

## PERICULUM PRAVITATIS

Juristes et juges face à l'image du criminel méchant  
et endurci (XIV<sup>e</sup>-XVI<sup>e</sup> siècles)<sup>1</sup>

Mario SBRICCOLI  
Université de Macerata

### La «*consuetudo delinquendi*»

Aujourd'hui la conception de la récidive ressort de manière restrictive dans l'expression *consuetudo delinquendi*<sup>2</sup>. Dans la pratique du droit commun, cette expression désigne un concept plus large. Selon l'usage du langage juridique de l'âge moderne, la notion est imprécise et peu cohérente. Notons que les criminalistes de l'âge moderne ne lient pas la notion de «récidive» à la figure du criminel. En outre, ils associent rarement la question de la récidive avec celle de la prévention, toujours sous jacente dans la doctrine. La doctrine juridique de droit commun place plutôt le problème de la *consuetudo delinquendi* dans la *sedes materia* de la peine. Ainsi, en raisonnant sur le problème de la peine, le juriste se pose la question du traitement du récidiviste.

Dans la seconde moitié du XVII<sup>e</sup> siècle, selon Marc'Antonio Savelli qui résume la doctrine de son temps, les délinquants qui ont déjà commis des crimes seront punis plus sévèrement<sup>3</sup>. En outre, ils seront incriminés de manière plus rigoureuse, notamment dans les cas suivants :

a) si le délit commis est du même genre de celui qui a été commis dans le passé (ou de genre semblable);

---

<sup>1</sup> Les éditeurs scientifiques de cet ouvrage remercient Mario Sbriccoli de sa confiance pour la mise en forme définitive de sa contribution.

<sup>2</sup> L'expression *consuetudo delinquendi* est largement analysée dans le livre de Bernard Durand, *Arbitraire du juge et consuetudo delinquendi. La doctrine pénale en Europe du XVI<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Montpellier, 1993.

<sup>3</sup> Marc'Antonio Savelli, *Pratica Universale. Compendiosamente estratta per alfabeto dalle principali Leggi, Bandi, Statuti, Ordini e Consuetudini, massime Criminali e miste che si osservano negli Stati del Serenissimo Gran Duca di Toscana*, Paolo Baglioni, Venezia 1707, § *Delinquenti*, n. 27.

- b) s'ils n'ont pas changé le style de leur vie après la première condamnation, n'ayant pas gardé bonne conduite pour trois ans au moins;
- c) s'ils ne sont pas mineurs;
- d) à condition qu'ils aient subi effectivement une condamnation pour le premier délit (ou, au moins, qu'ils puissent être considérés *confessi* ou *convinti* – qu'ils aient avoué, ou que leur culpabilité ait été parfaitement démontrée);
- e) s'ils ont entièrement purgé leur peine;
- f) s'ils ont commis leur premier délit à l'étranger;
- g) s'ils sont dignes de compassion: c'est-à-dire s'ils sont dans des conditions qui – de règle – pourraient leur assurer un traitement indulgent, quand il s'agit du premier délit.

Elaborée par les criminalistes durant la phase d'émergence du droit public (XIV<sup>e</sup> et XVI<sup>e</sup> siècles), la théorie de la récidive vise deux objectifs principaux. Le premier concerne la mesure de la peine en liant le châtimeut non seulement à la gravité du crime, mais à la personnalité du délinquant. Le second recoupe la théorie de la preuve, en permettant de tirer des conclusions probables d'un fait démontré par le raisonnement présomptif. L'alourdissement de la peine du récidiviste est cohérent avec l'esprit de la rétribution qui anime le système pénal du droit commun.

Sa logique est marquée par le dispositif punitif du Décalogue. A la violation d'une norme correspond une punition. Par sa nature, elle n'est pas préventive, même si elle intègre une faible composante dissuasive. L'infraacteur n'expie son crime qu'après sa mort. La peine ne possède donc aucune dimension éducative ou préventive, ni spéciale, ni générale. D'autre part, le potentiel dissuasif mis en action par ce système repose sur la représentation du châtimeut horrible que le pécheur, ni contrit, ni repentant, subirait s'il persistait dans sa vie criminelle.

Le Décalogue prétend en outre que le pécheur est puni en raison de sa désobéissance et de la douleur qu'il a infligée à Dieu. Les conséquences matérielles du péché (s'il y en a) deviennent secondaires. Le dol et sa réparation s'inscrivent uniquement dans la perspective de l'obtention du pardon. Ainsi, la peine doit simplement châtier la méchanceté (*durities animi*) et l'impiété. S'y ajoute l'incorrigibilité du criminel endurci destiné à l'enfer.

Ce schéma ressemble au modèle qui soutient la punition du récidiviste. Celui-ci est un individu qui ajoute à la malveillance, la dureté de son âme et l'incapacité d'amendement. Son endurcissement et sa conduite récidivante prouvent la faillite du châtimeut antérieur. Il mérite donc une punition plus dure, même si son comportement est moins le fruit de sa méchanceté que la conséquence de la *socordia* (faiblesse de la volonté, fragilité de l'entendement) qui légitimerait l'indulgence plutôt que la

rigueur. «Les récidivistes, *selon Giovan Battista Scanaroli*, sont même plus bêtes que les animaux déraisonnables, qui apprennent toutefois à modifier leur comportement, en évitant ces actes qui leur ont procuré préjudice ou douleur»<sup>4</sup>.

La malice, la dangerosité, l'entêtement dans la *mala vita* – éléments déterminants sur la prévention – sont considérés selon la juste mesure de la rétribution. Ils alourdissent la peine. La répétition du délit signale l'endurcissement du délinquant dans ses mauvaises intentions. S'y ajoute la volonté rationnelle de persévérer dans le crime. Méchant et «endurci», le délinquant n'a pas tiré profit du châtement reçu, voire de l'indulgence dont il a bénéficié. Son incorrigibilité légitime un traitement pénal de type préventif pour défendre la société.

