un scélérat, mais le long et pénible exemple d'un homme privé de liberté, qui, transformé en bête de somme, rétribué par son labeur la société qu'il a offensée, qui est le frein le plus fort contre les délits ».

¹¹¹ HUGO GROTIUS, *Le droit de la guerre et de la paix*, Tome second, op. cit., p.463.

¹¹² Idem, p.497.

¹¹³ Idem, p.502.

de mort. C'est ce qu'il faut maintenant expliquer. *A priori* chez cet auteur, la peine de mort semble liée au caractère illimité des pouvoirs du souverain et ne pose pas de problème spécifique.

C'est d'abord oublier que Hobbes, de façon assez étonnante, assigne comme but aux peines, en général, l'exemplarité et la correction du condamné, à l'exclusion de la vengeance¹¹⁴, tout en insistant sur l'impératif de proportionnalité des délits et des peines : « Or, étant donné que le but du châtement n'est pas de se venger et de décharger sa bile, mais de corriger le délinquant, ou, par son exemple, d'autres hommes, les châtements les plus sévères doivent être réservés aux crimes qui sont les plus dangereux pour le bien public »¹¹⁵.

Comment, dès lors concilier peine de mort et correction ? Comment aussi concilier la peine de mort et le fait que Hobbes compte au nombre des lois naturelles le droit de préserver sa propre vie ?

Ce droit à l'auto-défense est même le premier : « Il n'y a aucun de nous qui ne se porte à désirer ce qui lui semble bon, et à éviter ce qui lui semble mauvais, surtout à fuir le pire de tous les maux de la nature, qui sans doute est la mort. Cette inclination ne nous est pas moins naturelle, qu'à une pierre celle d'aller au centre lorsqu'elle n'est pas retenue. Il n'y a donc rien à blâmer ni à reprendre, il ne se fait rien contre l'usage de la droite raison, lorsque par toutes sortes de moyens, on travaille à sa conservation propre, on défend son corps et ses membres de la mort, ou des douleurs qui la précèdent. [...] D'où je tire cette conséquence que le premier fondement du droit de la nature est que chacun conserve, autant qu'il peut, ses membres et sa vie »¹¹⁶.

La conséquence logique de ce principe extrêmement fort réside évidemment dans le droit de se défendre d'une agression¹¹⁷, mais aussi, de façon logique quoique étonnante, dans le droit pour tout condamné à mort de résister

¹¹⁴ *Léviathan*, 2, 28, p.334 : « le but du châtement n'est pas la vengeance, mais la frayeur ». Même idée dans *Le citoyen*, 1, 3, II. De façon générale pour Hobbes, la vengeance est contraire à la loi de nature : *Léviathan*, 1, 15, p.153.

¹¹⁵ *Léviathan*, 2, 30, p.371.

¹¹⁶ *Le citoyen*, 1, 1, 7 ; THOMAS HOBBS, *The elements of law : natural and politic*, Ed. Ferdinand Tönnies, Oxford, James Thornton, 1888, 1, 14, 6, p.71 : « It is therefore a *right of nature* : that every man may preserve his own life and limbs, with all the power he hath ».

Le citoyen, 1, 2, 18 ; *Léviathan*, 2, 27, p.320. PIETRO COSTA, « Lo *ius vitae ac necis* alla prova : Cesare Beccaria e la tradizione contractualistica », *Quaderni Fiorentini*, 44-2015/II, p.843-846.

par tous moyens à cette condamnation. Cette idée surprenante pour un tenant de l'absolutisme résulte de l'analyse du droit à la préservation de soi en tant que droit naturel. Ainsi, une convention par laquelle une personne renonce par avance à se défendre est nulle de ce point de vue. De façon naturelle dit-il, chacun préfère le risque de mourir en résistant à l'autorité, que la certitude de mourir en n'y résistant pas¹¹⁸ : « En effet, le droit qu'ont les hommes, par nature, de se protéger, lorsque personne d'autre ne peut le faire, est un droit qu'on ne peut abandonner par aucune convention »¹¹⁹. Il serait absurde pour le souverain de commander à un sujet qu'il se mette lui-même à mort puisque « personne n'est obligé de consentir à sa mort »¹²⁰. Cette liberté naturelle de se défendre est tellement enracinée qu'elle va jusqu'à la possibilité pour des criminels de se protéger réciproquement lorsque leurs vies sont en danger, du fait précisément de leurs crimes¹²¹. Pour autant, il ne s'agit pas selon l'auteur d'une limitation de la souveraineté car « on n'ôte pas au souverain le pouvoir de faire mourir ceux qui lui désobéissent. Mais celui qui en use, bien qu'il se serve du droit qu'on lui a donné, ne laisse pas d'exercer une cruauté, de s'écarter du bon sens, de contrevenir aux lois de nature et de pécher devant Dieu »¹²². En somme, ce qui est très classique, Hobbes met le souverain en face de ses responsabilités ; dans l'autre monde.

***La justification de la peine de mort en dépit de la logique contractualiste**

D'un côté donc, le souverain peut commander librement ce qu'il veut : « en une cité parfaite, (c'est-à-dire en un État bien policé, où aucun particulier n'a le droit de se servir de ses forces comme il lui plaira pour sa propre conservation, ce que je dirais en autres termes, où le droit du glaive privé est ôté) il faut qu'il y ait une certaine personne qui possède une puissance suprême, la plus haute que les hommes puissent raisonnablement conférer et même qu'ils puissent recevoir. Or, cette sorte d'autorité est celle qu'on nomme absolue ; car

¹¹⁸ *Léviathan*, 1, 14, p.139.

¹¹⁹ *Léviathan*, 2, 21, pp.233-234.

¹²⁰ *Le citoyen*, 2, 6, 13.

¹²¹ *Léviathan*, 2, 21, p.232.

¹²² *Le citoyen*, 2, 6, 13.

celui qui a soumis sa volonté à la volonté de l'État, en sorte qu'il peut faire toutes choses impunément, et sans commettre d'injustice, établir des lois, juger les procès, punir les crimes, se servir, ainsi que bon lui semble, des forces et des moyens d'autrui ; de vrai, il lui a donné le plus grand empire qu'il soit possible de donner »¹²³.

D'un autre côté, la manifestation la plus extrême de cette puissance achoppe sur le droit naturel que chacun a de protéger sa vie. C'est cette faculté naturelle qui explique comment Hobbes envisage le crime de lèse-majesté, en le faisant sortir du fonctionnement normal de la société, en le cantonnant dans un espace pré-social, que les théoriciens du droit depuis Grotius appellent l'état de nature.

Hobbes se sort de cette contradiction potentielle en jouant sur le caractère naturel ou civil de la sanction. Le pacte social, par lequel les sujets renoncent à leur liberté de l'état de nature, pour obéir de façon absolue à l'État souverain et acquérir la sécurité, ne saurait protéger ceux qui s'en soustraient : « Et c'est là proprement le péché qu'on nomme crime de lèse-majesté, que je définis une action ou un discours par lequel un citoyen ou un sujet déclare, qu'il n'a plus la volonté d'obéir au prince ou à la cour que l'État a élevée à la souveraineté, ou dont il lui a commis l'administration »¹²⁴. Concrètement, il y a crime de lèse-majesté chaque fois que l'on désobéit volontairement au souverain, ce qui inclut aussi bien la trahison, la violence contre le souverain ou ses représentants, que la fabrication de fausse monnaie ou la contestation d'une décision souveraine comme déclarer une guerre¹²⁵.

La conséquence de ce crime est en quelque sorte pour celui qui le commet le retrait de la société, donc de la protection des lois civiles. On comprend donc pourquoi Hobbes explique que la rupture de ce contrat de société viole en réalité la loi naturelle qui prescrit de ne pas manquer à sa parole et de respecter les traités, et non la loi contingente du souverain. « D'où je tire cette conséquence, que les rebelles, les traîtres et les autres convaincus de crime de lèse-majesté, ne sont pas punis par le droit civil, mais par le droit de nature,

¹²³ *Le citoyen*, 2, 6, 13.

¹²⁴ *Le citoyen*, 2, 14, 20.

¹²⁵ *Le citoyen*, 2, 14, 20. PIETRO COSTA, « *Lo ius vitae ac necis* alla prova : Cesare Beccaria e la tradizione contractualistica », art. cit., p.849.

c'est-à-dire non en qualité de mauvais citoyens, mais comme ennemis de l'État et que la justice ne s'exerce pas contre eux par le droit de la souveraineté, mais par celui de la guerre »¹²⁶. C'est, en opérant un renversement complet de la logique de Hobbes, ce que dira Beccaria un siècle plus tard, lorsqu'il contestera que la peine de mort puisse relever du droit, mais au contraire : « La peine de mort n'est donc pas un droit, je viens de démontrer qu'elle ne peut pas l'être, mais une guerre de la nation contre un citoyen qu'elle juge nécessaire ou utile de supprimer. Mais si je prouve que cette peine n'est ni utile ni nécessaire, j'aurai fait triompher la cause de l'humanité »¹²⁷. Hobbes, lui, avait fait de la peine de mort une guerre, pour mieux l'enraciner dans la pratique du souverain. Il justifiait ainsi ce que dira bien plus tard Michel Foucault : le pouvoir est le fruit d'une guerre souterraine menée contre le peuple, et masquée par les juristes avec l'instrument du droit, qui intervient pour camoufler le phénomène de la domination : « Le pouvoir politique, dans cette hypothèse, aurait pour rôle de réinscrire perpétuellement ce rapport de force, par une sorte de guerre silencieuse, et de le réinscrire dans les institutions, dans les inégalités économiques, dans le langage, jusque dans les corps des uns et des autres »¹²⁸.

Autrement dit, la peine de mort, que les auteurs justifient tantôt par l'ordre des arguments affirmatifs, tantôt par l'ordre des arguments réfutatifs, finit par passer de l'autre côté du miroir mimétique et devient le fondement d'une justification de l'ordre public.

II. Les justifications de l'ordre

Le lien entre souveraineté et peine de mort se trouve donc, en justifiant l'ordre public, placé dans l'ordre de l'ordinaire au sens étymologique du terme : il permet le maintien de l'ordre. Mais parce qu'il fonctionne intellectuellement

¹²⁶ *Le citoyen*, 2, 14, 22.

¹²⁷ *Des délits et des peines*, § XXVIII ; PHILIPPE AUDEGEAN-DARIO IPPOLITO, « « La peine de mort n'est donc pas un droit ». La décision abolitionniste de Beccaria », art. cit.

¹²⁸ MICHEL FOUCAULT, *Il faut défendre la société*, Paris, Gallimard-Seuil, 1997, p.16.

selon le registre du double mimétique, le lien entre souveraineté et peine de mort prévoit, comme le dirait Giorgio Agamben, sa propre suspension. Ce lien fait donc entrer l'exception au sein de l'ordre même.

A. L'ordre de l'ordinaire

Plusieurs auteurs font le lien entre souveraineté et peine de mort en se fondant sur le lien analogique existant entre les deux, la métaphore familiale étant au cœur de cette argumentation. Par conséquent, la peine de mort devient un moyen du maintien de l'ordre et de la justice par le souverain.