En fait cette conception de la peine reste étrangère à la culture juridique des criminalistes de droit commun. Le système punitif ignore la prévention comme stratégie contre le crime. Elle ne vise que le châtement du coupable. Ainsi, nous admettons l'idée que la récidive n'a *produit aucune obsession dans l'expérience juridique de l'âge moderne*. En fait, la sanction qui peut aller jusqu'à la mort considère plutôt le passé que l'avenir.

Selon Angelo degli Ubaldi, certains juges, forts de la pratique judiciaire qui autorise l'acharnement sur le criminel endureci, condamnent à mort le malfaiteur dont la conduite nuisible a mainte fois troublé la communauté, même si ses infractions ne sont pas capitales<sup>5</sup>. Les juges n'agissent pas pour empêcher la récidive, mais pour punir durement le scélérat. Evidemment, dans un tel châtement capital, réside un élément dissuasif ou intimidant. Or, cet élément semble accessoire dans la logique de la rétribution pénale.

<sup>4</sup> «Pro conclusione non omitemus subiungere solitos delinquere non esse semper indignos aliqua clementia, cum plerumque ex socordia (lâcheté) potius et dementia, ad eadem mala redeant, et stolidiores sint ipsismet irrationabilibus animalibus vitantibus illa a quibus se laesa cognoscunt», Giovan Battista Scanaroli, *De visitatione carceratorum libri tres*, Rev. Cam. Apost., Romae, 1675, lib. I, § 13, chap. 5, n. 32.

<sup>5</sup> «Praesupposito quod de crimine poena pecuniaria veniat imponenda, tamen si sit inquisitio contra hominem tanquam talia facere consuetum, et de hoc sit convictus, capitaliter puniri potest. Et ideo assessores, cum volunt facere aliquem decapitare malefactorem nominatum, quod multa crimina commisit et pluribus vicibus, ex quibus tamen criminibus poena pecuniaria venit imponenda, *inquirunt contra eum tanquam consuetum talia crimina committere et in his sceleribus perseverare, et ipsum convincunt de tali perseveratione et consuetudine, pro facto secure possint eum ad mortem damnare, non obstante quod talia crimina de sui natura non sint capitalia. Quod tene menti*», Angelo Degli Ubaldi, *Additio ad legem Quicquid, C. De superexactionibus*, dans Bartolo Da Sassoferrato, *Lectura super Tribus Libris Codicis*, Ioannis Iacobus et fratres de Lignano, Mediolani 1512.

Commentant la loi *Caroline* de 1532, Franz Adam Vogel confirme la théorie classique qui prévoit la mort de l'individu «atteint et convaincu d'un troisième vol». Si le juriste souligne la sévérité du droit impérial, il rappelle que la valeur des choses volées ou le dol importent moins que le «degré de malice et la disposition continuée du voleur»<sup>6</sup>. Le comportement du criminel endurci légitime donc son élimination.

### «*Semel malus, semper malus*». La présomption et la preuve

Dans la doctrine pénale du droit commun, la conception de la figure du récidiviste repose sur un deuxième point. Première faute, obstination criminelle: ces éléments ne permettent pas d'aggraver la nouvelle peine. Ils représentent, par contre, un argument décisif pour la preuve de la «culpabilité» du suspect. La pensée juridique de Saint Augustin marque ce raisonnement (voir notamment *De regulis iuris* du *Liber sextus Decretalium* de Bonifacio VIII. «*Semel malus, semper praesumitur esse malus*» dit la *Regula octava*). L'interprétation doctrinaire de cette règle qualifie la réitération comme le comportement délinquant identique ou semblable à celui qui été puni auparavant. Ce principe juridique aurait pu déterminer la stratégie préventive. Or, il vise un autre but en devenant un argument probatoire pour la punition du crime.

Le principe *semel malus, semper malus* peut engendrer une théorie générale du criminel dans une finalité prophylactique. Cette théorie du crime légitime le système répressif et les pouvoirs de police capables de neutraliser les potentialités offensives du «mauvais sujet», notamment avant qu'il agisse. Ainsi l'idée de la récidive, dans l'expérience juridique de l'âge moderne n'a eu *aucune fonction créatrice*.

La règle *semel malus, semper malus* vise finalement le simple usage indiciaire. Elle s'ajoute aux autres normes qui servent à convaincre le coupable et à simplifier la tâche du juge par l'escamotage de la présomption. En soi, l'argument est faible. En tant *praesumptio hominis*, cet

<sup>6</sup> «La Loy n'admet plus aucun adoucissement dès qu'il s'agit de prononcer contre celui qui est atteint et convaincu d'un troisième vol, parce qu'elle le regarde comme un homme dangereux à la sûreté publique [...] la sévérité de cette Loy n'ayant point pour objet la valeur des choses volées, mais le degré de malice et la disposition continuée du voleur, dont il emporte à la République de se défaire [...] [ce coupable] a fait voir son incorrigibilité, et qu'il n'a point sçu profiter du châtement ou de l'indulgence passée», Franz Adam Vogel, *Code criminel de l'empereur Charles V, vulgairement appelé la Caroline, contenant les lois qui sont suivies dans les juridictions criminelles de l'Empire et à l'usage des Conseils de guerre des troupes suisses*, J. E. Dufour et P. Roux, Maastricht 1779, art.162, p.t.

argument peut être anéanti par la preuve contraire. En outre, les juristes qui l'utilisent couramment limitent sa validité par maintes exceptions. Ces atténuations fragilisent l'efficacité de *semel malus, semper malus*.

## Le crime, la récidive et la peur à l'âge moderne

A l'âge moderne, la culture juridique, le sentiment et les mentalités des communautés ignoraient, bien souvent, le concept de *crime* comme phénomène collectif. Les criminels n'étaient par perçus comme une catégorie sociale particulière. Il reviendra au XIX<sup>e</sup> siècle de concevoir les criminels comme une classe distincte et dangereuse<sup>7</sup>. D'ailleurs, le substantif *criminel* (*criminalis*), pour définir une classe ou un groupe d'individus reste inconnu aux juristes. Ils utilisent plutôt «*delinquens*» pour désigner «celui qui est responsable d'un manque, ayant laissé tomber son devoir».

Les pénalistes du XIV<sup>e</sup> ou du XVI<sup>e</sup> siècles connaissent pourtant l'usage de l'adjectif *criminalis* qui vient du droit romain. Ils utilisent un vocabulaire très précis – individualisé, restreint – pour désigner les sujets nommés *criminels* seulement à partir du XIX<sup>e</sup> siècle. Ils évoquent plutôt les *voleurs*, les *larrons*, les *tueurs*, les *oisifs*, les *vagabonds*. Ainsi ils ne disposent pas d'un concept plus général. Ajoutons que ce déficit conceptuel (nulle idée générale du crime et de la criminalité) dépend de l'attitude sociale des communautés et des individus face à ce que nous, aujourd'hui, nommons le crime et la criminalité.

Crime combattu et éliminé: cette idée est inconnue à la mentalité des gens qui marque la culture juridique de l'époque moderne. Pouvait-on neutraliser quelque chose dont la problématisation et la conceptualisation n'étaient pas élaborées par les autorités et les juristes? La démarche était donc celle de la rétribution: il s'agissait moins de prévenir le crime que de châtier le voleur, le larron ou le séditionnaire.

L'absence d'une stratégie de prévention criminelle illustre le fait que le crime n'est pas conçu comme un phénomène social. Il n'est donc pas traité en termes politiques ou sociaux, pour être combattu ou sérieusement réduit.

Entre thomisme et droit romain, le pénaliste de l'époque moderne associe la finalité du droit pénal, aux exigences répressives, à l'autorité et à la sûreté de l'Etat, voire à la paix sociale. Sa préoccupation n'est

<sup>7</sup> On trouvera un approfondissement de cette analyse dans l'essai de Malcolm. N. Ramsay, «L'évolution du concept de crime. L'étude d'un tournant: l'Angleterre de la fin du dix-huitième siècle», *Déviance et Société*, 1979, vol. 3, n. 2, pp. 131-145.

jamais le crime en général. Elle vise encore moins les causes de la criminalité ou les moyens pour la contenir. Au contraire, il raisonne en termes de méchanceté des hommes et de dommages à réparer. Tout ceci repose sur la culture pénale des sociétés médiévales et modernes. Celle-ci s'inspire des principes de la composition et de la rétribution. En outre, ce désintéret préventif illustre l'absence de peur sociale face au crime dans les communautés d'Ancien Régime. Carence des forces policières, justice pénale ordinaire (négociation, composition), justice extraordinaire (sévère, expéditive et répressive réservée aux crimes atroces et aux individus «sans aveu») : parmi d'autres, ces éléments montrent à quel point les crimes sont intégrés dans la «vie fragile» de l'époque moderne.

Rares étaient les individus qui étaient témoins de crimes importants, ou qui en étaient informés. Pourtant banal, le vol rural ou urbain était limité par la pénurie des biens et la vigilance que chacun mettait dans la protection de ses rares richesses. En ville, la familiarité avec le vol et les victimes d'un larcin (voire les autres petits crimes) dédramatisait la crainte du délit.

Affaire hautement personnelle, le risque face aux dommages *ex delicto* se réduisait à la sphère privée. Défense des biens, arrestation des coupables : en l'absence des pouvoirs publics, ces initiatives reposaient sur la responsabilité individuelle. Cet usage de la légitime défense associait le crime à un accident naturel contre lequel la victime devait lutter. Finalement, l'absence d'une «peur du crime et des criminels» provient, probablement, du système d'information en usage à l'époque moderne qui dans une société pré-statistique, fonctionne d'homme à homme. Dans la société traditionnelle (pré-industrielle) marquée par la culture de l'oralité et dans laquelle peu d'individus ont conscience des événements non liés aux rapports personnels, la connaissance du crime reste un fait local, liée à la dispersion géographique de la population. En conséquence, le sentiment d'insécurité sociale face au crime reste minoritaire.

Après 1750, la presse commence d'informer plus massivement sur les délits. Elle crée un sentiment d'insécurité en diffusant l'idée de l'omniprésence du crime qui peut frapper chacun. A la même époque, les premières statistiques criminelles comptabilisent l'insécurité. Le crime devient une menace sociale<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Afin de mieux cadrer le propos de Mario Sbriccoli, sur «*periculum pratitatis*», les éditeurs scientifiques de l'ouvrage n'ont pas retenu son paragraphe sur la figure du séditieux.

## SOURCES DOCTRINALES

*Soliti delinquere, qui lutum luto purgare non desinunt*<sup>9</sup>.  
(G. B. Scanaroli).

### A) QUI SONT LES RÉCIDIVISTES (SOLITI DELINQUERE, RELAPSI)

«Ut quis dicatur solitus delinquere sufficit binus actus [...]. Si igitur, ut vulgo dicitur, cavendum sit ab eo qui semel imposuit, quanto magis a solito delinquere, cuius non facile speranda est correctio? Vulpes enim pilum mutant, non mores».

[Giovan Battista SCANAROLI, *De visitatione carceratorum libri tres*, Rev. Cam. Apost., Romae, 1675, lib. I, § 13, chap. 5, n. 3].

«Ille dicitur proprie relapsus qui probatur diversis temporibus incidisse in eandem specie haeresim iam abiuratam sub primo iudicio».

[Francesco BORDONI, *Manuale Consultorum in causis S. Officii contra Haereticam pravitatem refertum*, Sumpt. Josephi ab Oleo, Parmae, 1693, Sectio VII, *De haereticis relapsis*, n. 3].

### B) LES RÉCIDIVISTES, LEUR TRAITEMENT ET LE RÔLE DES CIRCONSTANCES

«Declara tertio ut talis delinquendi consuetudo noceat, si sit circa idem vel similis generis delictum. Eo quod malus praesumatur malus in eodem seu simili genere. Hinc est quod delinquens in pluribus et diversis delictis ex intervallo, non sit gravius puniendus, sed bene puniendus pluribus poenis impositis pro delictis perpetratis (n. 8).