*Le lien analogique entre souveraineté et peine de mort

La théorie de la souveraineté naît dans l'entourage du roi de France parmi les juristes et publicistes que l'on appelle communément, les politiques ; ces politiques veulent faire échapper le pouvoir au cercle vicieux des revendications religieuses extrémistes, le paradoxe étant qu'ils aboutiront à imprégner de religiosité le concept clé de cette entreprise, la souveraineté¹²⁹. Parmi eux, Bodin tient le premier rôle. En 1576, Jean Bodin définissait la république comme « un droit gouvernement de plusieurs ménages, et de ce qui leur est commun, avec puissance souveraine »¹³⁰. Autrement dit, l'État (puisque république est ici synonyme d'État) est constitué d'un légitime (« droit ») assemblage de familles (« ménages »), auquel vient s'ajouter la « puissance souveraine »¹³¹. La souveraineté, donc, est dès son invention, une des trois composantes de l'État : légitimité, rassemblement de familles, souveraineté. Le tout cimenté par ce qui est « commun », autrement dit l'intérêt public, l'intérêt commun ou pour le dire à la façon médiévale, le « commun profit »¹³².

¹²⁹ JULIEN BROCH, *L'école des « politiques » (1559-1598). La contribution des juristes et publicistes français à la construction de l'État royal*, Aix-en-Provence, PUAM, 2012.

¹³⁰ JEAN BODIN, *Les six livres de la république*, Revue, corrigée et augmentée de nouveau, Lyon, Jacques du Puys, 1580, Livre 1, Chapitre 1, p.1. On a systématiquement modernisé l'orthographe.

¹³¹ CHRISTIAN BRUSCHI, « « Mesnage » et République », *L'Oeuvre de Jean Bodin*, NICOLE DOCKES-LALLEMENT, GABRIEL-ANDRE PEROUSE, JEAN-MICHEL SERVET (dir.), Paris, Classiques Garnier, 2023 [2004], p.19-38.

¹³² JEAN-LOUIS MESTRE, « La contribution des droits romain et canonique à l'élaboration du

On le notera, Bodin prend donc bien soin de définir l'État, et sa définition peut être qualifiée de *politique*. C'est un point fondamental dans la mesure où encore aujourd'hui, il n'est pas consensuel. Ainsi, lorsque Olivier Beaud étudie les rapports de l'État et de la notion de souveraineté, il définit l'État par la notion de puissance, dont il considère qu'il s'agit d'une notion *juridique* en l'espèce. Il ne dit pas que l'État ne peut pas être défini autrement que juridiquement, mais il définit l'État de ce point de vue. C'est d'ailleurs déjà une tâche considérable et la démarche est parfaitement légitime puisque méthodologiquement justifiée¹³³.

Michel Tropper écrit pour sa part, d'un autre point de vue, celui du courant de pensée strictement positiviste, que « l'État même quand il est l'objet des sciences sociales, est d'abord un concept juridique, qui ne peut être défini que juridiquement »¹³⁴. Il est certain, et même souhaitable, que l'État puisse faire l'objet d'une définition juridique, mais Bodin, qui est à la racine de la conception moderne de l'État, démontre que ce n'est pas la seule façon de le définir. Il démontre même que la première définition moderne de l'État est une définition *politique* bien davantage que juridique. En effet, dans la définition tripartite de Bodin, la légitimité est une notion politique plus que juridique, la réunion des familles est d'origine aristotélicienne et politique¹³⁵ ; en ce qui concerne la souveraineté, c'est la seule notion dont on peut admettre qu'elle est mixte, c'est-à-dire à la fois juridique et politique¹³⁶. En tout cas, le politique domine.

Entre la famille et l'État, il y a, du point de vue de Bodin, une homothétie : la famille est en effet définie comme « un droit gouvernement de plusieurs sujets, sous l'obéissance d'un chef de famille, et de ce qui lui est propre »¹³⁷. Un peu plus loin, Bodin écrit que « la puissance domestique [est]

droit administratif », *Annuaire européen d'administration publique*, V-1982, p.925-943.

¹³³ OLIVIER BEAUD, *La puissance de l'État*, op. cit., p.II.

¹³⁴ MICHEL TROPPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Puf, 1996, p.5.

¹³⁵ ARISTOTE, *Politique*, I, 2, 2-8. Pour Aristote, la famille, institution naturelle, est à l'origine de la Cité, institution plus complexe, mais non moins naturelle. Ainsi, la famille se trouve être au fondement de l'ordre politique.

¹³⁶ Si l'on reprend la définition de Bodin selon laquelle « la souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République ».

¹³⁷ JEAN BODIN, *Les six livres de la république*, op. cit., Livre I, Chapitre 2, p.7.

semblable à la puissance souveraine »¹³⁸. Plus encore, « aussi est le droit gouvernement de la maison, le vrai modèle du gouvernement de la république »¹³⁹. Pouvoir et obéissance sont donc au cœur de la notion moderne d'État¹⁴⁰.

Reste donc à définir ce qu'est la souveraineté et la définition de Bodin est plus que connue : « La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République »¹⁴¹. Par ailleurs, complétant sa définition, Bodin rapproche le terme de souveraineté du latin *maiestas*, du grec *χύριον πολιτεύμα* et de l'italien *signoria*. Il fait également le rapprochement avec un terme hébreux qu'il traduit par « la plus grande puissance de commander »¹⁴². On sait bien quelle conséquence l'Angevin a tirée de sa définition puisque pour lui, « la souveraineté n'est limitée, ni en puissance, ni en charge, ni à certain temps »¹⁴³. Sur le plan de la forme de gouvernement, qui n'est certes pas secondaire dans le contexte dans lequel écrit Bodin contre tous ceux qui, extrémistes catholiques ou protestants, menacent la souveraineté du roi de France, l'Angevin rappelle avec force que la France n'est pas un régime mixte puisque « c'est une pure Monarchie, qui n'est point mêlée de puissance populaire, et moins encore de seigneurie aristocratique »¹⁴⁴. Mieux, et sans doute plus impressionnant pour les tenants de la thèse du régime mixte, professer l'opinion contraire est passible de la peine de mort, puisqu'il s'agit d'un crime de lèse-majesté : « on a voulu dire et publier par écrit que l'état de la France était aussi composé de trois Républiques, et que le Parlement de Paris tenait une forme d'aristocratie, les trois états tenaient la démocratie, et le roi représentait l'état royal : qui est une opinion non seulement absurde, mais aussi capitale. Car c'est crime de lèse-

¹³⁸ Idem, p.8.

¹³⁹ Idem, p.8.

¹⁴⁰ AURELIE DU CREST, *Modèle familial et pouvoir monarchique (XVI^e -XVIII^e siècles)*, Aix-en-Provence, PUAM, 2002 ; CHRISTIAN BRUSCHI, « « Mesnage » et République », art. cit., pp.19 et ss. & 34 et ss., qui montre en particulier que l'insistance de Bodin sur la puissance paternelle est bien plus sensible dans les *Six livres de la République* que dans ses autres ouvrages, précisément parce qu'il y est question de souveraineté.

¹⁴¹ JEAN BODIN, *Les six livres de la république*, op. cit., Livre 1, Chapitre 8, p.85.

¹⁴² Idem, p.85. Je suis incapable de le reproduire, d'où simplement la traduction.

¹⁴³ Idem, p.

¹⁴⁴ Idem, Livre 2, Chapitre 1, p.184 ; LAURENT REVERSO, « La souveraineté du peuple romain dans la *République* de Jean Bodin », art.cit., p.83-99.

majesté de faire les sujets compagnons du Prince souveraine »¹⁴⁵. Développer une opinion absurde n'est pas très grave, qu'elle relève de la peine capitale n'est pas la même histoire...

Bodin n'a pas le moindre doute sur la légitimité de la peine de mort qui s'inscrit plus largement dans une pensée pénale centrée sur la sévérité de la peine¹⁴⁶; encore faut-il analyser sur quel fondement il la fait reposer. Historiquement, il affirme que le châtement suprême est un attribut du père de famille, doté, à le lire, d'un « droit de vie ou de mort » sur sa femme et ses enfants, que ce soit chez les Romains, les Germains ou « nos ancêtres Gaulois ». Le pouvoir de ce père de famille a donc, il faut le rappeler, un pouvoir de même nature que celui de l'État¹⁴⁷. D'ailleurs ajoute-t-il, cette peine capitale, passée du sein de la puissance paternelle à la puissance de l'État, a été muée en une peine d'infamie, sous l'influence amollissante que l'impératrice Théodora avait sur Justinien¹⁴⁸. Bodin semble le regretter amèrement puisque sa sentence tombe *in fine* : « Tout ce que j'ai dit, et les exemples que j'ai déduits de si fraîche mémoire, serviront pour montrer, qu'il est besoin en la République bien ordonnée, rendre aux pères la puissance de la vie et de la mort, que la loi de Dieu et de nature leur donne ; loi qui a été la plus ancienne qui fut onques, commune aux Perses, et aux peuples de la haute Asie, commune aux Romains, aux Hébreux, aux Celtes, et pratiquée en toutes les Indes Occidentales auparavant qu'elles fussent assujetties des Espagnols : autrement, il ne faut pas espérer de jamais voir les bonnes mœurs, l'honneur, la vertu, l'ancienne splendeur des Romains rétablies »¹⁴⁹. En effet, « il est impossible que la République vaille rien, si les familles, qui sont les piliers d'icelle, sont mal fondées »¹⁵⁰.

La « loi de Dieu et de nature » donne donc aux pères de famille la puissance paternelle en vertu de laquelle les pères peuvent châtier les membres de leur famille ; il est probable que le même raisonnement vaille pour l'État, constitué d'un assemblage de familles. La preuve de l'analogie réside dans le fait

¹⁴⁵ JEAN BODIN, *Les six livres de la république*, op. cit., Livre 2, Chapitre.1, p.183.

¹⁴⁶ LOUIS-AUGUSTIN BARRIERE, « Jean Bodin et le droit pénal », *L'Oeuvre de Jean Bodin*, op. cit., pp.106-107.

¹⁴⁷ JEAN BODIN, *Les six livres de la république*, op. cit., Livre 1, Chapitres 3-4, p.16 & 22-24.

¹⁴⁸ Idem, Livre 1, Chapitre 3, p.17.

¹⁴⁹ Idem, Livre 1, Chapitre 4, p.22.

¹⁵⁰ Idem, Livre 1, Chapitre 4, p.24.

que Bodin qualifie le droit du chef de famille de « droit de souveraineté sur les siens » et qu'il dise de lui qu'il est « souverain dans sa maison, ayant puissance de vie et de mort sur la femme, et sur les enfants »¹⁵¹. Il fallait bien Dieu, la nature, les Perses, les Hébreux, les Indiens, les Romains, les Germains et les Gaulois pour justifier une telle puissance !

Les *Six livres de la République* sont profondément marqués par cette analogie entre gouvernement public et gouvernement domestique ou privé qui sert de fondement à la peine de mort ; en ce qui concerne la mise en œuvre de cette peine capitale, elle dépend des magistrats, dont l'autorité dérive de la souveraineté, quelle qu'elle soit, car Bodin traite de la souveraineté en général, donc sous toutes ses formes. Aussi n'est-il pas surprenant de lire que « puissance de condamner à mort, et donner la vie à celui qui a mérité la mort qui est la plus haute marque de souveraineté, et propre à la Majesté, privativement à tous Magistrats »¹⁵². Pour Bodin, le droit pénal est une partie du droit public et il n'y a pas de surprise à constater que dans sa pensée, souveraineté et peine de mort soient liés¹⁵³.