Declara quarto ut licet de praeterito praesumatur in praesens, non tamen de praesenti praesumatur fuisse aliquem malum in praeteritum. Illud tamen sciendum, quod licet non oriatur praesumptio, oritur tamen aliqua suspicio [...] quibus iuribus cavetur quod vidua fornicatrix praesumatur eadem fuisse marito vivente (n. 11).

Declara quinto ut per se sola praesumptio oriens ex consuetudine delinquendi non sit sufficiens ad torturam, absque aliis adminiculis (n. 12).

Declara sexto ad hoc, ut augeatur poena ut supra, requiratur ut delinquens sit maior. In minoribus enim delicta non aggravantur ex iteratione. Isti enim puniri non possunt poena ordinaria ex quocumque iterato crimine, sed mitius (n.14)».

[Giovan Battista SCANAROLI, *De visitatione carceratorum libri tres*, Rev. Cam. Apost., Romae, 1675, lib. I, § 13, chap. 5, n. 8-14].

<sup>9</sup> Les récidivistes qui persistent à purger la boue par la boue.

«Ut poena augenda sit ex delictis iteratis, etiam quod delicta sint impunibilia, ut puta in eo qui alias offendit bannitum qui de iure occidi poterat: licet enim offendens bannitum iuris interpretatione non dicatur delinquere propter impunitatem permissam, negari tamen non potest quod delinquens non sit, [quia] illud quod in suo genere malum est non potest ulla de causa bene fieri. Id quod poenam non meretur, offensa tamen est, et non abstergit nomen delicti, licet poenam tollat. Quamvis enim sine poena multa faciamus, non tamen caret vitio aut dedecore, quod ignoscitur et non praecipitur. Oritur enim contra tales sic delinquentes spe gratiae et impunitatis, non levis eorum aextimationis laesio apud probos viros. Et propterea his et similibus rationibus, quod in criminalibus argumentum a solitis possit sumi etiam a delictis impunibilibus tenet Hieronymus Magonius [qui] in specie, de offendente bannitum, hanc declarat ampliationem non procedere quando delictum a statuto reputaretur non solum impunibile, sed etiam licitum, ut puta si diceret quod bannitum possit impune et licite occidi, quia tunc cum ea quae licite fiunt delicta non sint. Ideo ex delictis prioribus impunibilibus poena aggravanda non est, et pro declaratione Magonii facit, quia occidens bannitum seu alium quem occidere iura permittunt, dicitur minister et exequutor iustitiae».

[Prospero FARINACCIO, *Praxis et Theoricae criminalis, partis primae tomus primus, continens Inquisitionis, Accusationis, Delictorum et Poenarum materiam* [= *Variarum quaestionum et commun. opin. criminalium*, tit.1-3, Georg. Variscus, Venetiis, 1603, *quae*. 23, n.15].

«In delictis pro quibus venit imponenda poena pecuniaria, si sint reiterata, tunc poena possit augeri ad poenam corporalem, sed non per hoc torturae locus est. [...] Et licet aliqui [...] dixerint dictam poenam augeri posse usque ad mortem, ipse (Farinacius) tamen improbat talem opinionem, quam dicit non fuisse ita receptam, et multos concordantes allegat».

[Giovan Battista SCANAROLI, *De visitatione carceratorum libri tres*, Rev. Cam. Apost., Romae, 1675, lib. I, § 13, chap. 5, n. 29-30].

«Delinquenti soliti delinquere per il passato più gravemente si puniscono, et anco più rigorosamente contro di loro si procede, intendendo per delitti simili, mentre non si fossero ridotti al ben vivere, o mentre non fossero minori, e che siano confessi, convinti o condannati per detti delitti antecedenti, benché poi avessero pagata la pena o fossero stati graziati, o fossero prescritti, o non fossero stati puniti, o fossero stati commessi fuor del territorio, o quando anco possino esse degni di compassione [...]».

[Marc'Antonio SAVELLI, *Pratica Universale. Compendiosamente estratta per alfabeto dalle principali Leggi, Bandi, Statuti, Ordini e Consuetudini, massime Criminali e miste che si osservano nelli Stati del Serenissimo Gran Duca di Toscana. Con aggiunta di varie conclusioni di*



*Ragione comune, toccanti succintamente quasi tutte le materie criminali* [...], Paolo Baglioni, Venezia, 1707, § *Delinquenti*, n. 27].

«Praesupposito quod de crimine poena pecuniaria veniat imponenda, tamen si sit inquisitio contra hominem tanquam talia facere consuetum, et de hoc sit convictus, capitaliter puniri potest. Et ideo assessores, cum volunt facere aliquem decapitare malefactorem nominatum, quod multa crimina commisit et pluribus vicibus, ex quibus tamen criminibus poena pecuniaria venit imponenda, inquirunt contra eum tanquam consuetum talia crimina committere et in his sceleribus perseverare, et ipsum convincunt de tali perseveratione et consuetudine, pro facto secure possint eum ad mortem damnare, non obstante quod talia crimina de sui natura non sint capitalia. Quod tene menti».

[Angelo DEGLI UBALDI, *Additio ad legem Quicquid, C. De superexactionibus*, in Bartolo DA SASSOFERRATO, *Lectura super Tribus Libris Codicis*, Ioannis Iacobus et fratres de Lignano, Mediolani, 1512].

### C) LA MALICE, LA DANGEROUSITÉ

«Et sic doctores non habent respectum ad quantitatem, sed ad animum delinquentis, hoc est ad reiterationem delicti, quod gravius punitur propter ipsam reiterationem».

[Agostino DA RIMINI, *Additiones à l'œuvre de Angelo GAMBIGLIONI ARETINO, De maleficiis tractatus cum additionibus* [...] *Augustini Ariminensis ac Hieronymi Chuchalon hispani*, Cominus de Tridino, Venetiis, 1555, tit. *Etiam vestem coelestem*, n.13].

«Adverte quod qualitas personae dupliciter est considerabilis, quod quis dicatur bonus, vel malus in genere, vel quod dicatur bonus vel malus in specie. De bonitate et malitia in genere est textus in lege *Non omnis*, § *A barbaris*, *De re militari*, et in lege *De minore*, § *finali* hoc titulo».

[Marcantonio BIANCHI, *Tractatus de indiciis homicidii ex proposito commissi et de aliis indiciis homicidii et furti. Ad legem finalem ff. de quaestionibus*, Ap. Cominum de Tridino Montisferrati, Venetiis, 1545, n. 249].

«Geminatio arguit magnam firmitatem animi et propositi [...] et hinc est quod licet haereticus paratus corrigi non tradatur Curiae seculari, tamen, si geminata vice cecidit, non audiatur de correctione [...]. Et facit dictum Baldi in *Tractatu schismatis*, in xviii col., ubi inquit quod qui bis aliquid facit non potest contra illud opponere: quia ubi intervenit geminatio ibi praesumitur plena deliberatio».

[Ippolito MARSILI, *Grimana. Rubricae de Quaestionibus in Digesto novo Commentarius*, dans *Index Hippolyti De Marsiliis Bononiensis. Repertorium* [...] *Tractatum, Repetitionum, Lecturarumque* [...], Dionysius Harsaeus, Lugduni, 1551, § *Quaestioni*, n. 9].

«La Loy n'admet plus aucun adoucissement dès qu'il s'agit de prononcer contre celui qui est atteint et convaincu d'un troisième vol, parce qu'elle le regarde comme un homme dangereux à la sûreté publique [...] la sévérité de cette Loy n'ayant point pour objet la valeur des choses volées, mais le degré de malice et la disposition continuée du voleur, dont il emporte à la République de se défaire [...] [ce coupable] a fait voir son incorrigibilité, et qu'il n'a point sçû profiter du châtement ou de l'indulgence passée [...]».

[Franz Adam VOGEL, *Code criminel de l'empereur Charles V, vulgairement appelé la Caroline, contenant les lois qui sont suivies dans les juridictions criminelles de l'Empire et à l'usage des Conseils de guerre des troupes suisses*, J. E. Dufour et P. Roux, Maastricht, 1779, art.162].

#### **D) L'ENTÊTEMENT, LA PERTINACIA, L'INSORDESCENTIA (LE DEVENIR SORDIDE)**

«Quoad pertinaciae nomen animadvertendum quod sicut perseverantia dicitur in bono [...] ita pertinacia dicitur in malo».

[Cesare CARENA, *Tractatus de officio SS Inquisitionis, et modo procedendi in causis fidei in tres partes divisus*, Typis Iacobi Montii, Bononiae, 1668, Pars II, tit.1, § 2, *De pertinacia ad haeresim requisita*, n. 10].

«Pertinacia autem importat persistentiam in malo, ideoque opponitur perseverantiae, sicut vitium opponitur virtuti [...]. Pertinacia igitur erga perseverantiam est ut prodigus erga liberalem, et audax erga fortem, licet enim prima fronte videantur idem, tamen inter se distant plurimum. Obstinatino vero est persistentia in ratione perversa, cum abstinentia a bonis, et haec proprie opponitur virtuti continentiae».

[Antonio RICCIULLO, *Tractatus de iure personarum extra Ecclesiae gremium existentium, libris novem distinctus, cui propter argumenti similitudinem annexus est alter Tractatus de neophytis*, Io. Angelus Russinellus & Angelus Manni, Romae, 1622, lib.V, chap. 2, n. 3-4].

«Diximus supra ad insordescentiam requiri ad minus annum completum et non interruptum; nunc dicimus requiri perseverantiam, cum pertinacia animi, quae includat contemptum clavium».

[Cesare CARENA, *Tractatus de officio SS Inquisitionis, et modo procedendi in causis fidei in tres partes divisus*, Typis Iacobi Montii, Bononiae, 1668, Pars II, tit. 8, § 2, *De pertinacia requisita ad insordescentiam*, n. 6].

#### **E) SEMEL MALUS, SEMPER MALUS**

«Semel malus semper praesumitur esse malus».

[*Liber Sextus Decretalium*, Tit. *De regulis iuris*, *Regula VIII*].

Glose: «Semel malus semper praesumitur malus in eodem genere delicti: et hoc verum quando quis fuit malus in fine actus: quia qui fuit malus in aliquo actu et tandem se maxime correxit, et fuit bonus in fine illius actus, praesumitur bonus: nam qui exercuit actum bonum praesumitur bonus, nisi faciat actum contrarium; sed si fecerit actum contrarium praesumitur malus donec de emendatione appareat».

[Giovanni D'ANDREA, *Glose au Liber Sextus Decretalium D. Bonifacii Papae VIII [...] una cum Clementinis et Extravagantibus, earumque Glossis restitutus*, in *Aedibus Populi Romani*, Romae, 1584, *De regulis iuris, Regula VIII*, al. 40].

«Quaeri potest de notabili et quotidiano dubio, videlicet an solitus delinquere habeat ex hoc indicium delicti contra eum, adeo quod possit poni ad torturam [...] et pro hac parte facit optime illa regula vulgata, qui semel malus semper praesumitur malus in eodem genere mali [...] Item adduci etiam potest glossa, quae dixit quod solitus furari in dubio praesumitur fur [...] quod solitus foenerari in dubio praesumitur foenerator [...] quod qui semel deliquit, praesumitur in futuro delinquere».

[Ippolito MARSILI, *Averolda. Criminalium causarum Practica, cum Theorica [...] elaborata [...]*, in *Index Hippolyti De Marsiliis Bononiensis. Repertorium [...] Tractatum, Repetitionum, Lecturarumque [...]*, Dionysius Harsaeus, Lugduni, 1551, § *Diligenter*, n. 99-102].