Cardin Le Bret, comme Jean Bodin, mais avec une pointe de mythe celtique, affirme que « la loi divine veut que la femme reconnaisse et rende obéissance à son mari, comme à son chef et à son roi », de même que « nos anciens Celtes [...] avaient sur elles [leurs femmes] une puissance absolue de la vie et de la mort, comme César le remarque au livre 6 de la guerre des Gaules »¹⁵⁴. C'est une autre piste qui n'est pas dénuée d'intérêt : la souveraineté

¹⁵¹ Idem, Livre I, Chapitre 6, p.47. Idem, Livre I, Chapitre 4, p.25. On notera que JEAN DOMAT, *Traité des loix*, in *Les loix civiles dans leur ordre naturel, Le droit public, et Legum delectus*, Tome I, Chapitre I, § I, op. cit., p.i, prendra une position similaire : « Ainsi, les Romains, qui entre toutes les nations, ont le plus cultivé les lois civiles, et qui en ont fait un si grand nombre de très justes, s'étaient donné, comme les autres peuples, la licence d'ôter la vie et à leurs esclaves, et à leurs propres enfants. Comme si la puissance que donne la qualité de père et celle de maître, pouvait dispenser des lois de l'humanité ». Domat, dans *Le droit public*, faisait lui-aussi reposer le principe du gouvernement et de l'obéissance qui lui est due sur l'autorité paternelle : Idem, Tome II, Livre I, Titre I, Sections I-II, p.5-6.

¹⁵² JEAN BODIN, *Les six livres de la république*, op. cit., Livre 3, Chapitre 5, p.300 ; JEAN BART, « Humanisme et absolutisme », *Droit et humanisme. Autour de Jean Papon, juriste forézien*, op. cit., p.136-137.

¹⁵³ LOUIS-AUGUSTIN BARRIERE, « Jean Bodin et le droit pénal », art. cit., p.101.

¹⁵⁴ CARDIN LE BRET, *De la souveraineté du roy*, op. cit., p.31. La référence précise est CÉSAR,

est la mise en forme politique et juridique d'une domination ; la rationalisation d'un pouvoir dont on enracine la légitimité dans l'infériorité théologique supposée de la femme mariée. La peine de mort est une modalité de cette domination. Elle ne fonde pas la domination, elle permet son maintien en même temps qu'elle en est une conséquence logique. Bien entendu, tout cela soutient la construction historique et juridique de la Loi Salique¹⁵⁵.

« Puisque la principale marque de la Souveraineté, est de pouvoir commander absolument ; et que d'être tenu d'obéir, à tous les commandements du Prince, est celle de la sujétion »¹⁵⁶. Le Bret précise immédiatement que ce devoir d'obéissance ne tient pas lorsque le commandement du Prince est contraire aux Commandements divins. De même les sujets ne sont pas tenus d'obéir au Prince qui « commande de faire des poursuites et des exécutions injustes contre les innocents »¹⁵⁷. Cardin Le Bret pousse loin son raisonnement puisque, en s'appuyant sur Grégoire de Naziance, il soutient que le refus d'obéissance, qui peut aller jusqu'à la perte de sa propre vie, est préférable à l'exécution d'un ordre injuste. Jamais cependant un tel refus d'obéissance ne saurait aller jusqu'à la résistance active ou pire, l'atteinte à la vie du souverain¹⁵⁸. Cardin Le Bret n'est évidemment pas un vulgaire monarchomaque. Néanmoins, sa gêne est perceptible dans la façon par laquelle il met fin au débat, avec une pirouette rhétorique : « mais d'autant que ces choses si extraordinaires n'arrivent que rarement, et seulement sous les règnes des tyrans ; je n'en parlerai point davantage »¹⁵⁹. Par contre, notre auteur, une fois écartée l'hypothèse du caprice du Prince, admet sans aucune hésitation que l'on obéisse à un

Guerre des Gaules, 6, 19. La démonstration de l'auteur concerne la loi salique et donc l'incapacité des femmes à succéder au trône de France. Il s'agit du chapitre IV du livre I consacré aux « lois fondamentales de la couronne souveraine de France ».

¹⁵⁵ VITTOR IVO COMPARATO, *Cardin le Bret. « Royauté » et « ordre » nel pensiero di un consigliere del '600*, op. cit., p.112-115.

¹⁵⁶ CARDIN LE BRET, *De la souveraineté du roy*, op. cit., p.188.

¹⁵⁷ Idem, p.189-190.

¹⁵⁸ Idem, p.316, 512-514 & 533-538.

¹⁵⁹ Idem, p.191-192. Sur la question de la résistance à un ordre injuste, GILBERT PICOT, *Cardin le Bret (1558-1655) et la Doctrine de la Souveraineté*, op. cit., p.209, allait jusqu'à soutenir que Le Bret trouvait la révolte contre un ordre contraire aux Commandements légitime. Et il notait à raison que dans ce cas, l'auteur préférerait rester « dans l'imprécision ». En effet ! VITTOR IVO COMPARATO, *Cardin le Bret. « Royauté » et « ordre » nel pensiero di un consigliere del '600*, op. cit., p.130-133.

commandement souverain, exigeant de tuer une personne pour « le bien de l'Etat », par exemple un rebelle, un séditieux ou un factieux. La réponse est claire : « mon opinion est, qu'en telles occasions l'on doit obéir, et sans scrupule »¹⁶⁰. La raison d'État prime donc les commandements divins !

Autrement dit, la peine en général et la peine de mort *a fortiori*, ne sont pas inconditionnées ; elles ne sauraient être infligées par caprice, mais on ne saurait en écarter la possibilité. C'est tout le problème : comprendre la mise en œuvre incontestablement rationnelle d'une peine dont les origines sont irrationnelles et qui est la conséquence d'une notion -la souveraineté- elle-même irrationnelle (même si elle se conçoit rationnellement). A vrai dire, les abolitionnistes modernes sont placés devant la même problématique : interdire la peine de mort par principe, continuer de l'appliquer dans les faits pour motif de raison d'État.

***La peine de mort comme moyen du maintien de l'ordre par le souverain**

Guy Coquille (1523-1603), dans ses *Institutions au droit des François*, dont la première édition, posthume, date de 1607, développe un raisonnement analogique permettant de comprendre que derrière la peine de mort se tient en permanence la logique de la souveraineté, qui chez Coquille est synthétisée dans la formule fameuse « le roi est monarque, et n'a point de compagnon en sa majesté royale »¹⁶¹. C'est ici une analogie entre guerre et justice qui permet à Coquille de justifier la peine de mort. La guerre selon Coquille « est une forme de justice. Quand un seigneur souverain refuse de faire raison à l'autre souverain, il est loisible de le contraindre à cette raison par la force des armes », raisonnement classique de la doctrine de la guerre juste. Dans ce contexte, Coquille affirme que la guerre commandée par le roi, seul souverain, justifie le fait de tuer des étrangers, et ne fait pas des soldats des coupables d'homicide. Mais ce qui est significatif, c'est que Coquille justifie les violences de guerre par une analogie avec la justice « comme quand les juges sédentaires condamnent

¹⁶⁰ CARDIN LE BRET, *De la souveraineté du roy*, op. cit., p.192.

¹⁶¹ GUY COQUILLE, *Institution au droit des François*, Paris, Toussaint Quinet, Dernière Edition, Revue & corrigée, 1630, p.4.

aucun à mort et le font mourir pour son forfait, ils ne sont pas réputés homicides »¹⁶². Bien entendu, il s'agit d'une pure affirmation de fait qui ne donne aucune justification à la pratique de la peine de mort. Cette analogie repose sur la nécessité de résoudre la contradiction entre le fait de tuer (à la guerre ou par la peine de mort) et le sixième commandement qui interdit le meurtre. Toutefois, ce commandement n'interdit ni la légitime défense, ni l'exécution judiciaire, ni la violence de guerre, c'est le sens du raisonnement de Coquille, calqué exactement sur celui de Saint Thomas d'Aquin¹⁶³.

Domat ne définit pas l'État pas plus qu'il ne définit la notion de souveraineté ou celle de gouvernement. Il utilise toutes ces notions sans les définir mais emploie des expressions comme « la puissance du Souverain », « les droits des Souverains » ou « gouvernement souverain » ou encore « puissance du gouvernement souverain » assez indifféremment. En réalité, ces expressions sont employées de façon téléologique, en fonction du but qui est assigné aux institutions qu'elles représentent. Domat écrit ainsi que « le premier droit et d'où dépendent tous ceux des personnes que Dieu élève au gouvernement souverain, est le pouvoir d'exercer le gouvernement avec l'usage de l'autorité et des forces qui sont leur puissance, et d'employer cette puissance à faire régner la justice, et maintenir la tranquillité publique dans l'État qui leur est soumis »¹⁶⁴. Dans cette perspective, les droits essentiels du souverain sont le droit de faire la guerre et la paix, la diplomatie, l'administration de la justice, le droit de faire observer les lois notamment religieuses et de faire « les lois et les règlements nécessaires pour le bien public »¹⁶⁵. C'est de là, selon lui que vient « l'autorité du souverain de pouvoir établir de nouvelles peines, et de les rendre

¹⁶² GUY COQUILLE, *Institution au droit des François*, op. cit., p.9.

¹⁶³ THOMAS D'AQUIN, « Explication des deux préceptes de la charité et des dix commandements de la loi » [Tractatus de duobus praeceptis charitatis et decem legis praeceptis], in *Les Commandements*, Paris, Nouvelles Editions Latines, 1970, p.160-171. Mais en dehors de ce sermon prononcé à la fin de sa vie, le Docteur angélique avait, dans sa *Somme théologique*, secunda secundae IIa, IIae, q.66 art.6 & q.108 art.3, à la fois justifié et limité la peine de mort aux actes particulièrement graves contre Dieu (sacrilège par exemple) ou contre les hommes.

¹⁶⁴ JEAN DOMAT, *Le droit public*, in *Les loix civiles dans leur ordre naturel, Le droit public, et Legum delectus*, Tome II, Livre I, Titre II, Section II, §I, op. cit., p.9.

¹⁶⁵ Idem, p.10.

plus sévères ou les modérer, selon que la fréquence et les conséquences des crimes peuvent y obliger »¹⁶⁶ ; autrement dit, la souveraineté est le fondement du droit pour le souverain de mettre en place une politique pénale !

Par ailleurs, on doit remarquer que pour Domat c'est la punition qui est au cœur du droit criminel « sans quoi la matière des crimes ne serait pas une matière des Lois humaines, et elle n'aurait pour règles que la Loi divine »¹⁶⁷. Si les peines ont pour fonction de dissuader de commettre des délits ou crimes semblables, et de réprimer les troubles à l'ordre social, la peine de mort entre pleinement dans ce panorama, « contre quelques-uns [crimes] qui ne seraient pas assez réprimés par de moindres peines ». Chez Domat comme chez Grotius, les supplices publics ont pour but d'imprimer « plus de terreur que la simple mort »¹⁶⁸.

Coquille et Domat sont des juristes français qui écrivent dans un contexte absolutiste. Tel n'est pas le cas de John Locke. Il n'est pas utile d'insister sur le fait que Locke, penseur libéral, part de l'hypothèse d'un état de nature dans lequel l'homme est libre et fonde le pouvoir politique sur le consentement et la propriété sur le travail. De ces prémices, il tire la conséquence que « la *fin* principale et *capitale* en vue de laquelle les hommes s'associent dans des républiques et se soumettent à des gouvernements, c'est donc la *conservation de leur propriété* »¹⁶⁹. Il est cependant étonnant de constater jusqu'où peuvent aller les pouvoirs du gouvernement, du pouvoir politique, dans la poursuite de leur fin, la conservation de cette propriété. Selon Locke en effet, « par *pouvoir politique*, donc, j'entends le *droit* de faire des lois, sous peine de mort, ou par voie de conséquence sous toute peine moins sévère, afin de réglementer et de préserver la propriété, ainsi que d'employer la force de la communauté pour l'exécution de telles lois et la défense de la république contre les déprédations de l'étranger, tout cela uniquement en vue du bien public »¹⁷⁰. Il s'agit donc de

¹⁶⁶ Idem, p.10.

¹⁶⁷ Idem, p.192.

¹⁶⁸ Idem, p.192.