«Qui malae famae fuit, et nunc bonae, non manet aliqua infamia notatum. Qua re Bartolus docuit praesumptionem illam quod semel malus praesumatur adhuc malus, non esse ex necessitate, et ob id cessare, cum is resipuit [...] Si filia quae peccavit in suum corpus, peracta poenitentia resipiscat, alenda et dotanda est a patre [...] Si quis blasphemavit et deinde poenitentiam egit confessione sacramentali facta coram sacerdote, amplius non est puniendus, nec habetur ut blasphemus».

[Jacopo MENOCHIO, *De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis, libri duo*, Signum Concordiae, Venetiis, 1590, *Casus* 464, n. 21-25].

«[...] cum propter malam vitam et perditos mores, sicut propter delictum infamiam incurrerit, praesumendum est omne malum de eo [...] per regulam semel malus».

[Tiberio DECIANI, *Tractatus criminalis [...] utramque continens censuram, duobusque tomis distinctus*, Haeredes Hieronymi Scoti, Venetiis, 1614, Tom. I, chap. 17, n. 2].

«Semel malus semper praesumitur malus, quia de praeterito praesumitur in futurum [...] unde quod ad docendum quem esse talem, satis est probare illum aliquando talem fuisse [...]. Ex consuetudine delinquendi oritur contra reum praesumptio ex regula quod semel malus semper

praesumitur malus, dummodo simus in eodem vel simili genere mali: secus si in diverso».

[Prospero FARINACCIO, *Praxis et Theoricae criminalis, partis primae tomus primus, continens Inquisitionis, Accusationis, Delictorum et Poenarum materiam* [= *Variarum quaestionum et commun. opin. criminalium*, tit.1-3, Georg. Variscus, Venetiis, 1603, *quae*. 23, n. 21 et n. 30].

#### F) LA PRÉSUMPTION DE MÉCHANCETÉ

«Rubrica: *Solitus delinquens praesumitur malus etiamsi delicta non sint punibilia, ut contra offendentem bannitum.*

Procedit praesumptio [*quod delinquens praesumatur malus*] etiamsi delicta non sint punibilia, ut in offendente bannitum, qui impune offendi potest. Licet enim iuris interpretatione non dicatur delinquere propter impunitatem permissam, negari tamen non potest quod delinquens non sit. Oritur enim contra delinquentes spe gratiae et impunitatis, non levis eorum existimationis laesio apud probos viros [...] Secus tamen est si statutum non solum diceret posse impune bannitum occidi, sed etiam licite. Quae enim licite fiunt, delicta non sunt».

[Giovan Battista SCANAROLI, *De visitatione carceratorum libri tres*, Rev. Cam. Apost., Romae, 1675, lib. I, § 13, chap. 5, n. 22-25].

«Decimum quartum indicium est consuetudo delinquendi, quod alias fuerit solitus committere simile delictum, nam semel malus semper praesumitur malus in eodem genere mali. Et ideo licet sit solitus alia committere, et non illa de quibus inculpatur, non facit indicium, sed esse debent in eodem genere mali, et ideo si quis solitus sit verberare non ex hoc facit praesumptionem in casu homicidii [...] Et qualiter probetur diffamatio et diffamia, et qualiter testes debent deponere, non sufficit quod ita dicatur, nisi fuerit convictus: si non apparet tribus annis retro elapsis delinquisse censetur purgata mala fama. Sicut bona fama operatur pro reo, ita mala fama aggravat reum in his in quibus non est infamatus nec inculpatus. Intellige de isto indicio sive sit solitus offendere et committere tale maleficium in personam aliorum, sive in personam offensi, nam si alias offensit nunc offensum praesumitur offensus: ex praeterito enim facto futura metimur».

[Lodovico CARERI, *Practica causarum criminalium* [...] *in qua Tractatus appellationum, Tract. de Indiciis et tortura, Tract. de Homicidio et assassinio, et Tract. de Haereticis continentur, et quae disponuntur super his Iure Civili, Cano. et Regni Neap. statutis traduntur, et miro ordine apparent compilata*, Cominus de Tridino, Venetiis, 1566, *De indiciis et tortura*, § *Decimum quartum indicium*, n.1-4].

«Praesumitur vidua fornicatrix idem fecisse marito vivente [...] Dispositio legis volens quod uxor per adulterium perdat dotem ampliatur etiam

in vidua stuprum committente [...] quia ex tali stupro commissum in viduitate praesumitur idem fecisse in matrimonio [...] Nec obstat quod iura poenalia non debent extendi de casu vero ad fictum [...] nec obstat quod in materia criminali requiruntur apertissimae probationes, nec sufficiunt praesumptiones, quia illud procedit ubi ageretur de poena corporali, secus si de poena pecuniaria, prout est in casu nostro, ubi ageretur de amissione dotis simpliciter».

[Andrea ALCIATO, *De praesumptionibus cum Annotationibus et argumentis Io. Nicolai Arelatani*, Cominus de Tridino, Venetiis, 1564, *Regula secunda*, praes. 9, n.1 et 3].

### G) SEVERITÉ ENVERS LES RÉCIDIVISTES...

«Delinquendi consuetudo nocet reo, nedum in condemnando sed etiam in procedendo, quia lex multum praesumit contra eum qui consuetus est delinquere. Communi sententia delictorum frequentia delinquentis incorregibilitatem denotat».

[Prospero FARINACCIO, *Praxis et Theoricae criminalis, partis primae tomus primus, continens Inquisitionis, Accusationis, Delictorum et Poenarum materiam [= Variarum quaestionum et commun. opin. criminalium*, tit.1-3, Georg. Variscus, Venetiis, 1603, *quae*. 23, n. 20].

«Rubrica: 36. Soliti delinquere gravius puniendi quia vexatio dat intellectum. & n. 37. In solitos delinquere plerumque saeviunt iudices.