¹⁶⁹ JOHN LOCKE, *Deux traités du gouvernement*, II, IX, 124, Paris, Vrin, 1997, p.205. Souligné par l'auteur.

¹⁷⁰ Idem, II, I, 3, p.138, souligné par l'auteur ; Pietro Costa, « Lo *ius vitae ac necis* alla prova : Cesare Beccaria e la tradizione contractualistica », art. cit., p.860-861.

préserver l'ordre public, conçu comme la superposition des propriétés privées. Cela n'est que justice puisque la propriété est pour Locke, on le sait, le résultat du travail, donc du mérite.

Autrement dit, dans la pensée *libérale* de Locke, non seulement la peine de mort est intrinsèquement liée à l'institution du pouvoir politique et au pouvoir législatif, en d'autres termes la souveraineté, mais en plus ce droit de punir est lié -cela ne peut être un hasard- à la défense intérieure et extérieure de la république. Autrement dit, dans la même phrase, le penseur libéral lie le pouvoir législatif et la souveraineté à la peine de mort et au droit de défendre l'État contre l'ennemi qu'il soit extérieur, classique, ou qu'il remette en cause l'existence de la société, à l'intérieur, en portant atteinte à la propriété, « droit inviolable et sacré » aux termes de la très lockienne formule de l'article 17 de la Déclaration. Difficile dans ces conditions de ne pas conclure que le contemporain « droit pénal de l'ennemi » ait des origines, précisément, libérales. Il ne s'agit pas d'une conception qui serait le fruit d'une contradiction interne du libéralisme, mais au contraire d'une conception qui s'inscrit dans la logique du libéralisme, quand bien même cette logique est contre-intuitive. A cet égard, le lien souligné par Kevin Ladd entre la pensée de Spinoza et la doctrine du « droit pénal de l'ennemi » confirme ce que l'on souligne ici à propos de Locke¹⁷¹, savoir le lien entre la pensée libérale de la souveraineté et la nécessité étatique de la peine de mort.

La pensée de Locke démontre de façon éclatante, plus nettement encore que celle de Grotius, qu'il n'est nul besoin d'une conception absolutiste de la souveraineté pour que cette dernière implique la peine de mort. C'est bien la notion même de souveraineté qui est en cause et nullement son intensité, même si celle de la souveraineté a évidemment une influence sur l'intensité avec laquelle la peine de mort est inscrite dans le droit. A vrai dire, ce n'est qu'avec des juristes comme Charles Lucas, Pellegrino Rossi ou Joseph-Louis-Elzéar Ortolan, en effet libéraux mais au sens du XIX^e siècle, qu'une théorie radicale de l'abolition va naître, sans exception¹⁷². On sait bien néanmoins comment,

¹⁷¹ KEVIN LADD, « Répondre à la menace par la menace ? La législation pénale dans les labyrinthes de l'hostilité », *Jurisprudence-Revue critique*, 2015, p.237-259. L'ensemble de ce numéro est consacré au thème *Droit pénal et politique de l'ennemi*.

¹⁷² LAURENT REVERSO, « Ortolan et la peine de mort : un abolitionnisme éclectique », *RHFD*, 38-2018, p.437-477.

même quand la pensée libérale tend à l'abolition complète de la peine de mort, l'État libéral continue de tuer, en acceptant le travail des enfants ou en refusant l'instauration d'un régime général de retraite par exemple.

Présentée comme un facteur d'ordre, la peine de mort ressurgit néanmoins, fatalement, comme facteur d'un désordre établi. C'est la raison pour laquelle elle s'inscrit également dans une logique d'exceptionnalité.

B. L'ordre de l'exception

Parfois, l'exception se niche au cœur de l'ordre même, elle est prévue par les auteurs. De cette nature profondément exceptionnelle de la peine de mort, le crime de lèse-majesté témoigne de façon paradigmatique.

***L'exceptionnalité de l'ordinaire**

Bodin est remarquable en ce qu'il envisage déjà toutes les problématiques liées à la mise en œuvre de la peine capitale, y compris dans son exceptionnalité ; bien différentes en effet sont les situations, selon que la peine de mort est prononcée par une cour de justice, sous quelque forme que ce soit, ou qu'elle est le résultat d'une sentence personnelle du souverain ou d'un organe le représentant. Bodin voit bien cela dans la mesure où il met bien en évidence « qu'il y a deux sortes de commander par puissance publique : l'une en souveraineté, qui est absolue, infinie, et par dessus les lois, les magistrats et les particuliers. L'autre est légitime, subjecte aux lois, et au souverain, qui est propre aux Magistrats et à ceux qui ont puissance extraordinaire de commander, jusqu'à ce qu'ils soient révoqués, ou que leur commission soit expirée »¹⁷³. En ce qui concerne le caractère légal de la peine de mort, il est clair pour Bodin que seul le souverain a cette compétence : « il n'y a que le Prince souverain, qui puisse apposer à ses édits la peine de mort », ce qui implique que les magistrats, eux, ne puissent condamner à mort qu'en vertu d'une loi du souverain¹⁷⁴.

¹⁷³ JEAN BODIN, *Les six livres de la république*, op. cit., Livre 3, Chapitre 5, p.300.

¹⁷⁴ Idem, Livre 1, Chapitre 10, p.153-154.

La souveraineté telle que la définit Bodin, « puissance absolue et perpétuelle d'une république »¹⁷⁵, ne connaît donc potentiellement pas de loi, elle est pure volonté du souverain et ne saurait être définie autrement. Elle ne saurait être limitée de l'extérieur, mais seulement de l'intérieur par la conscience du souverain, dans le contexte de l'époque par son imprégnation par la morale chrétienne¹⁷⁶.

La preuve du lien entre souveraineté et peine de mort réside *a contrario* d'une part dans la grâce que le souverain peut délivrer puisque Bodin met parmi « les vraies marques de souveraineté » le fait « qu'il n'y a rien de plus grand en terre après Dieu, que les princes souverains, et qu'ils sont établis de lui comme ses lieutenants, pour commander aux autres hommes »¹⁷⁷. De cette supériorité vient le droit de grâce, qui est l'envers de la peine de mort, donc procède de la même logique : « qui ne jugerait souverain [...] qui donne grâce à celui qui a mérité la mort »¹⁷⁸. On lit bien : le souverain est celui qui peut même gracier celui qui *mérite* la mort, tant l'arbitraire de la souveraineté implique de pouvoir agir selon sa volonté.

La preuve du lien entre souveraineté et peine de mort réside également d'autre part dans l'absurdité, relevée par Bodin lui-même, de certaines lois royales condamnant à mort indistinctement des crimes dont le caractère de gravité est dissemblable au point de rendre certaines sentences parfaitement injustes. Ainsi, l'ordonnance de François I^e sur le crime de faux qui condamnait indifféremment à mort toute falsification de document officiel, quelle que soit l'importance du document, était sévèrement critiquée par Bodin pour son manque de discernement¹⁷⁹. De même qu'il critiquait fortement le fait que l'on condamne à mort les simples voleurs, confondus avec les assassins pour une erreur de traduction (larron pour *latro*, alors que les romains entendaient

¹⁷⁵ Idem, Livre 1, Chapitre 8, p.85.

¹⁷⁶ JANINE CHANTEUR, « La loi naturelle et la souveraineté chez Jean Bodin », *Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne*, Rome, EFR, 1991, p.291-292.

¹⁷⁷ JEAN BODIN, *Les six livres de la république*, op. cit., Livre 1, Chapitre 10, p.147.

¹⁷⁸ Idem, Livre 1, Chapitre 10, p.148.

¹⁷⁹ Idem, Livre 6, Chapitre 6, p.725 ; l'ordonnance de mars 1532 est reproduite dans ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Tome XII, Paris, 1828, N°182, p.357-358. Elle porte autant sur les falsifications de documents, contrats, etc., que sur les faux témoignages devant la justice. Le but de la peine de mort est ici clairement dissuasif : « afin de donner plus grande crainte et terreur à ceux qui s'en voudront mesler ».

assassin). Peine de mort pour vol qu'il qualifiait d'absurdité et qui incite à tuer plutôt qu'à simplement voler, puisque les deux entraînent la même peine¹⁸⁰. Argument que reprendront Montesquieu puis Beccaria.

Mais cela aide à analyser le présent. En ce sens, lorsque le président de la République française ordonne (et c'est régulièrement le cas sous la V^e république), en dehors de toute légalité, l'exécution d'un terroriste ou d'un ennemi réel ou supposé de la France, il agit comme s'il était souverain, ce qu'il n'est pas. On constate donc que la notion de souveraineté telle que forgée par Bodin dans un contexte de guerre civile religieuse, contamine le fonctionnement d'une République censée reposer sur des fondements strictement légaux. Elle le fait encore aujourd'hui à cause de la religion, même si c'est en miroir.

« La souveraineté est la forme, qui donne l'être à l'État, voire même l'État et la souveraineté prise *in concreto*, sont synonymes, et l'État est ainsi appelé, parce que la souveraineté est le comble de la puissance, où il faut que l'État s'arrête et s'établisse »¹⁸¹. Charles Loyseau dans son *Traité des seigneuries* de 1608 limite la puissance souveraine de l'État -du fait que la puissance des hommes ne peut tout à fait être absolue, contrairement à celle de Dieu- par « trois sortes de lois » : les lois de Dieu, « les règles de justice naturelle et non positives » et « les lois fondamentales de l'État »¹⁸². En dehors de ces exceptions, la souveraineté signifie chez lui puissance absolue. Mais en toute logique, une souveraineté qui connaît des limites, n'est pas *absolue* ! On est ici confronté à l'impasse terminologique et conceptuelle de laquelle les absolutistes n'ont jamais pu sortir.

Cette souveraineté emporte le droit de prononcer une sentence capitale : c'est parce que le peuple romain de la république était souverain que les magistrats républicains n'avaient pas le droit de prononcer ce genre de

¹⁸⁰ JEAN BODIN, *Les six livres de la république*, op. cit., Livre 6, Chapitre 6, pp.726-727.

¹⁸¹ CHARLES LOYSEAU, *Traité des seigneuries*, Paris, Abel l'Angelier, 1608, p.25 ; BRIGITTE BASDEVANT-GAUDEMET, *Charles Loyseau (1564-1627) théoricien de la puissance publique*, op. cit., p.119.

¹⁸² CHARLES LOYSEAU, *Traité des seigneuries*, op. cit., p.26 ; BRIGITTE BASDEVANT-GAUDEMET, *Charles Loyseau (1564-1627) théoricien de la puissance publique*, op. cit., pp.160-162, qui montre bien que ces limites sont dénuées de sanctions. Sur cette question des limites de la souveraineté : VITTOR IVO COMPARATO, *Cardin le Bret. « Royauté » et « ordre » nel pensiero di un consigliere del '600*, op. cit., pp.130-133.

peine¹⁸³. C'est la même logique qui fait faire à Loyseau la remarque selon laquelle, pour la France de son époque, seuls les seigneurs haut-justiciers avaient ce pouvoir¹⁸⁴. Non pas qu'ils soient eux même titulaires de la souveraineté, mais qu'ils tiennent leurs pouvoirs d'une délégation directe du souverain.

Autrement dit, la souveraineté est tellement liée à la peine de mort que l'administration de cette dernière peut même passer par le biais d'une délégation des pouvoirs donnés par le titulaire de la souveraineté. Non seulement le souverain peut prononcer la peine de mort et ordonner l'exécution de la sentence, mais il peut même déléguer cette compétence que l'on pourrait croire exclusive. En réalité, la souveraineté, quand elle s'absolutise, en arrive à sortir d'elle-même, à contaminer tout ce qu'elle touche. Elle devient, en soi, une exception.