Sed ad delinquere solitos redeamus. Non desunt qui dicant quod isti, etiam socordes, utcumque sit, gravius veniant puniendi, quia vexatio dat intellectum, et secundum Dominum Thomam non facile homines remonentur a peccatis in quibus assuefacti sunt, absque gravibus poenis quibus puniendi videntur, cum licet humanum dicatur peccare, diabolicum tamen sit perseverare.

Caveant itaque omnes a frequentatione delictorum, quia plerumque iudices ex mala reorum qualitate dilatant arbitrium et, ut dicitur, tragedias in nugis agunt. Probis exhibuimus naufragium, quod donec e terra spectabunt, ipsis bene erit. Hac monitione non egent milites in bello, quibus non licet bis peccare. Eorum enim delicta *emendationem non recipiunt*, cum statim poena sequatur errorem».

[Giovan Battista SCANAROLI, *De visitatione carceratorum libri tres*, Rev. Cam. Apost., Romae, 1675, lib. I, § 13, chap. 5, n. 36-37].

«E che per tre furti, fatti però distintamente in diversi tempi non continuati, né successivi, ma interpolati [...] si possono far impiccare, vedi doctors communiter [...] Ma che queste siano superstizioni di parole da non attendersi, ma solo la consuetudine, pertinacia, e abito fatto nel rubare; e però, comunque dica lo Statuto, doversi far impiccare li ladri abituati».

[Marc'Antonio SAVELLI, *Pratica Universale*, cit., § *Ladri*, n.11-12].

## H) ...MAIS AUSSI MODÉRATION ET CLÉMENTCE

«Rubrica: *Soliti delinquere non semper indigni clementia.*

Pro conclusione non omitemus subiungere solitos delinquere non esse semper indignos aliqua clementia, cum plerumque ex socordia (lâcheté) potius et dementia, ad eadem mala redeant, et stolidiores sint ipsismet irrationabilibus animalibus vitantibus illa a quibus se laesa cognoscunt». [Giovan Battista SCANAROLI, *De visitatione carceratorum libri tres*, Rev. Cam. Apost., Romae, 1675, lib. I, § 13, chap. 5, n. 32].

«Quamvis regulariter in delictis ex duplici actu inducatur consuetudo (quod enim bis fit frequenter fieri dicitur), unde demoniaci oenergumeni et laborantes morbo caduco, si frequenter cadant non possunt in ordinibus ministrare, et dicuntur frequenter cadere si bis cadant, attamen ad hoc, ut quis dicatur habere consuetudinem blasphemandi non sufficit quod bis blasphemaverit, sed requiritur ut saepe ac saepius id fecerit». [Cesare CARENA, *Tractatus de officio SS Inquisitionis, et modo procedendi in causis fidei in tres partes divisus*, Typis Iacobi Montii, Bononiae, 1668, Pars II, tit. 7, § 5. *Quis dicatur assuetus blasphemare et ex consuetudine*, n. 22-23].

«Consuetudo delinquendi, iuncta etiam mala fama inquisiti, inducit contra ipsum inditium, et ubi esset deveniendum leviter contra inquisitum ad torturam, debet ipase acrius torqueri, si alias consuetus sit delinquere [...] Haec ampliatio non procedit quando quis stetit per triennium quod non commisit delictum. Si enim per dictum tempus bene et laudabiliter vixerit, cessat praesumptio quod semel malus iterum praesuntur malus. [...] Et in simili dicimus quod si inquisitus, qui alias fuerit malae famae, probaverit per triennium se bene vixisse, fuisseque bonae vocis, conversationis et famae, illa mala fama contra eum probata nihil ei noceret, quia censetur in totum purgata [...] Et per triennii lapsum, quod quis praesumatur de malo effectus bonus, et sic emendatus de crimine [dicunt multi] [et hac limitatio procedit] etiam quod emendatus in isto triennio non fecisset magnam poenitentiam in monasterio, ac etiam quod non probasset se abstinuisse ab illo delicto quando sibi occasio venit, quod istud triennii tempus currit a die delicti, et non a die habitae gratiae seu condemnationis».

[Prospero FARINACCIO, *Praxis et Theoricae criminalis, partis primae tomus primus, continens Inquisitionis, Accusationis, Delictorum et Poenarum materiam [= Variarum quaestionum et commun.opin.criminalium*, tit.1-3], Georg. Variscus, Venetiis, 1603, *quae.* 23, n. 24-29].

## I) L'AGGRAVATION DES PEINES POUR LES RÉCIDIVISTES EST LIMITÉE AUX CRIMES MAJEURS ... RUBRICA: *POENA NON AUGETUR SI REITERATA SUNT MINIMA*

«Intellige et limita, nisi reiterata fuissent minima, nam poena non augeatur ut dixit Marsilius in Singulari 378 in fine [...] Cataldinus de Visso in Tractatu syndicus, quae.49, dixit quod pro tribus furtis minimis non punitur capite, nisi cum armis stat furtum».

[Lodovico CARERI, *Practica causarum criminalium [...] in qua Tractatus appellationum, Tract. de Indiciis et tortura, Tract. de Homicidio et assassinio, et Tract. de Haereticis continentur, et quae disponuntur super his Iure Civili, Cano. et Regni Neap. statutis traduntur, et miro ordine apparent compilata*, Cominus de Tridino, Venetiis, 1566, *De homicidio et assassinio*, § Circa igitur tertium quibus ex causis poena augeatur, n. 11].

«Poena augeatur propter consuetudinem delinquendi quando delicta commissa sunt magna et gravia, secus si levia et minima».

[Prospero FARINACCIO, *Praxis et Theoricae criminalis, partis primae tomus primus, continens Inquisitionis, Accusationis, Delictorum et Poenarum materiam [= Variarum quaestionum et commun. opin. criminalium*, tit.1-3, Georg. Variscus, Venetiis, 1603, quae. 23, n. 35].

«Declara septimo ut ita demum procedat gravior poena in solito delinquere, si delicta sint gravia, non autem levia et minima».

[Giovan Battista SCANAROLI, *De visitatione carceratorum libri tres*, Rev. Cam. Apost., Romae, 1675, lib. I, § 13, chap. 5, n. 15].