On retrouve cette logique folle chez Michel de Marillac, chef du parti dévot, d'abord ligueur puis garde des sceaux mais absolutiste également, bien que victime de Richelieu et mort en prison après la « journée des dupes » de novembre 1630. Il a également à dire sur la question de la souveraineté et de la mort, lui qui est un des artisans du fameux arrêt Lemaistre ou arrêt de la Loi salique du 28 juin 1593¹⁸⁵, qui, dit en termes modernes, renforçait la constitutionnalité des lois fondamentales, notamment celle de catholicité et de masculinité, mais aussi celle de nationalité. Marillac est un exemple très représentatif de la soumission d'un des plus hauts serviteurs de l'État¹⁸⁶ à la souveraineté royale, qui va jusqu'au sacrifice suprême. En effet, si lui-même

¹⁸³ CHARLES LOYSEAU, *Traité des seigneuries*, op. cit., p.9.

¹⁸⁴ Idem, pp.204, 236 & 299 ; BRIGITTE BASDEVANT-GAUDEMET, *Charles Loyseau (1564-1627) théoricien de la puissance publique*, op. cit., pp.207-212.

¹⁸⁵ *Mémoire de Michel de Marillac*, dans M. PETITOT, *Collection complète des mémoires relatifs à l'histoire de France*, Tome XLIX, Paris, Foucault, 1826, p.454 & 456-464. Le texte de l'arrêt est reproduit pp.465-466. Sur Marillac et son œuvre, voir l'*Introduction* de MARIE-NOËLLE BAUDOIN-MATUSZEK, *Trois traités de Michel de Marillac. Chancellerie, Conseil du Roi, Parlement*, Paris, Honoré Champion, 2019, p.7-77.

¹⁸⁶ « Lettre préliminaire de Michel de Marillac, garde des sceaux, au Cardinal de Bérulle » [1627-1629 ca], M. PETITOT, *Collection complète des mémoires relatifs à l'histoire de France*, Tome XLIX, op.cit., p.445 : « Je suis parvenu à une charge que je n'ay jamais désirée ni procurée » ; p.448 : « Quand j'y suis arrivé, j'ay pensé à exécuter plustost qu'à ordonner ; car je me suis souvent plaint de cette maniere de régler en papier, et ay, toujours jugé que l'exécution estoit en la main du magistrat, et qu'une exécution valoit mieux que trente ordonnances ».

termine sa vie en prison, son propre frère sera exécuté.

Marillac, comme Savaron quelques années auparavant, reprend la formule selon laquelle le roi ne tient sa couronne que de Dieu : « les roys de France ne relèvent leur sceptre que de Dieu seul », « ne rendent compte qu'à Dieu de la justice », etc¹⁸⁷. Comme Bodin, mais sans affirmer comme l'Angevin qu'une telle opinion constitue un crime de lèse-majesté, il considère que la souveraineté royale ne saurait être aristocratique, car cela serait « faire une grande ouverture aux factions qui se servent de ces moyens pour diminuer en l'esprit des sujets la révérence et l'amour du prince et souslever les Estats, dont il n'y a que trop d'exemples »¹⁸⁸. A ce sujet, la cible de Marillac est évidemment, et explicitement, la *Franco-Gallia* de François Hotman et le même raisonnement est appliqué aussi à un éventuel contrôle du roi par le parlement ou les grands du royaume¹⁸⁹.

A propos d'un épisode militaire ayant opposé France et Angleterre, il écrit ainsi incidemment, que : « La Noblesse de la Cour venant à la foule prendre congé de sa Majesté, l'on voyoit dans leurs visages une telle gayeté, qu'il faut aduoüer n'estre permis qu'à la nation Françoisise d'aller si librement à la mort pour le service de leur Roy, ou pour leur honneur, que l'on ne sçauroit remarquer aucune différence entre celui qui la donne, & celui qui la reçoit »¹⁹⁰.

En dehors de tout contexte juridique -il s'agit d'un récit militaire- Marillac montre donc avec cette note presque incidente quel rapport entretient la souveraineté du roi « absolu » avec la mort : les sujets sont contents de mourir pour Lui, au point d'effacer toute différence entre celui qui meurt et celui qui donne la mort. *Mutatis mutandis*, ne peut-on y voir l'image positive du rapport qu'entretiendraient le bourreau et le condamné ?

Souverain, le roi peut donner la mort au sujet coupable, par l'intermédiaire du bourreau. De même, s'il le commande, ses sujets vont combattre pour Lui, ce qui peut aller naturellement jusqu'à « aller librement à

¹⁸⁷ MICHEL DE MARILLAC, *Traicté de la Cour de Parlement de Paris* [1630 ca], dans MARIE-NOËLLE BAUDOIN-MATUSZEK, *Trois traités de Michel de Marillac. Chancellerie, Conseil du Roi, Parlement*, op. cit., p.296.

¹⁸⁸ Ibid., p.297.

¹⁸⁹ Ibid., p.298-302.

¹⁹⁰ [MICHEL DE MARILLAC], *Relation de la descente des anglois en l'Isle de Ré*, Paris, Edme Martin, 1628, p.185-186.

la mort », avec « gayeté ». Dans cette perspective, la différence entre la vie et la mort s'efface, de même qu'elle s'efface pour le croyant, confiant dans l'existence de l'au-delà.

Sur le plan institutionnel, la logique de la souveraineté explique, à lire Marillac, la séparation entre l'État et l'appareil judiciaire, techniquement entre le Conseil du roi et le Parlement¹⁹¹. Cette séparation est la condition du lien entre souveraineté abstraite et peine de mort concrète ; entre idéologie du pouvoir et pratique du pouvoir. Ce Conseil, ce n'est certes pas un hasard, a parfois été appelé « secret »¹⁹². Les Parlements sont pour leur part habilités à prononcer la peine de mort sans le consentement des sujets, ce pouvoir ne valant que tant que le souverain veut bien le concéder : « ce que nous pouvons dire de plus général est qu'ils sont établis pour rendre la justice souveraine entre les sujets du roy tant en matière civile que criminelle sans exception »¹⁹³.

D'un côté la souveraineté peut exiger la mort, de l'autre elle peut la prononcer, la logique est implacable. Elle est aussi verticale : le Conseil peut reprendre les compétences normales du Parlement, le contraire étant impossible, le Parlement ne saurait connaître des affaires de l'État¹⁹⁴.

Le chapitre III du livre IV du *De la souveraineté du roi* de Cardin le Bret

¹⁹¹ MICHEL DE MARILLAC, *Traité du Conseil du Roy* [1630 ca], dans MARIE-NOËLLE BAUDOIN-MATUSZEK, *Trois traités de Michel de Marillac. Chancellerie, Conseil du Roi, Parlement*, op. cit., p.163 ; Idem, p.183 : « les roys ont toujours mesmes du tems que le Parlement estoit ambulatoire à leur suite un Conseil séparé du Parlement pour les affaires d'Etat ».

¹⁹² MICHEL DE MARILLAC, *Traité du Conseil du Roy* [1630 ca], op. cit., p.163 & 183-184. L'explication est faible : « Pour ce qui est de ce Conseil plus secret et plus intime, il n'est pas besoin de beaucoup d'exemples pour ce que nous l'avons veu et le voyons pratiquer par tous nos roys, joint que la raison naturelle, qui est une loy immuable, le requiert ainsy », Ibid. p.184 ; sur le Conseil du roi, ROLAND MOUSNIER, *Les institutions de la France sous la monarchie absolue 1598-1789*, Tome II, Paris, Puf, 2^e éd. 1992, p.132-179, spéc. p.133.

¹⁹³ MICHEL DE MARILLAC, *Traicté de la Cour de Parlement de Paris* [1630 ca], dans MARIE-NOËLLE BAUDOIN-MATUSZEK, *Trois traités de Michel de Marillac. Chancellerie, Conseil du Roi, Parlement*, op. cit., p.249. L'auteur donne plusieurs exemples de retrait du pouvoir de rendre justice par le roi. En particulier, il donne des exemples de condamnations à mort, pour lèse-majesté, par le Conseil du roi directement (pp.258 et ss.). Marillac donne également des exemples de commissions données à des cours spéciales (p.265 et ss.), les plus connues, mais loin d'être les seules, étant les Grands Jours. L'exception est permanente.

¹⁹⁴ MICHEL DE MARILLAC, *Traicté de la Cour de Parlement de Paris* [1630 ca], op. cit., p.272-273 & 280-286.

porte sur « la puissance du glaive que le roi a sur tous ses sujets », autrement dit le droit d’user de la violence légitime, dont le droit pénal lorsque cette « puissance du glaive » a pour objet la punition des crimes. On retrouve ici logiquement une formule assez théorique : « C’est sans doute que la puissance du glaive, est la principale marque de la Souveraineté royale »¹⁹⁵, « car certes peut-on avoir une puissance plus absolue, ni qui ressente davantage sa souveraineté, que de disposer à sa volonté de la vie des hommes, et les condamner à la mort par un dernier jugement »¹⁹⁶. Comme Bodin, Le Bret fait la différence entre la substance de la souveraineté et son exercice puisque ce droit de prononcer une sentence capitale peut être délégué à des cours, que précisément pour cela, on nomme « souveraines ». Les juges de ces cours n’ont comme il le dit bien « que la simple exécution de la puissance du glaive que le Prince leur donne, quand il leur confère leurs charges »¹⁹⁷. En tout cas, une fois de plus, le lien entre souveraineté et pouvoir de prononcer une peine capitale (une peine en général mais manifestement, la peine par excellence est la peine capitale dans l’esprit de l’auteur) sont intrinsèquement liés. La problématique de l’exceptionnalité de la peine capitale, qui saisira Beccaria, est d’ailleurs déjà présente chez Cardin Le Bret lorsqu’il écrit qu’« il n’est pas séant à un Prince de venger de sa propre main les injures qu’on lui a faites : si ce n’est que l’on attente à sa personne, ou que ceux qui conspirent contre son Etat, soient montés à un tel degré de puissance, qu’ils ne puissent s’en défaire que par ce moyen extraordinaire »¹⁹⁸. Autrement dit, en temps de crise extrême, des moyens extrêmes peuvent être employés.

¹⁹⁵ [MICHEL DE MARILLAC], *Relation de la descente des anglois en l’Isle de Ré*, op. cit. p.503.

¹⁹⁶ CARDIN LE BRET, *De la souveraineté du roy*, op. cit., p.506.

¹⁹⁷CARDIN LE BRET, *De la souveraineté du roy*, op. cit., p.508. A ce propos, il est étrange de constater que GILBERT PICOT, *Cardin le Bret (1558-1655) et la Doctrine de la Souveraineté*, op. cit., p.176, considérait que Le Bret écartait la possibilité pour les officiers de prononcer la peine de mort, au motif que cela ferait d’eux les « égaux du prince ». Mais Cardin le Bret ne pouvait méconnaître que cette peine était parfois prononcée par des juges royaux, officiers, même si la possibilité d’en appeler au roi existait bien.

¹⁹⁸ CARDIN LE BRET, *De la souveraineté du roy*, op. cit., p.515. Le même raisonnement est à l’œuvre quand l’auteur traite du crime de lèse-majesté, pp.527 et ss.