#### **J) ...SAUF LE CAS DU VOL, DELICTUM TURPE ET GRAVE**

«[...] in furtis licet minimis poena augeatur usque ad mortem: on tamen per hoc est inferendum generaliter ad alia delicta, quia furtum semper de sui natura reputatur turpe et grave delictum, etiam quod minima res furto subtrahatur: ideo poena augeatur ex iteratione delictorum magnorum et gravium, non autem minorum et levium».

[Prospero FARINACCIO, *Praxis et Theoricae criminalis, partis primae tomus primus, continens Inquisitionis, Accusationis, Delictorum et Poenarum materiam [= Variarum quaestionum et commun. opin. criminalium*, tit. 1-3, Georg. Variscus, Venetiis, 1603, quae. 23, n. 35].

#### **K) L'ITÉRATION RELÈVE SEULEMENT DANS LES CRIMES PUNIS DE PEINE ARBITRAIRE**

«Ratione multiplicationis et reiterationis [poenam] augeatur, quando per iudicem poena est imponenda, non quand ipso iure».

[Lodovico CARERI, *Practica causarum criminalium [...] in qua Tractatus appellationum, Tract. de Indiciis et tortura, Tract. de Homicidio et assassinio, et Tract. de Haereticis continentur, et quae disponuntur super his Iure Civili, Cano. et Regni Neap. statutis traduntur, et miro ordine*

*apparent compilata*, Cominus de Tridino, Venetiis, 1566, *De homicidio et assassinio*, § *Circa igitur tertium quibus ex causis poena augetur*, n.10].

«In poenis impositis ipso iure poena non augetur propter iterationem delictorum».

[Prospero FARINACCIO, *Praxis et Theoricae criminalis, partis primae tomus primus, continens Inquisitionis, Accusationis, Delictorum et Poenarum materiam* [= *Variarum quaestionum et commun.opin.criminalium*, tit.1-3, Georg. Variscus, Venetiis, 1603, *quae*. 23, n. 36].

## L) UN CAS PARTICULIER: LES RÉCIDIVISTES SÉDITIEUX

«Ita qui propter ambitionem ad seditiones provocantur [...] ita qui propter divitias seditiosi sunt [...] Qui illatas sibi iniurias per seditionem ulciscuntur ..... id tantum agunt ut sumpta de adversariis vindicta gloriose de ipsi triumphare possint [...] Sed qui callidiores sunt, eos ipsos cautius dissimulando, et saepe diversam etiam adeoque contrariam voluntatem pro se ferendo celant [...] Illud omnibus, tam singulis quam multitudini, commune est: quod simili studio et conatu actionum suarum, *turpitudinem* sub specie aliqua *honestatis* contegentes excusant; quae per se *turpia sunt*, tamen *honestis vocabulis enunciant*».

[Conrad BRAUN, *Tractatus de seditionibus*, in vol. XI.1 dei *Tractatus Universi Iuris*, sub signo Aquilae Renovantis, Venetiis, 1584, lib. II, chap. 16, n. 1-4].

«In seditionibus et partialitatibus reperiuntur et descendunt *tria magna mala* [...].

Prima *magna fatuitas*, quia non videtur sub coelo esse stultior gens quam partiales, qui ex appetitu et desiderio mali ponentes in periculo substantiam temporalem, corpus, filios, consanguineos, amicos, et eorum bona. [...] Et huiusmodi partiales similes sunt frenetico, qui gaudens exponit se magnis periculis, nil reputans ea, et hoc quia ratione caret.

Secundum malum est *nimia crudelitas*: non enim invenitur tanta crudelitas in aliquo genere hominum quanta in partialibus et seditiosis quia habitum odii semper habent contra homines contrariae partis, tam notos quam ignotos, praesentes, praeteritos et futuros, adversus infantes, et senes; aliquando adversus consanguineos et affines et contra eos qui aliquando sibi in multis servierunt [...] Qui odit fratrem suum homicida est. Sed ultra odium cordiale quis exprimere valeat severas et immanes crudelitates quas contra aliam partem exercent? Non parcunt aetati, non sexui, non consanguineitati, non amicitiae, non fidei, non religioni, non sanctitati, sed usque ad devorationem humanae carnis perveniunt.

Tertium malum est in eo *magna diuturnitas*. Non semper morantur huiusmodi divisionibus et partialitatibus. Et multum difficile est dimit-



tere partialitatem in qua *inveterati sunt et firmiter habituati* [...] Multa enim profecto crimina ex malivolentia partialium et seditiosorum oriuntur. Hinc homicidia, hinc adulteria, illinc meretricia, raptus, fornicationes, monialium violationes, rapinae, furta, incendia, sacrilegia; alii fame moriuntur, alii igne comburuntur, alii decapitantur, alii membris detruncantur, manibus, lingua, et aliis membris, et quod verecundum est dicere pudentibus».

[Nicolas BOHIER, *Tractatus de seditiosis omnibus, civitatutn, villarum et castrorum*, [...], in *Volumen [...] omnium Tractatum criminalium* [...] (ed. Fr. M. Passeri), Cominus de Tridino, Venetiis, 1556, § *Et primo*, n. 9-13].

«Ita organa ipsius [diaboli] sunt haeretici et schismatici: quae honesta et salutaria sunt, ea tamquam turpia et noxia fugienda; quae vero mala sunt et pestifera, ea tanquam honesta et quae salutem afferre possint, amplectenda esse simplicibus persuadent [...] Ac primum quidem vitae sanctitatem simulantes, tamen intus omnium vitiorum sordibus contaminati, ut scilicet hoc modo sub specie honestae vitae errores suos probabiliores reddant. Qua re et multos saepe misere deceperunt».

[Conrad BRAUN, *Tractatus de seditioibus*, in vol. XI.1 dei *Tractatus Universi Iuris*, sub signo Aquilae Renovantis, Venetiis, 1584, lib. II, chap. 16, n. 8-9].