*Le paradigme du crime de lèse-majesté¹⁹⁹

Le romain Prospero Farinaccio (1554-1618), est l'auteur au début du XVII^e siècle d'importants ouvrages de droit pénal (*Praxis et theorica criminalis*; *Responsa criminalia*), ce qui lui vaudra d'être tout aussi sévèrement critiqué que Carpzow par Beccaria en 1764. Son propos s'insère dans un contexte différent, celui des Etats de l'Église, mais ses conclusions sont similaires : souverain, le pape est susceptible de défendre sa souveraineté par la qualification de crime de lèse-majesté ; mieux, le pape étant au-dessus des autres souverains, le crime de lèse-majesté s'applique d'autant plus à son cas et relève d'autant plus de ses juges²⁰⁰. Tout en énumérant les cas qui relèvent de la qualification de crime de lèse-majesté, Farinaccio se soucie au fond peu de lier la question de la peine de mort à celle de la souveraineté. Ce lien revient chez lui par le biais de la technique processuelle. On sait que la technique de l'appel a été développée et perfectionnée par les juridictions ecclésiastiques, ce qui amène Farinaccio à se demander si pour les crimes les plus graves (*delictis enormissimis et atrocissimis*) et les crimes de lèse-majesté, une telle faculté persistait²⁰¹. La réponse est négative : il est constant qu'en matière de crime de lèse-majesté, il ne peut être

¹⁹⁹ JEAN-PATRICE BOUDET - JACQUES CHIFFOLEAU, « Magie et construction de la souveraineté sous le règne de Charles VI », *De Frédéric II à Rodolphe II. Astrologie, divination et magie dans les cours (XIII^e-XVII^e siècle)*, actes du colloque international de Lausanne, sous la dir. de J.-P. BOUDET, M. OSTOREO et A. PARAVICINI BAGLIANI, 9-11 octobre 2014, Florence, SISMELE – Edizioni del Galluzzo, 2017 (Micrologus Library n°82), p. 157-239 ; YAN THOMAS, « L'institution de la majesté », *Revue de synthèse*, 112, 1991, p. 331-386 ; JACQUES CHIFFOLEAU, « Le crime de majesté, la politique et l'extraordinaire ; Note sur les collections érudites de procès de lèse-majesté du XVII^e siècle et leurs exemples médiévaux », in *Les procès politiques (XIV^e-XVII^e siècles)* actes du colloque de Rome (20-22 janvier 2003) ; CORINNE LEVELEUX-TEIXEIRA, « Absolutisme et droit pénal. Quelques réflexions sur la construction normative de la lèse-majesté au Moyen Âge (XII^e - XIV^e siècles) », *Cahiers poitevins d'histoire du droit*, 1-2006, pp.7-28.

²⁰⁰ MARIO SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974, p.205. Farinaccio s'appuyant en l'occurrence sur Bartole, Clarus et d'autres moins connus. PROSPERI FARINACII, *Praxis, et theorica criminalis*, Pars Quarta, Lugduni, Iacobi Cardon, 1631, Quaest. CXII § 18, p.3 : « Sit casus in Papa, contra quem crimen laesae maiestatis committi dubitandum non est : nam & Papa supra omnes alios Principes maiestatem habet, omnesque leges loquentes in crimine laesae maiestatis Imperatoris, aut eius Officialum, trahuntur etiam ad Papam, & eius Officiales ».

²⁰¹ PROSPERI FARINACII, *Praxis, et theorica criminalis amplissima*, op. cit., Quaest. CI, p.297.

fait appel²⁰².

En somme, c'est la garantie des droits de l'accusé qui pâtiennent ici du caractère hors-norme de la protection de la souveraineté par la peine de mort issue de la qualification de lèse-majesté.

La question de la lèse-majesté révèle le lien entre souveraineté et peine de mort avec Savaron. Celui-ci n'aborde pas directement la question particulière de la peine de mort. Néanmoins, il est clair que l'origine divine directe de la souveraineté, dénuée d'intermédiaire, pose le cadre d'une conception de la souveraineté verticale et descendante, dans laquelle la peine capitale s'inscrit de façon logique.

La question n'est abordée qu'à travers la notion de lèse-majesté, mais clairement néanmoins : la souveraineté du roi de France, selon Savaron, ne saurait tolérer que l'on remette en question la qualité royale d'un héritier du trône, quand bien même il serait en bas âge, rappelant ainsi une loi fondamentale du royaume. Ce texte, publié en 1615, alors que la régence de Marie de Médicis écartait du pouvoir le jeune souverain, âgé de 14 ans donc majeur en vertu de l'ordonnance de Charles V (1374)²⁰³, sonnait comme une incitation à gouverner en personne. Ce qui, comme on le sait, sera fait à partir de 1617. Pour notre propos, ce texte est révélateur du lien entre souveraineté et peine de mort parce qu'il qualifie de « crime de lèse-majesté », le fait contraire de ne pas reconnaître comme légitime souverain le jeune roi : « Je supplie très humblement Votre Majesté, que l'on n'en rabaisse rien sous prétexte de votre bas âge, que l'on attaque licencieusement, l'assurant que tous les bons Français redoubleront leurs forces, pour repousser ces violences et attaques contre Votre Majesté, le temporel de votre royaume, les droits et maximes de la France, religieusement gardées jusques à maintenant : les lois divines et humaines, le droit des gens, nous y astreignent, et notre serment de sujets et d'officiers nous y obligent tous, sur peine de crime de lèse-majesté, de perfide lâcheté, et d'infâme fétardise »²⁰⁴.

²⁰² Ibid., Quaest. CI, p.298.

²⁰³ *Ordonnances des roys de France de la troisième race, recueillies par ordre chronologique*, Vol. 6, par M. SECOUSSE, Paris, De l'imprimerie royale, 1741, p.26-30.

²⁰⁴ JEAN SAVARON, *Second traicté de la souveraineté du roy. Au Roy Tres-Chrestien Loys XIII*, Paris, Pierre Chevalier, 1615, p.13. La fétardise est un mot ancien signifiant paresse, indolence.

Autrement dit, la contestation de la légitimité du roi, quelle qu'elle soit, est passible de la peine de mort, puisque par définition c'est la peine encourue pour un crime de lèse-majesté²⁰⁵. Plus encore, c'est la logique même du droit constitutionnel de l'Ancien Régime, les lois fondamentales du royaume (« les droits et maximes de la France »), qui impliquent, sans doute du fait de leur imprégnation religieuse, la qualification de crime de lèse-majesté. On a là une logique circulaire fort révélatrice, dans laquelle le droit, l'ordre constitutionnel, devient en soi la légitimation de la peine de mort.

La même logique est exactement reprise à propos des relations entre la royauté et l'Église : « Pour abrégier sa Majesté, défendit aux évêques et prélats de son royaume de recevoir, publier, ni exécuter aucunes bulles de citations, préventions ou censures de Rome, sur peine de crime de lèse-majesté »²⁰⁶.

Du point de vue de la question de la peine de mort, la violation des droits du roi, de sa souveraineté, est consubstantielle de la notion de lèse-majesté et de la peine de mort.

Mais Savaron publiera une autre version de son ouvrage en 1620, au moment où Richelieu est encore dans une demi-disgrâce tandis que le jeune roi a fait la paix avec sa mère, par le traité d'Angers du 10 août²⁰⁷. La rédaction en est plus radicale : en 1615, Savaron faisait du roi de France l'image de Dieu sur terre ; il citait Balde²⁰⁸ qui selon lui faisait du roi un « Dieu corporel », tout en

²⁰⁵ Le crime de lèse-majesté et sa sanction sont décrits à la fin du XVII^e siècle, par JEAN DOMAT, *Le droit public*, in *Les loix civiles dans leur ordre naturel, Le droit public, et Legum delectus*, Tome II, Livre III, Titre II, op. cit., p.204-205.

²⁰⁶ JEAN SAVARON, *Second traicté de la souveraineté du roy. Au Roy Tres-Chrestien Loys XIII*, op. cit., p.23. ELEONORE BONNAUD, « Le procès posthume du moine Jacques Clément, assassin d'Henri III », *RHD*, 1-2021, p.21-36 ; la condition ecclésiastique n'empêche pas la condamnation à mort, comme le montre le procès fait au cadavre du moine dominicain Jacques Clément, assassin du roi Henri III, qui subit *post mortem* le supplice de l'écartèlement. Du reste, les crimes de lèse-majesté sont imprescriptibles, et ne bénéficient pas de l'excuse de la folie, comme l'explique GUY DU ROUSSEAUD DE LA COMBE, *Traité des matières criminelles*, Paris, Théodore le Gras, 3^e éd., 1744, p.91-92.

²⁰⁷ Sur les circonstances de la rédaction de cette seconde version, notamment les ouvrages aux critiques desquels il répondait : JOSEPH MEYNIEL, *Le Président Jean Savaron. Ses Théories, ses Ouvrages*, op. cit., p.192-207.

²⁰⁸ JEAN SAVARON, *Second traicté de la souveraineté du roy. Au Roy Tres-Chrestien Loys XIII*, op. cit., p.6. Il n'a pas été possible de retrouver cette citation dans sa version originale ; il s'agit peut-être d'une traduction personnelle de Savaron ; BALDI UBALDI PERUSINI, *Consiliorum, sive responsorum*, Volumen tertium, Venetiis, 1575, Consilium CCXVII, p.63. Le *Consilium* 217

cité par Savaron traite bien des rapports entre le pape et le roi de France et de la souveraineté de ce dernier, considérée par le juriste italien comme indépendante de l'empire. Mais une expression aussi marquante que celle citée par Savaron n'apparaît pas. Par contre, l'expression « *deus in terris* » pour désigner l'empereur (ou en général le *princeps*) est, elle, bien présente ailleurs chez Balde, et c'est peut-être ce que Savaron a rendu par « Dieu corporel » : *Consiliorum, sive responsorum*, Volumen primum, Venetiis, 1575, Consilium CCCXXVIII-7, p.102 ; Consilium CCCXXXIII-1, p.105 ; Consilium CCCLXXIII-2, p.120 ; JOSEPH CANNING, *The political thought of Baldus de Ubaldis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003 [1987], p.211 ; ERNST KANTOROWICZ, « La royauté médiévale sous l'impact d'une conception scientifique du droit », *Politix*, 32-1995, p.19 [traduction de l'article d'abord publié dans *Twelfth-Century Europe and the Foundations of Modern Society*, Madison, University of Wisconsin Press, 1966] ; *Les Deux Corps du Roi. Essai sur la théologie politique au moyen âge*, Paris, Gallimard, 1989 [1957], p.83 et n.16 pp.403-404. Avant Balde, la formule était présente chez Bartole, dans son *Tractatus super Constitutione extravaganti, ad reprimendum*. Cette formule selon laquelle *Princeps est Deus in terris*, est du reste reprise de Bartole, et non de Balde, par un absolutiste d'un genre particulier, Alberico Gentili, plus connu pour sa contribution à la naissance du droit international public, mais qui avait publié en 1605 deux traités absolutistes pour soutenir la politique de Jacques I^{er} : *De potestate Regis absoluta* et *De vi civium in Regem semper iniusta*, in ALBERICI GENTILIS, *Regales Disputationes tres : Id est, De potestate Regis absoluta. De unione Regnorum Britanniae. De vi civium in Regem semper iniusta*, Londini, Thomam Vautrollerium, 1605, pp.11 & 101. La seconde reprise de la formule (dans le *De vi civium* donc) renvoie explicitement au commentaire précité de Bartole sur la *Constitutio ad reprimendum*. Le troisième terme de la constitution commenté par Bartole était *fidelitatis*, et Gentili écrit, en soulignant bien l'antériorité de la pensée de Bartole : « Ut exponit ante omnes Bartolus : qui & de triplici fidelitatis specie docet : & de secunda, patri debita ; de tertia, eminentiore, debita principi, in terris Deo ». Le lien avec Bartole est évident ; BARTOLI A SAXOFERRATO, *Tractatus super Constitutione extravaganti, ad reprimendum*, in *Consilia, Quaestiones, & Tractatus*, Basileae, Ex Officina Episcopania, 1588, p.262 : « Vere ergo hic dicitur, totius : quia tota fidelitas debetur Principi. Est enim Deus in terris ». La question que l'on peut se poser est celle de la source à laquelle Savaron a puisé ; il n'est pas impossible que cela soit Gentili, dont l'ouvrage était paru quelques années seulement avant le sien. Sur tout cela, JOSEPH CANNING, *The political thought of Baldus de Ubaldis*, op. cit., pp.72-74 ; CECIL N. SIDNEY WOOLF, *Bartolus of Sassoferrato. His position in the history of medieval political thought*, Cambridge, At the University Press, 1913, pp.24-25 ; DIEGO QUAGLIONI, « « Rebellare idem est quam resistere. » Obéissance et résistance dans les gloses de Bartolo à la constitution « Quoniam nuper » d'Henri VII (1355) », *Le Droit de résistance : XII^e-XX^e siècle*, JEAN-CLAUDE ZANCARINI (dir.), Lyon, ENS Éditions, 1999, pp.35-46 ; ALAIN WIJFFELS, « Le disputazioni di Alberico Gentili sul Diritto Pubblico », *Alberico Gentili. La salvaguardia dei beni culturali nel diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2008, pp.249-251. Cela étant, si Bartole était, à en croire Gentili, le premier à qualifier le souverain de *Deus in terris*, l'expression *corporali Deo*, elle, est repérable à la fin du IV^e siècle chez Végèce dans l'*Épitoma rei militaris*, 2, 5, 4, ouvrage sur l'art militaire dans lequel on peut lire qu'une fois reçu le nom d'Auguste, l'Empereur a le droit à une obéissance totale et à une dévotion fidèle « *tamquam praesenti et corporali Deo* ». On retrouve ce texte de Végèce cité en 1159 par JEAN DE SALISBURY, dans son

gardant donc une certaine distance avec sa source, pour conclure que « vraiment vous êtes le Dieu-donné en terre, qui représentez le Dieu vivant au Ciel »²⁰⁹. En 1620, la distance est abolie et dès le début de l'ouvrage, s'adressant à son souverain, Savaron écrit : « Sire, le tout puissant, le roi des rois, rouverain des souverains, vous a fait naître Roi, puissant et souverain, vous ayant établi son vicaire au temporel de votre royaume, constitué comme un Dieu corporel pour être respecté, servi, obéi de tous vos sujets »²¹⁰. Désormais, le roi participe directement de la puissance divine et la théorie de la souveraineté s'absolutise²¹¹. A certains égards, la souveraineté telle que la voit Savaron passe du relatif au superlatif, comme dans l'histoire de la pensée romaine *maiestas* avait commencé par signifier « plus grand », pour finir par signifier « le plus grand »²¹².

Néanmoins, du point de vue du lien entre souveraineté et peine de mort, l'absolutisation ne change rien. C'est un point important : nul besoin d'une souveraineté absolue pour que le lien avec la peine de mort existe. L'exemple de Savaron démontre que la notion même de souveraineté, quand bien même elle n'est pas expressément définie et quand bien même elle n'est pas absolutisée par le recours au « droit divin », est intrinsèquement liée à la peine

Polycraticus, 6, 7, 2, à propos du serment prêté au prince par les chevaliers. Au XVII^e encore, un juriste néerlandais moins connu, assistant de Grotius cependant, reprend encore la citation de Végèce pour illustrer la nécessité de l'obéissance au prince : THEODOR GRASWINCKEL, *De iure maiestatis dissertatio*, Hagae, Theodori Maire, 1642, pp.113-114. Il s'agit de la première voie par laquelle l'expression s'est transmise. La seconde part en effet de Balde, et c'est celle qui aboutit à Savaron, bien que le caractère inexact de sa référence laisse penser qu'il a repris l'idée chez un tiers. A la fin du XV^e siècle, le juriste milanais Jason Mainus (Giasone del Maino, Jason de Mayno pour les Français), personnage haut en couleur par ailleurs maître de Bathélémy de Chasseneuz, s'appuie pour sa part sur Balde pour écrire que « sed sic est, quod ab omni iuramento semper excipitur Imperator : quia est princeps mundi, & corporalis mundi Deus » : IASONIS MAYNI, *Consiliorum sive responsorum*, Volumen Secundum, Venetiis, Franciscum Zilettum, 1581, Consilium CLXXVII-II, p.77. OTTO VON GIERKE, *Les théories politiques du Moyen Age*, Paris, Dalloz, 2008 [1914], p.159-160.

²⁰⁹ JEAN SAVARON, *Second traicté de la souveraineté du roy. Au Roy Tres-Chrestien Loys XIII*, op. cit., p.6-7.

²¹⁰ JEAN SAVARON, *De la souveraineté du roy, et que sa majesté ne la peut souzmettre à qui que ce soit, ny aliener son Domaine à perpetuité*, Paris, P. Mettayer, 1625 [1620], p.3. ETIENNE THUAU, *Raison d'État et pensée politique à l'époque de Richelieu*, Paris, Albin Michel, 2^e éd. 2000, p.16.

²¹¹ JOSEPH MEYNIEL, *Le Président Jean Savaron. Ses Théories, ses Ouvrages*, op. cit., p.202-203.

²¹² YAN THOMAS, « L'institution de la majesté », art. cit., pp.331-334.

de mort.

Si la plupart des peines ont pour but la punition du crime, la satisfaction publique, la dissuasion, ou la correction du criminel, la peine de mort a cette caractéristique singulière selon Domat, « de mettre les scélérats et les coupables de grands crimes hors d'état d'en commettre de nouveaux »²¹³. Autrement dit, c'est la gravité du crime qui induit l'impossibilité de la correction : celui qui commet certains crimes doit être « mis hors d'état d'en commettre de nouveaux », ce qui signifie implicitement qu'il ne pourrait qu'en commettre de nouveaux et non s'amender par l'exécution d'une autre peine.

En tout cas, on remarque la présence chez Domat de l'idée moderne de prévention, en vertu de laquelle il faut agir sur les causes des crimes et délits « qui sont l'oisiveté, la pauvreté, la mauvaise éducation, qui multiplient les larcins, les vols et les meurtres qui suivent les vols »²¹⁴.

La question de la peine de mort est tellement reliée à la souveraineté pour Domat, que ce dernier n'envisage les hypothèses de l'homicide involontaire ou de la légitime défense non comme des cas d'absence de responsabilité du commettant (à l'instar de notre article 121-3 du Code pénal selon lequel « Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre »), mais comme des cas dans lesquels c'est la grâce du souverain qui vient annuler la peine. Domat écrit ainsi que « la grâce du Prince, qui serait superflue à ceux qui sont mal accusés d'un crime qu'ils n'ont pas commis, est nécessaire pour ceux qui ont commis un crime, qui de sa nature peut mériter le dernier supplice, ou qui se trouvent chargés de quelque espèce de complicité, mais qui se trouvent dans des circonstances qui peuvent mériter que le crime soit pardonné, et que le Prince remette la peine. Ainsi par exemple, si celui qui a commis un homicide, qui est un crime qui mérite la peine de mort, a tué sans dessein par un événement fortuit, ou s'il a tué pour sauver sa vie en se défendant de cette manière qu'on appelle dans la police une défense légitime [...] »²¹⁵. Clairement, Domat lie tellement peine de mort et souveraineté qu'il théorise le

²¹³ JEAN DOMAT, *Le droit public*, in *Les lois civiles dans leur ordre naturel, Le droit public, et Legum delectus*, Tome II, Livre III, Titre I, op. cit., p.192 & 196.

²¹⁴ Ibid., p.193.

²¹⁵ Ibid., p.200.

fait qu'il appartient au souverain de déterminer si les circonstances justifient la grâce du coupable, alors que tout l'effort de la science pénale moderne a consisté à annuler l'existence même du crime du fait des circonstances.

Sans surprise, c'est donc en grande partie le critère de l'atteinte au souverain qui détermine la punition des crimes par la mort. Le premier d'entre eux est naturellement le crime de lèse-majesté qui consiste dans « tous les attentats contre la personne sacrée du Roi, et contre l'État. Ces crimes sont les plus énormes de ceux qu'on puisse commettre contre l'ordre de la société civile ; ce sont des sacrilèges, parce que les Souverains sont sur la terre des images de Dieu même »²¹⁶. Outre l'explication théologique et politique du crime de lèse-majesté, on doit noter que la double nature du roi, personne physique et personne morale représentant l'État, est également au centre du raisonnement.

Nous avons grâce à Domat et à sa logique cartésienne une piste permettant d'aboutir à un résultat solide dans notre investigation : la peine de mort, peine irrationnelle dans son caractère mimétique et vengeur, s'est dissimulée au cours des siècles derrière une apparence de rationalité avec l'apparition de l'abstraction théologique inventée au Moyen-Age qu'est l'État. Dès lors, toutes les justifications rationnelles, en apparence, de cette peine, doivent être analysées à travers ce prisme pour être comprises. Lorsque Domat justifie la peine de mort par les atteintes à l'État, comme le fera encore Beccaria et comme le pratiquent les présidents de la V^e République en France avec les exécutions extra-judiciaires, ils ne font en réalité que continuer de perpétrer, implicitement, le crime de lèse-majesté dans sa dimension théologique. La défense de la peine de mort ne peut être analysée que comme un extrémisme religieux, prêt à sacrifier la vie d'une personne au profit d'une abstraction théologique. Quand bien même évidemment le promoteur de cette peine est athée : il s'agit de structure de pensée, pas de pensée théologique consciente.

Celui qui justifie la peine de mort d'un point de vue mimétique, il faut que celui qui a tué soit tué, a une structure de pensée théologique que l'on retrouve dans la Bible, dans les livres de l'Exode, du Lévitique et du Deutéronome : « quiconque frappe quelqu'un et cause sa mort sera mis à mort »²¹⁷. Structure de pensée que l'on trouve également dans toutes les

²¹⁶ Ibid., Tome II, Livre III, Titre II, § I, op. cit., p.204.

²¹⁷ *Exode*, 21, 12. La symétrie numérolgique pourrait faire l'objet de spéculations

justifications, y compris celles, en apparence juridiques, de la vengeance.

Celui qui justifie la peine de mort d'un point de vue métaphysique, la mort de certains est nécessaire au bien ou à la survie du groupe, de l'Etat, a une structure de pensée médiévale, religieuse, que l'on retrouve chez les principaux théologiens et Saint Thomas d'Aquin en particulier : le Docteur angélique, après avoir justifié théologiquement la punition terrestre par l'incapacité de certains hommes à craindre la punition divine, explique que certains hommes sont « constitués en dignité au-dessus des autres » pour exécuter la divine providence. Il est donc conforme à la volonté de Dieu que certains en punissent d'autres, car « ce qui est nécessaire au maintien du bien, ne peut donc être mauvais de soi ». Et comme pour assurer la paix dans la société humaine, il est nécessaire que des peines soient infligées aux mauvais, il ne peut être un mal que d'infliger des peines. Par ailleurs, puisque le bien commun l'emporte sur le bien particulier, il est logique de sacrifier le second au premier. De ce fait, utilisant l'image du médecin qui, pour guérir le malade, est parfois forcé d'amputer un membre atteint par la gangrène, Saint Thomas explique que « puisque la paix entre les hommes est compromise par quelques hommes dangereux, il faut les retirer de la société des hommes [...] Le chef de la cité met donc à mort justement et sans péché les hommes dangereux afin que la paix de la cité ne soit pas troublée »²¹⁸. Saint Thomas rejetait d'ailleurs par avance la contradiction supposée entre peine de mort et faculté d'amendement, en s'appuyant sur la notion de risque : « Le fait enfin que tant qu'ils vivent, les méchants peuvent

métaphysiques. La suite du chapitre, ainsi que le chapitre 22 contiennent bien d'autres occurrences de la peine de mort. *Lévitique*, 24, 17 : « Si un homme frappe un être humain quel qu'il soit, il devra mourir ». *Deutéronome*, 19, 11 : « Mais s'il arrive qu'un homme haïssant son prochain lui dresse une embûche se jette sur lui et le frappe mortellement, et qu'il s'enfuit ensuite dans l'une de ces villes, les anciens de sa cité l'y enverront prendre et le feront livrer au vengeur du sang pour qu'il meure ». Ce même chapitre 19 prévoit d'ailleurs que la mort ne vienne pas punir l'homicide involontaire. On se gardera bien de nommer ces dispositions « loi du Talion », expression latine qui n'a aucune pertinence en ce qui concerne l'Ancien Testament, et qui d'ailleurs n'est pas même présente dans la Vulgate : *Biblia Sacra vulgatae editionis*, Ed. P. MICHAEL HETZNAUER, Ratisbonne-Rome, F. Pustet, 1914, p.64, 102 & 160. Il s'agit certainement d'une interprétation des juristes médiévaux. En ce qui concerne le fameux passage de la *Genèse*, 9, 6 : « Qui verse le sang de l'homme, par l'homme aura son sang versé », il peut surtout être interprété comme une position métaphysique plutôt que spécialement juridique.

²¹⁸ SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme contre les gentils*, 3, 146, Comment les juges peuvent porter des peines.

s'amender, n'empêche pas qu'ils puissent être mis justement à mort, car le risque que fait courir leur vie est plus grand et plus certain que le bien attendu de cet amendement »²¹⁹. Un argument sans grande consistance, on le voit, et fondé sur un artifice rhétorique, mais qui, par la mobilisation de l'argument du risque, presque du bilan coût-avantage, et de la supériorité de la société par rapport à l'individu, est intéressant pour le juriste.

Que l'on mobilise la notion d'État, de puissance publique, ou de tout autre notion collective pour justifier la peine de mort, dénote une structure de pensée métaphysique, car l'État, comme la déjà dit Nietzsche, n'est autre qu'une idole, ou un fétiche et l'on peut appliquer le raisonnement à la puissance publique²²⁰. Ce n'est peut-être qu'avec la notion de service public, au sens où Léon Duguit l'entendait en 1913 dans *Les transformations du droit public*,²²¹ qu'un effort théorique fut fait pour sortir de la métaphysique et de la théologie, Duguit disait du subjectivisme²²². En effet, pour le Bordelais, la notion de service public devait remplacer la souveraineté même, et ainsi faire disparaître une fiction juridique qui conduit toujours à attribuer à l'État, dans les faits, une puissance inconditionnée. On l'oublie souvent mais ce n'est pas un hasard, le premier chapitre des *transformations du droit public* constitue une lecture historique de la notion de puissance publique, en particulier des théoriciens classiques de la souveraineté, de Bodin à Domat²²³.

²¹⁹ SAINT THOMAS D'AQUIN, *Somme contre les gentils*, 3, 146, Comment les juges peuvent porter des peines.

²²⁰ FRIEDRICH NIETZSCHE, *Ainsi parlait Zarathoustra, La nouvelle idole*, Paris, Aubier, 1968, pp.121-125.

²²¹ LEON DUGUIT, *Les transformations du droit public*, op. cit..

²²² GREGOIRE BIGOT, « Les bases constitutionnelles du droit administratif avant 1875 », *RFDA*, 2-2003, p.218 ss.

²²³ LEON DUGUIT, *Les transformations du droit public*, op. cit., p.7-II.

Conclusion : le crime de lèse-majesté et l'absolutisme du droit et de la loi

En conclusion, j'ai plaisir à rappeler les travaux du Professeur Pene-Vidari, Doyen de la Faculté de droit de Turin, qui m'avait fait l'honneur de siéger dans mon jury de thèse puis de m'encourager ensuite à chaque étape de ma carrière, et qui manquera désormais énormément aux historiens du droit italiens et européens.

Le Doyen Pene-Vidari a montré dans deux articles importants de 1995 et 2007 que nonobstant la tendance codificatrice et légaliste qui irradie les deux derniers siècles de l'Ancien Régime dans le royaume de Piémont-Sardaigne²²⁴, le crime de lèse-majesté a toujours gardé sa spécificité purement politique, en dépit des efforts pour l'encadrer légalement et constitutionnellement. Il est frappant en effet, que c'est l'arbitraire qui continue de l'emporter en la matière, et que cet arbitraire, justifié par la nécessité de lutter contre les ennemis de l'État, refuse en fait de se laisser enfermer dans une quelconque légalité. Cette réalité, dans le royaume de Piémont-Sardaigne, se perpétue même au XIX^e siècle, contre « l'ennemi intérieur » révolutionnaire et mazzinien²²⁵. De ce point de vue, le Doyen Pene Vidari reprenait pour l'époque contemporaine, les conclusions que Mario Sbriccoli avait tirées pour les époques prémoderne et moderne²²⁶.

Le royaume de Piémont-Sardaigne, représentatif de l'absolutisme européen, donne ainsi une image en réduction du fonctionnement de l'absolutisme dans ses rapports avec la peine de mort et le droit en général : une relation au droit toujours suspendue à la possibilité de la raison d'État, une relation qui ne relève pas de l'absolu, mais du relatif.

C'est cette relation que la construction de l'État de droit essaie en vain

²²⁴ GIAN SAVINO PENE VIDARI, « L'attesa dei codici nello Stato sabaudo della Restaurazione », *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, LXVIII-1995, p.107-152.

²²⁵ GIAN SAVINO PENE VIDARI, « Nota sul *crimen lesae maiestatis*, i moti mazziniani e la codificazione albertina », *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 36-2007/Tome II, p.391-426.

²²⁶ MARIO SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, op. cit..

de renverser en faisant de la relation entre l'État et le droit un absolu dépourvu d'exception. Mais la problématique se situe peut-être précisément dans cet absolutisme du droit, ou de la loi, qui en fin de compte n'est pas plus efficace à éradiquer l'insertion de l'exception dans le droit et la loi que l'absolutisme royal. La souveraineté, dans son unicité, sa cohérence -c'est une très belle construction- explique bien l'impossibilité d'écarter de la pratique, sinon du droit positif, la peine de mort.

La problématique inverse de l'abolition de la peine de mort nous renseigne encore sur ce phénomène : nombreux sont les exemples historiques, et actuels d'abolition partielle de la peine de mort. Le très précieux ouvrage de Paolo Passaglia renferme de nombreux exemples de ces abolitions partielles, de l'État du Michigan en 1846 au Pérou, au Chili, au Kazakhstan ou Israël actuellement, ou au niveau du Conseil de l'Europe pour le temps de guerre jusqu'en 2002²²⁷. Non moins révélatrice est la liste des États ayant aboli la peine de mort, pour la rétablir ensuite, de plusieurs États américains à la fin du XIX^e, à l'Italie, la Suisse, l'Espagne, le Pérou et le Brésil²²⁸. A chaque fois, l'avènement d'un régime autoritaire au rétablissement de la peine de mort qui s'explique par une conception renforcée de la souveraineté. Mais on l'a vu, l'intensité de la souveraineté ne suffit pas à expliquer la présence ou l'absence de la peine de mort. Les États qui abolissent réellement la peine de mort sont des États qui pour la plupart sortent de l'histoire et n'ont plus qu'une souveraineté virtuelle parce qu'ils cantonnent leurs ambitions à l'économie. Soit, comme les États sud-américains, l'Allemagne ou la Grande-Bretagne parce qu'ils sont des protectorats américains, et délèguent donc l'usage de la violence au grand frère américain, aux mafias locales ou au non-droit du travail, soit, comme la France ou la Russie²²⁹ parce qu'ils continuent hypocritement de l'appliquer, en dehors de toute légalité.

²²⁷ PAOLO PASSAGLIA, *L'abolition de la peine de mort. Une étude comparée*, op. cit., p.11-13, 18-19 & 59.

²²⁸ Ibid., p.11-14 & 55-56.

²²⁹ Ibid., p.138-142. Depuis 1996, la Russie, qui comprend dans son ordre juridique la possibilité de la peine de mort, ne l'applique plus, du fait d'un moratoire proclamé en 1996 et du fait de deux arrêts de la Cour constitutionnelle de 1999 et 2009. Le comportement de l'armée russe en Ukraine vient malheureusement démontrer la justesse de mon raisonnement, tout comme la mort programmée par le chef de l'État russe, d'une façon ou d'une autre, d'Alexei Navalny.

Autrement dit, il faut en finir avec l'absolutisme intrinsèque de la souveraineté si l'on veut en finir avec la possibilité de l'arbitraire étatique, donc de la peine de mort.

Il n'est pas certain que cela soit possible dans l'état actuel du monde, dans la mesure où la totalité de la terre est occupée et mise sous l'emprise d'une souveraineté étatique quelle qu'elle soit. En effet, la notion de souveraineté a deux aspects, interne et externe, et si le sujet de la peine de mort ne permettait que d'aborder le premier volet, il est clairement indissociable du second. A cet égard, le droit international, qui aboutit souvent à renforcer la souveraineté des Etats et est devenu un instrument des impérialismes, ne saurait être d'une quelconque aide²³⁰.

Or, l'abandon de sa souveraineté par un Etat n'aurait pas pour effet la disparition de la souveraineté comme notion et comme réalité juridique et politique dans le monde, mais la disparition de cet Etat²³¹. Dans un monde unifié, le passage de la souveraineté à « autre chose » ne pourrait se faire que de façon globale et instantanée. Comme l'a montré Gérard Cahin, dans ce contexte, la tentative de remplacer la notion de souveraineté par celle de compétence est sans espoir, en particulier parce que, dans l'ordre juridique international, la compétence est la conséquence de la souveraineté, et car la souveraineté est la garante de la liberté et de l'égalité des Etats, comme elle l'est entre les citoyens dans l'ordre juridique interne²³². Et ceux qui, comme déjà Paul de Geouffre de la Pradelle en 1985, analysaient les problèmes causés par la multiplication et le renforcement des souverainetés au niveau international, ne pouvaient qu'aboutir à la solution d'une limitation de la souveraineté, pas sa

²³⁰ CARLO SANTULLI, « L'expansion de la souveraineté de l'Etat », *RGDIP*, 123-2019/2, p.355-361; Idem, « La neutralité de l'analyse juridique, l'utilisation des concepts de « droits de l'homme » et « démocratie » à des fins militaires et l'extension de la souveraineté de l'Etat. Observations à partir du livre de Robert Charvin, Répliques. Droit international. Relations internationales », *RGDIP*, 126-2022/2, pp.223-226 & 232-245.

²³¹ On retombe toujours sur l'implacable logique de CARL SCHMITT, *Le nomos de la terre dans le droit des gens du Jus publicum europaeum*, Paris, PUF, 2001 [1950].

²³² GERARD CAHIN, « Rapport », *Les compétences de l'Etat en droit international*, Actes du colloque de Rennes de la Société Française pour le Droit International, Paris, Pedone, 2006, p.17-19 & 35-38.

suppression²³³.

La solution réside, peut-être, dans ce que je disais au départ en m'appuyant sur Ferdinand de Saussure : trouver un autre terme que celui de souveraineté et, comme dans la forge incandescente des guerres de religion du XVI^e siècle, inventer une nouvelle notion. Tache prométhéenne s'il en est.

²³³ PAUL DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, « République et souveraineté de Jean Bodin en péril ? », *Jean Bodin. Actes du Colloque Interdisciplinaire d'Angers (24 au 27 mai 1984)*, op. cit., pp.103-108.